

LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LOCAL

La experiencia de una década

VÍCTOR ABRAMOVICH, ALBERTO BOVINO
Y CHRISTIAN COURTIS (compiladores)





© 2007 Editores del Puerto s.r.l.

Corrientes 1515. P. 10. Of. A
(1042) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Telefax (54-11) 4372-8969/4375-4209
www.editoresdelpuerto.com
delpuerto@editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego GRINBAUM

Impreso en abril de 2007 en
Corporación Gráfica.
Ávalos 2105. Vicente López.
Pcia. de Buenos Aires.

ISBN 10: 987-9120-91-4
ISBN 13: 978-987-9120-91-0

Tirada: 1.000 ejemplares

Hecho el depósito de ley 11.723

Libro de edición argentina.

La aplicación de los tratados sobre derechos humanos
en el ámbito local : la experiencia
de una década / compilado por Víctor Abramovich ;
Christian Courtis ; Alberto Bovino - 1a ed. - Ciudad
Autónoma de Buenos Aires : Del Puerto ; Buenos Aires:
Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS, 2006.
940 p. ; 24x17 cm.

ISBN 987-9120-91-4

1. Derechos Humanos-Tratados. I. Abramovich, Víctor,
comp. II. Título
CDD 323

Fecha de catalogación: 31/08/2006

La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local

La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local

La experiencia de una década

Compiladores. Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis



Canadian International Development Agency
Agence canadienne de développement international

Agradecimientos	I
Introducción	
Víctor Abramovich Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino	III
Parte I	
Aspectos generales	
Capítulo I. Relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho argentino	
Ariel E. Dulitzky Implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los sistemas federales. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina ...	5
Guillermo R. Moncayo Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al Derecho público argentino	53
Walter F. Carnota La operatividad de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	77
Ricardo L. Lorenzetti Derechos humanos y Derecho privado	97
Capítulo II. Valor y eficacia de las decisiones de los órganos internacionales de protección	
Mónica Pinto El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	119

Leonardo G. Filippini	
Los informes finales de la Comisión Interamericana en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina	153
Martín Abregú y Olga Espinoza	
La eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados Parte	191

Capítulo III. La implementación de los tratados de derechos humanos en la legislación y las políticas públicas

Víctor Abramovich	
Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales . . .	217
Mary Beloff	
Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina	253
Alberto L. Zuppi	
Implementando los delitos tipificados en el Estatuto de Roma en el Derecho argentino	297
Adrián O. Goldín	
Los convenios internacionales del trabajo. Su impacto en la Argentina	315
Guillermo Gianibelli	
El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno	355
Eugenia C. Contarini	
El Derecho internacional de los refugiados y su aplicación en la Argentina	389

Parte II

Los estándares internacionales sobre algunos derechos y su aplicación por los tribunales locales

Capítulo IV. Deber de juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos

María José Guembe	
Obligación de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos	421
Carolina Varsky y Leonardo G. Filippini	
Desarrollos recientes de las instituciones de la justicia de transición en la Argentina	447

Capítulo V. Derecho a la protección judicial

Daniel A. Sabsay y Andrés M. Nápoli

La Constitución y el acceso a la justicia para la defensa de los derechos de incidencia colectiva 475

Christian Courtis

El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos 491

Capítulo VI. Garantías procesales en materia penal

Marcelo A. Sgro

La garantía de recurrir la sentencia y la pena en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 527

María Fernanda López Puleio

El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos 537

Capítulo VII. Igualdad de género

Marcela V. Rodríguez

Violencia de género: una violación a los derechos humanos de las mujeres 581

Paola Bergallo

Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial 629

Andrés Gil Domínguez

El derecho a la salud sexual y procreación responsable a más de diez años de la reforma constitucional 685

Capítulo VIII. Derechos sociales

Christian Courtis

La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos 703

Sebastián Tedeschi

El derecho a la vivienda a más de diez años de la reforma de la Constitución 751

Capítulo IX. Derechos de los pueblos indígenas

Susana Albanese

Derechos de los pueblos indígenas 781

Capítulo X. Derechos de los migrantes

Pablo Ceriani Cernadas, Diego R. Morales
y Luciana T. Ricart

Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina 813

Capítulo XI. Derechos políticos

Cecilia C. Naddeo

Recepción de estándares internacionales en materia de
derechos políticos 885

Capítulo XII. Libertad de expresión

Eduardo A. Bertoni

Jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión:
avances y desafíos 903

Santiago Felgueras

El derecho a la libertad de expresión y las convenciones
internacionales sobre derechos humanos: algunas asignaturas
pendientes. 929

Damián Loreti

Aplicación de los principios de libertad de expresión del
artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos
Humanos 965

Acerca de los autores 987

Acerca de los artículos 995

Agradecimientos

El presente libro pretende analizar el impacto que tuvo la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos al régimen constitucional, luego de más de una década de la reforma a nuestra Carta Magna. Esta publicación es la continuación de una obra anterior, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, compilada por Martín Abregú y Christian Courtis en 1997, que sistematizó algunos de los principios fundamentales que el derecho internacional de los derechos humanos ofrece como base para la implementación local de los tratados, y que promovió su difusión. Este segundo libro es todavía más ambicioso pues busca analizar la experiencia de los tribunales argentinos durante la última década y, al mismo tiempo, reflexionar acerca de los desafíos aún pendientes: reformas en la administración de justicia nacional, su articulación con las instancias provinciales, revisiones institucionales, entre otros.

En esta oportunidad, no podemos dejar de agradecer a los principales protagonistas de este proyecto, los autores, quienes generosamente nos brindaron su obra y su tiempo, y estuvieron dispuestos a actualizar sus textos por considerar que el libro debía reflejar la realidad de estos últimos años en la Argentina.

El reconocimiento especial de los compiladores es para Paola García Rey, integrante del Área de Litigio y Defensa Legal del CELS, quien participó activamente para que este libro fuera posible, y para Nani Orlando, quien colaboró para su publicación final.

Corresponde agradecer también a todos los integrantes del equipo de trabajo del CELS que colaboraron en el desarrollo de esta publicación.

Por último, este libro no podría haberse realizado sin el apoyo de la Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional (ACDI), de la Fundación John Merck y de la Fundación Ford, a las que agradecemos por la confianza que han depositado en el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Asimismo, queremos hacer extensivo el reconocimiento a todas las organizaciones nacionales e internacionales que sostienen el trabajo del CELS.

Introducción

Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino

Víctor Abramovich

I. Cuando ya ha transcurrido más de una década desde la incorporación en 1994 de varios tratados de derechos humanos a la Constitución, es difícil contar con elementos suficientes para realizar un balance completo de su impacto en la dinámica institucional del país. Tras un decenio definido por el gradual deterioro de las instituciones democráticas, una mirada apresurada podría arrojar conclusiones sólo negativas. Así, estos años han sido marcados, entre otras cuestiones, por la manipulación política de la Corte Suprema y de importantes sectores de la justicia federal; por el desmantelamiento de los órganos de control administrativo, lo que favoreció prácticas de corrupción; y por el predominio de la lógica de la “emergencia económica”, impuesta como una suerte de estado de excepción permanente, que justificó la limitación arbitraria y abusiva de los derechos. Estos descalabros institucionales contribuyeron a agudizar la crisis social y política que eclosionó en diciembre de 2001.

Sin embargo, en un sentido inverso, es posible identificar algunas tendencias que aquella reforma favoreció, que tuvieron un impacto indudable en las instituciones y el sistema legal del país. Así, la reforma incorporó nuevos derechos y garantías al sistema constitucional; contribuyó a insertar plenamente al país en un sistema de justicia internacional de derechos humanos; impuso cambios en la administración de justicia; determinó la necesidad de repensar la organización federal; favoreció la creación de una nueva institucionalidad pública encargada de diseñar e implementar políticas de gobierno específicas de derechos humanos; y contribuyó a la consolidación de una disciplina académica que discutió y favoreció la aplicación de estos estándares y principios en los distintos campos del derecho público y privado.

II. La incorporación de los principales tratados de derechos humanos al régimen constitucional amplió el reconocimiento de derechos fundamentales en el sistema legal. Fue clave en ese sentido la jurisprudencia de

la Corte que asignó a los tratados carácter operativo, permitiendo que los derechos que consagran fueran directamente exigibles ante los tribunales, aun en ausencia de leyes que los reglamentaran. También el principio de que la jurisprudencia de los órganos internacionales que aplican esos tratados, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resultaba una guía importante para los tribunales nacionales al momento de su aplicación doméstica.

Estos principios influyeron directamente numerosas decisiones judiciales. En algunos casos se declararon inconstitucionales leyes del Congreso por su contradicción con los tratados. En otras ocasiones, los tribunales basaron directamente en los tratados la existencia y el alcance de determinados derechos. Así, por ejemplo, los tribunales declararon inconstitucionales algunas normas del Código Procesal Penal por limitar el derecho a apelar condenas consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹. También establecieron que era inválida la prohibición de votar de los detenidos sin condena firme, por restringir indebidamente el alcance de los derechos políticos establecidos en la Convención, y facultaron a votar a todos los presos sin condena detenidos en cárceles federales². También basaron en la Convención Americana la existencia de un derecho de los ciudadanos a acceder a información pública, no consagrado en ninguna norma legal o constitucional de manera expresa³. Fundaron en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la obligación del Estado de proveer asistencia frente a enfermedades endémicas y epidémicas, en un caso en el que se lo obligó a fabricar una vacuna contra el mal de los rastrojos⁴. Reconocieron que las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, como los familiares de personas desaparecidas, tienen un derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias de su desaparición, y a obligar al Estado a buscar sus cuerpos⁵.

III. Aquellos principios también determinaron ciertos límites a la magistratura, pues el sistema de justicia nacional se integró en un sistema

¹ "Giroldi, Horacio D. y otro", Corte Suprema de Justicia, 7/4/1995 (*Fallos*: 318:514).

² "Mignone, Emilio Fermín s/acción de amparo", Corte Suprema de Justicia, 9/4/2002.

³ "Tiscornia, Sofía y otros c/Estado Nacional (Ministerio del Interior)", CNCont. Adm. Sala III, 17/12/1997.

⁴ "Viceconte, Mariela Cecilia c/Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social– s/amparo ley 16.986", CNCont. Adm., Sala V, 2/9/1998.

⁵ "Urteaga, Facundo R. C. Estado Nacional –Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.– s/amparo, ley n° 16.986", Corte Suprema de Justicia, 15/10/1998. y "Mignone, Emilio F. s/presentación en causa 761 E.S.M.A.", registro 10/95, CNCriyCorr., 20/4/1999.

Introducción

internacional de protección de derechos humanos. En efecto, la jurisprudencia de la Corte, aun antes de la reforma de 1994, se impuso el seguimiento de la jurisprudencia internacional en la aplicación local de los tratados de derechos humanos, argumentando la necesidad de evitar que el Estado incurriera en responsabilidad internacional por no aplicar debidamente el tratado⁶, y repitió esta pauta después de la enmienda constitucional⁷. El seguimiento de la jurisprudencia internacional, como bien se examina en este libro, fue oscilante y no automático, pero indudablemente acotó o limitó en muchos casos el margen de interpretación constitucional de los tribunales y en especial el de la Corte Suprema.

El lineamiento de seguir como guía ineludible la jurisprudencia internacional, fijado por la Corte Suprema en varios precedentes cercanos a la reforma constitucional, estuvo en concordancia con la voluntad política expresada por todas las instancias del Estado en esos años, de insertar al país en la comunidad internacional, que fue uno de los ejes del discurso público y de las políticas comerciales y económicas en la década. Así, la inserción en la comunidad de naciones y el deber de evitar responsabilidad internacional del Estado son argumentos recurrentes en los precedentes jurisprudenciales mencionados. Es posible que esas ideas de inserción del país en un escenario mundial hubieran actuado en el período como parte de las ideas constitutivas de lo que Tushnet denomina un “orden constitucional”, entendido como un conjunto de pensamientos y principios que guían y orientan las decisiones de los órganos estatales y actúan como marco de referencia conceptual de un determinado proceso político en un período determinado de tiempo, inspirando también las concepciones de los jueces constitucionales⁸.

Mas allá de sus consecuencias en el ámbito político y económico, en materia de derechos humanos esta posición condujo a un proceso de *globalización de estándares y principios*, que transformaron el marco conceptual de interpretación de la Constitución, e incidieron en la producción científica y en la cultura jurídica. Así, las opiniones de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, y aun del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que suele ser tomado como fuente de interpretación por los órganos interamericanos, se convirtieron, en muchos casos, en argumentos de los abogados y los juristas, y en guía para la creación de la jurisprudencia local en materias diversas, tales como

⁶ “Miguel Ángel Ekmekdjian c/Gerardo Sofovich”, Corte Suprema de Justicia, 7/7/1992 (*Fallos*: 315:1492)

⁷ “Girolodi, Horacio D. y otro”, Corte Suprema de Justicia, 7/4/1995 (*Fallos*: 318:514).

⁸ Tushnet, Mark, *The New Constitutional Order*, Princeton University Press, 2003.

el alcance de la libertad de expresión, el acceso a la justicia y las garantías procesales entre otras cuestiones.

La nueva Corte conformada en 2003 ha dado muestras de que existe consenso para continuar y profundizar esas tendencias jurisprudenciales en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En la decisión más clara al respecto, los jueces Zaffaroni y Petrachi han expresado en un caso reciente que la Corte Suprema está obligada a cumplir una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun cuando guarde una fundamentada disidencia con el contenido de esa decisión e incluso considere que ella puede lesionar derechos de particulares.

Si bien en los últimos años el nivel de acatamiento de las decisiones internacionales ha tenido fuertes oscilaciones que se examinan en este libro, en el caso “Espósito”, ambos magistrados sostuvieron que el incumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana podría originar una nueva determinación de responsabilidad internacional y reconocieron que “el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado”. La decisión de los jueces, que algunos juristas calificaron como “obediencia agobiante”, marca en mi opinión la clara voluntad de respetar la regla básica que sostiene el sistema de articulación entre jurisdicción local e internacional, esto es, el carácter obligatorio de las decisiones de la Corte Interamericana. Esta posición, por lo demás, desecha de plano la idea de la existencia de un cierto orden público constitucional que no puede ser alterado por las decisiones internacionales y la necesidad de que los tribunales locales cuenten con la facultad de controlar la adecuación de las decisiones de la Corte Interamericana, que es la postura sostenida por el juez Fayt en varios precedentes. Esta suerte de tamiz de legalidad al que podría recurrir la justicia para impugnar las decisiones internacionales por su afectación a un nebuloso orden público argentino, tiene por efecto convertir en discrecional el acatamiento de los precedentes del sistema interamericano de derechos humanos. El principio inverso, sostenido por los magistrados Zaffaroni y Petrachi en “Espósito”, podría formularse sencillamente de la siguiente manera: el daño institucional de aplicar una mala decisión de la Corte Interamericana es sensiblemente menor al de incumplir con la decisión, pues ello implicaría cuestionar el mandato constitucional de reconocer el valor obligatorio de las sentencias del tribunal interamericano. La inaplicación de la sentencia internacional hubiera echado sombras sobre la marcha del proceso de inserción del país en un sistema de justicia internacional, y puesto en duda uno de los principios fundamentales del programa constitucional tras la reforma de 1994.

El examen del caso excede el objeto de esta introducción, pero consideramos sumamente importante y sólidamente fundado el análisis crítico que realizan ambos jueces de la decisión de la Corte Interamericana. El

Introducción

deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de diálogo crítico que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana en este caso. Es indudable que así como la jurisprudencia constitucional argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema.

Este proceso de circulación internacional de reglas de derecho ha contribuido a reabrir la discusión sobre el juzgamiento de los crímenes más aberrantes cometidos por la dictadura militar en nuestro país. También esta cuestión se examina en el libro. La decisión de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos contra el Perú”, acerca de la invalidez de las leyes de amnistía de crímenes de lesa humanidad, es un elemento central en el debate judicial sobre las leyes de impunidad y el juzgamiento de esos crímenes en el país⁹. Es importante señalar que las causas en las que se investigan los hechos presentan componentes que no estuvieron debidamente considerados en el debate jurídico en los años 80. El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional, que ha acompañado las luchas sociales por la justicia, expone un fuerte consenso internacional sobre las obligaciones que el Estado no puede eludir frente a este tipo de crímenes. La fuente internacional aporta principios y estándares que dotan de un nuevo marco conceptual a las discusiones jurídicas, en varias cuestiones medulares para la marcha de los procesos, tales como la validez de las amnistías de los crímenes internacionales; el alcance de la garantía de cosa juzgada, la imprescriptibilidad de los delitos. Es imposible examinar estos temas sin considerar el impacto de los desarrollos legales mencionados en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales federales.

Si bien el proceso de internacionalización del derecho que comentamos afectó principalmente al derecho público, es posible anticipar su expansión gradual a nuevos campos jurídicos, tales como el derecho laboral, el derecho civil, o el derecho procesal. El reconocimiento de

⁹ “Incidente de apelación de Simón, Julio” (causa n° 17.889), Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala 2; “Videla, Jorge Rafael s/incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada”, Corte Suprema de Justicia, 21/8/2003; “Hagelin, Ragnar Erland s/recurso art. 445 bis C.J.M.”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV.

derechos fundamentales de base constitucional e internacional en el ámbito del trabajo y la familia, como el de igualdad y no discriminación, es relativamente reciente y aún no se agotaron los efectos directos que tal reconocimiento puede producir en la lógica que rige la regulación legal en estos espacios. De igual modo, el reconocimiento del derecho al debido proceso o a un recurso judicial efectivo da cuenta de la dificultad y limitación del sistema tradicional de acción judicial para abordar casos de afectaciones de carácter colectivo. Algunos de los debates doctrinarios y de los cambios jurisprudenciales que ilustra este libro exponen los conflictos originados al intentar cuestionar algunos tradicionales paradigmas jurídicos.

III. Un tema específico vinculado con este proceso complejo de transformaciones institucionales ha sido el impacto del derecho internacional de los derechos humanos sobre la organización federal. Aun no se ha estudiado en profundidad en qué medida este proceso de internacionalización del derecho público, y de inserción del Estado en instancias internacionales que ejercen incidencia política sobre los espacios de decisión nacional, obliga a revisar o a replantear la dinámica tradicional de la organización federal en nuestro país. No sólo en el plano normativo de distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias en ciertas áreas temáticas relevantes, sino también en el plano de la coordinación intergubernamental, donde actúan o debieran actuar mecanismos institucionales de articulación entre estas diferentes instancias.

En este punto es importante marcar que el derecho internacional como regla no obliga al Estado a adoptar una determinada forma de organización política, ni de gobierno, pero al mismo tiempo impone a los Estados federales la obligación de actuar en la órbita internacional y de responder por las violaciones de esas obligaciones en el ámbito interno, cualquiera sea el agente estatal que las haya causado, incluso si han sido causadas por una autoridad provincial sobre la que no ejerce competencias directas. En cierta medida, al derecho internacional de los derechos humanos le es indiferente la organización federal. Siempre es el Estado federal el que responde en sede internacional, aun cuando las violaciones a los derechos humanos se originen en actos de los poderes públicos de las provincias. Así, el Estado federal ha sido demandado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, por prácticas de tortura y ejecuciones sumarias desarrolladas por policías provinciales. También lo ha sido por la situación de superpoblación y el trato inhumano en las cárceles de algunas provincias.

Existe sin embargo una discusión compleja sobre el alcance de esas obligaciones. Los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución tienen normas distintas en ese sentido. Los dos grandes pactos de Naciones Unidas, de derechos civiles y políticos y de derechos económi-

introducción

cos, sociales y culturales, contienen la denominada “cláusula territorial” que establece directamente que el tratado es aplicable en todo el territorio del Estado, sin ningún tipo de limitación relativa a la forma de organización federal. La Convención Americana, sin embargo, contiene una cláusula diferente. Su artículo 28 contiene una “cláusula federal” que, en cierta medida, puede ser leída como una forma de morigerar o de delimitar el alcance de esta obligación del Estado federal. Básicamente el artículo 28 establece que el Estado federal tiene la obligación de aplicar directamente el tratado en el campo que es de su competencia directa, y la obligación de adoptar medidas para que los Estados provinciales cumplan el tratado en sus propia órbita de competencia. Más allá de que esta regla puede ser interpretada como disímil a la “cláusula territorial” de los pactos internacionales, la Corte Interamericana ha leído el artículo 28 en un sentido similar, equiparándolas. La Corte Interamericana ha sostenido que la obligación de activar la intervención provincial debe ser considerada junto con las obligaciones generales de respeto y de garantía de cumplimiento del tratado que asume el propio Estado nacional. De ese modo, se entiende que el Estado federal tiene no sólo el deber de respetar esas obligaciones, sino también de adoptar medidas positivas para hacerlas cumplir. Eso implica adoptar medidas positivas para hacer cumplir el tratado aun cuando el responsable directo de una obligación o el responsable directo de una violación del tratado sea un estado provincial.

Se trata sin duda de un principio con indudable impacto en la visión tradicional de la organización federal argentina. Podría en cierta medida afirmarse que la incorporación del derecho internacional en el ámbito interno no desplaza las competencias de las provincias, sino que las preserva. Las provincias mantienen su obligación de aplicar tanto la Constitución nacional como los tratados de derechos humanos, en sus propios ámbitos de competencia, por sus propias instancias estatales. Sin embargo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en especial la jurisprudencia internacional que lo lee e interpreta, agrega un nuevo actor en esa obligación: el Estado federal. Así, el Estado nacional tiene un rol de garante final en el cumplimiento de esas obligaciones, aun en casos que resulten de competencia directa de las provincias. Se trata en definitiva de una obligación de garantía cuyo alcance aún no ha sido definido de manera clara pero que, a simple vista, ubica a las tres instancias del Estado nacional en una posición de fiador final, con el deber de activar esa garantía de protección de los derechos, si el deudor principal no cumple debidamente. No se trata en consecuencia de un fiador o garante pasivo o expectante, sino que obliga a las autoridades federales a tomar acciones afirmativas, adoptar medidas efectivas para que las provincias cumplan con las obligaciones internacionales.

Esta definición de un rol de garantía frente a los estados provinciales puede advertirse en las recomendaciones que le realizan al Estado nacional

los diversos órganos y comités de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, y muchas veces de la Comisión Interamericana o de la propia Corte Interamericana. En relación con la Argentina y con otros Estados con organización federal, se plantea la obligación de los Estados nacionales de cooperar y coordinar eficazmente con los estados provinciales en la aplicación del pacto; establecer mecanismos adecuados entre los niveles federales y provinciales; adoptar medidas para garantizar que las autoridades provinciales cumplan con el tratado; garantizar que el Estado federal cuente con suficientes medios y recursos para asegurar que las provincias respeten y cumplan con el tratado; preservar en los Estados federales facultades necesarias para hacer cumplir a las provincias con esos tratados.

El verdadero impacto de estas recomendaciones sobre el sistema institucional argentino no ha sido debidamente considerado. El lenguaje empleado por las recomendaciones internacionales muchas veces obliga al Estado a un nivel de injerencia en asuntos internos de las provincias, que podría entrar en contradicción con la concepción tradicional de la autonomía provincial. Al mismo tiempo es interesante observar que muchos órganos de Naciones Unidas, como por ejemplo el Comité Contra la Tortura, han expresado su preocupación porque la organización federal del Estado argentino le asigna a las provincias competencia en áreas clave, por ejemplo, la administración de justicia y esto puede implicar en los hechos, la imposibilidad de aplicar el tratado –en el caso la Convención contra la Tortura– en todo el territorio nacional de manera más o menos uniforme, lo que podría hacer incurrir al Estado en violación del principio de igualdad ante la ley.

En el informe del año 2004, el Comité Contra la Tortura estableció, por ejemplo, la obligación del Estado nacional de garantizar que la Convención contra la tortura sea acatada en las provincias, con el objetivo de velar por su aplicación uniforme y recordó que la responsabilidad internacional incumbe al Estado nacional aún por las violaciones que cometan las provincias argentinas. En el informe se examina la existencia de prácticas reiteradas de tortura por la Policía y por los Servicios Penitenciarios de varias provincias argentinas, y entre ellas la provincia de Buenos Aires. El Comité establece, en relación con la provincia de Buenos Aires, que el Estado nacional tiene la obligación de garantizar que en la Provincia rija la prohibición de detención de personas menores de edad en dependencias policiales, así como la prohibición de detención de personas menores de edad por motivos asistenciales. Este tipo de recomendaciones nos conduce el núcleo del problema, apenas se advierte que las normas que fijan facultades de detención policial y la regulación procesal, son cuestiones que integran la competencia provincial. El Comité establece que en la medida en que puede haber violaciones de un tratado internacional hay una responsabilidad del Estado federal, aun cuando la competencia directa en el problema sea de la Provincia.

Introducción

El Estado federal tiene la obligación de garantizar que la provincia cumpla con esos principios emanados del tratado si quiere evitar incurrir en responsabilidad internacional, honrar sus compromisos y asegurar sus objetivos de política exterior en el campo de los derechos humanos, aun cuando se trate de la aplicación de esos principios en temas que resultan de competencias provincial, o cuando se trate de materias propias del ámbito de autonomía de las provincias.

El problema no se circunscribe a la responsabilidad internacional del Estado federal ante los órganos de protección creados por los tratados. También ha incidido en la imposición de competencias al Estado federal por tribunales nacionales que partieron de la interpretación de las normas internacionales y del objetivo de evitar la eventual responsabilidad internacional del Estado en ciertos casos. El problema es que, en algunos casos, se ha impuesto un rol de garante final en asuntos en los que el Estado nacional no siempre tiene la posibilidad de definir políticas públicas que obliguen directamente a las provincias, por ejemplo la salud pública o las políticas sociales.

No está claro todavía cuáles serían las vías institucionales por las cuales el Estado podría hacer valer esas garantías, sobre todo para evitar que las violaciones de derechos se consumen, más allá de la revisión de un caso por el Máximo tribunal federal antes de que pueda ser planteado en una instancia internacional.

¿Cuáles serían las vías institucionales a través de las cuales el Estado nacional podría actuar para prevenir esas violaciones o para obligar a las provincias a actuar antes que se produzcan? ¿Cómo podría garantizar remedios judiciales federales antes de incurrir en responsabilidad internacional? Es posible que en este tipo de situaciones los recursos idóneos y efectivos sean aquellos de índole cautelar o los que facilitan el acceso a mecanismos de reparación urgente.

En ocasiones parece más sencillo para las víctimas de violaciones acceder a medidas cautelares o provisionales del sistema interamericano que a mecanismos cautelares de índole federal frente a la acción de autoridades públicas provinciales. Esto conduce a una paradoja del sistema. Es más fácil recurrir por vías cautelares a Washington y a Costa Rica que llegar a Buenos Aires o activar la jurisdicción federal en las provincias. En un caso sobre condiciones de detención en una cárcel de la provincia de Mendoza, la Corte Suprema tomó intervención luego de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitiera numerosas decisiones en el marco de un procedimiento de medidas provisionales. Si bien la decisión de la Corte Suprema es loable y ratifica su compromiso con la vigencia plena del sistema interamericano, el desarrollo del proceso evidencia una clara anomalía institucional. El orden de las intervenciones debería haber sido el inverso, de modo de preservar el rol subsidiario de la protección internacional frente a los mecanismos de tutela judicial domésticos. Estos

mecanismos, a su vez, para resultar efectivos, deberían prever vías de acción de la jurisdicción federal previas a que el litigio se dirima en ámbitos internacionales.

Es posible que este tipo de conflictos deba conducir a examinar la fijación por el Congreso nacional de un mínimo de garantías procesales de naturaleza federal basadas en la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos que prevalezcan por sobre la competencia de las provincias para fijar códigos de procedimientos y sus propios sistemas de administración de justicia. También es posible que este tipo de conflictos requiera crear remedios judiciales federales de urgencia para prevenir y reparar graves violaciones de derechos humanos en el territorio de las provincias. Como se examina en este libro la aplicación de los tratados de derechos humanos ha implicado ya extender el contenido de la materia federal para habilitar la revisión por la Corte Suprema de decisiones de tribunales provinciales. Sin embargo es obvio que el recurso extraordinario no es el remedio judicial idóneo y efectivo para los casos de violaciones de derechos humanos que mencionamos.

IV. Por último, la inserción plena del país en un orden internacional de derechos humanos obliga también a redefinir la organización y la distribución de competencias al interior de la administración pública nacional y provincial. Sin dudas una primera necesidad surge del litigio de casos de derechos humanos ante instancias internacionales, pues es muy común que ciertas cuestiones que son tradicionalmente consideradas como asuntos internos se conviertan en materia de la política exterior del Estado, a partir de la intervención de un órgano de protección internacional. Pese al notable desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y de los avances en su implementación doméstica, no se han creado aun mecanismos idóneos de coordinación al interior del Estado nacional, entre las distintas instancias o ministerios que pueden estar afectados o concernidos en un conflicto, y mucho menos instancias de coordinación entre el Estado nacional y las provincias, a fin de responder a un litigio ante un tribunal internacional que involucra a esas provincias. Es importante mencionar que en el marco de los casos ante instancias internacionales se suelen imponer al Estado o éste suele asumir en el marco de procesos de negociación o “solución amistosa” del conflicto, obligaciones de adoptar cambios en la legislación provincial, o nuevas políticas públicas que deben ser implementadas por las Provincias, por ejemplo en materia de reformas policiales, judiciales o carcelarias.

En efecto, en muchos casos las definiciones de políticas públicas debieron ser articuladas con la lógica y los objetivos de la política exterior, a fin de evitar que el país incurriera en responsabilidad internacional por la violación de los tratados y compromisos asumidos. Ello condujo a la nece-

Introducción

sidad de coordinación entre la Cancillería y otros Ministerios e incluso autoridades legislativas y judiciales. También, como dijimos, obligó en ocasiones a una mayor articulación de las políticas nacionales con las provincias en temas de derechos humanos. En tal sentido, la plena participación del país en el sistema interamericano, por ejemplo, obligó en el marco de los procesos contenciosos a diseñar e implementar políticas y reformas institucionales. Así, el país se obligó a derogar las normas sobre desacato que afectaban la libertad de expresión y de prensa¹⁰, procedió a conmutar penas a los condenados por la toma del cuartel de La Tablada porque no se respetaron sus garantías procesales¹¹, asumió el compromiso de apoyar la tramitación de causas por derecho a la verdad de las víctimas del terrorismo de estado en los tribunales federales¹², autorizó la presencia de un veedor internacional en el juicio oral de la causa AMIA¹³, creó un mecanismo de acceso de las víctimas a los sumarios administrativos instruidos contra los policías bonaerenses implicados en casos de violencia y abusos¹⁴. También asumió el compromiso de derogar la ley de migraciones de la dictadura y agilizar los trámites de radicación de extranjeros¹⁵, de mejorar el sistema de pagos de deudas previsionales atrasadas¹⁶; de reformar el código de justicia militar garantizando el derecho de defensa¹⁷; de adecuar la legislación sobre detención de menores de edad a estándares internacionales¹⁸, entre otros temas.

Casi todos los procedimientos de coordinación intergubernamental y de articulación entre el gobierno nacional y las provincias se han basado en respuestas *ad hoc*, caso por caso, sin lograr establecer una práctica uni-

¹⁰ “Horacio Verbitsky”, Caso n° 12.128, Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹¹ “Juan Carlos Abella y Otros”, Caso n° 11.137, Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹² “Carmen Aguiar de Lapacó”, Caso n° 12.05, Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹³ “Asociación Mutual Israelita (AMIA)”, Caso n° 12.204, Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁴ “Sergio Andrés Schiavini y María T. Schrack de Schiavino”, Caso n° 12.080, Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁵ “Juan Carlos De La Torre”, Caso n° 12.306, Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁶ “Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros”, Caso n° 11.670, Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁷ “Rodolfo Correa Belisle”, Caso n° 11.758, Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁸ “Walter D. Bulacio”, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

forme y afianzar una regla que permita saber, a todas las instancias del Estado y a los ciudadanos que llevan casos ante el sistema interamericano, a qué atenerse en términos de responsabilidades, muchas veces exclusivas, muchas veces compartidas entre el Estado nacional y las provincias.

Este tipo de dificultades cotidianas en el proceso de implementación de los tratados de derechos humanos y de las decisiones de los órganos de protección internacional, deberían promover una agenda de discusión política. ¿Es necesario crear un mecanismo institucional más adecuado para la implementación de decisiones? ¿Cómo puede el Estado nacional cumplir con esos compromisos sin afectar la autonomía de las provincias? ¿Es necesario repensar la distribución de competencias federales? ¿Es posible pensar en extender un campo de cuestiones federales basadas en las obligaciones de los tratados de derechos humanos que morigeren los límites tradicionales de la autonomía provincial? ¿Cuáles son las dificultades políticas o institucionales para alcanzar esta posible transformación? ¿Qué tipo de intereses provinciales podrían ser afectados por estos cambios? ¿Cuáles son las instancias gubernamentales más adecuadas para promover esas discusiones institucionales? ¿Cuál ha sido y podría ser el rol del Poder Ejecutivo, del Congreso y de la Justicia federal en estas discusiones?

V. Este libro pretende aportar algunos insumos a estos debates indispensables. La obra que presentamos constituye una continuación del libro *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, compilado por Martín Abregú y Christian Courtis en 1997. En la elaboración y edición de aquel libro, el CELS buscaba presentar y sistematizar los principios que debían guiar la implementación local de los tratados de derechos humanos recientemente incorporados a la Constitución Nacional, y promover discusiones jurídicas esenciales para difundir esos principios en el ámbito académico y judicial. Aquella obra tuvo un impacto indudable en los primeros años de vida de la nueva cláusula constitucional. Sus artículos, muchos polémicos, contribuyeron a dotar de un marco conceptual más sólido y claro el trabajo de los abogados, los juristas y los operadores judiciales, que comenzaban a transitar por el derecho internacional de los derechos humanos.

La actual publicación se beneficia de los importantes desarrollos producidos por la doctrina y la jurisprudencia argentina e internacional desde entonces. Luego de más de una década de aplicación de la nueva normativa es posible realizar un balance crítico de la recepción del derecho internacional por los tribunales argentinos. Al mismo tiempo, es posible profundizar el debate sobre las transformaciones y los ajustes institucionales que se requieren para dar cumplimiento al nuevo marco constitucional y para afirmar el compromiso de plena inserción del país en la comunidad internacional de derechos humanos.

introducción

También es posible reorientar la mirada de los juristas más allá de las fronteras rígidas del ambiente judicial, para establecer algunos principios elementales que deberían guiar la implementación de estos tratados en la legislación y en las políticas de gobierno.

Esta cuestión, que atraviesa la mayoría de las contribuciones del libro, es ciertamente novedosa, y apunta a fijar como señalábamos una agenda de discusión política. Es indudable que el reconocimiento de derechos en la Constitución no siempre implicó mejoras en la ciudadanía, e incluso en el período que analizamos, fue la contra cara irónica de serios retrocesos institucionales. Colocar el eje del debate en la implementación de los tratados de derechos humanos en la legislación y en la acción de gobierno, apunta a trazar puentes entre derechos y políticas, de modo de asumir las tareas pendientes del programa constitucional.

Parte I

Aspectos generales

Capítulo I

Relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho argentino

Implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los sistemas federales. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina

Ariel E. Dulitzky

I. Introducción

La estructura federal de diversos Estados de nuestro continente¹ repercute interna e internacionalmente a la hora de cumplir los deberes establecidos en las normas internacionales de derechos humanos. No son pocas las ocasiones en que el gobierno federal se encuentra en la situación embarazosa de tener que responder a denuncias internacionales por faltas cometidas por sus Estados federados y de las que las autoridades centrales no comparten y de hecho condenan². La circunstancia de que los

¹ Además de Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, México y Venezuela. Ver entre otros, Fernández Segado, *El federalismo en América Latina*, UNAM/Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 2003. La Comisión, al analizar en un caso concreto las obligaciones que surgen de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre para un Estado con estructura federal, consideró pertinente analizar la regulación específica que sobre tal materia –el derecho a elegir representantes al Poder Legislativo Federal por parte de los residentes de la ciudad donde se asienta el gobierno federal– existía en el resto de los países federales del continente americano. Ver Informe 98/03, caso 11.204, Fondo, Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos, 29 de diciembre de 2003, párr. 108. Se ha sostenido que “varios de los más importantes miembros de la comunidad moderna de naciones” son Estados federales. Henkin, Pugh, Schachter y Smit, *International Law*, 1993, p. 433.

² Konder Comparato, Fabio, *A proteção a os direitos humanos e a organização federal de competências*, en *A Incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, IIDH/CICR/ACNUR/CE, 1996, p. 281. Un ejemplo categórico de esta situación se produjo en el caso “Toomen” contra Australia ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En dicho caso, se cuestionaba dos disposiciones del Código Penal de Tasmania por las que se consideran delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres, incluida cualquier forma de contacto sexual entre hombres homosexuales adultos, con su consentimiento y en privado. El gobierno federal australiano concordó con el señor Toomen en que éste último había sido víctima de injerencia arbitraria en su vida privada e incluso que podría ser víctima de discriminación y claramente indicó que no compartía los razonamientos de las autoridades de Tasmania. En

agentes públicos de violaciones a los derechos humanos dependan de los gobiernos locales y no del federal dificulta el cumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales³.

También resulta cierto que varios países han intentado ampararse en su estructura federal para limitar los efectos internos de la ratificación de tratados de derechos humanos⁴ o para restringir el alcance de su responsabilidad internacional⁵. También autoridades locales han pretendido

su respuesta al Comité de Derechos Humanos, el gobierno australiano acompañó las respuestas producidas por el gobierno de Tasmania. Ver Comité de Derechos Humanos, "Nicholas Toomen v. Australia", Comunicación 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), en particular párrs. 6.1 y siguientes.

³ CIDH, Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil, 1997, p. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 septiembre 1997, original: portugués, capítulo 5. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha tomado en cuenta que la estructura federal de diversos Estados dificulta, afecta u obstaculiza el cumplimiento cabal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ver Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Bélgica, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.3 (1992), párr. 4 (toma nota de las dificultades principales con que se enfrenta Bélgica, a saber, el carácter centrífugo del federalismo belga); Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Suiza, U.N. Doc. CCPR/CO/73/CH (2001), párr. 6 (preocupa al Comité que la aplicación de las obligaciones del Estado Parte en virtud del Pacto en todas las partes de su territorio pueda verse dificultada por la estructura federal del Estado Parte).

⁴ Quizá el ejemplo más claro es la declaración que el gobierno de Estados Unidos de América acompañó al momento de ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice: "Los Estados Unidos entienden que este Pacto será aplicado por el gobierno federal en la medida en que tenga atribuciones legislativas y judiciales en las materias de que se trata; en los demás casos será aplicado por las administraciones estatales y locales; en la medida en que las administraciones estatales y locales tengan atribuciones sobre esas materias, el gobierno federal tomará las medidas adecuadas según el sistema federal para que las autoridades competentes de las administraciones estatales o locales puedan tomar las medidas procedentes para el cumplimiento del Pacto"; Roth, Brad R., *Understanding the "Understanding": Federalism Constraints on Human Rights Implementation*, 47 Wayne L. Rev. 891. De hecho se ha sostenido que por los límites que le impone la estructura federal a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia, es probable que serán muy limitados los tratados de derechos humanos que ratifique Estados Unidos; Tushnet, Mark, *Federalism and International Human Rights in the New Constitutional Order*, 47 Wayne L. Rev. 841, p. 869. Claro que ésta es una limitación legal, que no obsta otras consideraciones políticas o ideológicas que llevan al gobierno de dicho país a no ratificar otros tratados de derechos humanos, incluida la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵ Por ejemplo, en el caso "Garrido-Baigorria" ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Argentina "acepta las consecuencias jurídicas de los hechos (...) a la luz del artículo 28, párrafos 1 y 2, de la Convención...", en un aparente intento de limitar los alcances de la responsabilidad del Estado. Solamente, ante un cuestionamiento de los representantes de las víctimas acerca del alcance de la misma, el gobierno reconoció *in toto* su responsabilidad; Corte IDH, caso "Garrido y Baigorria", Sentencia de 2 de febrero de 1996, párr. 24 y 25.

desatenderse de sus obligaciones argumentando que los tratados han sido ratificados por el gobierno federal y no por el estatal⁶. Por supuesto que no puede excluirse que existan circunstancias en las que la estructura federal permite que la protección de los derechos humanos sea mayor a nivel local que a nivel federal⁷.

El alcance de las obligaciones internacionales de un Estado con estructura federal debe definirse claramente a fin de no restringir o limitar indebidamente la protección internacional para los habitantes de Estados con estructura federal así como para evitar que los órganos internacionales condicionen o impidan el armónico funcionamiento de la distribución de los poderes hacia el interior de las federaciones⁸.

En cuanto al supuesto de impedir la limitación de la vigencia de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁶ Por ejemplo, ver nota del consejero general del gobernador de Texas al Departamento de Estado de los Estados Unidos (argumentando que dado que el Estado de Texas no es signatario de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, es inapropiado solicitarle a Texas que determine si ha habido una violación de tal Convención); June 16, 1997, letter of Alberto Gonzales, General Counsel to Texas Governor George W. Bush, to Michael, Matheson. La situación se originó por el proceso que condujo a la imposición de la pena de muerte a Irineo Tristán Montoya, ciudadano mexicano sin que se le haya notificado su derecho a comunicarse con el cónsul de su país, de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Dos días después de esta carta, Irineo Tristán Montoya fue ejecutado en cumplimiento de la condena impuesta. El 9 de julio de 1997, el Departamento de Estado de los Estados Unidos hizo pública su “más profunda disculpa” por la falta de las autoridades competentes de informar al señor Montoya que podía contactar a las autoridades consulares mexicanas. Ver Informe del relator especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias. Question of the Violation of Human Rights and Fundamental Freedoms in any part of the World, with particular reference to Colonial and Other Dependent Countries and Territories, Extrajudicial, summary or arbitrary executions, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission resolution 1997/61, Addendum, Mission to the United States of America/CN.4/1998/68/Add.3.

⁷ Ver, por ejemplo, Brennan Jr., William, *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, 90 Harv. L. Rev. 489 (1977), y Howard, Dick, *Protecting Human Rights in a Federal System*, en Tushnet, Mark (ed.), *Comparative Constitutional Federalism, Europe and America* (1990), p. 114.

⁸ En el caso de Argentina ver ,entre otros, los arts. 121-129 (sobre gobiernos de provincia), 4-13 (declaraciones, principios y garantías), 75 (sobre atribuciones del Congreso Nacional), 99 (sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, 117 (sobre atribuciones del Poder Judicial de la Nación) de la Constitución. En particular ver: “Artículo 121: las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por actos especiales al tiempo de su incorporación”; y “artículo 126: las provincias no ejercen el poder delegado a la nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político”.

(en adelante, la Convención o la Convención Americana) debido a la estructura federal del Estado en cuestión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión Interamericana, la Comisión o la CIDH) ha señalado en un informe, que

“no puede dejar de expresar su preocupación por la falta de cumplimiento, por parte del Estado (...), de muchas obligaciones contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos en razón de que los Estados miembros o entidades estatales que forman parte de la República Federativa ejercen jurisdicción y tienen competencia respecto a delitos cometidos en sus respectivos territorios. El denominado ‘principio federativo’, de acuerdo con el cual los Estados individuales gozan de autonomía, ha sido usado frecuentemente como explicación para impedir la investigación y determinación de los responsables de violaciones –muchas veces graves– de derechos humanos y ha contribuido a acentuar la impunidad de los autores de tales violaciones”⁹.

Con relación al segundo problema, es decir, la posibilidad de que organismos internacionales de protección de los derechos humanos puedan afectar la estructura federal de un Estado, la CIDH encontró un caso en que un Estado federal había violado sus obligaciones internacionales por permitir que la determinación de si los homicidios merecían la pena de muerte quedase en manos de cada Estado de la Unión y no del gobierno federal¹⁰. En muchos países federales, las disposiciones en materia penal son eminentemente una facultad de los gobiernos locales y no del gobierno central¹¹. Una afirmación tan categórica como la formulada por

⁹ CIDH, Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil, 1997, p. 14, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 septiembre 1997, original: portugués.

¹⁰ CIDH, caso 9.647, Estados Unidos, Resolución 3/87, párr. 63, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987 OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, 22 septiembre 1987. Un caso políticamente sensible que ha debido resolver es aquel en el que se alegaba la violación de los derechos de los residentes del Distrito de Columbia en Estados Unidos, que de acuerdo con la Constitución de dicho país no pueden votar, en tanto y en cuanto residen en la ciudad capital y asiento del gobierno federal y los redactores originales de la Constitución temían que otorgarles la posibilidad de voto podría crear desequilibrios e influencias indebidas en el gobierno federal. Ver Informe 98/03, caso 11.204, Fondo, Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos, 29 de diciembre de 2003, párr. 100.

¹¹ No es el caso de Argentina. Ver art. 75, inc. 12 corresponde al Congreso: dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre

la CIDH obligaría a muchos Estados federales a modificar esta distribución constitucional de competencias¹².

La Convención Americana sobre Derechos Humanos indica en su Preámbulo que se requiere una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. Es decir, que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos es subsidiario no solamente en el sentido que deben agotarse los recursos internos antes de acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³, sino principalmente en que los derechos humanos deben ser disfrutados en principio sin necesidad de acudir continuamente a los mecanismos regionales de protección¹⁴.

En el caso de Argentina, existen, sin embargo, múltiples problemas estructurales o coyunturales relativos a la vigencia, respeto y garantía de los derechos que se producen a nivel provincial. Por eso no sorprende que los órganos del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos hayan debido prestar especial atención a esta situación ya sea a través de casos individuales o visitas a la Argentina. La Comisión Interamericana realizó varias visitas de trabajo al país en los últimos años para analizar la situación de los derechos humanos en distintas provincias argentinas o para tratar casos concretos relativos a dichas provincias. Así en el año 2002, la CIDH visitó Neuquén, Río Negro y Salta¹⁵, en el año

bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

¹² Precisamente esta preocupación ha llevado a muchos defensores del federalismo a mirar con suspicacia y con cuidado la plena implementación de los tratados de derechos humanos para evitar expandir el poder del gobierno central. Ver, Vergonis, Christian, *The Federalism Implications of International Human Rights Law. The Federalist Society for Law and Public Policy Studies*, 2003, en [www.fed-soc.org/Intllaw%20AmerSov/Int%27%20\(final\)%20vergonis.pdf](http://www.fed-soc.org/Intllaw%20AmerSov/Int%27%20(final)%20vergonis.pdf), visitado por última vez el 8 de abril de 2005.

¹³ La determinación de los recursos que deben agotarse en el caso de Estados federales tampoco está desprovista de ciertas dificultades jurídicas. Ver Tinoco Castro, Luis Demetrio, *El agotamiento de los recursos internos en los Estados federales*, en *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, ps. 230 y siguientes.

¹⁴ Medina, Cecilia, *Introduction to the Symposium: Toward Effectiveness en Protection of Human Rights in the Americas, Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 8, 1998, p. 338. Ver asimismo, Stefan Oeter, que argumenta que en Alemania, dado que el nivel de protección federal y en los *Länder* generalmente es mayor que el otorgado en los instrumentos internacionales no existen razones prácticas para acudir al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Oeter, Stefan, *International Human Rights and National Sovereignty in Federal Systems: The German Experience*, 47 *Wayne L. Rev.* 871, p. 884.

¹⁵ Ver Comunicado de Prensa 33-02, Comisión Interamericana concluye visita a la República Argentina.

2003, la Comisión visitó Santiago del Estero¹⁶ y en el año 2004 realizó una visita a Mendoza. Asimismo, la Comisión ha tenido que considerar múltiples casos relativos a actuaciones de distintas autoridades provinciales. En los últimos años, la CIDH ha declarado admisibles casos relativos a acciones u omisiones de agentes de las provincias de Santa Fe¹⁷, Buenos Aires¹⁸, Chaco¹⁹ y Mendoza²⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o la Corte Interamericana) también ha tenido oportunidad de resolver casos que ocurrieron o tuvieron su origen en alguna provincia. El Tribunal ha decidido un caso relativo a las actuaciones de las autoridades de Mendoza y otro que tuvo su origen en la provincia de Santiago del Estero²¹. Recientemente, la Corte ha adoptado medidas provisionales con relación a la situación en las penitenciarías de la provincia de Mendoza²².

Los órganos de Naciones Unidas también se han pronunciado sobre la situación de los derechos humanos en las provincias y los problemas que genera la estructura federal argentina²³. El Comité contra la Tortura

¹⁶ Ver Comunicado de Prensa 23-03, Visita de Trabajo de la CIDH a la República Argentina.

¹⁷ CIDH, Informe 4/04, caso 12.324, Admisibilidad, Rubén Luis Godoy, Argentina, 24 de febrero de 2004; Informe 2/017, caso 11.306, Admisibilidad, José Eduardo Acursó, Argentina, 20 de febrero de 2003.

¹⁸ CIDH, Informe 1/03, caso 12.221, Admisibilidad, Jorge Omar Gutiérrez, Argentina, 20 de febrero de 2003; Informe 51/03, caso 11.819, Admisibilidad, Christian Daniel Domínguez Domenichetti, Argentina, 24 de octubre de 2003; Informe 72/03, caso 12.159, Admisibilidad, Gabriel Egisto Santillán, Argentina, 22 de octubre 2003; Informe 5/02, caso 12.080, Admisibilidad, Sergio Schiavini y María Teresa Schnack de Schiavini, Argentina, 27 de febrero de 2002.

¹⁹ CIDH, Informe 72/01, caso 11.804, Juan Ángel Greco, Argentina, 10 de octubre de 2001; Informe 91/03 y ver asimismo caso 11.804, Solución Amistosa, Juan Ángel Greco, Argentina, 22 de octubre de 2003.

²⁰ CIDH, Informe 91/00, caso n° 11.796, Mario Gómez Yardez, Argentina, 10 de octubre de 2000.

²¹ Corte IDH, caso "Garrido y Baigorria", Reparaciones (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39 y Corte IDH, caso "Cantos", Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C, N° 97.

²² Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 2004, Solicitud de Medidas Provisionales Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la República de Argentina, caso "Penitenciarías de Mendoza".

²³ Ver, por ejemplo, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (la estructura federal del Estado complica la armonización de la normativa legal con las obligaciones internacionales asumidas por el país y el Grupo de Trabajo no quedó convencido de que

expresó su preocupación por la no-implementación uniforme de la Convención contra la Tortura en las diferentes provincias y la ausencia de mecanismos para federalizar las disposiciones de la Convención²⁴. El Comité de Derechos Humanos observó que el sistema federal de gobierno confiere a las provincias autoridad en sectores críticos, como la administración de justicia, con el resultado de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se aplica de manera uniforme en las diferentes regiones del territorio del país²⁵. El Comité de los Derechos de los Niños notó que la legislación provincial generalmente no cumple con las provisiones y principios de la Convención de los Derechos de los Niños²⁶. Esta situación también ha concitado la atención de varias organizaciones tanto nacionales²⁷ como internacionales²⁸.

el gobierno federal disponga de los suficientes medios y recursos para asegurar que en todas las provincias se respeten, en la legislación provincial y en la práctica, las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Argentina). Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y de la detención, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Adición, Visita a Argentina (22 de septiembre-2 de octubre de 2003), E/CN.4/2004/3/Add.3, Anexo, párr. 14.c.

²⁴ Comité contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones: Argentina, 10/12/2004, CAT/C/CR/33/1.

²⁵ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Argentina, 3/11/2000, CCPR/CO/70/ARG, párr. 8.

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Argentina, 09/10/2002, CRC/C/15/Add.187, párr. 15. En este mismo informe, el Comité expresó preocupación por la situación de los niños en distintas provincias. Ver párrs. 36, 44, 46, 48 y 50.

²⁷ El Centro de Estudios Legales y Sociales ha venido documentado, al menos de manera fragmentaria, los problemas en materia de derechos humanos que se viven en distintas provincias argentinas. Ver, por ejemplo, CELS, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina 2002*, capítulo II, sin justicia en las provincias (describiendo lo que denomina "descalabro" que padecen varias de las justicias provinciales); Situación de niños, niñas y adolescentes privados de libertad en la provincia de Buenos Aires (2003); la serie estadística de cumplimiento de la ley por las instituciones de seguridad.

²⁸ Ver, por ejemplo, Amnistía Internacional (citando informes sobre torturas y malos tratos infligidos a menores en comisarías de policía en Santiago del Estero, Mendoza y Buenos Aires). Informe 2004 de Amnistía Internacional; Freedom House (la policía de la provincia de Buenos Aires ha estado involucrada en narcotráfico y extorsiones. Detenciones arbitrarias y abusos por parte de la policía son raramente sancionados por los tribunales debido a la intimidación a testigos y jueces, particularmente en la provincia de Buenos Aires), Informe de Freedom House, Freedom in the World 2004 y Human Rights Watch (el maltrato y tortura en contra de los detenidos en la provincia de Buenos Aires es sistemático y la detención y el maltrato a niños en las comisarías de la provincia de Buenos Aires continúa siendo grave). Human Rights Watch, Informe Anual 2004.

De modo que parece clara la interrelación entre las obligaciones emanadas de los tratados de derechos humanos, su vigencia concreta y la estructura federal del país. Lo cierto es que las soluciones desde el punto de vista normativo, jurisprudencial y práctico varían tanto en el ámbito internacional como el doméstico de los Estados federales. En el presente artículo, realizaremos un análisis de las obligaciones internacionales de los Estados federales Parte de la Convención Americana. Nuestra propuesta es desentrañar el alcance de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en un Estado con estructura federal como Argentina. A más de diez años de la reforma constitucional de 1994 vale la pena, por ende, reflexionar sobre algunas de las implicaciones de la jerarquía constitucional otorgada a los instrumentos de derechos humanos mencionados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución²⁹ y en particular de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el aspecto relativo a la estructura federal del país. Dado que los instrumentos incluidos en el artículo 75, inciso 22, tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” debe analizarse cuáles son dichas condiciones en el ámbito de las provincias y en particular cuáles son las obligaciones que surgen para el gobierno federal y para las autoridades provinciales respectivas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el término “en las condiciones de su vigencia” significa “tal como la Convención (...) efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la jurisprudencia de la Corte Interamericana deba servir de guía para la

²⁹ Ver art. 75, inc. 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

interpretación de los preceptos convencionales”³⁰. La Corte Suprema también indicó en el caso “Bramajo” que “la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”³¹. Por lo tanto, en este artículo analizaremos especialmente los alcances de la Convención Americana en un Estado federal como la Argentina, particular pero no exclusivamente a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la práctica de la Comisión.

II. Obligaciones internacionales del Estado y federalismo

El derecho internacional general reconoce que los Estados son libres y soberanos para adoptar la forma de gobierno y de estado que estimen pertinente, sea federal, unitaria o cualquier otra³². Sin embargo, los mismos no pueden ampararse en su forma federal de gobierno o de estado para incumplir con sus obligaciones internacionales.

Es un principio generalmente aceptado en el derecho internacional, que todo lo relativo a la responsabilidad internacional del Estado se rige por el derecho internacional independientemente de lo que disponga el derecho interno. Así el artículo 3 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, presentado por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) en el año 2001³³, dispone que la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

Corolario de este principio y como señaló la CDI es que

“el Estado no puede alegar la conformidad de su comportamiento con las prescripciones de su derecho interno para impedir que se califique de ilícito ese comportamiento según el derecho internacional. El hecho de un Estado debe calificarse de internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obli-

³⁰ CSJN, “Giroldi”, *Fallos*: 318:514, párr. 11.

³¹ CSJN, “Bramajo”, *Fallos*: 318:240. No consideraremos en este trabajo los desarrollos jurisprudenciales posteriores de la Corte Suprema, en los que si bien no desconoció el valor de pauta de interpretación a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sí les restó fuerza obligatoria o vinculante para los jueces de la nación. Ver “Acosta”, *Fallos*: 321:3555, y “Felicetti”, *Fallos*: 323:4130.

³² Barberis, Julio A., *Los sujetos del derecho internacional actual*, p. 59.

³³ International Law Commission, Report on the work of its fifty-third session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement N° 10 (A/56/10).

gación internacional, aunque ese hecho no contravenga el derecho interno del Estado, ni siquiera en el caso en que, con arreglo a tal derecho, el Estado esté en realidad obligado a ese comportamiento”³⁴.

La conformidad con las disposiciones del derecho interno no excluye en absoluto que el comportamiento se califique de internacionalmente ilícito. Ni siquiera la Constitución de un Estado puede utilizarse para limitar el alcance de la responsabilidad internacional. La Corte Internacional de Justicia ha dicho que

“La conformidad con el derecho interno y la conformidad con las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que constituye violación de un tratado puede ser lícito en derecho interno y lo que es ilícito en derecho interno puede no entrañar violación alguna de las disposiciones de un tratado”³⁵.

Este principio encuentra su respaldo en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

“Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”³⁶.

De modo que el Estado no puede alegar las disposiciones o insuficiencias de su derecho interno como eximente de su responsabilidad internacional³⁷. La Corte Interamericana ha desechado la posibilidad de la invocación del derecho interno como limitante de la responsabilidad internacional del Estado indicando que ello obligaría al Tribunal a tener

“como primer parámetro de referencia la Constitución de un Estado y sólo subsidiariamente la Convención Americana [lo que] acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y fin de la Convención Americana”³⁸.

³⁴ Comentarios al Proyecto de artículos citado en nota anterior, p. 57.

³⁵ CIJ, *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, CIJ, Reports 1989, p. 51, párr. 73.

³⁶ El art. 46 de la Convención permite la alegación de disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, en determinadas circunstancias, por ejemplo cuando la violación de esas disposiciones “sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de [su] derecho interno”.

³⁷ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, p. 35.

³⁸ Corte IDH, caso “Constantine y otros”, Excepciones Preliminares, Sentencia de 1 de septiembre de 2001, párr. 84.

Una vez aclarado que la invocación del derecho interno no puede ser excusa para limitar o eliminar la responsabilidad internacional del Estado, es indispensable analizar que el comportamiento de que se trate pueda ser atribuido al Estado en cuestión. Nuevamente dicha determinación se realiza desde el derecho internacional. En principio, el Estado incurre en responsabilidad por cualquier comportamiento que sea incompatible con sus obligaciones internacionales, independientemente del nivel de administración o gobierno en que se produzca. En general, la estructura del Estado y las funciones de sus órganos no se rigen por el derecho internacional. Incumbe a cada Estado decidir soberanamente cómo estructurar su administración y qué funciones ha de asumir el gobierno y dentro del mismo las diferentes reparticiones. Pero al analizar la responsabilidad internacional, los actos u omisiones son atribuidos a un Estado como sujeto de derecho internacional y no como sujeto de derecho interno.

En derecho interno, por lo general el “Estado” se subdivide en una serie de entidades jurídicas distintas. Por ejemplo, los ministerios, los departamentos, las unidades integrantes de una federación, pueden tener una personalidad jurídica separada según el derecho interno, con cuentas separadas y responsabilidades separadas. Pero en derecho internacional, un Estado no puede eludir su responsabilidad internacional por un simple proceso de subdivisión interna. El Estado, como sujeto de derecho internacional, es considerado responsable del comportamiento de todos los órganos, servicios y funcionarios que forman parte de su organización y actúan en esa capacidad, independientemente de que tengan o no personalidad jurídica separada según el derecho interno³⁹. Claramente, el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional citado señala en su artículo 4, inciso 1, que

“se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.

El término “órgano del Estado” comprende todas las entidades individuales o colectivas que integran la organización del Estado y actúan en su nombre. Incluye tanto los órganos de toda entidad pública territorial comprendida en el Estado como los órganos de la administración central de ese Estado⁴⁰. No se limita pues a los órganos de la administración central,

³⁹ Comentarios al Proyecto de Artículos, ps. 66-67.

⁴⁰ Ídem, p. 68.

sino que se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel de la jerarquía, inclusive en el ámbito provincial o municipal⁴¹. La responsabilidad internacional del Estado se aplica por igual a los órganos de la administración central y a los de la administración regional o local. Desde el punto de vista del derecho internacional,

“no importa que la división territorial forme parte de un Estado federal o sea una región autónoma específica, y tampoco importa que el derecho interno del Estado confiera o no al Parlamento federal la facultad de obligar a la división territorial a atenerse a las obligaciones internacionales del Estado”⁴².

Múltiple jurisprudencia internacional, especialmente arbitral, considerada de carácter consuetudinario⁴³ establece la responsabilidad de los Estados federales por los actos y omisiones de las autoridades de las unidades de la federación⁴⁴. Incluso la responsabilidad internacional se extiende a las situaciones en que la ley doméstica no provee al Estado federal con elementos o instrumentos que le permitan obligar a los órganos competentes de las unidades cumplir con las obligaciones internacionales del gobierno central⁴⁵. La Corte Interamericana ha establecido expresamente, que

“según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”⁴⁶.

⁴¹ Ídem, p. 70. De hecho, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas analizó la responsabilidad del Estado que surgía por la actuación de sus municipios. Ver, por ejemplo, el caso Lindgren contra Suecia, donde se alegó discriminación debido a la diversidad de regímenes municipales de subsidios a escuelas privadas, “Lindgren y otros v. Sweden”, Comunicación 298/1988, U.N. Doc. CCPR/C/40/D/298/1988 (1990).

⁴² Ídem, p. 74.

⁴³ Barberis, ob. cit., p. 66, citando casos relativos a Estados Unidos de América, México y Venezuela.

⁴⁴ Ver, Brownlie, ob. cit, p. 449, donde cita entre otros Youmans claim (1926), RIAA iv.110; Mallén claim (1927), RIAA iv.173; Pellat claim (1929), RIAA v.534.

⁴⁵ Starke, J. G., *Introduction to International Law*, 10ª ed., Butterworths, p. 295.

⁴⁶ Corte IDH, caso “Garrido y Baigorria”, Reparaciones (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39, párr. 46. Ver asimismo, Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 7 de julio de 2004, Medidas Provisionales, Respecto de la República Federativa del Brasil, caso “Cárcel de Urso Branco”, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade.

En el presente caso de la Cárcel de Urso Branco, tampoco puede el Estado preten-

La Comisión Interamericana ha señalado en repetidas oportunidades que cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado responde en la esfera internacional por los actos cometidos por agentes de los Estados miembros de la federación⁴⁷. Consistente con esta interpretación ha señalado que la responsabilidad internacional por las violaciones de derechos humanos causadas por agentes del poder público independientemente de la entidad a la cual pertenezcan es imputable al Estado⁴⁸.

Esta concepción integral y abarcadora del Estado implica que tanto las autoridades centrales como las locales se encuentran bajo la obligación internacional de cumplir con las disposiciones de los tratados ratificados por el gobierno federal. Recientemente en el asunto “LaGrand”, la Corte Internacional de Justicia declaró

“que el Estado incurre en responsabilidad internacional por los actos de sus órganos y autoridades competentes, cualesquiera que sean; considerando que los Estados Unidos deben adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar que Walter LaGrand no sea ejecutado mientras no se haya dictado la resolución definitiva en este proceso; considerando que, según la información de que dispone el Tribunal, la aplicación de las medidas indicadas en la presente providencia cae dentro de la esfera de competencia del gobernador de Arizo-

der eximirse de responsabilidad internacional por violaciones de los derechos humanos (derechos a la vida y a la integridad personal de los reclusos) por razones de orden interno ligadas a su estructura federal. Al respecto, la Corte Interamericana, en su sentencia del 27 de agosto de 1998 en el caso “Garrido y Baigorria” (reparaciones), invocó una “jurisprudencia centenaria”, que hasta el presente no ha variado, en el sentido de que “un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional” (párr. 46). Y, en su célebre Opinión Consultiva 16, (El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, del 1 de octubre de 1999 –verdaderamente pionera e histórica, y que ha servido de fuente de inspiración para la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre la materia–, la Corte Interamericana determinó, sobre este punto específico, que las obligaciones convencionales deben ser cumplidas por los Estados, “independientemente de su estructura federal o unitaria” (párr. 140, y punto resolutivo 8).

⁴⁷ Comisión IDH, Informe 35/01, caso 11.634, Jailton Neri Da Fonseca, Brasil, 22 de febrero de 2001, párr. 13, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev., 16 de abril de 2001; Informe N10/00, caso 11.599, Marcos Aurelio De Oliveira, Brasil, párr. 21, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13 de abril de 2000 e Informe 24/98, caso 11.287, João Canuto De Oliveira, Brasil, 7 de abril de 1998, párr. 42, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 de febrero de 1998.

⁴⁸ Informe 2/99, caso 11.509, Manuel Manríquez, México, 23 de febrero de 1999, párr. 121.

na; considerando que el gobierno de los Estados Unidos tiene, por consiguiente, la obligación de transmitir la presente providencia a dicho gobernador; considerando que el gobernador de Arizona está obligado a actuar de conformidad con los compromisos internacionales de los Estados Unidos⁴⁹.

Como consecuencia de estos principios, la aplicación de las normas internacionales debe realizarse en la totalidad del territorio de la federación. Recogiendo este postulado, el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados prevé:

“Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

Este artículo es simplemente residual en el sentido de que se aplica a todo el territorio a menos que pueda establecerse una intención diferente de las partes⁵⁰. Por lo tanto, puede resultar crucial determinar si en el tratado o convención respectiva la intención de las partes ha sido limitar de alguna manera el alcance general de las obligaciones en materia de Estados con estructura federal. Aplicando estos principios, la Corte Interamericana ha analizado en una opinión consultiva la letra y espíritu de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares para concluir que no se desprende la intención de establecer una excepción a la aplicación general de dicha Convención. La Corte sostuvo, en dicha opinión consultiva, que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, deben ser respetadas por los Estados americanos Parte en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria⁵¹. Esta opinión de la Corte es importante, pues no la limitó a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, objeto de la opinión consultiva en cuestión, sino que mencionó en general a las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

En definitiva, según el derecho internacional, las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno incluidas aquellas disposiciones estableciendo la estructura federal. El Estado federal será siempre el respon-

⁴⁹ CIJ, “LaGrand” (Germany v. United States of America), Provisional Measures, CIJ, Reports 1999, p. 16, párr. 28.

⁵⁰ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge (2000), p. 163.

⁵¹ Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, N° 16, párr. 140.

sable internacionalmente de asegurar que las obligaciones asumidas sean cabalmente cumplidas por las unidades componentes de la federación, las que por ende quedan sujetas a las mismas normas internacionales. En definitiva, el derecho internacional en cierta medida es indiferente frente al federalismo, en el sentido que siempre el Estado federal responde internacionalmente⁵².

III. Las obligaciones de los Estados federales en instrumentos internacionales de derechos humanos

Sentados sumariamente los principios generales del derecho internacional clásico en esta materia y antes de analizar en detalle el alcance de la Convención Americana en un Estado federal vale la pena reseñar la regulación que incluyen otros tratados internacionales de derechos humanos a fin de tomar en cuenta el contexto legal en el que hay que interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ha dicho que al interpretar un tratado se deben tomar en cuenta el sistema dentro del cual éste se inscribe de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁵³. Y en este sentido, el Tri-

⁵² Swaine, Edward, *Does Federalism Constrain the Treaty Power?*, 103 Columbia Law Review 403, ps. 450 y ss. Por este motivo, Spiro ha llegado a insinuar que debería pensarse en una nueva teoría que estableciese la responsabilidad solidaria (*condominium*) de las entidades de la federación y del gobierno federal al tiempo de permitir algún mecanismo que permita a dichas entidades participar del régimen internacional de protección de los derechos humanos. Con ello, se sostiene se permitiría superar tanto las dificultades prácticas como jurídicas que la concepción tradicional de la responsabilidad internacional del gobierno federal impone a los Estados federales así como la falta de voluntad del gobierno federal de adoptar legislación federal u otras medidas para asegurar que los Estados de la Unión cumplan con las obligaciones internacionales. Spiro, Peter J., *The States and International Human Rights*, 66 Fordham L. Rev. 567 (1997).

⁵³ El art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados indica:
"31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

bunal ha sostenido que la Convención Americana forma parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los derechos humanos, al cual se puede recurrir para fijar el alcance de alguna de las disposiciones del instrumento interamericano⁵⁴.

En particular, es necesario analizar cuál es la regulación que otros tratados de derechos humanos otorgan a la cuestión federal. Tradicionalmente, los tratados en general han incluido la llamada cláusula federal, esto es una disposición específica que fija el alcance del tratado respectivo en el ámbito federal⁵⁵. Así la Convención Americana, en su artículo 28 dispone:

“Artículo 28. Cláusula Federal

1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados Parte acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”.

La llamada cláusula federal, sin embargo, es cada vez más extraña en los tratados relativos a la protección de los derechos humanos. Dentro del propio sistema interamericano, tres convenciones destinadas a la protección específica de ciertos derechos adoptadas con posterioridad a la Convención Americana no contienen dicha cláusula. En efecto, ni la Convención Inte-

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

⁵⁴ Corte IDH, caso “Villagran Morales y otros” (caso de los “Niños de la Calle”), sentencia de 19 de noviembre 1999, párrs. 192 y 194.

⁵⁵ Ver Ludwik Kos-Rabcewicz-Zubkowski, *Federal Clause, Colonial Clause*, en *Encyclopedia of Public International Law* (1995), vol. 2, p. 359.

americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ni la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ni la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad prevén una cláusula federal. Con ello, podría entenderse que la previsión de la Convención Americana es una excepción antes que una regla general en el contexto de los tratados interamericanos de derechos humanos y por ende debe ser analizada, interpretada y aplicada de manera restrictiva.

Tan sólo la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) previó en su artículo 20 una cláusula que estipula:

“Los Estados Parte que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas en cualquier momento mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas”.

En realidad, ésta es una cláusula que los autores denominan territorial antes que federal⁵⁶ y que es común con un texto prácticamente idéntico en tratados de derecho internacional privado⁵⁷. No surge claramente de la historia legislativa ni de la práctica posterior que el artículo 20 de dicha Convención se refiera a las unidades territoriales de una federación o a posesiones territoriales de algunos Estados. De todas maneras, no tenemos conocimiento que ningún Estado, incluido Argentina, haya hecho la declaración a la que se refiere el mencionado artículo para limitar la aplicación de la Convención.

Dentro del marco de las Naciones Unidas, existe un claro predominio de las convenciones que no han previsto disposición alguna en materia de

⁵⁶ Ver Aust, ob. cit., p. 170.

⁵⁷ Ver, por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, art. 93, inc. 1: “Todo Estado contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que, con arreglo a su Constitución, sean aplicables distintos sistemas jurídicos en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que la presente Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar en cualquier momento su declaración mediante otra declaración”.

obligaciones o restricciones específicas para los Estados federales. Así, entre otras se encuentran la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura u otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Dos antiguas convenciones relacionadas con la protección de la persona humana, adoptadas con anterioridad a la Convención Americana, contienen una cláusula federal. Ellas son la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que en sus artículos 37 y 41 respectivamente y de manera idéntica disponen:

“Cláusula federal

Con respecto a los Estados federales o no unitarios, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- a) En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la acción legislativa del poder legislativo federal, las obligaciones del gobierno federal serán, en esta medida, las mismas que las de las Partes que no son Estados federales;
- b) En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la acción legislativa de cada uno de los Estados, provincias o cantones constituyentes que, en virtud del régimen constitucional de la federación, no estén obligados a adoptar medidas legislativas, el gobierno federal, a la mayor brevedad posible y con su recomendación favorable, comunicará el texto de dichos artículos a las autoridades competentes de los Estados, provincias o cantones;
- c) Todo Estado federal que sea Parte en esta Convención proporcionará, a petición de cualquier otro Estado Contratante que le haya sido transmitida por el secretario general de las Naciones Unidas, una exposición de la legislación y de las prácticas vigentes en la federación y en sus unidades constituyentes, en lo concerniente a una determinada disposición de la Convención, indicando en qué medida, por acción legislativa o de otra índole, se ha dado efecto a tal disposición”.

Las normas arriba citadas deben ser leídas en el sentido de que todas las disposiciones de las convenciones son plenamente exigibles en todo el territorio de los Estados federales. De conformidad con el inciso *c in fine* el Estado federal deberá informar ante una solicitud “en qué medida (...) se

ha dado efecto” a la Convención. Adicionalmente de estar en la obligación de dar cumplimiento obligatorio a la Convención y como medio para cumplir con dicha obligación, el gobierno Federal debe transmitir el texto de la Convención con la recomendación favorable para que se implemente en las unidades de la federación (inc. c).

Las dos convenciones genéricas sobre derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas, es decir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) expresamente establecen que los mismos son aplicables en toda la extensión territorial del Estado federal sin excepción o limitación de algún tipo. Así el PIDESC, en su artículo 28, y el PIDCP, en su artículo 50, disponen de manera idéntica que

“las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”.

Estas disposiciones fueron sumamente controversiales en el largo proceso de elaboración de los tratados. La principal discusión giró en torno a si estas disposiciones implicaban federalizar materias que estaban bajo la jurisdicción de las unidades de la federación. Finalmente, como se observa, primó la iniciativa de dejar claro que los Pactos se aplican a todo el territorio de la federación, receptando así el principio del derecho internacional clásico⁵⁸.

⁵⁸ Ver Manfred, Nowak, *U. N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, N.P. Engel Publisher, ps. 636-637. En el marco de la Organización Internacional del Trabajo se ha establecido un marco de coordinación, consulta e información entre el gobierno federal, los Estados componentes de la federación y la propia OIT. Ver art. 19, inc. 7, de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo que dispone:

“En el caso de un Estado federal, se aplicarán las siguientes disposiciones:

a) respecto a los convenios y recomendaciones que el gobierno federal considere apropiados de acuerdo con su sistema constitucional para la adopción de medidas en el ámbito federal, las obligaciones del Estado federal serán las mismas que las de los Miembros que no sean Estados federales;

b) respecto a los convenios y recomendaciones que el gobierno federal considere más apropiados, total o parcialmente, de acuerdo con su sistema constitucional, para la adopción de medidas por parte de los Estados, provincias o cantones constitutivos que por parte del Estado federal, el gobierno federal:

i) adoptará, de acuerdo con su Constitución o las constituciones de los Estados, provincias o cantones interesados, medidas efectivas para someter tales convenios y recomendaciones, a más tardar dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia a las autoridades federales, estatales, provinciales o cantonales apropiadas, al efecto de que les den forma de ley o adopten otras medidas;

ii) adoptará medidas, condicionadas al acuerdo de los gobiernos de los Estados, provincias o cantones interesados, para celebrar consultas periódicas entre las autoridades

El Comité de Derechos Humanos ha entendido que si bien el Pacto permite que los Estados Parte hagan efectivos los derechos reconocidos en el tratado con arreglo a los procedimientos constitucionales internos, se desprende del mismo principio que los Estados Parte no pueden invocar las disposiciones de su derecho constitucional ni otros elementos del derecho interno, incluidas las relativas a su estructura federal, para justificar el incumplimiento o la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado⁵⁹. De conformidad con estos artículos, los gobiernos centrales en federaciones deben garantizar que la legislación y prác-

federales y las de los Estados, provincias o cantones interesados, a fin de promover dentro del Estado federal, medidas coordinadas para poner en ejecución las disposiciones de tales convenios y recomendaciones;

iii) informará al director general de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas de acuerdo con este artículo para someter tales convenios y recomendaciones a las autoridades federales, estatales, provinciales o cantonales apropiadas comunicándole al mismo tiempo los datos relativos a las autoridades consideradas apropiadas y a las medidas por ellas adoptadas;

iv) informará al director general de la Oficina Internacional del Trabajo respecto a cada uno de esos convenios que no haya ratificado, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de la legislación y la práctica de la federación y sus Estados, provincias o cantones constitutivos, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo;

v) informará al director general de la Oficina Internacional del Trabajo respecto a cada una de esas recomendaciones, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de la legislación y la práctica de la federación y sus Estados provincias o cantones constitutivos, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas”.

Esta cláusula es importante ya que la Corte, en diversas oportunidades, a recurrido a las normas adoptadas en el marco de la OIT para interpretar normas pertinentes de la Convención Americana o de otros instrumentos de derechos humanos. Ver, por ejemplo, Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros”, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72, párrs. 157 y ss. (citando el Preámbulo de la OIT y el Convenio 98 para interpretar el derecho a la libertad de asociación sindical); Corte IDH, caso “Huilca Tecse vs. Perú”, Sentencia de 3 de marzo de 2005, párr. 74 (citando el Convenio 87 para interpretar el derecho a la libertad sindical); Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, párrs. 86 y 145 (citando, entre otros, los Convenios 97, 111, 143 y 168, para analizar el principio de no discriminación).

⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 4.

tica de sus provincias se hallen en conformidad con las disposiciones de los tratados⁶⁰.

Dentro de las convenciones regionales de derechos humanos, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ni la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos contienen una disposición referida al alcance de las obligaciones en los Estados federales.

Las claras normas de los dos Pactos generales de Naciones Unidas y su ausencia en otros tratados de derechos humanos, sumadas a los principios generales del derecho internacional reseñados en la sección previa, han llevado a que organismos internacionales llamaran a los Estados federales a coordinar y cooperar entre las diferentes autoridades y organizaciones para la eficaz aplicación de las disposiciones de los tratados en las respectivas unidades de la federación⁶¹; a establecer mecanismos adecuados entre los niveles federal y provincial para garantizar en mayor medida la plena aplicabilidad del tratado respectivo⁶²; a adoptar medidas para garantizar que las autoridades de todos los cantones y comunidades conozcan los derechos enunciados en el respectivo tratado y sean conscientes de su deber de velar por que se respeten⁶³; a garantizar que el gobierno federal disponga de los suficientes medios y recursos para asegurar que en todas las provincias se respeten, en la legislación provincial y en la práctica, las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados⁶⁴ y para lograr que los derechos se protejan de manera efectiva por los gobiernos estatales⁶⁵; a asegurar que en todo proceso de transferencia de competencias, las autoridades a las que

⁶⁰ Joseph, Sarah, Schultz, Jenny y Castan, Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, 2ª ed., Oxford University Press, 2004, p. 14.

⁶¹ Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Conclusiones y recomendaciones: Australia, U.N. Doc. E/C.12/1993/9 (1993), párr. 13. Para una reseña comparada de las experiencias de cooperación entre el gobierno federal y las provincias en Canadá y su ausencia en los Estados Unidos, puede verse Koren L., *Bell From Laggard to Leader: Canadian Lessons on a Role for U.S. States in Making and Implementing Human Rights Treaties*, 5 Yale Hum. Rts. & Dev. L.J. 255 (2002).

⁶² Comité de Derechos Humanos, Examen de los Informes presentados por los Estados Parte de conformidad con el artículo 40 del Pacto, Observaciones Finales: Alemania.

⁶³ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Suiza, U.N. Doc. CCPR/CO/73/CH (2001), párr. 6.

⁶⁴ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sobre su visita a Argentina.

⁶⁵ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Brasil, 24/7/96, CCPR/C/79/Add.66.

se traspasan las competencias disponen realmente de los recursos financieros, humanos y de otra índole necesarios para desempeñar eficazmente las funciones relativas a la aplicación del tratado respectivo; a conservar las facultades necesarias para exigir el pleno cumplimiento del tratado por las administraciones autónomas o las autoridades locales y a establecer mecanismos permanentes de vigilancia para que el tratado respectivo se respete y se aplique a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin discriminación⁶⁶. En todo caso, mientras que las negociaciones políticas entre el gobierno federal y los gobiernos de los Estados y territorios para asegurar la aplicación de los tratados son valiosas, las mismas no liberan al Estado Parte de su obligación de velar para que se respeten y garanticen los derechos reconocidos en el tratado en todas las partes de su territorio sin limitación ni excepción alguna. Dichas negociaciones tampoco pueden justificar la imposición de restricciones a los derechos reconocidos en el PIDCP que no están permitidas por él⁶⁷.

IV. La Convención Americana y los Estados con estructura federal

La Convención Americana, en tanto tratado internacional, debe ser interpretada teniendo en cuenta los principios generales de derecho internacional que fueron reseñados precedentemente. En particular, en varias ocasiones, la Corte y la Comisión han recurrido a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁶⁸ o a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia⁶⁹ para determinar el sentido y alcance de alguna disposición de la Convención Americana. Por lo tanto, al interpretar el artículo 28 de la Convención se debe tener presente la jurisprudencia y práctica internacional en la materia.

En particular, es indispensable partir considerando las disposiciones de la Convención en el contexto más amplio de los sistemas internacionales

⁶⁶ Comité de Derechos del Niño, 34º período de sesiones (2003), Observación General 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 42 y párr. 6 del art. 44), párr. 41.

⁶⁷ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Australia, 24/7/2000. A/55/40, párr. 516.

⁶⁸ Ver, entre otros, CIDH, Informe 26/88, caso 10.109, Argentina, 13 de septiembre de 1988, párr. 4, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1986-1987, OEA/Ser.L/V/II.74Doc. 10 rev. 1, 16 de septiembre de 1988.

⁶⁹ Ver, entre otros, CIDH, Informe 5/96, caso 10.970, Perú, 1 de marzo de 1996, párr. V.B.1, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1986-1995, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc 7 rev., 28 de febrero de 1996 y Corte IDH, caso "Barrios Altos" (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 30 de noviembre de 2001, párr. 24.

e interamericanos de derechos humanos, en vista de los desarrollos en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos desde que la Convención fue adoptada y con la debida consideración a otras reglas de derecho internacional aplicables a los Estados miembros⁷⁰. Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia, un instrumento internacional debe interpretarse y aplicarse en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación⁷¹. La Corte Interamericana ha aclarado que la Convención debe estar sujeta a una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la cual tiene en cuenta los desarrollos que han acontecido en el *corpus juris gentium* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el paso del tiempo y en las condiciones actuales⁷².

Desde esta perspectiva, el artículo 28 de la Convención Americana ha sido calificado como “un anacronismo”⁷³, pues no se inscribe dentro de la tendencia del resto de los tratados de derechos humanos de no incluir en su normativa una cláusula federal.

IV. 1. Los antecedentes del artículo 28 de la Convención Americana

El artículo 32 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados permite acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración⁷⁴. Por lo tanto, vale la pena revisar los antecedentes del artículo 28 de la Convención. Un análisis rápido de la historia legislativa como se verá podría llevar a entender que los redactores originales pretendieron

⁷⁰ CIDH, Informe 52/01, caso 12.243, Juan Raúl Garza, Estados Unidos, 4 de abril de 2001, párr. 88.

⁷¹ CIJ, Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia (Suroeste africano) no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, Opinión Consultiva, Informe de 1971, ICJ, p. 31.

⁷² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, 1 de octubre de 1999.

⁷³ Buergenthal, *Inter-American System for the Protection of Human Rights*, en Theodor Meron (ed.), *Human Rights and International Law*, Clarendon Press, Oxford, p. 445.

⁷⁴ El art. 32 dispone: “Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

restringir el alcance de la Convención en los Estados federales, en los términos del artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados mencionado precedentemente. Sin embargo, una lectura detenida de los antecedentes parecería indicar que la preocupación principal de la delegación proponente del actual artículo 28 era no alterar el reparto interno de competencias entre el gobierno central y los gobiernos locales, pero no restringir el alcance territorial y jurisdiccional general de la Convención.

La historia legislativa del artículo 28 denota las tensiones que mencionamos al inicio de este artículo entre la necesidad de los Estados federales de cumplir cabalmente con todas las obligaciones de la Convención a la par de no alterar las distribuciones internas de competencias entre la federación y las unidades componentes.

El proyecto original preparado por la Comisión Interamericana, en su artículo 29, indicaba que

“cada Estado Parte, cuando constituya una federación, tomará las medidas necesarias, con arreglo a su Constitución y a sus leyes, para que se hagan efectivas las disposiciones de la presente Convención en todos los Estados, provincias o departamentos federados y otros territorios bajo su jurisdicción”⁷⁵.

El gobierno de Estados Unidos sostuvo que el artículo era ambiguo y se prestaba a interpretaciones variadas. Sin embargo, concordaba en la necesidad de que se incluyera un artículo que enfatizara la necesidad de la cooperación entre el gobierno central y los gobiernos legales, pero sin alterar la distribución de poderes al interior de las federaciones. Por ende, proponía una redacción que dejara en claro que “todos los gobiernos nacionales están sujetos a todas las disposiciones de la Convención respecto a la cual ejercen jurisdicción”⁷⁶. Ya durante las discusiones puntuales sobre este artículo, la delegación de los Estados Unidos volvió a insistir en la necesidad de que no se adopte una disposición que cambie “totalmente la estructura de la actual forma de gobierno” haciendo legislar al gobierno federal sobre materias que no caían dentro de su esfera sino de los Estados de la Unión⁷⁷. A fin de satisfacer a estas preocupacio-

⁷⁵ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 24 (en adelante, Conferencia Especializada). Ver United States Department of State, U. S. Position Paper for the Inter-American Human Rights Conference, San José, Costa Rica, November 7-22, 1969, prepared by Walter J. Landry, sección 29a.

⁷⁶ Conferencia Especializada, p. 67.

⁷⁷ Conferencia Especializada, p. 275.

nes, la Conferencia Especializada decidió incluir el actual artículo 28, redactado sobre la base de una propuesta del gobierno de Estados Unidos.

La delegación del gobierno de Estados Unidos entendió que la redacción del artículo 28 era fundamentalmente diferente al artículo 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya citado. La principal distinción radicaría en que el Pacto, a diferencia de la Convención, obliga al gobierno federal a ejercer poderes sobre materias que pueden estar reservadas a las unidades del Estado. En cambio, la Convención obligaría solamente a tomar las medidas necesarias para que las entidades de la federación cumplan con la Convención. Estas medidas podrían consistir, por ejemplo, en recomendaciones de acuerdo con la delegación norteamericana. Pero en todo caso, siempre sería una decisión interna y no una obligación internacional⁷⁸.

Como puede observarse, la preocupación principal radicó en no federalizar todas las materias cubiertas por la Convención Americana. Pero ni siquiera en las posiciones sostenidas por los Estados Unidos existía la intención de sostener que la Convención regiría solamente en los ámbitos sobre los cuales el gobierno central ejercía jurisdicción.

IV. 2. Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y de adecuar el derecho interno en los Estados federales

A fin de analizar las obligaciones que emergen de la Convención Americana, es indispensable leer conjunta e integralmente todo el texto convencional. En particular, deben considerarse los artículos 1, 2 y 28. El artículo 1, inciso 1, indica:

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

Por su parte, el artículo 2 señala que

“Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁷⁸ Ver Buergenthal, *Inter-American System...*, cit., p. 37.

Y, finalmente, el ya citado artículo 28.

Una lectura armónica e integral de estas disposiciones permite sostener que la Convención Americana establece como deberes fundamentales a cargo de los Estados Parte, es decir, los Estados con estructura federal, unitaria o cualquier otra, los de respeto y garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos en ella reconocidos (art. 1.1). Adicionalmente, coloca a los Estados Parte con organización federal en la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes y necesarias para cumplir con tales deberes (arts. 2 y 28.2). Las dos obligaciones generales consagradas en la Convención Americana –la de respetar y garantizar los derechos protegidos (art. 1.1) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional (artículo 2) se hallan indisolublemente interrelacionadas y no condicionadas por el artículo 28–.

Una interpretación del artículo 28, aislada del resto de la Convención y de los principios generales del derecho, “conduciría a relevar al gobierno central de sus obligaciones bajo la Convención y podría dejar a las personas privadas de protección internacional”⁷⁹. Jamás, siguiendo las reglas de interpretación establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y en especial el artículo 29, inciso a, de la Convención Americana, se podría concluir que el artículo 28 restringe los deberes del Estado federal. Como dice el artículo 29.a:

“Ninguna disposición de la presente Convención, puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes (...) suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención”⁸⁰.

Del artículo 1 de la Convención se desprende que el Estado tiene dos obligaciones básicas: respetar y garantizar los derechos reconocidos *a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*. En los términos del derecho internacional, es claro que en los Estados federales, las personas están sujetas a su jurisdicción independientemente de que se encuentren o residan en los ámbitos provinciales o federales. Por lo tanto, este deber de respeto y garantía se extiende a toda persona sujeta la jurisdicción estatal.

El sistema de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados a hacerlo⁸¹. La Convención no posibilita a los Estados a reconocer los derechos que consagra en función de su estructura federal, sino que los reconoce directamente y obliga a los Estados a respetarlos y garantizarlos conforme lo dispone el artículo 1. El hecho de que los Estados puedan fijar las condiciones del

⁷⁹ CIDH, Informe 8/91, caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párr. 41.

⁸⁰ Ídem.

ejercicio de un derecho determinado, no impide su exigibilidad conforme al derecho internacional. En consecuencia, si por cualquier circunstancia, incluida la estructura federal del Estado, el derecho no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado, ello constituiría una violación de la Convención susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección previstos en ella⁸². Los artículos 1 y 2 de la Convención no distinguen entre personas sujetas a la jurisdicción de Estados federales y personas sujetas a la jurisdicción de Estados unitarios.

El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Parte no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ha dicho que esta disposición:

“Contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce...”⁸³.

Estos obstáculos pueden perfectamente encontrarse en la estructura federal del Estado y, por ende, el gobierno central, responsable internacionalmente por ello, deberá efectuar y adoptar todas las medidas necesarias para que los habitantes bajo su jurisdicción que se encuentren en los territorios de las unidades componentes de la federación puedan gozar de manera no discriminatoria de todos los derechos reconocidos.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos requiere “la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación”⁸⁴. Por lo tanto, el Estado federal debe crear esta estructura legislativa que le permita por sí o a través de las unidades federales cumplir con su obligación de garantizar los derechos. Además, este deber de garantía “comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁸⁵. De allí

⁸¹ Ver Convención Americana, Preámbulo, y Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención, del 24 de septiembre de 1982, párr. 33.

⁸² Ver *mutatis mutandi*, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86, Exigibilidad del Derecho de rectificación o respuesta, de 29 de agosto de 1986, párr. 24.

⁸³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90 Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos, de 10 de agosto de 1990, párr. 34.

⁸⁴ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 167.

⁸⁵ Ídem.

que en adición al marco normativo, el Estado federal debe realizar todas las conductas necesarias para que las normas convencionales produzcan un efecto útil, es decir, que tengan existencia concreta en la realidad de las provincias.

La Corte ha señalado que la obligación de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, receptada en su artículo 1.1, implica el deber de los Estados Parte de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁸⁶. Es claro que todas las estructuras de poder público implican tanto las de nivel nacional como las de nivel provincial o estadual. Por eso, la Comisión ha instado a un gobierno federal a que adopte de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y a sus leyes, *para que todo el aparato del Estado, incluyendo las autoridades de los Estados federales* adopten las medidas del caso para cumplir con la Convención⁸⁷. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). Por lo que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados⁸⁸.

De manera más puntual, el primer componente de este deber de garantía es el de la prevención⁸⁹. La Corte ha entendido que este deber de prevención “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”⁹⁰. De modo que el Estado federal, en virtud del artículo 1.1 de la Con-

⁸⁶ Caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

⁸⁷ Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, 1997, capítulo 5. El resaltado nos pertenece.

⁸⁸ Caso “Hermanos Gómez Paquiyauri”, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, Nº 110, párr. 71-73.

⁸⁹ Ver Laplante, Lisa, *Bringing Effective Remedies Home: the Inter-American Human Rights System, Reparations, and the Duty of Prevention*, “Netherlands Quarterly of Human Rights”; vol. 22, nº 3 (2004), ps. 347 y siguientes.

⁹⁰ Caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 174.

vencción, tiene que adoptar medidas jurídicas, políticas, administrativas y culturales que aseguren que la debida protección de los derechos humanos a nivel provincial. La Corte ha dicho que no es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas ya que las mismas varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Indudablemente, la estructura federal del Estado Parte condicionará la manera en que dicho Estado cumpla con las medidas generales de prevención en función precisamente de esta estructura y de la distribución de competencias entre la federación y sus unidades componentes. Pero no lo relevará de adoptar por sí o a través de sus unidades territoriales las medidas necesarias para asegurar que los derechos reconocidos en la Convención sean efectivamente respetados o para prevenir sus violaciones.

Asimismo, el Estado, directamente o por medio de las autoridades locales competentes, está en el deber de investigar toda violación a los derechos humanos de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención que ocurra en las unidades de la federación. La Corte ha indicado que las víctimas o sus familiares tienen el derecho y los Estados tienen la obligación de que todo hecho violatorio de los derechos humanos sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos y en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes⁹¹. Esta obligación, que en muchas circunstancias puede resultar de difícil cumplimiento, especialmente cuando violaciones cometidas por agentes provinciales deben ser investigadas y juzgadas por los órganos de procuración y administración de justicia provinciales. La frecuente falta de voluntad o capacidad para llevar a cabo dichas investigaciones y juzgamientos a nivel local, estadual o provincial ha concitado mucha atención en países con estructura federal⁹².

⁹¹ Corte IDH, caso "Hermanas Serrano Cruz", Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C, N° 120, párr. 64.

⁹² En los Estados Unidos, el gobierno federal ha adoptado legislación a nivel federal tanto en el área civil como en la penal para buscar remedios judiciales por violaciones a los derechos constitucionales o civiles. Múltiples leyes federales han establecido garantías a nivel federal en materia de derechos civiles con lo cual es el gobierno federal el que adquiere competencia para realizar su implementación, incluida su investigación y juzgamiento por tribunales civiles. Ver, por ejemplo, Civil Rights Acts, Voting Rights Act, Equal Credit Opportunity Act; Americans with Disabilities Act; National Voter Registration Act; Uniformed and Overseas Citizens Absentee Voting Act; Voting Accessibility for the Elderly and Handicapped Act; Civil Rights of Institutionalized Persons Act; Freedom of Access to Clinic Entrances Act; Police Misconduct Provision of the Violent Crime Control and Law Enforcement Act; Immigration Reform and Control Act; Immigration and Nationality Act. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido la constitucionalidad de la posibilidad de que la jurisdicción federal juzgue estos hechos. Ver, por ejemplo, 383 U.S. 745, *United States v. Guest* (1968). Debe tenerse en cuenta,

En varios países, precisamente para dotar al gobierno federal con mayores herramientas, se ha dado una tendencia de federalizar la persecución de los delitos vinculados a la violación de derechos humanos. Así en Brasil una reciente reforma constitucional establece:

“Artículo 109: Corresponde a los jueces federales:

V-A las causas relativas a derechos humanos a que se refiere el § 5° de este artículo;

§ 5° En las hipótesis de graves violaciones a los derechos humanos, el procurador general de la República, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones emergentes de tratados internacionales de derechos humanos de los que Brasil sea parte, podrá suscitar, ante el Superior Tribunal de Justicia, en cualquier fase de la investigación o del proceso, incidente de transferencia de competencia para la Justicia Federal”⁹³.

En el mismo sentido, en México existen diversas iniciativas de reforma constitucional con el objetivo de otorgar competencia a la justicia federal en materia de violaciones a los derechos humanos. Por ejemplo, la propuesta del presidente Vicente Fox ha planeado adicionar a la Constitución lo siguiente:

“Asimismo, las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común relacionados con violaciones a los derechos humanos, cuando éstas trasciendan el ámbito de los Estados o del Distrito Federal, en los términos que establezca la ley”⁹⁴.

de todas maneras, que en los Estados Unidos, ninguna de las disposiciones mencionadas precedentemente han sido adoptadas con el objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de los pocos tratados de derechos humanos ratificados por dicho país. Por el contrario, es bastante claro que la ratificación de las convenciones de derechos humanos no tiene por objeto federalizar materias que pudiesen corresponder a los Estados de la Unión. Ver las cláusulas interpretativas que Estados Unidos suele adjuntar a sus ratificaciones citada en nota 4.

⁹³ Enmienda Constitucional N° 45/2004, publicada en DOU de 31/12/2004 (traducción no oficial). Ver Piovesan, Flavio, *Reforma do Judiciario e Direitos Humanos*, mimeo, sin fecha, ps. 18 y ss. Para propuestas anteriores llamando a la federalización de los delitos por violaciones a los derechos humanos, puede consultarse, Konder Comparato, Fabio, *A proteção a os direitos humanos e a organização federal de competências*, en *A Incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, IIDH/CICR/ACNUR/CE, 1996, p. 283; y Sergio Pinheiro, Paulo, *O Controle da Violência do Estado e a Incorporação das Normas Internacionais de Direitos Humanos: O Caso Brasileiro*, en *A Incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, IIDH/CICR/ACNUR/CE, 1996, p. 18.

⁹⁴ Ver Iniciativa de Decreto que Reforma Diversos Artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos Humanos, Gaceta Parla-

Del deber de garantía también se desprende la obligación de reparar el daño que haya sido causado por una eventual violación a alguno de los derechos reconocidos⁹⁵. La jurisprudencia interamericana ha entendido que el Estado obligado no puede invocar disposiciones de derecho interno para modificar o incumplir la obligación de reparar. Ésta queda sujeta en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) al derecho internacional⁹⁶. De modo que en un Estado federal existe una obligación convencional de que la víctima de una violación ocurrida en una provincia reciba una reparación integral por parte del gobierno federal o el gobierno local. Esta obligación es independiente de lo que disponga su derecho federal, en particular todo lo relativo a la indemnización. En varios casos ante el sistema interamericano, los gobiernos estatales han asumido el pago de las indemnizaciones por violaciones a los derechos humanos⁹⁷.

La Comisión pareciera que ha seguido la tesis de que las obligaciones que surgen del artículo 1 son las determinantes al momento de precisar el alcance de las obligaciones de un Estado federal y que el artículo 28 de la Convención viene a complementar estas obligaciones genéricas. Así la CIDH indicó que

“el artículo 1.1 de la Convención establece claramente la obligación del Estado de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, así como

mentaria, 5 de mayo de 2004. Vale la pena mencionar, que el art. 104 de la Constitución mexicana vigente dispone que:

Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del distrito federal.

⁹⁵ Ver, en general, Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights*, Oxford University Press (2000).

⁹⁶ Corte IDH, caso “Masacre Plan de Sánchez”, Reparaciones (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C, N° 116, párr. 53.

⁹⁷ Ver, por ejemplo, Decreto del Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza n° 1.105, de 17 de julio de 1999, autorizando el pago de la indemnización en el caso “Garrido y Baigorria” ante la Corte, Corte IDH, caso “Garrido y Baigorria”, Sentencia de 27 de noviembre de 2002; Ver CIDH, Informe 31/97, caso “Paulo Christian Guardatti” y ver Decreto 42.793 de 8 de enero de 1998, del Estado de Sao Paulo, autorizando el pago para las víctimas del caso del 42° Distrito Policial (Parque Sao Lucas). Ver CIDH, Informe 34/00, caso 11.291, Carandirú, Brasil, 13 de abril de 2000.

de garantizar su libre y pleno ejercicio, de modo que toda violación de los derechos reconocidos por la Convención que pueda ser atribuida, de acuerdo con las normas del derecho internacional, a acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un acto de responsabilidad del Estado. De acuerdo con el artículo 28 de la Convención, cuando se trata de un Estado federativo (...) el gobierno nacional responde en la esfera internacional por los actos practicados por las entidades que componen la federación”⁹⁸.

Un informe sobre la situación general de los derechos humanos señaló, en relación a la existencia de grupos parapoliciales, que el gobierno federal tiene la obligación de emprender acciones urgentes para desmantelar dichos grupos y para investigar y sancionar a los responsables, para destacar luego

“la responsabilidad que le corresponde además a los distintos Estados del interior en estos casos de conformidad a lo establecido en el artículo 28 de la Convención Americana en relación con el 1.1 del citado instrumento internacional”⁹⁹.

El artículo 2 de la Convención requiere que se adopte la legislación necesaria para dar efectividad a las normas convencionales de protección, supliendo eventuales lagunas o insuficiencias del derecho interno, incluidas las originadas en la estructura federal a fin de armonizarlas con las normas convencionales. En este sentido, el artículo 2

“recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole”¹⁰⁰.

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas

⁹⁸ CIDH, Informe 34/00, caso 11.291, Carandirú, Brasil, 13 de abril de 2000, párr. 36.

⁹⁹ CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, 2003, párr. 561.

¹⁰⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 7/86, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, 29 de agosto de 1986, párr. 30.

garantías¹⁰¹. Ambas vertientes exigen, por ende, acciones positivas por parte del gobierno federal para asegurar la vigencia efectiva de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito de las unidades de la federación. La mención que realiza el artículo 2 a procedimientos constitucionales implica exclusivamente que los Estados pueden elegir la manera en que se realizará la adecuación del derecho y práctica de las unidades de la federación a las obligaciones de la Convención. Pero en modo alguno, significa que el Estado puede sustraerse de dichas obligaciones invocando su derecho constitucional.

El cumplimiento de la obligación de garantizar los derechos protegidos depende no solamente de las disposiciones constitucionales o legislativas existentes –que frecuentemente no son suficientes–, sino que puede requerir además otras providencias por parte de los Estados Parte. Por ello, cuando uno analiza la conducta del Estado federal no puede limitarse tan sólo a las disposiciones constitucionales o legales que *prima facie* establezcan la distribución de competencias entre las jurisdicciones y que incluso muchas veces limitan al gobierno central para actuar. Debe analizarse obviamente las conductas específicas asumidas, los pasos adoptados para dar pleno efecto a los derechos y garantías, las acciones tendientes a remover los obstáculos, a facilitar que las autoridades locales y federales cumplan con las obligaciones convencionales y a evitar que sean violados los derechos reconocidos.

Al respecto, la Corte ha señalado que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del efecto útil). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno¹⁰².

De este modo, el artículo 28 debe ser leído juntamente con las obligaciones que emergen de los artículos 1 y 2 de la Convención. Este artículo 28 contiene una obligación adicional que se suma a las impuestas por los

¹⁰¹ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros”, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párr. 207.

¹⁰² Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo”, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 87. Ver también caso “Tribunal Constitucional”, sentencia sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párr. 36; caso “Ivcher Bronstein”, sentencia sobre competencia, 24 de septiembre de 1999, párr. 37 y sentencia sobre excepciones preliminares del caso “Hilaire”, 1 de septiembre de 2001, párr. 83.

artículos 1 y 2 de la Convención y está dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos convencionales al interior de las federaciones. La obligación que resulta de los artículos 2 y 28.2, en cuanto requieren que se adopten las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de la Convención en las entidades componentes de la federación, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple la obligación general y no condicionada que resulta del artículo primero de la Convención de tales, respetar y garantizar los derechos.

La Comisión ha aceptado esta interpretación sosteniendo que “estas obligaciones contenidas en los dos primeros artículos de la Convención Americana son las que imponen al gobierno (...) la exigencia de ‘tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes (de las entidades componentes de la federación) puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención’, en los términos del artículo 28.2”¹⁰³.

Con base en lo dispuesto en el artículo 28 en un caso, la Comisión señaló que esperaba que el Estado federal adoptase de inmediato todas las medidas pertinentes a efecto de que las recomendaciones contenidas en un informe sobre un caso individual sean cumplidas por la autoridad competente¹⁰⁴. Es decir, la CIDH, conciente de la estructura federal del Estado en cuestión, no pretende que el gobierno central por sí mismo cumpla las recomendaciones emitidas, para lo cual carecería de competencia. Lo que la Comisión requiere es que el gobierno central logre, a través de los medios apropiados, que las autoridades locales cumplan con las recomendaciones efectuadas. Pero si no lo logra, la responsabilidad internacional continua en cabeza del Estado federal.

Por ello, no compartimos la preocupación de algunos comentaristas en el sentido de que la cláusula federal puede implicar una posibilidad de retacear la aplicación de la Convención y/o hacerla más dificultosa dependiendo de la organización constitucional de los Estados Parte¹⁰⁵, o que podría significar prácticamente la imposibilidad de aplicar la mayor parte de la Convención en las unidades de la federación¹⁰⁶ o que restringiría notablemente las obligaciones asumidas por los Estados federales en el

¹⁰³ CIDH, Informe 8/91, caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párr. 40.

¹⁰⁴ Informe 2/99, caso 11.509, Manuel Manríquez, México, 3 de febrero de 1999, párr. 121.

¹⁰⁵ Medina, Cecilia, *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and The Inter-American System*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 100.

¹⁰⁶ Gross Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, ps. 202 y 204.

marco de la Convención¹⁰⁷. Por el contrario, y como llevamos dicho, la interpretación de esta cláusula a la luz de la Convención Americana en su integralidad y de los principios sobre los que se asienta conduce inexorablemente a soslayar toda posibilidad de encontrar en la cláusula federal un eximente de responsabilidad internacional. Aquélla podrá servir para deslindar responsabilidades al interior del Estado federal, pero en modo alguno, para crear un vacío de responsabilidad internacional¹⁰⁸.

Sin embargo, este deslinde interno de responsabilidades no siempre resulta sencillo. La práctica y jurisprudencia constitucional de países federales está plagada de ejemplos de las complejidades relativas a la exacta distribución de competencias entre autoridades federales y locales¹⁰⁹. Además, puede exigir que la Comisión y la Corte deban analizar el derecho interno de los Estados para determinar, si en el caso concreto, se trata de “materias sobre las que [el Estado federal] ejerce jurisdicción legislativa y judicial” (art. 28.1) o “materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación” (art. 28.2)¹¹⁰. Ello debido a que el inciso 1 del artículo 28 remite al derecho interno de las federaciones para atribuir, según el reparto de competencia federal y local, el deber del gobierno federal de cumplir con el tratado dentro de las obligaciones que le son propias¹¹¹. Mientras que el acápite 2 complementa al inciso ante-

¹⁰⁷ Faundez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, 3ª ed., 2004, p. 60.

¹⁰⁸ Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Del Puerto, 2003, p. 74.

¹⁰⁹ Ver Buergethal, ob. cit., ps. 447-448. Puede verse Colautti, donde analiza como muchas cláusulas de la Convención en Argentina son de competencia concurrente en las provincias y el Estado nacional, Colautti, Carlos, *El Pacto de San José de Costa Rica*, ps. 144-145. Aun cuando no haya ratificado la Convención, pero por haber sido el proponente del actual artículo 28, es útil mencionar que en los Estados Unidos, de acuerdo al principio conocido como *anti-commandeerin*, el Congreso federal y en general las autoridades federales no pueden ordenar a los poderes legislativos estatales o a las autoridades ejecutivas estatales actuar de determinada manera o a cumplir con directivas federales. Ver Tushnet, Mark, *Federalism and International Human Rights in the New Constitutional Order*, 47 Wayne L. Rev. 841, p. 850. Puede consultarse también en perspectiva comparada a Leáutaud, Esquivel; Jiménez O’Farril y Beatriz Dávila, *Modelos comparados del federalismo: América Latina, Sudáfrica, Estados Unidos, Canadá, Alemania, Austria, Bélgica y Suiza*, Centro Latinoamericano de la Globalidad, 2003; y Serna de la Garza, José María, *Constitutional Federalism In Latin America*, 30 Cal. W. Int’l L.J. 277, 2000.

¹¹⁰ Aquí, la Comisión y la Corte se pueden enfrentar al difícil tema de determinar si aceptan la versión oficial del Estado acerca de la interpretación correcta de atribución de competencias entre la federación y sus entendidas o puede desechar dicha interpretación.

¹¹¹ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, p. 279.

rior para adjudicar al gobierno federal una obligación de actuar según su Constitución y sus leyes para impeler a los gobiernos locales a adoptar las medidas que les permitan cumplir con la Convención¹¹². Si no lo hace, y como ha dicho la Corte, el Estado puede violar la Convención “omitendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2”¹¹³.

En uno y otro caso, las obligaciones del gobierno federal pueden ser diferentes, pero en modo alguno eliminan sus obligaciones establecidas en los artículos 1 y 2 de la Convención, en relación con el artículo 28 de la misma. Para decidir con precisión los órganos del sistema deberían analizar si el gobierno federal, además de sus obligaciones de respeto y garantía, estaba obligado por sí mismo a cumplir con “todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial” (art. 28.1) o si, por el contrario, debía tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de las entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención (art. 28.2). Pero lo determinante, de todas maneras, será precisar si el o los derechos en cuestión fueron respetados y garantizados tal como lo exige el artículo 1 de la Convención y si el Estado adoptó las disposiciones de derecho interno (sea éste federal o estadual) para hacer efectivos los derechos y libertades mencionados en la Convención.

En este sentido, algunos han sostenido que la cláusula federal es insustancial porque el problema se resolvería no desde el derecho internacional sino desde el derecho constitucional que es el que en definitiva deslinda las competencias territoriales¹¹⁴. Efectivamente, no es tarea del derecho internacional ocuparse de la organización del Estado. La cuestión de la distribución de competencias es de la mayor relevancia en el ámbito del derecho constitucional, pero en el del derecho internacional no pasan de ser hechos, que no tienen incidencia en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado. Pero ello no quita que el Estado, como un todo indivisible y como centro de imputación, debe responder por los actos u omisiones, internacionalmente ilícitos, de cualquiera de sus poderes, o de sus agentes¹¹⁵.

Aun cuando las provincias carecen de personalidad jurídica internacional y por lo tanto no son técnicamente parte del tratado no pueden desa-

112 Ídem.

113 Opinión Consultiva OC-13/93, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 16 de julio de 1993, párr. 26.

114 Dalla Via, Alberto, *Estudios sobre Constitución y Economía*, UNAM, 2003, p. 89.

115 Corte IDH, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, sentencia de fondo del caso “La Última Tentación de Cristo”, 5 de febrero de 2001, párrs. 21, 22 y 23.

tenderse internamente del tratado, celebrado por el Estado federal que las comprende¹¹⁶. De hecho, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la celebración de un tratado es un acto complejo federal¹¹⁷. Por ello, aun cuando el gobierno central no adopte las medidas necesarias para que sus unidades componentes puedan dar efectividad al tratado, las entidades federales no por ello están eximidas de cumplir con la Convención¹¹⁸. Tampoco las entidades federadas quedan desligadas de toda obligación de cumplir con la Convención porque el gobierno central sea el responsable internacional¹¹⁹. En Argentina, un fenómeno interesante que se ha dado con las constituciones provinciales reformadas luego de la reinstauración democrática en 1983, y especialmente luego de la reforma constitucional a nivel nacional de 1994, es el hecho de que las provincias en sus leyes máximas hacen referencia expresa a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país para reafirmar de una u otra manera que los derechos reconocidos en los mismos gozan de protección a nivel provincial y vinculan a las autoridades de la provincia¹²⁰.

¹¹⁶ Bidart Campos, *Tratado elemental...*, cit., p. 279.

¹¹⁷ Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros", *Fallos*: 315:1492, cons. 17. Ver, asimismo, la opinión del convencional constituyente Juan Pablo Cafiero: "Por lo tanto, se entiende que la aprobación por las distintas instancias federales, como es en este caso el de la Cámara de Senadores, que va a requerir, de una mayoría calificada para tratar estos temas, cubrirá desde el punto de vista del federalismo las necesidades que las provincias reclamen durante un proceso de integración", Convención Nacional constituyente, Diarios de sesiones, 23ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, del 3 de agosto de 1994, ps. 3.086-3.088, versión taquigráfica. Citado en Dalla Via, ob. cit., p. 91.

¹¹⁸ Bidart Campos, *Tratado elemental...*, cit., p. 280.

¹¹⁹ Bidart Campos, *Tratado elemental...*, cit., p. 280.

¹²⁰ Ver Constitución de la provincia de San Luis, art. 11: "Todos los habitantes gozan de los derechos y garantías consagrados por esta Constitución de conformidad con las leyes que reglamentan razonablemente su ejercicio. Los principios, declaraciones, derechos y garantías contenidos en ella no pueden ser alterados por disposición alguna. Tales enunciaciones no son negatorias de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la libertad, igualdad y dignidad de la persona humana, de los requerimientos de la justicia social, de principios de la democracia, de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados universales o regionales de derechos humanos ratificados por la nación. Tampoco se ha de entender como negación de los derechos que la Constitución nacional acuerda a los habitantes de la Nación los cuales quedan incorporados a esta Constitución"; Constitución de la provincia de Tierra de Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, art. 13: "Todas las personas en la provincia gozan de los derechos y garantías que reconocen la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales ratificados por la República y esta Constitución, conforme a las leyes que reglamentan su

La Comisión Interamericana, sosteniendo que el artículo 28.2 de la Convención, “reconociendo y respetando cada sistema federal en particular, requiere que el gobierno central adopte las medidas que permitirán a las autoridades de las entidades componentes de la federación lograr el cumplimiento de la Convención”¹²¹. En sentido concordante, el Comité

ejercicio, y están sujetas a los deberes y restricciones que los mismos imponen”; Constitución de la provincia de Corrientes, art. 184: “Hasta tanto se dicte la legislación pertinente, se aplicará el régimen de la Ley de Amparo para la efectiva protección inmediata y expeditiva de los derechos y garantías contenidos en las cláusulas operativas de los tratados y convenciones internacionales, que hayan sido objeto de ratificación o adhesión por parte de la República Argentina, sin que puedan incluirse o comprenderse otros reclamos con tal motivo”; Constitución de la provincia del Chaco, art. 14: “Tratados y acuerdos internacionales. Operatividad. Los derechos, deberes, declaraciones y garantías, los acuerdos y tratados mencionados en el artículo 75, inciso 22, enumerados en la Constitución Nacional que esta Constitución incorpora a su texto dándolos por reproducidos, y los que ella misma establece, no serán entendidos como negación de otros no enumerados que atañen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno, a la libertad, la dignidad y la seguridad de la persona humana”; Constitución de la provincia de Chubut, art. 14: “Tratados y acuerdos internacionales. Operatividad. Los derechos, deberes, declaraciones y garantías, los acuerdos y tratados mencionados en el Artículo 75, inciso 22, enumerados en la Constitución nacional que esta Constitución incorpora a su texto dándolos por reproducidos, y los que ella misma establece, no serán entendidos como negación de otros no enumerados que atañen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno, a la libertad, la dignidad y la seguridad de la persona humana”; Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 10: “Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución nacional, las leyes de la nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Éstos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”; art. 14: “Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución nacional, los tratados internacionales, las leyes de la nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la ciudad sea parte”; Constitución de la provincia de Córdoba, art. 18: “Derechos. Definiciones. Todas las personas en la Provincia gozan de los derechos y garantías que la Constitución Nacional y los tratados internacionales ratificados por la República reconocen, y están sujetos a los deberes y restricciones que imponen”; Disposición complementaria, art. 1: “Toda edición oficial de esta Constitución debe llevar anexos los textos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de la Organización de las Naciones Unidas del año 1948 y la parte declarativa de derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Preámbulo y Parte I), suscripta en San José de Costa Rica en 1969, aprobada por la República Argentina, a través de la ley 23.054 de 1984, a la cual adhirió esta provincia de Córdoba por ley 7.098 de 1984”.

¹²¹ CIDH, Informe 8/91, caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párr. 41.

de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha indicado que el sistema de gobierno federal entraña la responsabilidad de las provincias en la observancia de muchos de los derechos previstos en el tratado, que puede requerir la adopción de disposiciones normativas y medidas tomadas en el plano provincial para asegurar la observancia de los derechos enunciados¹²². Por eso, el artículo 28 debe entenderse como extendiendo las obligaciones que resultan de la Convención Americana a cada unidad componente de la federación¹²³.

La propia Comisión Interamericana ha observado en un caso las disposiciones constitucionales para sostener que la Convención Americana es “aplicable en todo el territorio de los Estados Unidos Mexicanos (...). Las disposiciones de la convención rigen en todos los Estados de la Unión mexicana en calidad de Ley Suprema de toda la Unión”, al tenor del artículo 133 de la Constitución de México¹²⁴.

En el caso argentino, hay varias disposiciones constitucionales que refuerzan el concepto de que las provincias están obligadas a cumplir con las disposiciones de la Convención Americana y con otros tratados de derechos humanos. Así el artículo 128, al disponer que los gobernadores de provincia son agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la nación, impone claramente una obligación con relación a los tratados ratificados, al menos aquellos mencionados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución. Por supuesto, el artículo 31, que establece la cláusula de la supremacía constitucional indicando que la “Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados son la ley suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformar-

¹²² Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Argentina. 3/11/2000. CCPR/CO/70/ARG.

¹²³ Colautti, *El Pacto de San José de Costa Rica*, cit., p. 141.

¹²⁴ CIDH, Informe 1/90, casos 9.768, 9.780 y 9.828, México, 17 de mayo de 1990, párr. 96. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1990-1991, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, Doc. 12, 22 febrero 1991. El art. 133 de la Constitución mexicana dispone: “Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”. Sin embargo, esta interpretación sobre el alcance del art. 133 de la Constitución de México que varios, incluida la Corte Suprema de dicho país, han adoptado y que la Comisión sigue, ha sido calificada por algún sector de la doctrina como “simplista”. Ver, Serna de la Garza, José María, *El poder de celebrar tratados internacionales y la división de competencias del sistema federal mexicano*, en *Federalismo y Regionalismo*, edición del autor, 2002, p. 518.

se a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”, provee bases más que suficientes para obligar a las provincias a respetar los tratados de derechos humanos ratificados por la Argentina¹²⁵. Este artículo 31 es similar al artículo 133 mexicano referido en el párrafo anterior y que sirvió de base para que la Comisión estableciese la obligatoriedad de la Convención Americana en todo el territorio mexicano.

Un punto adicional que refuerza el argumento que la Convención debe tener vigencia en todo el territorio del Estado y aplicarse a todas las personas bajo su jurisdicción es el principio de nodiscriminación. Si la Convención no se aplica de manera igualitaria a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado, podría generarse una situación de discriminación.

Diversos organismos de Naciones Unidas han resaltado las disparidades que existen al interior de los países con estructura federal con relación a la vigencia de los diferentes derechos reconocidos. Así han tomado nota de que existen diferencias en la legislación relativa a la educación en el sistema federal en el Estado en cuestión¹²⁶; han expresado preocupación porque muchas de las garantías del debido proceso no figuren en los códigos de procedimiento penal de algunos cantones, y que aún no se haya aprobado un código de procedimiento penal unificado¹²⁷; o porque el sistema federal de gobierno confiere a las provincias autoridad en sectores críticos, como la administración de justicia, con el resultado de que el tratado no se aplica de manera uniforme en las diferentes regiones del territorio del Estado¹²⁸. Especialmente el Comité de Derechos del Niño ha insistido en la importancia de que existan salvaguardas para que la descentralización o la transferencia de competencias no conduzcan a una discriminación en el goce de los derechos de los niños en las diferentes regiones¹²⁹.

¹²⁵ Ver asimismo, entre otros, el art. 5 que exige que cada provincia dicte para sí una Constitución de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional y que “bajo de estas condiciones el gobierno federal, garantice a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”, y el art. 8 que dispone que “los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás”.

¹²⁶ Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Conclusiones y recomendaciones, Australia, U.N. Doc. E/C.12/1993/9 (1993), párr. 6.

¹²⁷ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Suiza, U.N. Doc. CCPR/CO/73/CH (2001).

¹²⁸ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Argentina, 3/11/2000, CCPR/CO/70/ARG., párr. 8.

¹²⁹ Comité de Derechos del Niño, 34º período de sesiones (2003), Observación General 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 4 y 42 y párr. 6 del art. 44), párr. 41.

Sin embargo, hasta la fecha no conocemos que algún organismo internacional haya encontrado que la diversidad de legislaciones o prácticas al interior de un Estado federal implique *per se* una discriminación. Particularmente en diferentes casos, se utilizó este argumento ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que a la fecha no lo ha aceptado. Así ha sostenido que

“al ser el Estado Parte una unión federal, son posibles diferencias entre las partes que constituyen la federación lo que no constituye por sí mismo una violación al principio de igualdad y no discriminación”¹³⁰.

V. Reparto de competencias federales y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de referirse a la distribución de competencias y responsabilidades del Estado federal y de los gobiernos provinciales en materia de tratados internacionales de derechos humanos. En este trabajo pretendemos solamente hacer referencia a algunos casos que marcan la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema en esta área.

La Corte Suprema ha sostenido, a partir del caso “Méndez Valles”, que todo lo atinente a la interpretación de los tratados internacionales suscita cuestión federal a los efectos del recurso extraordinario¹³¹. Para llegar a esta conclusión entendió que

“... cuando el país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los

¹³⁰ “Sergei Anatolievich Cheban et al v. The Russian Federation”, Communication n° 790/1997, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/790/1997 (2001), párr. 7.4 Ver, asimismo, el caso “Hesse” donde se alegó discriminación sobre la base de los diferentes plazos de prescripción en distintas provincias australianas. El Comité declaró inadmisibles las peticiones por falta de fundamentación en este punto. “Peter Hesse v. Australia”, Comunicación 1087/2002, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/1087/2002 (2002), párr. 4.2. En el caso “Lindgren contra Suecia”, donde se alegó discriminación ya que distintos municipios tenían regímenes diferentes en cuanto a subsidios a escuelas privadas, el Comité tampoco encontró violación. “Lindgren y otros v. Sweden”, Comunicación 298/1988, U.N. Doc. CCPR/C/40/D/298/1988 (1990), párr. 10.4. En el caso “Arieh Hollis Walkman”, los denunciantes alegaron la diferencia de trato entre los residentes en diferentes provincias de Canadá con relación a la educación religiosa, sin que el Comité de Derechos Humanos se pronunciara al respecto. Ver “Arieh Hollis Waldman v. Canada”, Comunicación 694/1996, U.N. Doc. CCPR/C/67/D/694/1996 (1999), párr. 3.1.

¹³¹ CSJN, “Méndez Valles, Fernando c/A.M. Pescio SCA. s/ejecución de alquileres”, Fallos: 318:2639, cons. 4. En el caso se discutía la interpretación del art. 36 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, en particular la ley aplicable a un contrato de alquiler.

supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino... La mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal bastante”.

“... que resultaría indiferente a los efectos de la eventual responsabilidad internacional aludida, el hecho de que los preceptos del tratado cuya violación se invocare funcionen como disposiciones de derecho común, por lo que no es razonable fundar en esta circunstancia la inexistencia de cuestión federal”¹³².

Al reafirmar la naturaleza de acto federal complejo, en tanto y en cuanto participan el Poder Ejecutivo y el Congreso, que había sostenido en el caso “Ekmekdjian” mencionado previamente, que

“en tales condiciones, la naturaleza federal del tratado alcanza también a su contenido. Es irrelevante que la materia del tratado sea de las calificadas como de derecho común, aun cuando se incorporen las normas del tratado a una ley nacional común. Nada de ello puede enervar la sustancia federal que aquéllas poseen en virtud de su fuente internacional”¹³³.

De modo que al menos a los efectos de habilitar la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, todas las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de un tratado internacional son cuestiones federales y no cuestiones de derecho común. Como se verá con algunas decisiones posteriores, entre otras consecuencias, el Estado federal al ratificar tratados asume ciertas obligaciones que normalmente estarían en el marco de competencia de las provincias.

En los casos “Beviacqua”¹³⁴ y “Monteserrín”¹³⁵, relativos al derecho a la salud, la Corte Suprema sentó la doctrina que el Estado nacional no

¹³² Ídem, cons. 6 y 7.

¹³³ Ídem, cons. 10.

¹³⁴ CSJN, Fallos: 323:3235, “Campodónico de Beviacqua Ana c/Min. Salud - Sec. Programa de Salud y Bco. de Drogas Neoplásicas”, 24/10/2000. Dicho fallo fue publicado también en LL, 2001-C-32, con nota de Walter F. Carnota, *¿Es necesario argumentar al extremo el derecho a la salud?* y en LL, 2001-D, 23, con nota de Víctor Abramovich y Christian Courtis, *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*. En este caso se analizó la situación del niño A. S. B., residente de la provincia de Córdoba, nacido con un padecimiento grave en su médula ósea cuyo tratamiento depende de una medicación especial que le fuera suministrada sin cargo por el Banco Nacional de Drogas Anti-neoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, por dos años hasta su suspensión unilateral por parte del Estado nacional.

¹³⁵ CSJN, Fallos: 324:3571, “Monteserrín Marcelino c. Estado Nacional - M. S. y A. S.”, 16/10/2001. En el caso se solicitaba que el Estado Nacional disponga la afiliación a

puede desentenderse de aquellas obligaciones en materia de salud que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos bajo el pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas (provincia, municipio u obra social).

En el caso “Beviaqcuca”, particularmente analizó el artículo 28 de la Convención Americana y su relación con otros tratados de derechos humanos, señalando:

“20. Que, asimismo, la ‘cláusula federal’ prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar ‘de inmediato’ las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado (art. 28 inc. 1 y 2). La Convención sobre los Derechos del Niño incluye, además, la obligación de los Estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (arts. 23, 24 y 26).

21. Que el Estado nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada)”.

En este sentido, resaltó el más Alto Tribunal que “frente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado [nacional] no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial”.

Luego de realizar un análisis de la legislación nacional rectora en la materia y las disposiciones constitucionales de la provincia implicada en el caso, la Corte Suprema concluyó:

la obra social que corresponda, a fin de que pueda recibir todos los beneficios que prevé la legislación vigente de un niño residente en la provincia de Santa Fe con parálisis cerebral y cuyo padre adoptivo carecía de empleo y estaba en una situación patrimonial difícil que le impedía proveerle el tratamiento médico adecuado.

“27. Que lo expresado pone en evidencia la función rectora que ejerce el Estado nacional en este campo y la labor que compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios”.

Pero la Corte Suprema es cuidadosa en no liberar a las provincias de la responsabilidad que les cabe. Si bien en el caso concreto el Estado nacional debe proveer el medicamento en cuestión, ello no libera al gobierno provincial de sus obligaciones legales.

También reafirma el principio que el cumplimiento de obligaciones internacionales no altera la distribución de competencias constitucionales en materia federal:

“35. (...) la apelante no ha demostrado que la decisión de mantener el tratamiento afecte el principio de federalismo o ponga en crisis las facultades reservadas por los gobiernos locales en la organización de su sistema de salud. No obstante ello, este pronunciamiento ha dejado establecida la responsabilidad que cabe también en esta materia a las jurisdicciones provinciales”.

En el caso “Monteserrín”, la Corte Suprema se basó principalmente en el reseñado caso “Beviacqua” y reafirmó la obligación impostergable que tiene la autoridad pública nacional de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales (cons. 11). Recalcó nuevamente que el Estado nacional no puede desentenderse de sus obligaciones internacionales en este campo bajo el pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas. Todo ello en tanto el Estado federal es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos a la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten, habida cuenta de su función rectora atribuida por la legislación nacional en ese campo y de las facultades de coordinación e integración con las autoridades provinciales (cons. 13).

Por otro lado, en un caso que involucraba el ejercicio de los derechos políticos reconocido por el artículo 23 de la Convención Americana, el Alto Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la compatibilidad de una legislación provincial y las normas del tratado interamericano. Para la Corte Suprema tanto el deber de garantía que surge del artículo 1 de la Convención, como el principio de buena fe, exigen que la Convención tenga plena vigencia en toda la jurisdicción del Estado, incluidas las provincias¹³⁶.

¹³⁶ CSJN, “Alianza Frente para la Unidad”, *Fallos*: 324-3143. En el caso se discutía si una persona procesada, pero no condenada, tenía derecho a ejercer sus derechos polí-

Enfáticamente la Corte Suprema rechazó el argumento de que la Convención “carece de vigencia en el ámbito de los derechos electorales provinciales”. No solamente porque se desconocería que la norma de origen internacional cuenta con jerarquía constitucional, sino porque el artículo 1 de la Convención obliga al Estado argentino a “respetar los derechos reconocidos a toda persona bajo su jurisdicción” incluidos aquellas que están sujetas a regulaciones provinciales¹³⁷.

Al igual que en el caso “Beviaqqua”, clarificó que con ello “no se alteraba la distribución constitucional de competencias entre la Nación y las provincias debido a que la Convención tiene como propósito consolidar un régimen de respeto por los derechos esenciales del hombre, estableciendo garantías para las personas y no para beneficio de los Estados contratantes”, en el que “los Estados (...) asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”¹³⁸. La Corte Suprema concluyó que “afirmar que la vigencia de una norma [convencional con supremacía constitucional se detiene frente a normas locales es derechamente ignorar el art. 31 de nuestra Carta Magna”¹³⁹.

En el caso “Hoofst”, la Corte Suprema declaró inconstitucional el artículo 177 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, por ser discriminatoria en contravención de un precepto explícito de la Convención Americana. Para arribar a tal conclusión, la Corte Suprema partió por establecer que la norma constitucional provincial cuestionada tenía una presunción de inconstitucionalidad, por establecer una distinción contraria a una de las prohibiciones de la Convención Americana (en el supuesto concreto al art. 23). Dicha presunción sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique¹⁴⁰. La Corte Suprema entendió que las menciones genéricas al federalismo, a las facultades de la provincia para darse sus propias instituciones, a la posibilidad de que los requisitos locales puedan ser distintos de los nacionales para cargos judiciales análogos o a que los requisitos y con-

ticos, situación no permitida por la legislación provincial, cons. 6, ver Haro, Ricardo, *Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos*, en “Ius et Praxis”, Año 9, nº 1, 2003.

¹³⁷ Ídem, cons. 14.

¹³⁸ Ídem, cons. 14.

¹³⁹ Ídem, cons. 14.

¹⁴⁰ “2. En el caso se cuestionaba el art. 177 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires que establecía como requisito para ser juez de cámara ‘haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero’.

diciones impugnados resultan de la derivación de lentos procesos históricos y sociales originados por las particularidades propias de cada Estado provincial, son “totalmente insuficientes” para justificar la restricción atacada y en todo caso son una dogmática afirmación de la postura de la provincia¹⁴¹.

Leídos en conjunto estos fallos, aparece claramente que la Corte Suprema ha tomado los puntos centrales defendidos en este trabajo. En este breve resumen parecería que hay al menos cuatro claros signos señalados por la Corte Suprema. Por un lado, que toda la materia regulada por tratados de derechos humanos ratificados por Argentina, por tal motivo, configuran de por sí una cuestión federal y no de derecho común. Si bien en los casos reseñados, tal doctrina se utilizó para habilitar la jurisdicción de la Corte Suprema, una consistencia con dicha doctrina permitiría también que el Congreso Nacional pudiese adoptar la legislación que fuese necesaria para dar efectividad a los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos y que el Ejecutivo pudiese actuar en este ámbito. En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte Suprema atribuye una clara responsabilidad central al gobierno federal por asegurar y cumplir las obligaciones que surgen de los tratados de derechos humanos. En este sentido, no puede desatenderse el gobierno federal de sus obligaciones argumentando que ellas caen bajo la competencia de las provincias. En tercer lugar, y complementando el punto anterior, la Corte Suprema también ha indicado que las provincias están sujetas a las disposiciones de los tratados de derechos humanos. Por ello, tanto su Constitución como su legislación infraconstitucional y sus actuaciones no pueden ser incompatibles con los requerimientos que emergen de la normativa internacional. Finalmente, el Máximo Tribunal deja muy claro en esta línea jurisprudencial que el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos, al menos aquellas con jerarquía constitucional, sea por parte del gobierno federal o por parte de las provincias, no afecta la distribución constitucional de competencias en materia federal.

VI. Conclusión

Los Estados son libres y soberanos para adoptar la forma federal, unitaria o aquella que estimen pertinente. Sin embargo, no pueden retardar injustificadamente la implementación de la Convención Americana o violarla de cualquier otra forma amparándose en su forma federal de gobierno. Los principios generales del derecho internacional relativos a la responsabilidad internacional de Estados federales permiten sostener que

¹⁴¹ Ídem, cons. 7.

éstos son responsables por las acciones y/u omisiones de sus subdivisiones políticas y no pueden evitar dicha responsabilidad alegando que sus poderes constitucionales de control sobre ellas son insuficientes para exigir el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Estos principios implican que los Estados federales Parte de la Convención Americana son plenamente responsables a nivel internacional por las violaciones cometidas por acción o por omisión, por agentes estatales de sus unidades componentes. Además, el Estado federal está obligado a adoptar las medidas necesarias a nivel interno para asegurar su cumplimiento en el ámbito de las provincias.

El artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos refleja los principios generales del derecho internacional, aplicados específicamente a los Estados federales y en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como corolario de estos principios, un Estado puede violar un tratado internacional, incluida por supuesto la Convención, tanto por acción como por omisión. De modo que si el Estado federal no adopta la legislación o las medidas necesarias y exigibles de conformidad con los artículos 1, 2 y 28 de la Convención, incurrirá en responsabilidad internacional.

En definitiva, una lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 28 de la Convención implica que todo Estado Parte de la Convención con estructura federal en que no se encuentre garantizado el libre y pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos reconocidos en la Convención para todas las personas bajo su jurisdicción, independientemente de que las mismas se encuentren dentro del ámbito de competencias del gobierno federal o de una de las unidades territoriales de la federación, se encuentra en la obligación internacional de adoptar la legislación o las medidas que sean necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir con este fin.

El artículo 28 tiene por objeto clarificar, precisar y hacer más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades en el marco de los Estados federales. El artículo 28 no altera o disminuye el alcance de los artículos 1 y 2 de la Convención, sino que los complementa. Una interpretación distinta carecería de sentido al privar de efecto útil a la Convención en las unidades componentes de los Estados federales.

Desde este sentido resulta imperativo que en Argentina se desarrolle un mecanismo efectivo para asegurar que, tanto el gobierno federal como los gobiernos provinciales, se hallan en condiciones de garantizar la vigencia de los derechos reconocidos internacionalmente.

Los principios del derecho internacional y la interpretación de las normas convencionales demuestran la necesidad de que se avance de la situación actual en la que el gobierno federal simplemente es, en muchos

aspectos, reactivo ante denuncias internacionales, a uno donde se incorpore de una manera constructiva a las provincias, que permita la interacción entre la esfera provincial y federal de gobierno y que, en definitiva, facilite la internalización de las obligaciones internacionales por parte de las provincias.

Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al Derecho público argentino*

Guillermo R. Moncayo

I. Consideraciones generales: convenciones sobre derechos humanos y derecho interno

En materia de derechos y libertades fundamentales, el derecho público argentino se ha enriquecido con la incorporación de diversas declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos. Integran nuestro orden jurídico: con la Constitución nacional y las leyes de la nación que en su consecuencia dicte el Congreso son la ley suprema de la nación¹.

Algunos revisten jerarquía constitucional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución; otros, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra adquirieron esa jerarquía en virtud de leyes del Congreso de la Nación dictadas de conformidad con lo establecido en el apartado final de la citada disposición constitucional (leyes 24.820 y 25.778, respectivamente).

* El presente artículo actualiza el publicado en la "Revista de la Fundación Plural", n° 12, 1988, ps. 26-37.

¹ La Argentina es parte, además, de las siguientes convenciones, entre otras: Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (1948); Convenio para la Sindicación y Negociación Colectiva (1949); Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario; Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949); Convención sobre Igualdad de Remuneración (1951); Convenio sobre Estatuto de los Refugiados (1951); Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación (1952); Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952); Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954); Convención para la Nacionalidad de la Mujer Casada (1957); Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso (1957); Convención sobre la Discriminación (empleo y ocupación) (1958); Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza (1960); Protocolo relativo al Estatuto de los Refugiados (1967).

Son numerosos y relevantes los tratados de los que Argentina se ha hecho parte, en un proceso que acentuó luego del advenimiento del gobierno democrático. Ellos protegen, a través de normas específicas, a determinadas personas o grupos, regulan determinadas materias o conductas, o bien, tienen un contenido genérico y omnicompreensivo.

Dentro de la primera categoría, nuestro país es parte –entre otras– de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948); de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1966); de la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen del Apartheid (1973); de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes (1984); la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)².

A la vez, es parte de tratados vigentes que protegen genéricamente los derechos humanos, tanto a nivel universal –el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)– como a nivel regional –la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969)–.

Ambos pactos internacionales, adoptados el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, dieron forma convencional a las disposiciones fundamentales de la Declaración Universal de Derechos Humanos. A través del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los países occidentales trasladaron al plano del derecho internacional positivo valores fundamentales que entroncan con los principios de la Revolución Francesa expresados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se internacionalizaron derechos de contenido social, que habían hallado expresión constitucional, inicialmente, en la Constitución mexicana de 1917 y en otros textos inmediatamente posteriores a la Primera Guerra Mundial (Constitución de Weimar, de la URSS, entre otros).

Los dos pactos internacionales fueron aprobados en nuestro país por la ley 23.313 y ratificados el 2 de junio de 1986.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscripta el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, recoge los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (ambas aprobadas en 1948), de los referidos Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y de la Convención Europea de 1950. Entró en vigor en julio de 1978.

² Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

suspensión y restricción de derechos y garantías

El Pacto de San José de Costa Rica no se limita al reconocimiento de derechos, sino que establece diversos mecanismos efectivos de protección.

Acuerda importantes competencias a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la que cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en cualquier Estado miembro de la OEA puede, una vez cumplidos ciertos requisitos, presentar peticiones que contengan denuncias o quejas por violación de la Convención Americana por un Estado Parte.

Y crea una Corte Interamericana de Derechos Humanos que decide cuestiones vinculadas a la observancia de los derechos humanos protegidos por la Convención que los Estados Parte o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le sometan, una vez agotadas las instancias internas del Estado demandado y cumplidos ciertos procedimientos ante la referida Comisión. Su jurisdicción es facultativa; es decir, depende del consentimiento de los Estados Parte. Nuestro país la ha aceptado por tiempo indefinido y bajo condición de reciprocidad, aunque ha formulado reservas parciales.

Además, la Corte Interamericana puede emitir opiniones consultivas que le sean requeridas por cualquier Estado miembro de la OEA sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos o acerca de la compatibilidad de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

El ámbito de la regulación de los tratados que vinculan a nuestro país es muy vasto y los mecanismos de protección que emergen de algunos de ellos significan modificaciones institucionales de trascendencia.

Es posible afirmar que aún no se ha advertido en su cabal dimensión la transformación que resulta de la inclusión en nuestro derecho de esas normas internacionales, muchas de ellas directamente operativas. Reafirman, en algunos casos, principios y normas vigentes; en otros, desarrollan contenidos que estaban meramente implícitos en nuestra Constitución, a la que también han venido a completar o a reglamentar.

En cualquier supuesto, resulta obvio que para el adecuado conocimiento de nuestro derecho positivo y de sus instituciones fundamentales no se puede prescindir del conjunto normativo aportado por los tratados y las declaraciones internacionales sobre derechos humanos que vinculan a nuestro país.

El estudio de sus contenidos y su incidencia en nuestro derecho público, y también privado, es una tarea ardua y extensa. Lo es también el sólo análisis de su influencia en nuestro derecho constitucional.

En este vasto ámbito de posibilidades, nuestro trabajo está limitado a un sólo aspecto de la regulación internacional: el referido a la suspensión y restricción de los derechos y garantías individuales a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos y, principalmente, de la Con-

vención Americana sobre Derechos Humanos “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte” (art. 27).

II. Suspensión de garantías y estado de sitio

II. 1. Tanto las convenciones internacionales que resguardan genéricamente los derechos humanos, como las constituciones nacionales, reflejan la convicción de que la preservación del sistema democrático requiere que los poderes públicos estén dotados de las facultades de suspender y restringir las garantías individuales. El deber primario de todo Estado democrático es perseverar en su ser. El Estado tiene entonces el deber de regular los derechos en modo que se impida su utilización para destruir el mismo régimen que los reconoce y asegura.

Esta exigencia existencial suele enfrentar a los poderes estatales a conflictos con las libertades fundamentales cuando graves circunstancias amenazan la estabilidad de las instituciones, la paz interior. Se trata entonces de conciliar los valores en juego, de armonizarlos, a fin de que la preservación del orden y la seguridad no se consigan al precio del aniquilamiento del derecho, ni que el apego a las formas tradicionales de ejercer el poder –concebidas para tiempos normales– culmine con la prevalencia de la violencia o con el predominio de poderes de hecho.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos distingue entre la restricción y la suspensión de los derechos. La restricción es inherente al normal ejercicio de los derechos; sin restricciones razonables, la contraposición y el enfrentamiento de derechos absolutos llevaría a la anarquía, al predominio de la fuerza, a la opresión. La suspensión presupone, en cambio, una situación de excepción.

El estado de excepción que determina la suspensión de los derechos del individuo debe ser consecuencia de una crisis. Han de hallarse en peligro el Estado o un sistema de gobierno por circunstancias objetivamente graves, al punto que ellas no puedan ser superadas con los medios ordinarios de regulación de los conflictos.

Algunas medidas de excepción sólo acentúan las facultades reglamentarias, e intensifican las restricciones a derechos constitucionales sin llegar a suspenderlos.

Se dan, a veces, en situaciones de emergencia económica y afectan principalmente al derecho de propiedad y a la libertad de contratación. En nuestro país, la enfática proclamación de la inviolabilidad de la propiedad ha debido enfrentar la prueba de normas legislativas que establecieron moratorias hipotecarias, congelamiento, y aun rebaja de alquileres, disminución de las tasas de interés, paralización de juicios, aumento de emergencia de salarios por decreto del Poder Ejecutivo, aun antes de que el artículo 2513 del Código Civil sufriera la reforma que sustituyó la potes-

suspensión y resitricción de derechos y garantías

tad de desnaturalizar, degradar o destruir la propiedad, por el criterio de usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular.

La Corte Suprema validó constitucionalmente medidas de tal naturaleza, a las que juzgó adecuadas para sostener la lucha de la libertad contra la opresión. No era el Estado el que buscaba amparo para sí ante situaciones críticas que él generaba. No se trataba de la opresión de gobiernos de fuerza, sino la que es producto de la acentuada desigualdad económica en el seno de las sociedades en las que, a imagen de lo que ocurre en la comunidad internacional, en medio de situaciones generalizadas de carencias, pobreza y necesidad, emergen sectores minoritarios que acumulan desproporcionadamente riqueza, poder, oportunidades. Es esa la opresión que impide la libertad. No ha debido para ello acudir nuestra Corte Suprema –en su momento– ni a constituciones de Estados socialistas, ni a tomar como fuente a doctrinas que cuestionan la propiedad individual.

Pero en todos aquellos casos de excepción, las medidas adoptadas resguardaron a sectores desvalidos de la población.

Aun antes de la incorporación de normas constitucionales de contenido social, la Corte Suprema había delimitado el carácter individualista de la Constitución. Afirmaba que lo es, en cuanto reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, pero que no lo es en el sentido de impedir que la voluntad individual y la libre contratación puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos había transmitido, tempranamente, conceptos como el de la libertad contra la opresión, que afirmaban una verdad simple y universal. No puede hablarse del derecho a la dignidad ante la extrema pobreza generalizada, ante situaciones estructuradas de marginación y miseria.

No siempre la situación extrema de conflictos armados es la que generó medidas excepcionales. En los Estados Unidos y en Europa, crisis que sobrevinieron en épocas de paz determinaron respuestas también extraordinarias y el ejemplo del *New Deal* del presidente Roosevelt lo patentiza.

Podrá considerarse que el subdesarrollo configura una situación permanente de frustración económica, social y cultural incompatible con la vigencia plena y generalizada de los derechos humanos. Esta situación persiste como realidad estructural en países como el nuestro en el que su población se halla sumergida en más del cincuenta por ciento en los límites de la indigencia, por debajo de los límites de la pobreza. En condiciones de subdesarrollo, la simple agravación de algunos de sus elementos puede, además, llevar a situaciones de emergencia y, por ende, a medidas severamente restrictivas de los derechos humanos de carácter civil o político.

No es errónea la relación íntima que se establece entre la efectiva vigencia de los derechos humanos y la estabilidad de los regímenes políticos democráticos, con el desarrollo. Y la experiencia histórica reciente demuestra que las regulaciones excepcionales, propias de los estados de emergencia, han sido generalizadas en países del tercer mundo.

Naturalmente, es preciso liberarse del determinismo que lleva a identificar necesariamente las restricciones o la negación de los derechos humanos con el subdesarrollo. La misma experiencia revela que los estados de emergencia no han sido medios eficaces para superar los factores que los generan y a veces han acentuado sus males y han restringido vanamente los derechos individuales.

Surge, en todo caso, la necesidad de comprender la interdependencia de ambos órdenes de derechos, los civiles y políticos y los de contenido económico y social. Cabe afirmar entonces la convicción de que el derecho al desarrollo no presupone, ni exige, para su efectivización, partir de una situación denegatoria de los derechos del individuo y, a la vez, que el subdesarrollo en sí conspira contra la real vigencia de los derechos humanos.

También razones políticas son las que motivan con frecuencia situaciones de excepción. Se busca preservar el orden para evitar la violencia, la subversión, la anarquía. La gravedad de las situaciones críticas no puede ser medida con criterios absolutos y permanentes. Ni el ejercicio, aun exacerbado, de derechos como el de huelga, el de manifestar públicamente, ni las protestas tumultuosas o multitudinarias deben servir de pretexto a la restricción generalizada de los derechos humanos.

II. 2. Para que las medidas restrictivas o el ejercicio acentuado de los poderes de policía no resulten suficientes y para que deba llegarse a la suspensión de derechos y garantías fundamentales es preciso que ocurran situaciones excepcionales similares a aquellas en las que, como expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la vida de la nación se halle en peligro.

La determinación de cuándo el orden constitucional puede estar comprometido en su estabilidad por vías de hecho, cuándo la paz interior puede estar en riesgo ante la violencia, depende de un juicio de mérito y de oportunidad que se hace radicar en las autoridades políticas.

Aunque no puede haber una valoración arbitraria de circunstancias, el margen de discrecionalidad que dejan las normas que autorizan la excepción –conmoción interior, grave peligro, guerra– implican el reconocimiento de una posibilidad de apreciación dotada de cierta flexibilidad.

Ese margen de discreción resulta aprovechado por los poderes políticos según circunstancias que variarán conforme al grado de convicción de los gobiernos sobre su propia capacidad para conjurar por medios regulares la situación crítica, su vocación última por el respeto de los derechos humanos, sus tendencias autoritarias. Puede considerarse que también importa para la apreciación de la excepcionalidad de las circunstancias, la legitimidad del poder que se ejerce; es decir, un gobierno instaurado por la fuerza o por el fraude tiene un vicio de origen que lo impulsa a desconfiar de toda expresión colectiva de voluntad, pues no es la voluntad popular la que lo origina y lo sustenta.

suspensión y restricción de derechos y garantías

Lo grave es la distorsión de las instituciones de excepción. No siempre las medidas de emergencia responden a crisis que ponen en peligro la vida de la nación; y aun en casos en que originariamente hayan concurrido situaciones objetivas de peligro, aquellas medidas han subsistido más allá de lo necesario. Los defensores de la continuidad ven en la eficacia de las medidas de excepción la causa de esa situación. De ahí su convicción de que es menester persistir en ellas, para evitar que nuevas emergencias sobrevengan.

Ha de considerarse, empero, que la temporalidad es un requisito necesario para validar la norma que declara o impone la situación de excepción o emergencia. Se ha dicho, con acierto, que “en un estado de emergencia, lo que el derecho premiosamente exige es que, con respecto a las limitaciones constitucionales, se ponga fin al estado de emergencia, cuya prolongación representa en sí misma el mayor atentado contra la seguridad jurídica”³ y, en igual sentido, que “la prolongación *sine die* de los regímenes jurídicos de emergencia o su asidua reiteración (de modo que la normalidad quede reducida a un ‘interregno entre dos emergencias’) desplaza la lógica del sentido común”⁴.

Así, nuestro país ha conocido períodos en los que el estado de sitio se ha sucedido transformándose en regla y la normalidad institucional ha sido excepción; sin contar que el estado de sitio ha llegado a tener una vigencia ininterrumpida durante nueve años (1974-1983).

A partir de 1930 y hasta 1984, la Argentina vivió casi la mitad del tiempo en estado de sitio. No cabría computar, por su fugacidad, el que fue posteriormente declarado por el presidente De la Rúa el 20 de diciembre de 2001 (Decreto 1678), levantado al día siguiente (Decreto 1689). La Constitución nacional no prevé expresamente la necesidad de establecer un límite temporal en casos de conmoción interior o de ataque exterior. Ha podido considerarse así que los poderes de emergencia han de durar hasta que persista la emergencia: la precisión de tal momento es un acto político. Criterio similar es el de la Corte de Estados Unidos.

Ante la situación excepcional, difieren los criterios acerca del modo de determinar qué derechos pueden ser restringidos. Habrá que enumerarlos taxativamente (Constitución de Weimar, de Costa Rica); por el contrario, habrá que enumerar los derechos que no pueden serlo (Suecia, Venezuela); habrá que delegar tal determinación en el poder que verifica el estado de excepción; podrán restringirse todas las garantías aunque limitando

³ Fallos: 243:449, voto de los jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte.

⁴ Rossatti, Horacio Daniel, *El Estado y la colmena: la emergencia en el Derecho Constitucional Argentino*, en Hutchinson, Tomás (dir.), *La emergencia económica*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 102.

los poderes extraordinarios o sólo podrá afectarse el hábeas corpus (Estados Unidos).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisan las situaciones de excepción que autorizan a suspender las normas que protegen derechos humanos y enumeran los derechos y las garantías que nunca pueden ser suspendidos.

Nuestra Constitución, como ya fue señalado, sólo contempla dos supuestos de excepción: los “de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella” (art. 23). La declaración del estado de sitio es el recurso previsto para tales casos de emergencia. Se prevé que quedan entonces suspendidas las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión, el presidente de la república no puede condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limita, respecto de las personas, a trasladarlas de un punto a otro del país, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino (art. 23).

La Constitución de 1949 preveía, junto al estado de sitio, mecanismos intermedios de respuesta en caso de alteraciones de orden público que amenacen perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población. Cabía, entonces, declarar el *estado de prevención y alarma*. Sus modalidades estaban remitidas a una ley reglamentaria que no podía suspender, sino limitar transitoriamente las garantías constitucionales en la medida en que fuese indispensable. La facultad del presidente para detener a las personas o trasladarlas tenía también un preciso límite en el tiempo: no podía exceder los treinta días.

Ese texto constitucional anticipaba criterios limitativos a las medidas de excepción que más tarde fueron acogidos en las convenciones internacionales sobre derechos humanos y, también, fueron propiciados internamente en un anterior esquema de reforma constitucional⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico, aunque no pacíficamente, se ha interpretado que cualquier derecho (sólo del capítulo de declaraciones, derechos y garantías) puede ser suspendido: “... el estado de sitio importa la suspensión de todas las garantías constitucionales, con las limitaciones que establece el art. 23” (*Fallos*: 236:41); de modo que “en ausencia de una limitación específica (...) deliberada y cierta, no puede ser ni siquiera examinada la posibilidad de negar el carácter general y pleno de la ley que pone en vigencia el régimen del art. 23”⁶. Pero hay un control de razonabilidad: adecuación del medio empleado al fin, que ha sido per-

⁵ Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1986, p. 306.

suspensión y restricción de derechos y garantías

filado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que encuentra expresión normativa en la ley 23.098, que reglamenta la garantía del hábeas corpus, en caso de que en virtud del estado de sitio sea limitada la libertad de una persona. Será entonces necesario que exista “correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio” (art. 4, 2).

II. 3. Las convenciones internacionales a las que hemos hecho alusión introducen criterios legales que precisan el contenido amplio del artículo 23 de la Constitución nacional y deciden positivamente cuestiones de importancia institucional que dieron lugar a interpretaciones judiciales y doctrinarias dispares.

Es cierto que ni el Pacto de Derechos Civiles y Políticos ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos contemplan específicamente la institución del estado de sitio. Sí contemplan y describen situaciones de excepción que facultan a suspender las obligaciones que los Estados han contraído, de respetar los derechos y las garantías en ellos enunciados.

Empero, los casos de *conmoción interior* o *de ataque exterior* de los que habla nuestra Constitución nacional pueden ser considerados jurídicamente equivalentes o hallarse subsumidos en los casos de “guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado Parte” a los que se refiere la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 27) para facultar la adopción de medidas suspensivas de derechos. Y también pueden ser asimilados a las situaciones excepcionales que pongan “en peligro la vida de la Nación”, consideradas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para validar medidas de excepción (art. 4.1).

De tal modo, la similitud de circunstancias de hecho previstas en nuestra Constitución y en los referidos tratados determina que las reglas en ellos establecidas para situaciones de emergencia o excepción sean aplicables a los supuestos de conmoción interior o de ataque exterior de nuestro derecho interno.

La aplicación de las normas internacionales influye en la actual regulación legal del estado de sitio, limitada en el derecho argentino al artículo 23 de la Constitución nacional y el artículo 4 de ley 23.098 (Ley de Hábeas Corpus).

Esta influencia se manifiesta en aspectos relevantes del estado de sitio, como lo son los atinentes a su duración temporal; a su alcance en cuanto a derechos y garantías susceptibles de ser suspendidos; en cuanto a la razonabilidad de las medidas de aplicación y finalmente, a la publicidad del acto que lo declara.

⁶ *Fallos*: 243:504.

II. 4. No hay en nuestra Constitución límite temporal expreso para el estado de sitio. El acto que lo impone no necesita de plazo predeterminado ni de criterio alguno de duración, si nos atenemos a la formulación literal del artículo 23 de la CN y a la interpretación de precedentes “que, a partir de Fallos 236:632 no insisten en el requisito concerniente al plazo que debe contener la declaración del estado de sitio”⁷.

El Pacto de San José de Costa Rica impone una atenuación a ese criterio de amplia discrecionalidad. Las medidas ofensivas de las garantías podrán ser adoptadas “en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación” (art. 27.1).

La Corte Suprema, en el ya citado caso “Granada”, reafirmó enfáticamente la doctrina constitucional de nuestra Carta Magna y de antiguos precedentes (*Fallos*: 11:423; 54:432), en el sentido de que la declaración de estado de sitio debe contener un plazo que, además, debe ser breve, como condición de validez del acto de suspensión de las garantías constitucionales. El fallo expresa la convicción de que “la extensión indefinida del estado de sitio demostraría, en realidad, que ha caducado el imperio de la Constitución que con él se ha querido defender”.

La más autorizada doctrina constitucional se ha interrogado sobre qué consecuencias sacaría la Corte Suprema ante un eventual estado de sitio sin plazo o con uno muy largo.

Aunque no cabe “aplicar en todos los casos un *concepto*, abstracto e invariable, del estado de sitio, sino una *ley* concreta, cuyos fundamentos y extensión pueden ser más o menos amplios o limitados, y admitir o no distinciones de situaciones o de circunstancias” —como lo señaló Alfredo Orgaz en su disidencia en el caso “Sofía” (*Fallos*: 243:504) y lo repite la Corte en el ya citado caso “Granada”— nos parece de interés señalar que ahora, nuevos datos de la realidad jurídica, omitidos por el Tribunal, excluyen de todo criterio circunstancial, tanto fáctico como conceptual, a algunas alternativas o posibilidades que podrían ser aceptadas dentro de la amplia formulación de la CN.

Esos datos emergen de normas de derecho internacional incorporados a nuestro orden jurídico. En razón de ellos no es ya posible una situación de estado de sitio que se prolongue indefinidamente, ni tampoco ha de ser legítimo el estado de sitio en el que los derechos y garantías se hallen genéricamente suspendidos.

II. 5. Por grave que sea la emergencia, hay derechos que no admiten suspensión. Se hallan dotados de una particular jerarquía que los preserve en cualquier circunstancia y asegura su permanente observancia.

⁷ Caso “Granada”, *Fallos*: 307:2284, cons. 5, párr. 9.

suspensión y restricción de derechos y garantías

Así, en virtud del Pacto de San José de Costa Rica (art. 27.2), no pueden suspenderse el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); a la vida y a la integridad personal (arts. 4 y 5); la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6); el principio de legalidad y retroactividad (art. 9); la libertad de conciencia y religión (art. 12); la protección de la familia (art. 17); el derecho al nombre (art. 18); los derechos del niño (art. 19); el derecho a la nacionalidad (art. 20); los derechos políticos (art. 23); ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Y, en igual orden de cosas, no pueden ser suspendidos, con arreglo a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4.2): el derecho a la vida (art. 6); la prohibición de las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7); la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, ni el sometimiento a servidumbre (art. 8, párrs. 1-2); la prohibición de encarcelamiento por incumplimiento de una obligación contractual (art. 11); el principio de legalidad y retroactividad (art. 15); el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano (art. 16); y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18).

Pero aun las disposiciones que pueden legítimamente adoptarse suspendiendo determinados derechos no son enteramente discrecionales: han de ser establecidas *en la medida* y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, no han de resultar incompatibles con otras obligaciones impuestas por el derecho internacional y han de ser igualitarias, es decir, no han de entrañar discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (art. 27, Pacto San José Costa Rica y concordantemente, art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

II. 6. De tal modo, no son ya sólo la elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema y la limitada regulación de la ley 23.098 las que establecen criterios de razonabilidad que posibilitan el contralor de las medidas de concreta implementación del estado de sitio. Ni los órganos políticos que verifican la existencia de las circunstancias de excepción para declararlo, ni los jueces que han de juzgar la razonabilidad de las medidas que suspenden medidas constitucionales pueden prescindir de la aplicación del derecho positivo vigente entorno al estado de sitio.

Y ese derecho legal no se agota en el art. 23 de la CN, ni en la regulación del art. 4 de la ley 23.098. La regulación del estado de sitio se integra en nuestro derecho con las normas del Pacto de San José de Costa Rica y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; son ley suprema de la Nación, tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la primera parte de la Constitución.

En razón de ellas, y al margen de las pautas interpretativas de la Corte Suprema, hay en nuestro derecho positivo una limitación en el tiempo que condiciona la validez del estado de sitio. Y también existe una exigencia de medida adecuada basada en la relación entre la situación de excepción y los derechos y garantías que pueden ser afectados, presidida por el criterio de proporcionalidad y causalidad.

El criterio de nuestra Corte Suprema, con todo lo que comporta de reafirmación de viejas doctrinas jurisprudenciales y con todo lo que ella ha traído de nuevo⁸, se halla normativamente expresado en acuerdos internacionales.

II. 7. Además, las medidas suspensivas han de ser objeto de una adecuada publicidad internacional. No ha de bastar la publicidad interna propia de una ley del Congreso o del acto del Poder Ejecutivo con autorización del Senado que declare el estado de sitio. Las normas internacionales requieren algo más.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que la existencia de situaciones excepcionales que justifiquen las medidas suspensivas sea proclamada oficialmente y que al hacerse uso del derecho de suspensión debe informarse a los demás Estados Parte en el Pacto, por medio del secretario general de la ONU, de los derechos y garantías suspendidos, las causas que motivaron la suspensión y una nueva comunicación por el mismo conducto será necesaria en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. Igual exigencia existe con respecto al deber de información, por medio del secretario general de la OEA, a los demás Estados Parte en el Pacto de San José de Costa Rica en caso de suspensión de los derechos y garantías en él reconocidos.

Este deber de informar evidencia que el tema de la observancia y vigencia de derechos humanos ha dejado de ser una cuestión de orden interno: interesa a la comunidad internacional en general y, particularmente, a los Estados que son partes de los acuerdos internacionales que los protegen.

En conclusión, las normas internacionales han venido a precisar positivamente pautas de razonabilidad impuestas por la jurisprudencia y conforman en nuestro derecho público un estado de sitio en el que hay derechos y garantías que no pueden ser suspendidos nunca; en el que aquellos que son susceptibles de ser suspendidos sólo podrán serlo “en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”; y en el que las disposiciones excepcionales que suspendan derechos y garantí-

⁸ Bidart Campos, Germán J., *Lo viejo y lo nuevo en la jurisprudencia actual de la Corte sobre el estado de sitio*, en “El Derecho”, t. 116, p. 335.

suspensión y restricción de derechos y garantías

as resguardados a la vez por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberán ser internacionalmente publicitadas con expresión de los motivos que hayan determinado la suspensión, con la identificación de los derechos suspendidos y la ulterior comunicación del cese de las medidas de excepción.

Ya no sería posible una regresión jurisprudencial que viniese a convalidar el criterio de la prolongación indefinida en el tiempo del estado de sitio, ni la suspensión genérica de todos los derechos y garantías constitucionales, ni la de aquellos que no guarden relación inmediata con la situación de excepción.

III. Restricciones de derechos y poder reglamentario

III. 1. Su legitimidad y sus límites

Si la suspensión es excepción temporal, la restricción es inherente a la condición no absoluta de cualquier derecho. Lo acompaña, al punto que sólo como abstracciones lógicas, como idea pura, podría concebirse un derecho irrestricto.

La convergencia en toda sociedad de individuos iguales, dotados de idénticos derechos, determina que el ejercicio múltiple de un mismo derecho requiera una norma de deslinde que marque los confines de la actuación de ese mismo derecho; a la vez, la convergencia de derechos de diversos contenidos exige restricciones que permitan su ejercicio armónico y ordenado. Deben ellos coexistir y no han de ejercerse en modo que la realización de unos comporte el aniquilamiento de otros.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos permite restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades que ella reconoce. Este criterio de relatividad es propio de toda regulación de derechos del hombre, sea que éstos revistan carácter individual o social. No existen derechos absolutos y las restricciones se presentan como condición inexcusable para que los derechos reconocidos sean eficaces y posibles. "Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial" (*Fallos*: 136:161).

Hay un límite a los derechos individuales que resulta del necesario respeto de iguales derechos de los otros.

"Los derechos de cada persona estarán limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática" (art. 32.2 del Pacto de San José de Costa Rica), y hay otro límite impuesto por la necesaria subordinación de algunos derechos a otros de mayor jerarquía.

La necesidad de prever restricciones es incontestable y las que el Pacto de San José de Costa Rica consiente se hallan expresadas también en otras convenciones internacionales que resguardan derechos humanos, tanto a nivel universal como a nivel regional. Y, naturalmente, las cons-

tituciones nacionales han antecedido en este aspecto a las regulaciones internacionales.

En la Constitución nacional hay restricciones específicas al ejercicio de derechos.

El orden y la moral públicos y el derecho de terceros limitan el ámbito de libertad reconocido por el artículo 19 de la Constitución. La propiedad puede ser limitada por sentencia fundada en ley, por razones de utilidad pública calificada por ley, por contribuciones legalmente establecidas; el derecho de autor o inventor se halla limitado por un término legal; la idoneidad condiciona el acceso a la función pública.

Pero todos los derechos son, genéricamente, susceptibles de leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no ha establecido un criterio dual de restricciones; es decir, más allá de las restricciones específicas, impuestas a cada derecho, precisadas al regularlos individualmente, no hay una formulación genérica, una norma de habilitación abstracta que permite restricciones distintas a aquellas definidas al describir el derecho.

No sólo no hay más restricciones que las permitidas específicamente sino que esas mismas restricciones individualizadas se hallan sujetas, todas, a un requisito perentorio y genérico de legalidad que les es común. Emerge del art. 30 de la Convención:

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Hay un condicionamiento normativo severo. No son intereses sectoriales o de grupo los que pueden justificar restricciones, sino el interés general.

No cualquier restricción, aunque se invoque el interés general, es legítima. Debe servir al propósito para el que fue establecida. Debe ser, entonces, razonable, en el sentido de que debe guardar proporcionalidad y ha de mediar un nexo de causalidad necesario. La restricción no ha de ser desviada de su objeto, no debe comportar un abuso del poder reglamentario.

III. 2. Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Tal es el criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 9 de mayo de 1986, al responder a la pregunta del gobierno del Uruguay sobre la interpretación de la palabra “leyes”, empleada por el art. 30 de la Convención (OC-86).

En su Opinión Consultiva, el término leyes no es analizado en abstrac-

suspensión y restricción de derechos y garantías

to sino en el contexto jurídico de una convención destinada a la protección de derechos humanos que le presta sentido e influye en su aplicación. Con un alcance estrictamente jurídico y en un plano valorativo, el reconocimiento de derechos humanos comporta, por un lado, la afirmación de atributos inviolables de la persona humana y, a la vez, la objetivación de restricciones al ejercicio de los poderes públicos. No han de quedar los derechos humanos librados a la entera discreción de los poderes estatales. El origen y la forma que pueden revestir las expresiones del poder público importan, ciertamente, no son garantía absoluta del respeto de los derechos individuales, pero es indudable que las restricciones que provienen de la ley emanada de un poder independiente, en el que hallan expresión los representantes del pueblo libremente elegidos, son las que mejor garantizan la razonabilidad de las restricciones a los derechos.

No bastará así que la restricción impuesta a la libertad de conciencia y religión sea establecida, teniendo en mira únicamente la necesidad de “proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás” (art. 12.3), ni que el derecho de reunión y de asociación lo sea “en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás” (art. 16.2).

Será menester, además, que las restricciones permitidas satisfagan exigencias inexcusables: han de resultar de leyes, éstas deben hallarse fundadas en razones de interés general y ha de respetarse el propósito para el cual han sido establecidas. Esto remite a un análisis de *tres* datos condicionantes de la legitimidad de la restricción.

III. 2. A. Legalidad

Para que la restricción sea legítima debe emanar de una ley, pero en el contexto de la Convención, su sentido no resulta del que el derecho interno pueda acordar a un acto del poder público susceptible de vincular conductas obligatoriamente. La ley restrictiva de los derechos humanos ha de emanar de un poder que sea la expresión de la voluntad de la nación.

No es que la ley, de por sí, excluya la posibilidad de restricciones incompatibles con los derechos humanos. Ni el origen de la restricción, ni la pureza de los procedimientos constitucionales que la validan formalmente son garantía permanente de legitimidad. No hay determinismo alguno que permita identificar a la ley con la escrupulosa observancia de los derechos humanos. La Corte Suprema ha debido declarar la inconstitucionalidad de leyes incompatibles con la Constitución nacional y ha habido leyes como las 23.492 y 23.521, llamadas “Ley de Punto Final” y “Ley de Obediencia Debida”, respectivamente, que fueron derogadas por la ley 24.952 y luego declaradas “insanablemente nulas” por la ley 25.779.

La ley es, empero, la que –por lo general– hace posible aquella armo-

nía, aquella compatibilidad y, de no lográrselas, mecanismos institucionales en los diversos órdenes internos han de asegurar que la expresión abusiva del poder, aun emanada del Poder Legislativo, quede privada de efectos mediante adecuados controles. Entre nosotros, la revisión de la constitucionalidad de las leyes ejercida por los tribunales de justicia asegura la primacía de derechos individuales garantizados por la Constitución nacional.

La Opinión Consultiva ha venido así a aceptar la llamada reserva de ley, conforme a la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto ésta resulta la manifestación legítima de la voluntad de la nación.

Esta exigencia constituye un principio fundamental del desarrollo constitucional democrático. La Corte Interamericana de Derechos Humanos –en la señalada Opinión Consultiva– ve su origen en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”.

No otro es el sentido del art. 19 de la Constitución nacional.

La opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es congruente con el criterio esencial de la Convención. Se trata de un conjunto normativo en el que se reconocen derechos políticos de los ciudadanos, como el de participar en la dirección de los asuntos públicos “directamente o por medio de representantes libremente elegidos”, el de “votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores” y el de acceder a las funciones públicas “en condiciones generales de igualdad” (art. 23).

Se establece una necesaria correlación entre las formas de gobierno democrático y la exigencia de que el acto del poder público restrictivo de los derechos humanos asuma el carácter de una ley formal. Es decir, ha de ser la obra de un poder legislativo que traduzca la opinión mayoritaria de la nación y que la promulgue según el procedimiento requerido por el derecho interno.

La conclusión fundamental de la Corte es que

“En una sociedad democrática, el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad en virtud del sistema institucional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo ‘al ejercicio efectivo de la democracia representativa’ que se traduce, ínter alía, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación del bien común” (Opinión Consultiva cit., párr. 32).

suspensión y restricción de derechos y garantías

De ahí que el Preámbulo de la Convención conciba el propósito de consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social “dentro del cuadro de las instituciones democráticas” y que diversas normas que precisan restricciones a determinados derechos sólo las consienten cuando “sean necesarias” o en la medida indispensable “en una sociedad democrática” (arts. 16.2 y 22.3).

El criterio de legalidad, a juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no excluye la posibilidad de delegaciones legislativas; es decir, la restricción puede resultar de normas de sustancia legislativa emanadas de algún órgano del poder público habilitado para establecer la restricción en virtud de una precisa habilitación del Poder Legislativo. La delegación debe hallarse autorizada por la Constitución y ha de ser ejercida dentro de los límites impuestos por la norma que ésta opera.

Nuestra Corte Suprema ha establecido la validez de las facultades delegadas, pero ha limitado su alcance. Es indelegable el poder de hacer la ley, pero resulta válido el reconocimiento legal de atribuciones que quedan libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida⁹.

El Congreso no pierde entonces la titularidad de su poder; la actividad normativa del poder administrador encuentra su fuente en la misma ley (*Fallos*: 286:325).

Indudablemente, la Convención ha debido recoger la experiencia antes reconocida en tribunales nacionales, conforme a la cual, dentro de ciertos límites de razonabilidad, la delegación de facultades legislativas es una exigencia de buen gobierno en el Estado moderno (*Fallos*: 286:328).

Un adecuado contralor es entonces necesario para evitar transgresiones que provengan tanto del Poder Legislativo originario, como del órgano de poder en quien se ha delegado la facultad normativa y debe naturalmente acentuarse cuando el Poder Ejecutivo ejerce la facultad de dictar decretos por razones de necesidad o urgencia (art. 99.3, CN).

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se prevén normas permanentes que reglamentan los derechos y las libertades y que los restringen.

Será siempre necesaria una ley. El Estado puede normativamente, mediante normas abstractas y genéricas, fijar reglas que limitan o regulan el ejercicio de derechos fundamentales. Así, nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la Constitución o las leyes dictadas conforme a ella (art. 7.2); el derecho a la libertad de conciencia y de religión reconoce límites impues-

⁹ *Fallos*: 148:430; 246:345; 270:42; 280:26.

tos por ley (art. 12.3); el derecho de reunión sólo puede estar sujeto a restricciones previstas por la ley (art. 15), al igual que el derecho a la libertad de asociación (art. 16). Sólo la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes de propiedad privada “al interés social” (art. 21.1); toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes tiene el derecho de rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley (art. 14.1).

Al describir alguno de los derechos reconocidos susceptibles de restricción, la Convención predetermina los límites de esas restricciones. Hay datos que son idénticos en unos casos, similares en otros. Los valores cuya preservación justifica la necesidad de las restricciones están referidos, en general, a la protección de la seguridad nacional, al orden público, la salud o la moral públicos o a los derechos o libertades de los demás.

La restricción puede extremarse hasta llegar a la prohibición de determinadas conductas. Así, el derecho de las personas de asociarse libremente, sujeto a restricción, puede llegar a la negación del derecho “a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”. Puede haber restricciones absolutas: la usura o cualquier forma de explotación del hombre por el hombre (art. 21.3); también mediante ley ha de prohibirse toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso (art. 13.5). Por el contrario, puede no haber restricción: no hay censura previa y sólo responsabilidad posterior (art. 13).

Ni los Estados Parte, ni grupo o persona alguna pueden suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella (art. 29.a).

III. 2. B. Interés general

La Convención no se limita a exigir una ley formal para validar las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades. Ellas deben ser establecidas “por razones de interés general”. Naturalmente, la noción de interés general es inmediatamente incompatible con cualquier legislación que comporte distinción alguna fundada en razón de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Lo es también con las normas que importen indebidamente favor o privilegio personal o de clase, que respondan a un propósito de hostilidad a personas o grupos determinados o, en general, que sean portadoras de discriminaciones arbitrarias.

La Opinión Consultiva vincula el criterio de interés general con la noción de “bien común” y de “orden público”. En verdad, es la propia Convención la que fija ciertas pautas que condicionan la legitimidad de las leyes restrictivas o reglamentarias de los derechos y libertades en razón del interés general. Se parte de la concepción de que “los derechos de los demás”, “la seguridad de todos” y “las justas exigencias del bien común” limitan los derechos personales (art. 32.2).

Naturalmente, la noción de interés general no es precisa, ni es inmu-

suspensión y restricción de derechos y garantías

table. Su contenido se integra según las valoraciones, las exigencias y necesidades de una concreta sociedad, en un tiempo y en circunstancias determinadas. Con ellas fluctúa. De ahí que la Corte Suprema, al definir en qué consiste la valoración judicial de la razonabilidad de las normas jurídicas establece que “no es otra cosa que contrastar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado” (*Fallos*: 307:326).

No escapa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la dificultad de precisar de modo unívoco esos conceptos de “bien común” y “orden público”. Ambos “pueden ser utilizados tanto para afirmar derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de intereses colectivos”. En ningún supuesto pueden ser utilizados para desnaturalizar derechos, privados de contenido real o suprimirlos. De ahí que han de ser interpretados con rigor, ciñéndolos a las “justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta los diversos valores comprometidos y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”¹⁰.

La valoración del interés general o del bien común puede suscitar juicios opuestos al juzgarse una misma realidad, idéntica situación socioeconómica. Ante la crisis vivida por nuestra sociedad –podría decirse dramáticamente– en el 2001, ha podido proclamarse la inconstitucionalidad del régimen de emergencia impuesto por la ley 25.561 en miras de preservar el interés general como fue declarado por la gran mayoría de los jueces de la Nación y de las provincias en quienes –calificada doctrina– vio el ejemplo de un Poder Judicial que canalizó una inmensa demanda social acumulada y que puso freno a los abusos de los otros poderes.

Fue el criterio de la Corte Suprema en los casos “Smith” (*Fallos*: 313:1513) y “Provincia de San Luis” (*Fallos*: 325: 28).

Ese mismo propósito de preservar el interés general o el bien común dio fundamento a la sentencia que, a poco, dictó la misma Corte Suprema, aunque con distinta integración, para afirmar la constitucionalidad de ese mismo régimen de emergencia, también para preservar aquellos valores, al punto de que el precedente de *Fallos*: 325:28 fue calificado de “funesto” por dos de los jueces que constituyeron la mayoría del Alto Tribunal en la reciente sentencia dictada en el caso “Bustos” del 24 de octubre de 2004.

Ante la ley 25.466 que proclamó la intangibilidad de los depósitos y los consideró “derechos adquiridos y protegidos por el artículo 17 de la Cons-

¹⁰ Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 13 de noviembre de 1985.

titución nacional”, la suspensión de su aplicación por el artículo 15 de la ley 25.561 y las decisiones divergentes de la Corte Suprema sobre la validez constitucional de esta ley de emergencia, no sin cierto pesar cabe evocar el criterio del Alto Tribunal que asigna a la seguridad jurídica jerarquía constitucional (doctrina de *Fallos*: 243:465 y sus citas; 251:78; 317: 218).

Nuestro sistema constitucional no desconoce esos límites impuestos al poder reglamentario, ni los obstáculos que se derivan, en unos casos, del conflicto entre los derechos individuales y el bien común y, en otros, del desencuentro entre las prerrogativas del bien común ante pretensiones exorbitantes del poder público.

La noción del bien común, como factor de legitimación de restricciones a derechos asumidos como absolutos, fue desde antiguo utilizada por la Corte Suprema para validar, a título de ejemplo, leyes de contenido social. Y ello ocurrió mucho antes de que disposiciones propias del constitucionalismo social fueran explícitamente incorporadas a nuestra Ley Fundamental.

“La Constitución es individualista, pero debe entenderse tal calificación en el sentido de que se reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (arts. 14 y siguientes). Pero no es individualista en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no pueden ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias (...) De su preámbulo y de su contexto se desprende el concepto de que la Constitución se propone el bienestar común, el bien común de la filosofía jurídica clásica” (*Fallos*: 179:113).

El respeto al derecho de los demás y la necesidad de resguardar la convivencia social han servido tempranamente de fundamento a nuestra Corte Suprema en su concepción, similar a la del Pacto de San José de Costa Rica y a la de otras regulaciones internacionales, acerca de los alcances de las restricciones a los derechos y sus límites.

“La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo; es hacerlo compatible con el derecho de los demás y con los intereses superiores de esta última” (*Fallos*: 136:161) y esa noción de interés general fue reafirmada ante la explícita exigencia constitucional de establecer un ordenamiento social justo preconizada por la cláusula constitucional adicionada al artículo 14 de la Constitución nacional en 1957.

Se admitió, con remisión expresa a jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, que “la potestad de restringir la libertad de contratación, reconocida por la Constitución, tiene numerosas manifestaciones y es innegable que puede ser extendida, en el interés público, a los contratos entre empleadores y empleados...”. En este delicado ámbito de relaciones,

suspensión y restricción de derechos y garantías

“la Legislatura tiene un amplio campo discrecional respecto de lo que considera puede ser adecuado para la protección de la salud y la seguridad y para que la paz y el buen orden sean promovidos mediante regulaciones tendientes a asegurar condiciones humanitarias de trabajo y libertad contra la opresión (*freedom from oppression*), (*West Coast Hotel Co. V. Parrish*’ 300 US 379, cita de Fallos 246:341)”. Nuestra Corte Suprema validó al llamado “salario mínimo vital” argumentando que “toda vez que la libertad de contratar del empleador entra en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, ésta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo” (*Fallos*: 246:341).

La restricción de derechos individuales mediante leyes fundadas en razones de interés general resulta, de tal manera, compatible con las normas que en el derecho argentino exceden los cuadros de la justicia conmutativa “para insertarse en los marcos y las pautas propias de la justicia social, cuya primera y fundamental exigencia radica en la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella, sin el cual se tornan ilusorios o no alcanzan plena satisfacción los derechos y las virtualidades auténticamente humanas de los integrantes de aquélla”.

He aquí una valoración del bien común que desplaza el beneficio o los intereses particulares,

“porque el primordial y suficiente bien de que participa el integrante de la comunidad no es un bien particular apropiable individualmente, sino un bien común, que es de todos porque es el del todo comunitario del que cada uno es parte integrante” (*Fallos*: 300: 836).

Hay toda una concepción del bien común en nuestra jurisprudencia que ha legitimado leyes restrictivas de derechos y libertades que satisfacen plenamente las exigencias del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En nuestro orden interno esa concepción se halla en armonía con los postulados constitucionales de la justicia social y la promoción del bienestar general. Ella realiza, a la vez, uno de los objetos y fines de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: que a nivel interno, como también mediante la cooperación internacional, se promueva “un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz” (Carta de la OEA, art. 43; Convención Americana, art. 26).

III. 2. C. Razonabilidad

El último requisito del artículo 30 de la Convención Americana es que las leyes que restringen el ejercicio y goce de los derechos no sean aplicadas sino conforme “con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Guarda total congruencia con el límite que el artículo 28 de la Constitución nacional impone a las leyes que reglamentan el ejercicio de los principios, derechos y garantías en ella consagrados. Esas leyes no podrán alterar los derechos constitucionales reglamentados.

Tanto en la Convención Americana como en nuestra Constitución, aparece consagrada la exigencia de *razonabilidad* como factor de legitimación de la restricción reglamentaria. Como lo dice la Corte Suprema, el análisis de la constitucionalidad de las leyes reglamentarias de los derechos individuales impone la consideración de su razonabilidad.

El criterio de razonabilidad se contrapone al de arbitrariedad; la arbitrariedad de la reglamentación importa la alteración de las garantías constitucionales (*Fallos*: 249:252).

Las restricciones que emanan del poder reglamentario no deben degradarlo ni extinguirlo; la potestad reglamentaria no puede ser desviada en modo de poder destruir el derecho.

No incumbe al Poder Judicial y escapa a todo posible contralor de los órganos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sustituir a los órganos legislativos para controlar los criterios de conveniencia o eficacia política, económica o social de una ley reglamentaria. No cabe revisión sobre el mérito de los medios escogidos para alcanzar los fines propuestos, ni cabe juicio sobre si otros medios o procedimientos pudieron escogerse para atenuar la limitación del derecho.

La revisión judicial –o la de los órganos de la Convención Americana, en su caso– han de limitarse al juicio sobre la razonabilidad de los medios escogidos por el legislador. Sólo debe examinarse si los derechos afectados por la restricción son respetados en su sustancia y si las limitaciones impuestas resultan adecuadas a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias, sino razonables, esto es, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines cuya realización procuran (*Fallos*: 240:450; 247:121). No habrá razonabilidad cuando las restricciones consagran una manifiesta iniquidad (*Fallos*: 307:862 y 906).

Podemos concluir que la legitimidad de las restricciones a los derechos humanos en los casos de admitidas en las normas internacionales y los límites dentro de los cuales esas restricciones son válidas en casos de estado de sitio armonizan con nuestros textos constitucionales y con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema.

Similar congruencia guarda la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos antes citada, sobre el término leyes empleado en el artículo 30 del Pacto de San José de Costa Rica.

Interesan dos consideraciones finales.

Los propósitos de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución nacional son similares a las de las convenciones de derechos humanos que han sido materia de análisis.

suspensión y restricción de derechos y garantías

Esa convergencia en cuanto al *objeto y fin* de ambos conjuntos normativos permite una interpretación concordante con los principios y cláusulas de la Constitución nacional preconizados en el instrumento mediante el cual nuestro país ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹; interpretación realizada de tal manera conforme al criterio fijado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 31.1)¹².

Las normas de los acuerdos internacionales, que han pasado a integrar nuestro derecho positivo y expresan criterios similares a los elaborados por la Corte Suprema de Justicia como intérprete final de la Constitución nacional, agregan a esa jurisprudencia un elemento normativo que acentúa su estabilidad y persistencia. Enriquecen su contenido con previsiones que revisten jerarquía constitucional.

¹¹ Instrumento de ratificación del Pacto de San José Costa Rica, firmado el 14 de agosto de 1984: “El presente Pacto se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella”.

¹² Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 31: “Regla General Interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

La operatividad de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Walter F. Carnota

I. A modo de introducción

La declaración de derechos es –por vía de principio– directamente operativa, y no requiere para su vigencia de la interposición del órgano legislativo o Congreso. Este enunciado, que es ortodoxo dentro del derecho constitucional de la libertad y dentro del derecho internacional de los derechos humanos, no siempre se ha visto acompañado en el obrar efectivo de los operadores judiciales del sistema. Toca en esta oportunidad, a más de once años de la reforma más profunda que sufriese nuestro edificio constitucional, evaluar la vigencia de esta pauta.

Esta dicotomía entre lo que la norma *general* y *abstracta* promete, y lo que la realidad muestra como fenómeno comprobable y observable en el plano de las conductas materiales tanto de detentadores cuanto de destinatarios del poder, es lo que ha signado en muchos casos el desarrollo jurídico del último decenio, y la experiencia político-institucional latinoamericana en general.

Desde el ángulo de las normas, poco ha quedado, luego de esa revisión, sin decir. Si bien no se puede afirmar “que quedó todo dicho”, dado que las necesidades humanas permanentemente alimentan a las instituciones jurídicas, muchas veces hemos sostenido cómo aumentó, en cantidad y calidad, la famosa “explicitud constitucional”.

Gran parte de ese incremento se debe a la elevación a rango constitucional de los once documentos internacionales (hoy trece¹ instrumentos)

* Con especial referencia a las áreas no penales del ordenamiento jurídico.

¹ En virtud de la ley 24.820 (1997) se confirió jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y por ley 25.778 (2003) a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Ver Carnota, Walter F., *Instituciones de derecho público*, Buenos Aires, 2005, p. 38.

que el constituyente revisor decidió jerarquizar, en los términos del artículo 75, inciso 22. Empero, más allá de las grandes y profundas consecuencias de la apuntada consagración, lejos está de poder sostenerse –de nuevo enfatizamos– en el nivel de las conductas, la plena realización del ideario o programa constitucional esbozado.

Nuestros operadores, en los tres departamentos del gobierno, muchas veces *eluden* la puesta en práctica de todo el andamiaje constitucional en materia de derechos fundamentales. Y a eso es lo que se está haciendo referencia cuando se habla en general de “operatividad de los derechos”.

La dichosa operatividad menta la capacidad de la propia norma para su puesta en funcionamiento o realización, más allá de su despliegue reglamentario. Deberíamos hablar en concreto de la operatividad de la norma de reconocimiento del derecho, más que de la operatividad del derecho en sí.

Resulta curioso cómo nuestro derecho público se ha desgastado en tratar de develar el distingo entre “normas operativas” y “normas programáticas”, cuando la distinción es científicamente endeble, institucionalmente cuestionable y hasta perniciosa. En efecto, cabría pensar cómo se compagina esta elaboración doctrinaria de hondo calado en nuestro medio jurídico, con ideas más contemporáneas como, por ejemplo, la fuerza normativa de los mandatos constitucionales.

Centralmente, nuestro derecho constitucional se ha preocupado por fijar, a partir de la revisión de 1994, un nuevo escalonamiento de normas jurídicas, sin predicar absolutamente nada, al menos desde el ángulo de la literalidad formal, acerca de la operatividad de los derechos consagrados tanto en la fuente internacional habilitada, como en la nacional.

Esta no es la única vía de solución del problema planteado. Otros sistemas han seguido un lineamiento diverso. Así, el artículo 18, primera parte, de la Constitución ecuatoriana de 1998 puntualmente consagra, más que un orden jerárquico de normas, que “los derechos y garantías determinados en esta constitución y en los instrumentos internacionales vigentes serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”.

Dentro de una experiencia constitucional más cercana, y con una redacción circunscripta al marco garantístico que prevé, el artículo 20, porción final, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires también reformada en 1994, indica que “todas las garantías precedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promuevan, en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretendan tutelar”. He ahí un sabio precepto que permite al juzgador diseñar soluciones más allá de la *interpositio legislatoris*.

II. Metodología desplegada en el curso de la presente investigación

Nuestra indagación se proyectará en relación a la operatividad de los derechos fundamentales merced a las normas del derecho internacional de los derechos humanos con jerarquía constitucional sobre la base del artículo 75, inciso 22, ya citado. Para ello, nos hemos detenido en estas áreas: a) derechos políticos y acceso a funciones públicas; b) derecho a la vida; c) derecho a la salud; d) derechos del niño; e) derechos laborales y los que surgen de la ley de riesgos del trabajo; f) derechos de la Seguridad Social previsional; g) derecho de réplica y armonización entre libertad de expresión e información y derecho a la intimidad; h) herramientas procesales; e i) derecho de propiedad.

Hemos optado por excluir la problemática penal de este radar investigativo, dado que ésta exhibe peculiaridades propias² que excederían la visión de conjunto que se propone dar aquí.

Por otro lado, desde la óptica del órgano jurisdiccional emisor de las decisiones confrontadas, se ha decidido usar precedentes emanados del más Alto Tribunal federal, esto es, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por gozar presumiblemente de mayor estabilidad institucional, y por ser en líneas generales “finales”³, salvo claro está que entren a jugar los mecanismos supranacionales de protección. Como sea, en sede doméstica, la Corte tiene la última palabra, y por eso es aquí compulsada. No desdeñamos de ningún modo la labor creativa que pueden representar los pronunciamientos de los peldaños inferiores del sistema judicial argentino. En muchos casos se registró, sobre todo, a partir de 1994 y en espe-

² La sola cita de precedentes tan trascendentes como “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro” (sentencia de 24 de agosto de 2004, Fallos: 327:3.312), “Verbitsky, Horacio” (sentencia de 3 de mayo de 2005), “Simón, Julio Héctor” (sentencia de 14 de junio de 2005) o “Casal” (sentencia de 20 de septiembre de 2005) nos releva de mayor fundamentación sobre el particular. La relevancia de estos fallos ha sido puesta de manifiesto por Petracchi, Enrique S., *Jurisdicción Constitucional y Derechos Humanos*, LL del 8 de noviembre de 2005, ps. 1 y siguientes.

³ Aunque ello sea un argumento de autoridad y no científicamente cierto. El famoso juez de la Corte Suprema estadounidense Robert Jackson afirmaba que los miembros del Tribunal no eran finales porque eran infalibles, sino que eran infalibles porque eran finales. En ese mismo andarivel, no nos detenemos en las disidencias, sino en los votos plurales o que convergen a la formación de la mayoría, sin dejar de ponderar que existen incontables disidencias que modulan el derecho internacional de los derechos humanos. Ver, por ejemplo, el considerando 16 del solitario voto de Elena Highton en autos “Asociación de Testigos de Jehová”, sentencia de 9 de agosto de 2005, sobre discriminación y libertad religiosa.

cial con la consagración del amparo tanto individual como colectivo en el artículo 43 del plexo de base, *un sano activismo y protagonismo jurisdiccional*.

Pero, como ya fue dicho, en el último análisis lo que cuentan son las sentencias de la Corte, por ser la última expresión del *derecho judicial interno*.

III. Los derechos políticos y acceso a funciones públicas

El frente de los derechos políticos, es decir de aquellas prerrogativas de participación que ostentan los ciudadanos, parecería ser altamente improbable (*highly unlikely*) para presentar flaquezas y debilidades a la hora de tener que determinar su operatividad. Se trata de derechos tan íntimamente ligados al corazón y esencia del sistema democrático, que parecerían no requerir más tratamiento que su propia consagración y enumeración.

Sin embargo, la discusión que se ha dado en los estrados de nuestros tribunales en relación con la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso d, del Código Electoral nacional parece desmentir este aserto. Como luego veremos, lo resuelto tuvo incluso proyecciones en el órgano legislativo.

Cabe recordar que dicha norma legal vedaba el derecho al sufragio de los *procesados no condenados*, en abierta y flagrante contradicción con la estipulación contenida en la parte final del párrafo segundo del artículo 23 de la CADH, que circunscribe la restricción a aquellos quienes tuviesen “condena, por juez competente, en sede penal”.

El máximo Tribunal tuvo ocasión de expedirse sobre el tema en la causa “Alianza Frente para la Unidad” (sentencia de 27 de septiembre de 2001, Fallos: 324:3143). Allí se estimó, en el primer voto, por ejemplo, que “en materia de interpretación de los tratados es preciso acudir al principio de buena fe, según el sentido corriente que ha de atribuirse a los términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 31), y a las pautas hermenéuticas específicas que contiene la CADH para el caso en cuanto dispone que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ningún derecho reconocido en el pacto o limitarlos en mayor medida que la prevista en él (art. 29)” (conf. considerando séptimo). También allí se dijo más adelante, en el considerando décimo de ese voto que “en efecto, se ha incorporado un nuevo contenido constitucional que individualiza exclusivamente a los condenados por juez competente en proceso penal como destinatarios de la reglamentación de los derechos políticos a que se refiere el artículo 23 de la convención, según lo dispone el inciso 2 de dicho texto, sin que la falta de adecuación del derecho interno a esas normas fundamentales, constituya óbice para viabilizar, en el caso, la aplicación concreta que se persigue mediante esta acción” (conf. considerando décimo, ídem).

En su voto concurrente, el juez Enrique Petracchi, con meridiana claridad, subraya que “la pretensión del *a quo* relativa a que las normas del Pacto de San José de Costa Rica no tienen vigencia operativa en el ámbito de los derechos electorales locales, carece de todo fundamento. En efecto, como es obvio, no sólo la citada norma del pacto –que, como los restantes tratados enumerados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, integran el bloque de la constitucionalidad argentina– sino la propia Constitución es jerárquicamente superior a las leyes provinciales, las que deberán adecuar su contenido a aquellas (art. 31, CN). Sostener que el ‘derecho electoral local’ no está alcanzado por la mencionada subordinación jerárquica es un desvarío (...) El Pacto de San José –según ya se expresó– sólo autoriza a ‘reglamentar’ el ejercicio de los derechos políticos respecto de los condenados, categoría a la que no pueden asimilarse la de los procesados, sea que estén o no detenidos” (conf. sus considerandos noveno y décimo).

De esta manera, queda perfilada con suficiente nitidez la supremacía federal sobre los ordenamientos jurídicos locales, esencial en todo esquema de *distribución descentralizada del poder*.

Ante una presentación de amparo efectuada por el CELS dirigida a cuestionar la apuntada validez constitucional del precepto, la judicatura argentina tuvo respuestas dispares. Así, mientras la primera instancia federal desestimó la demanda impetrada por el organismo defensor de derechos humanos, la Cámara Nacional Electoral receptó la inconstitucionalidad que se había deducido. Empero, modalizó dicha declaración, al subordinar su efectividad al quehacer de los órganos políticos del Estado, a quienes incumbía a su entender el dictado de la reglamentación pertinente que posibilitase el voto de los procesados no condenados.

Una primera arista de esta causa, que fue finalmente resuelta por la Corte Suprema el 9 de abril de 2002 y registrada en Fallos: 325:524, “Mignone, Emilio Fermín”, es el reconocimiento a favor de la entidad accionante de su legitimación activa (el famoso *standing to sue*, del derecho anglonorteamericano)⁴. En efecto, el considerando sexto del primer voto traza un paralelo con la acción de *habeas corpus*, y termina admitiendo la actuación del CELS bajo ese paraguas tutelar. Por el contrario, y aun computando matices diferenciales, los votos concurrentes de los jueces Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert, admiten plenamente la capacidad procesal del CELS, en cuanto su intervención se compadece con los fines estatutarios fijados de antemano.

Pero indudablemente el peso del fallo no está dado sólo en este aspecto procesal de la cuestión, sino incluso en sus grandes implicancias en materia de contralor constitucional.

⁴ Ver Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, t. II, Buenos Aires, 2002, ps. 15 y siguientes.

Como se sabe, nuestro control de constitucionalidad, correspondiente a la filiación estadounidense o difusa, tiene como característica a nivel federal y en punto a sus efectos el carácter de “inter partes”. Ello significa que el acto declarativo proferido por el juez o tribunal aprovecha o perjudica tan sólo a quienes han sido partes procesales actuantes o intervinientes en la contienda respectiva.

La decisión aquí adoptada revela con claridad una vocación expansiva de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad. En oportunidad anterior, hemos incluso manifestado que en este caso “el más Alto Tribunal fue más lejos, exhortando a que los órganos políticos competentes en el término de seis meses implementen el derecho que se reconoce a los procesados. Hasta ahora era muy infrecuente en nuestro derecho constitucional encontrar pronunciamientos (que al contrario son muy comunes en el derecho continental europeo) que invitasen al legislador y/o al poder administrador a realizar *en términos de generalidad* una conducta que está alojada en la órbita de su competencia funcional”⁵.

El dictado de la ley 25.828 vino a poner la cuestión en su quicio. Tal como se ha expresado, “el aspecto más destacable de la modificación legislativa es seguramente la derogación del inciso d del artículo 3 del Código Electoral, el cual vedaba el derecho al sufragio de los detenidos sin condena firme. La citada disposición legal había recibido cuestionamientos acerca de su constitucionalidad con anterioridad, pero cabe recordar que fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación, confirmando una sentencia de la Cámara Nacional Electoral, la que declaró la inconstitucionalidad de dicho inciso y ordenó que se tomaran las medidas necesarias para que los detenidos ejercieran su derecho a votar (...) no podemos soslayar que una vez más el Poder Judicial de la Nación, mediante el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, ha demostrado su rol jurídico-político superando la barrera de la causa y llevando a una inexorable reforma legislativa que, aunque con menor resonancia pública, nos lleva a recordar lo sucedido hace casi veinte años en el caso ‘Sajean’”⁶.

En el caso “Hooft, Pedro C. c. Provincia de Buenos Aires” (sentencia de 16 de noviembre de 2004)⁷, el Supremo Tribunal federal declaró la inconstitucionalidad de la norma fundamental provincial que vedaba acceder al cargo de juez de Cámara a los ciudadanos “naturalizados”. Allí la Corte alude a las condiciones genéricas de igualdad que debe presidir el

⁵ Ver Carnota, Walter F., *Política penitenciaria y sufragio. Las sentencias ‘bilaterales’ en el derecho argentino*, en LL, 2002-C-1411.

⁶ Ver Robledo, Néstor D., *Los derechos políticos de los procesados en el Código Electoral Nacional a la luz de la ley 25.828*, en J.A., 2004-II-889.

⁷ Ver Carnota, Walter F., *Discriminación en la Magistratura por lugar de nacimiento*, en www.eldial.com, DC561.

acceso a las funciones públicas, tal como ello se encuentra normado tanto por el mencionado artículo 23 de la CADH, como por el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el considerando segundo del voto prevaeciente, se hace alusión a esos “preceptos tan explícitos”, hoy “equiparados jerárquicamente a la Constitución Nacional”. También el fallo se cimenta en las normas antidiscriminatorias “por el origen nacional” que consagran ambos textos convencionales internacionales citados.

IV. El derecho a la vida

Clásicamente, la jurisprudencia del máximo Tribunal Federal enfatizó la relevancia del derecho a la vida como el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional⁸.

El derecho a la vida fue resaltado, ya con mucha posterioridad a la reforma constitucional y en su relación con el derecho a la salud como veremos más adelante, en “Campodonico de Beviacqua” (sentencia de 24 de octubre de 2000, Fallos: 323:3229, en especial considerandos 16 a 21 de la opinión mayoritaria).

La Corte asimismo consideró en la causa “T. S.” (sentencia de 11 de enero de 2001, Fallos: 324:5) que la interpretación que allí realizaba se avenía con la protección de la vida humana desde la concepción en los términos del artículo 4 de la CADH (ver considerando undécimo del voto mayoritario).

Y en “Portal de Belén” (sentencia de 5 de marzo de 2002, Fallos: 325:292), la mayoría del Supremo Tribunal consignó que “a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida (...) los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción” (considerandos doce y trece), con cita expresa de los artículos. 4.1, 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica, en lo que hacía a la materia del litigio.

V. El derecho a la salud

En este orden de temas, el Alto Tribunal, en “Asociación Benghalensis y otros” (sentencia de 1 de junio de 2000, Fallos: 323:1339), sostuvo en su voto inicial –con remisión al dictamen del Ministerio Público– que “el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en

⁸ Así, en Fallos: 302:1284 y 310:112, entre otros. Un análisis de la problemática que implica el derecho a la vida puede ser consultado en Gelli, María Angélica, *El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones*, en AA. VV., *La reforma de la Constitución Argentina en clave comparada*, Madrid, 1996, p. 115.

los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN), entre ellos el artículo 12, inciso c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inciso 1, de los artículos 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– e inciso 1, del artículo 6, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva. El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”.

También el voto concurrente de los entonces jueces Moline O’Connor y Boggiano hizo mérito de esta recepción normativa. Así, en el considerando décimo de esa opinión, puede leerse: “Que, a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el artículo 75, inciso 22. En tal sentido, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, al vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los Estados parte deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inc. c) y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”. En dirección muy similar se orienta el voto convergente del juez Vázquez, en su séptimo considerando.

Recordemos que en esos actuados se discutió, dentro del contexto de esta acción amparista articulada por este ente colectivo, la obligación del Estado nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) de proveer los medicamentos y reactivos necesarios en la lucha contra el sida de acuerdo a lo dispuesto por la ley 23.798.

Agreguemos que *in re* “Campodónico de Beviacqua” (sentencia ya citada *supra*)⁹, la mayoría refiere que “los aludidos pactos internacionales

⁹ Ver nuestro comentario respectivo en Carnota, Walter F., *¿Es necesario argumentar al extremo el derecho a la salud?*, en LL 2001-C-31. Es que, como dicen Morello, Augusto

contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; del artículo 25, inciso 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; de los artículos 4, inciso 1 y 19, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; del artículo 24, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 10, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar” (considerando diecisiete), para señalar a renglón seguido que “ese último tratado reconoce, asimismo, el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los Estados partes de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (considerando dieciocho), para insistir en la obligación del Estado federal (en los términos del artículo 28 de la CADH) al respecto, ya que “el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada)” (considerando vigésimoprimer).

Más recientemente, y en líneas muy similares, en autos “Sánchez, Norma Rosa c. Estado Nacional” (sentencia de 20 de diciembre de 2005), la mayoría del Alto Tribunal insistió en la ya apuntada ligazón del derecho a la salud con el derecho a la vida “que está reconocido por la Constitución Nacional y los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema” (considerando cuar-

M., y Cafferatta, Néstor A., *Dimensión social del derecho a la salud: problemas, enfoques y perspectivas*, E.D. 213-942: “Los derechos de incidencia colectiva –y la salud lo es– exigen del operador político y jurídico, un equilibrio extraordinario, de modo de actuar con la habilidad de un cirujano frente a un caso de alta complejidad médica”. Como bien se ha explicado, en este caso “el Poder Judicial es el que asume la elección de la medida que debe adoptarse, y por ende, de la conducta debida” ante la pasividad de las demás autoridades. Ver Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2004, p. 253.

to), para agregar que “el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y que dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario” (considerando quinto, *in limine*).

Resulta, por lo demás, interesante destacar, en el análisis de estos dos últimos pronunciamientos, cómo el Tribunal no se enreda en consideraciones falsamente autonomistas o federalistas (tal como también lo hiciera en otra materia en el caso “Hooft”) para exonerar de sus obligaciones al Estado nacional.

VI. Derechos del niño

La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido vasta.

Al armonizar, por ejemplo, los contenidos de la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, con los que fluyen de la Convención de los Derechos del Niño de rango constitucional, en el famoso caso “Wilner, Eduardo” (sentencia de 14 de junio de 1995, Fallos: 318:1269) sobre la custodia de la niña Daniela Wilner disputada entre su padre y la señora María Gabriela Osswald, nuestra Corte agregó que “despejada toda colisión, le corresponde a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar –en la medida de su jurisdicción– los tratados internacionales a que el país está vinculado (...) a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento, y en la convicción de que el ejercicio de la misión de los magistrados de decir el derecho vigente aplicable a los supuestos fácticos alegados, es la contribución propia del Poder Judicial a la realización del interés superior de la comunidad” (considerando vigésimo primero del voto de la mayoría). El parámetro del “interés superior del niño” referido por el artículo 3 convencional también fue utilizado al dirimirse el conflicto de competencia que da cuenta la sentencia de Fallos: 323:2388.

Por lo demás, el precedente registrado en Fallos: 322:2701 (“D. de P., V. A.”, sentencia de 1 de noviembre de 1999), reviste significativo interés institucional, como que la mayoría cita en su apoyo la Convención de los Derechos del Niño (así, considerando quinto de la opinión prevalecte), mientras que la disidencia, aun compartiendo ese punto, también computa la análoga jerarquía que ostenta la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer. Recordemos que en autos se discutía la compatibilidad y alcance del artículo 259 del Código Civil. En efecto, los jueces Petracchi y Bossert allí afirmaron rotundamente que “el artículo 16, inciso d, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece específica-

mente que los Estados partes asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos. *Esta norma es inmediatamente operativa ante una situación de la realidad como la planteada en autos, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso (Fallos: 315:1492, considerando 20). Cabe tener en cuenta, además, que al encontrarse dicha convención entre los tratados humanitarios modernos sus cláusulas gozan de la presunción de operatividad. Las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen derechos que –se presume– pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna”* (considerando séptimo, del voto discrepante de los mencionados jueces, el destacado es original).

Más recientemente, la Corte, en autos “C. S.” (sentencia de 2 de agosto de 2005) volvió a resaltar la relevancia hermenéutica de la “consideración primordial del interés del niño”, con arreglo al artículo 3.1 de la Convención respectiva, haciendo alusión a “la preeminencia que la Constitución les otorga” a los tratados internacionales.

Últimamente, el Tribunal, en autos “F. L. c. L. V.” (sentencia de 15 de noviembre de 2005), subrayó la obligación alimentaria de un abuelo en relación a sus nietos, sobre la base de las “directivas sentadas por la Convención de los Derechos del Niño, incorporada a nuestro ordenamiento por la ley 23.849 y que hoy cuenta con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), pues ha colocado a los menores en una situación de grave peligro al no poder cubrir sus necesidades más elementales” (considerando once, *in fine*, el destacado es nuestro).

VII. Los derechos laborales y los que emergen de la legislación de riesgos del trabajo

Corresponde destacar que la influencia operativa de los documentos internacionales de derechos humanos también ha sido amplia en el terreno de los derechos laborales, en particular en los últimos tiempos, al cambiar la composición de la Corte Suprema de Justicia.

Es así que, por ejemplo, ya en “Feole, Renata” (sentencia de 5 de marzo de 2002, Fallos: 325:279), el Alto Tribunal –con remisión al dictamen del Procurador Fiscal– entendió que la protección por despido arbitrario por embarazo en los términos del artículo 11, ap. 2, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, validaba con jerarquía constitucional una disposición oriunda de la autonomía colectiva del trabajo que duplicaba (en relación al régimen general fijado por la Ley de Contrato de Trabajo) la indemnización por distracto sobre dicha base.

También la Corte rescató –sobre bases constitucionales e internacionales de los derechos humanos– a la libertad de trabajo, frente a una norma

bonaerense que estipulaba un tope de edad para el ejercicio de la profesión de escribano. En autos “Franco, Blanca Teodora” (sentencia de 12 de noviembre de 2002, Fallos: 325:2968), el Alto Tribunal consideró que “la disposición impugnada afecta al derecho de trabajar consagrado en el artículo 14 de la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales incorporadas a ella por su artículo 75, inciso 22, en particular los artículos XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, según el cual toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo; 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que determina que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo y a la protección contra el desempleo; y 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que se reconoce el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido” (considerando octavo).

Más contemporáneamente, en “Vizzoti, Carlos Alberto” (sentencia de 14 de septiembre de 2004, Fallos: 327:3677), la Corte en su nueva integración estimó inconstitucional el tope indemnizatorio por despido establecido por el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo antes citada. En este análisis, resulta de especial relevancia interpretativa lo sostenido por el Tribunal en el considerando décimo de este decisorio; allí se dijo: “Que sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el artículo 14 *bis*, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22, CN). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23-25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a los que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 23). Al respecto, exhibe singular relevancia el artículo 6 del citado Pacto pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el ‘derecho a trabajar’ (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste. Así surge, por otro lado, de los trabajos preparatorios de este tratado (ver Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon, 1998, ps. 197 y 223). Derecho al trabajo que, además de estar también contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5e.i), debe ser considerado ‘inalienable de todo ser humano’ en palabras expre-

sas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a)”.

Una semana más tarde, la Corte Suprema en autos “Aquino” (sentencia de 21 de septiembre de 2004, Fallos: 327:3753) se pronunció por la inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley 24.557 de Riesgos de Trabajo. Para así resolver, no solamente merituó –de manera similar al precedente visto anteriormente– la manda del artículo 14 *bis* constitucional, sino además que ella “se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN)” (considerando octavo, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni). Se pondera la incidencia del artículo 7 y del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, nuevamente el artículo 11 de la Convención contra la Discriminación contra la Mujer, el artículo 32 de la Convención sobre Derechos del Niño en punto a la protección del niño trabajador y de manera más general el artículo 19 del Pacto de San José de Costa Rica (ver considerando octavo, primera parte). *Se advierte un particular énfasis en este voto sobre la dimensión internacional de este derecho, como asimismo se pone el acento en la nota de la progresividad a la que deben aspirar los derechos sociales.*

También, en “Milone, Juan” (sentencia de 26 de octubre de 2004, Fallos: 327:4607), la Corte expresó que “los principios elaborados a partir de lo dispuesto en el mencionado artículo 14 *bis* se integran a las disposiciones incorporadas por la reforma de 1994, en el artículo 75, incisos 22 y 23, del texto constitucional” (considerando sexto). En esta causa, con cita de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas de 1966 y del Protocolo de San Salvador, se mantuvo la inconstitucionalidad del artículo 14.2 b) de la Ley de Riesgos de Trabajo 24.557, en cuanto ordena el pago de la indemnización reparadora allí establecida de manera periódica, sin establecer ninguna excepción en función del estado de salud del trabajador damnificado.

Creemos, empero, que corresponde hacer una matización entre esta “progresividad” aludida en estos antecedentes jurisprudenciales y la que fue empleada *in peius* en el tristemente célebre precedente “Chocobar” (sentencia de 27 de diciembre de 1996, Fallos: 319:3241, ver *supra*). En efecto, mientras que en “Aquino” los jueces que se refieren a la mentada nota están haciendo mención a un marco regulatorio legal muy cuestionable en su carácter retrógrado (la ley 24.557) pero con origen en una contratación laboral privada, en el segundo de los pronunciamientos citados se trataba de beneficios cuya movilidad aparece con claridad en el propio artículo 14 *bis*. Dicho de otro modo, sin perjuicio de las buenas intenciones que animaron a quienes suscribieron el “ritmo” de los derechos sociales (en “Vizzoti”) o a la no regresividad o retroceso (en “Aquino”), en estos últimos precedentes se hallan en juego estándares interpretativos de

cláusulas de textura muy abierta, como la protección contra el despido arbitrario, la integridad psicofísica del trabajador o la reparación *in integrum* en relaciones *inter privados*, respecto de una legislación que supuestamente los vulnera pero cuya financiación no proviene del erario público. Por el contrario, el piso del que se parte en la seguridad social previsional está marcado por su basamento de movilidad de cuño literal constitucional.

VIII. Los derechos de la Seguridad Social previsional

Precisamente, abordaremos ahora algunos tópicos de la materia de la Seguridad Social, en su faz previsional.

Al tener que resolver la causa “Manauta, Juan” (sentencia de 2 de diciembre de 1999, Fallos: 322:2926), en donde la Corte acotó la noción de inmunidad soberana de los Estados, se expresó que en su artículo 33, inciso 3, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas efectuaba una remisión al derecho interno. Y en la temática que ocupaba al Tribunal en esa ocasión, entendió que “cabe recordar que la Constitución Nacional reconoce ampliamente el derecho a los beneficios de la seguridad social, en condiciones de irrenunciabilidad e integridad (art. 14 *bis*) y en el mismo sentido es aceptado por los tratados de derechos humanos que hoy gozan de jerarquía constitucional según el artículo 75, inciso 22 (art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 22 y 25, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 26, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 9, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (considerando octavo).

Este pronunciamiento resulta significativo en la medida que sirvió de base para la sanción de la ley 24.488.

La Corte Suprema de Justicia en líneas generales apuntaló los procesos de transformación de la Seguridad Social que se generaron con el dictado de las leyes 24.241 y 24.463, y que tuvieron como punto central a la doctrina del caso “Chocobar” ya citado. La “chocobarización” (valga el neologismo) de la jurisprudencia, firmemente anclada en la creencia de la estabilidad de las cuentas presupuestarias, se filtró a distintas aristas de la temática jubilatoria y pensionaria.

Finalmente, y luego de casi nueve años, el Alto Tribunal, en la causa “Sánchez” (sentencia de 17 de mayo de 2005), retoma los tradicionales parámetros interpretativos de la movilidad prestacional jubilatoria¹⁰, descartando los desaciertos del funesto antecedente “Chocobar”. Los votos

¹⁰ Ver Carnota, Walter F., *Volver a las fuentes del derecho constitucional de la seguridad social*, en LL, 2005-C-396.

mayoritarios rescataron en general la ascendencia o linaje constitucional de la movilidad previsional, en los claros términos en que se ha concebido por el tercer párrafo del artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional. Desacopló con exactitud la noción de la aludida movilidad de las actualizaciones e indexaciones que se encontraban prohibidas bajo la vigencia de la ley de convertibilidad.

Pero afortunadamente y en lo que aquí puntualmente interesa, “Sánchez” terminó con la “desinterpretación” (o “aplicación bastarda”, como la calificó en su momento Martín Abregú¹¹) que la entonces mayoría del Tribunal había elaborado en el considerando 11 de su voto en “Chocobar”. En efecto, la CADH no puede nunca impedir mejores derechos locales, más allá de lo que estipula el artículo 26, ya que a este último debe coordinárselo con la “cláusula de salvaguarda” contenida en el artículo 29, inciso b, del Pacto, como bien lo destacan los votos concurrentes de los jueces Zaffaroni y Argibay. La mayoría de la Corte aclaró que el “desarrollo progresivo” mentado por la CADH en su artículo 26 no enerva beneficios existentes. Finalmente, debe resaltarse la utilización que el juez Maqueda hizo en este caso de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de febrero de 2003 recaída en autos “Cinco Pensionistas v. Perú”¹².

Otra de las aristas de la problemática previsional estaba dada por las manifiestas dilaciones que causaba la ley 24.463, irónicamente apodada de “solidaridad previsional” a las distintas vicisitudes del procedimiento judicial en la materia¹³, que en líneas generales –salvo escasas excepciones, como las anotadas en Fallos: 319: 2151 y 2215¹⁴– fueron sistemáticamente convalidadas por la Corte en su anterior integración.

La nueva Corte, en autos “Itzcovich, Mabel” (sentencia de 29 de marzo de 2005), interpretó que el artículo 19 de ese cuerpo legal, al extender el recurso ordinario de apelación ante sus estrados en los asuntos previsionales, carece de “racionalidad”¹⁵, máxime teniendo en cuenta la necesi-

¹¹ Ver Abregú, Martín, *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción*, en Abregú, Martín, y Courtis (comps.), Christian, *La aplicación de los derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, ps. 20 y siguientes.

¹² Su anticipación en González Campaña, Germán, *El fin de la doctrina Chocobar. La reducción de jubilaciones por emergencia previsional frente a la Corte Interamericana*, en LL 2003-D-453.

¹³ Ver Carnota, Walter F., *El derecho humano a la tutela judicial efectiva y sus vulneraciones en el ámbito de la Seguridad Social*, en Bidart Campos, Germán J. y otros, *Los derechos humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*, Buenos Aires, 2005, p. 203.

¹⁴ Donde se declaró la inconstitucionalidad del artículo 24 de la ley 24.463.

dad de simplificar y de poner límites temporales a estas controversias, “respetando así los principios que resultan de convenciones internacionales y que hoy tienen reconocimiento constitucional (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 25, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso ‘Las Palmeras’, sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, n° 90, párrafos 58 y posteriores” (considerando catorce, voto de la mayoría). Ello es abundado en el considerando decimoséptimo del voto concurrente de los jueces Maqueda y Zaffaroni.

Cabe agregar que el tortuoso dispositivo del artículo 19 de la ley 24.463 citada fue derogado por la ley 26.025 a los pocos días de haberse pronunciado la Corte Suprema en “Itzcovich”.

IX. Derecho de rectificación o respuesta. Publicidad de las sentencias judiciales

El Alto Tribunal, en oportunidad de resolver la causa “Petric” (sentencia de 16 de abril de 1998, Fallos: 321:885), tuvo ocasión de examinar en detalle el contenido sustantivo del artículo 14 de la CADH en materia de derecho de rectificación o respuesta, manteniendo la saludable y famosa doctrina ya establecida *in re* “Ekmekdjian” (sentencia de 7 de julio de 1992, Fallos: 315:1492). La disidencia del ex juez Augusto Belluscio denota la resistencia que muchas veces han encontrado los tratados internacionales y su aplicación directa en nuestra judicatura.

La Corte Suprema, en el caso “Díaz, Daniel Darío” (sentencia de 24 de noviembre de 1998, Fallos: 321:3170), hizo directa aplicación de la pauta contenida en el inciso segundo del referido artículo 14 del Pacto, en cuanto establece que en ningún caso la rectificación o respuesta “eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido”.

Por lo demás, y a fin de autorizar una amplia publicidad de las sentencias judiciales, la Corte acudió, en autos “Kook Westkott, Matías” (sentencia de 28 de julio de 2005) entre otras normas, al artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reafirmando de ese modo los contenidos de la forma republicana de gobierno¹⁶.

X. Instituciones procesales. El *amicus curiae*

¹⁵ Ver Carnota, Walter F., *El artículo 19 de la ley 24.463 no sólo es inconstitucional, es irracional*, en www.eldial.com, DC5A1. La utilización de pautas del derecho internacional de los derechos humanos para apuntalar la descalificación de marras es abordada por Bazán, Víctor, *El caso ‘Itzcovich’: protección de los derechos sociales y reivindicación del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en “Debates de Actualidad”, n° 195, mayo/noviembre de 2005, p. 115.

¹⁶ Ver Quiroga Lavie, Humberto, *La publicidad de las sentencias en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en LL, 11 de octubre de 2005, p. 5.

Por medio de su Acordada número 28 del 14 de julio de 2004 (Fallos: 327: 2997), la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió, por mayoría de sus miembros¹⁷, introducir en los procesos que ante ella se ventilan la institución del *amicus curiae* (amigo del Tribunal), en aquellas causas de interés público que trasciendan el mero interés de las partes¹⁸. Cabe recordar que esta herramienta posibilita que una persona física o jurídica ilustre a los jueces sobre los puntos en contienda, alegando a favor o en contra de las posiciones asumidas por las partes del litigio.

Desde una óptica clásica, en donde el proceso era patrimonio exclusivo del actor y del demandado, este instituto aparece como exorbitante, de muy dificultoso encasillamiento entre los tradicionales medios de prueba que consignan los ordenamientos adjetivos o rituales. Esa línea de pensamiento es la que condensa la disidencia en esa Acordada, suscripta por los jueces Belluscio, Fayt y Vázquez.

Sin embargo, para la mayoría de la Corte, este instrumento se revela idóneo para aumentar el caudal de conocimientos de los magistrados, y arribar de ese modo a una decisión informada. Es un dispositivo que estimula la participación ciudadana, al admitir que quienes no son estrictamente partes contrincantes puedan armar elementos que faciliten llegar a una acertada solución del pleito.

El *amicus* viene a desarrollar una tarea auxiliar de mucha relevancia para la correcta administración de justicia, desde el momento que acerca material que el Tribunal puede de otra manera desconocer. Salvo que se sostenga que *ignorance is bliss*, no vemos óbices o reparos de rango constitucional procesal a lo decidido por el más Alto Tribunal. En este sentido, las razones que motivaron la disidencia, fundadas en la carencia de sustento legislativo, nos parecen simétricas con aquellas que hasta 1957/8 (casos “Siri” y “Kot”) suministraba la Corte para negar recepción a la acción de amparo¹⁹.

Creemos que no hace falta una legislación específica para que el *amicus* entre a funcionar en el ámbito del Tribunal. Empero, estimamos que

¹⁷ Ver los criterios en Carnota, Walter F., *Una institución amigable. (El amicus y la Corte)*, en www.eldial.com DC492.

¹⁸ Se ha afirmado que, en el ámbito interamericano, “la Corte regularmente acepta presentaciones *amicus*, aunque no constituyen prueba. Las presentaciones *amicus* no están formalmente incluidas en el expediente o registro del caso. Las presentaciones *amicus* pueden ser particularmente útiles a la Corte en la medida en que representan el interés público”. Ver Pasqualucci, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003, p. 214.

¹⁹ Ver Carnota, Walter F., y Maraniello, Patricio A., *La audiencia pública como medio probatorio en materia de derecho ambiental*, en “Revista de Derecho Ambiental” n° 2, abril/junio de 2005, p. 8, nota n° 14.

el paraguas competencial del artículo 113 constitucional sobre el “reglamento interno” de la Corte configura habilitación constitucional suficiente para admitir la actuación del *amicus*, amén de la ya referida existencia de la figura en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

XI. Instituciones procesales. El *habeas data*

Cabe destacar que con anterioridad a la sanción de la ley 25.326, la protección de datos personales sólo hallaba tutela en el artículo 43, tercer párrafo, CN, agregado en 1994.

Pues bien, en “Urteaga” (sentencia de 15 de octubre de 1998, Fallos: 321:2767), el Alto Tribunal hizo aplicación directa de este precepto, aunque todavía no estaba sancionado el cuerpo legal al que hicimos referencia *ut supra*. Para así resolver los diversos votos con profusión de argumentos, recurrieron a la operatividad de las garantías ya esbozada históricamente en “Siri” y “Kot”, y a la experiencia internacional y comparada.

Sin perjuicio de que las diferentes líneas no se pusieron de acuerdo acerca de la naturaleza del remedio usado por el actor (acción autónoma *versus* amparo especializado), todas ellas concurrieron en dar efectivo apoyo a la pretensión del accionante que deseaba contar con información relativa a su hermano supuestamente muerto.

XII. Instituciones procesales. El control sobre la Administración Pública. Recurribilidad judicial

Frente a una resolución del Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) que restringía la posibilidad de que los particulares que participasen de concursos para la adjudicación de licencias radiofónicas interpusiesen acciones administrativas respecto del servicio en cuestión, la Corte Suprema, en autos “Astorga Brancht, Sergio” (sentencia de 14 de octubre de 2004, Fallos: 327:4185) confirmó su invalidación. En su decisión, el Tribunal la halló violatoria “del artículo 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 y 25 de la CADH; 2, inc. 3, apart. a y b, y 14, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (considerando sexto).

Y en autos “Brusa, Víctor Hermes” (sentencia de 11 de diciembre de 2003, Fallos: 326:4816), interpretó la irrecurribilidad de las decisiones del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación establecida por el artículo 115 de la Constitución Nacional, a la luz de las prescripciones del artículo 25 de la CADH.

XIII. Derecho de propiedad

Pese a poder aseverarse sin hesitación que la propiedad privada es un derecho humano fundamental, tal como lo reconoce el artículo 17 de nuestra Constitución y el artículo 21 de la CADH, la Corte Suprema ha preferido priorizar las potestades emergenciales de los poderes políticos, en detrimento de esta facultad (“Bustos, Alberto R.”, sentencia de 26 de octubre de 2004, *Fallos*: 327:4495). En este aspecto, la jurisprudencia actual de la Corte revela serias carencias y lagunas.

XIV. Balance global

Se observa una creciente y constante tendencia del más Alto Tribunal a la “internacionalización” de los derechos fundamentales, con lo que permite eludir (al fortificar la recepción constitucional formal) los silencios y las moras congresionales, y facilitar de ese modo la operatividad de los derechos consagrados por la doble vía interna e internacional.

Es que no sólo se produjo en 1994 el proceso que alguna vez denominásemos “constitucionalización del derecho internacional público”²⁰. También aconteció, a la inversa, la “internacionalización del derecho constitucional”.

La sacralidad con la que en el siglo XIX se trataba a la ley²¹ se ha abandonado en homenaje a una nueva “pirámide jurídica” en donde se destaca la Constitución y los tratados jerarquizados. Este llamado “bloque de constitucionalidad” asume ribetes directamente operativos o autoejecutorios en materia de derechos fundamentales, relegando así el rol del Congreso de la Nación.

²⁰ Ver Carnota, Walter F., *Constitución de la Nación Argentina. Comentario general*, 2ª ed., Buenos Aires, 1998, p. 19.

²¹ Bien se ha dicho que luego de 1789, “el constitucionalismo revolucionario fue decantando un modelo de división de poderes que acabará por concluir en la superioridad del Parlamento y en el que no podía ser sino su correlato la supremacía de la ley”. Ver López Garrido, Diego y otros, *Nuevo derecho constitucional comparado*.

Derechos humanos y Derecho privado

Ricardo L. Lorenzetti*

I. Introito

Dados los límites que presenta un ensayo de pocas páginas, y la amplitud del tema, presentaremos algunos casos para evidenciar el amplio espectro de situaciones en las que se han aplicado los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. Luego, dado ese material, haremos una enunciación de las principales cuestiones teóricas que se derivan de ello, como una manera de inquietar al lector para mayores profundizaciones.

II. Casos decididos en la jurisprudencia

En el estado actual de nuestra jurisprudencia, podemos enunciar dos reglas generales:

– los tratados sobre derechos humanos son inmediatamente aplicables en las relaciones jurídicas entre particulares y aquellas que se suscitan entre los particulares y el Estado¹;

– la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos².

Esta base argumentativa amplía notablemente el campo de aplicación conforme lo veremos seguidamente.

* Deseo agradecer a los compiladores Alberto Bovino, Christian Curtis y Víctor Abramovich, y al Centro de Estudios Legales y Sociales por invitarme a participar de tan feliz iniciativa enfocando la relación entre derechos humanos y derecho privado.

¹ Doctrina de la Corte a partir de “Ekmekdjian c. Sofovich” y de la interpretación del actual art. 43, CN.

² CSJN, “Bramajo, Hernán J.”, en “La Ley”, 1996-E-409, con nota de Francisco Javier Posse.

II. 1. Derecho a la información pública

En este caso, fallado por la Corte federal³, el actor promovió una acción de hábeas data con fundamento en el artículo 43 de la Constitución nacional, contra el Estado nacional y dependencias con el objeto de obtener la información que se halle registrada en bancos de datos sobre el destino de su hermano, Benito Urteaga, desaparecido en 1976. La sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara, rechazó la acción. La Corte hizo lugar al recurso extraordinario y revocó la sentencia. El fallo tiene siete votos diferentes. En lo referente a nuestro interés, se señala que la ausencia de normas regulatorias de los aspectos instrumentales de la acción de hábeas data, no es óbice para su ejercicio, incumbiendo a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente y hasta tanto el Congreso proceda a su reglamentación, las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en casos concretos. Asimismo, se afirma que el bien jurídico protegido es el derecho a una información objetiva y, consecuentemente, hay una obligación del Estado de producirla y entregarla sobre los datos que posea en sus bancos. Concretamente, se consagra el acceso a la información y su obtención efectiva a través de la acción del hábeas data.

II. 2. Derecho colectivo a las prestaciones de salud: obtención de vacunas

En este caso⁴, la actora promueve acción de amparo para que se condene al Estado nacional a que ejecute la totalidad de producción de la vacuna Candid I, contra la fiebre hemorrágica argentina, en el Instituto de Enfermedades Virales Humanas, asegurando el inmediato suministro de la misma a la totalidad de la población afectada por esa enfermedad, que se estima en 3.500.000, y para que implemente una campaña publicitaria. Se hizo lugar a la demanda sobre la base del artículo 14 *bis* de la CN, afirmándose que, existiendo un derecho social a la salud, el Estado debe velar por la salud de la población y adoptar las decisiones necesarias para cumplir con tal finalidad. La Cámara afirma que la declaración de derechos efectuada en la Constitución nacional no es sólo una declaración de voluntad del Estado, sino un compromiso por el cual el Estado se obliga a dictar normas necesarias y cumplirlas, y que “la función judicial no se agota en la letra de la ley, con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho...”.

³ “Urteaga, Facundo c. Estado Mayor Conjunto de las fuerzas armadas”, en “La Ley”, 25 de noviembre de 1998.

⁴ Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala IV, “Viceconte, Mariela c. Ministerio de Salud”, en “La Ley”, Suplemento Constitucional, 5/11/1998. CSJN, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud”, en “La Ley”, Suplemento Constitucional, 30/5/2004.

II. 3. Derecho individual a las prestaciones de salud

La jurisprudencia ha sido profusa en todo el país en el sentido de reconocer el derecho a las prestaciones de salud. En casos concernientes a afiliados a obras sociales, o de empresas de medicina privada, o bien contra el Estado, se ha hecho lugar a pretensiones de todo tipo, destinadas a la obtención de prestaciones médicas específicas o medicamentos. En numerosos casos, esta decisión se ha basado directamente en tratados sobre derechos humanos y en el peligro en la demora de la protección del bien jurídico tutelado.

Como ejemplo, se ha dicho que “es procedente la medida cautelar pedida en una acción de amparo para que el Estado nacional entregue medicamentos a un menor de edad, configurándose la verosimilitud del derecho por estar en juego el derecho a la salud –art. 42, CN, y disposiciones de los tratados incorporados a su art. 75, inc. 22– y el peligro en la demora tanto por el estado de incertidumbre del peticionario como por la necesidad de atención urgente de sus dolencias”⁵.

Hay casos en los cuales los tribunales han tenido que enfrentar situaciones de extrema necesidad en sujetos excluidos del sistema de protección estatal o de la seguridad social. Una muestra clara es el caso de un tribunal, que tuvo que ordenar a una obra social que no desconectara un equipo de oxígeno del cual dependía el mantenimiento con vida de un niño, por más que la madre haya sido despedida y no perteneciera más a la obra social⁶.

II. 4. Derecho a las prestaciones de salud vs. prestador económicamente débil

Los casos expuestos en el punto anterior presentan mayor complejidad cuando el demandado es un sujeto que no presenta una solvencia suficiente para hacer frente al costo de la prestación.

Un caso que permite razonar adecuadamente en el plano de la satisfacción de derechos en contextos de escasez es el fallado por la Cámara Civil y Comercial de Rosario⁷. Se trataba de una mujer joven que precisaba un tratamiento muy costoso, y reclamaba su pago a un sistema de medicina

⁵ Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala de FERIA, “L.S., R. G. c. Estado Nacional Ministerio de Salud”, en “La Ley”, Suplemento Constitucional, abril de 2004, p. 53.

⁶ Tribunal de Familia de Lomas de Zamora, Doctrina Judicial Civil y Comercial, Juris, n° 1, p. 49.

⁷ Cámara Civil y Comercial de Rosario, “Piu de Carol c. Centro Unión Dependientes”, 13/8/2002. Fallo no publicado que ha sido suministrado por el Prof. Jorge Peyrano, quien llevó el voto.

privada suministrado por una mutual, que a su vez era una institución pequeña, que atendía a personas de recursos medios. El tratamiento era cubierto por el Plan Médico Obligatorio que es un mínimo establecido por ley del Estado, pero el mismo no era aplicable a las mutuales.

Las opciones simples eran:

a) dar satisfacción plena al derecho de prestaciones de salud solicitado por la actora, con lo cual quebraba la demandada y se perjudicaba a los demás asociados en beneficios ulteriores;

b) dar satisfacción a la demandada, con lo cual se ponía en peligro la vida de la actora.

Jorge Peyrano, como juez prudente y con experiencia, impone la garantía mínima de prestar la atención médica como derecho iusfundamental de la actora, pero la limita temporariamente, durante dos años, de modo que la actora pueda peticionarla del obligado principal que es el Estado, y el demandado pueda solicitar el recuperero.

Nuestra opinión es exactamente igual⁸. El razonamiento es el siguiente:

– El derecho a las prestaciones de salud es una pretensión positiva contra el Estado o contra aquellos a quienes éste ha encomendado el cumplimiento.

– De tal manera, el derecho constitucional a las prestaciones de salud es satisfecho a través de tres sectores:

1) La característica ineludible del sistema público es que se hace cargo de la garantía igualitaria, esto es, de dar servicios de salud a todos los habitantes del país.

2) En las obras sociales, surge la obligación de darles servicios a todos los afiliados, y no a todos los habitantes del país. En cuanto al contenido, existe un contenido mínimo, que es la prestación médica obligatoria, a la que esos afiliados tienen derecho.

3) En la medicina privada, existe la obligación de dar el servicio a los que se afilien libremente, ya que es un vínculo contractual y voluntario. El contenido es el que surge del contrato.

– Todo individuo tiene derecho a un paquete de bienes sociales básicos, lo que jurídicamente es expresado mediante garantías.

Desde el punto de vista jurídico, las garantías tienen las siguientes características:

– Las garantías afectan a los terceros porque requieren la imposición de contribuciones, pero deben sujetarse al principio constitucional de igualdad en la imposición de las cargas públicas.

– Generalmente se expresan mediante mandatos no sujetos a otra condición que no sea la de ser titular del derecho fundamental.

⁸ En nuestro libro *La responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal y Culzoni, t. I.

derechos humanos y derecho privado

– Cuando se aplica una garantía, no hay competitividad, puesto que se asegura la provisión de un derecho en forma forzada.

– Rige la justicia distributiva, y no la conmutativa, propia del contrato.

– Son mínimas porque se trata de asegurar a un grupo la provisión de un bien mediante la imposición general y para ello se busca un nivel óptimo entre la garantía y la carga que significa.

Puede ocurrir que, como en el caso que comentamos, el juez decida imponer garantías transitorias a los contratantes, aun violando la voluntad de uno de ellos o rectificando lo pactado.

La gravedad de esta medida requiere:

– *Amenaza del bien jurídico protegido*: es un caso de tutela inhibitoria sustancial y debe aportarse evidencia clara de la amenaza del bien jurídico protegido.

– *La existencia de alternativas*: si hay alternativas para el ejercicio de esta garantía mínima del derecho fundamental, no hay por qué imponerlas al contratante. Consideramos que es justo distinguir aquellos casos en que es el propio demandado quien ha quitado al actor la posibilidad de elegir, debiendo por ello asumir el costo.

– *La fijación de plazos*: es evidente que debe ponerse un plazo a la asunción de la garantía por parte del contratante. Se trata de un período prudencial para conseguir una opción razonable, sobre todo en el supuesto en que no hay culpa de su parte en la restricción de opciones para el afectado.

– *No desequilibrar la correspondencia sistemática de las prestaciones*: cuando un juez debe imponer una garantía mínima a un contratante de grupos, debe cuidar de no desequilibrar la causa sistemática⁹. Aquí aparece un centro de interés que habitualmente no está representado en el proceso: es el de los terceros, que integran el grupo y que no comparecen al proceso, pero que verán afectado su patrimonio al incrementarse la cuota.

– En este complejo equilibrio, la variable para ello es el plazo, y por ello señalamos que la imposición debe ser temporaria.

– Debe incitarse a que ambas partes colaboren en la búsqueda de opciones para hacer efectiva la garantía mínima durante un plazo determinado que debe fijarse en el caso concreto, cuidando no desequilibrar la correspondencia sistemática de las prestaciones.

II. 5. Trato igualitario para personas con capacidades diferentes

La protección contra la discriminación es un bien de incidencia colectivo (art. 43, CN), lo que permite su tutela iusfundamental, es decir,

⁹ Cuando por un afiliado debe pagarse demasiado y durante mucho tiempo se puede desequilibrar el sistema.

mediante la acción de amparo colectivo previsto en la norma citada. Un caso paradigmático, en este sentido, es el planteado por la Dra. Labaton¹⁰. Se promueve acción de amparo en los términos del artículo 43, CN, a los fines de que se ordene al Estado cumplir con la ley 22.431, modificado por ley 24.314, de protección de personas discapacitadas. Manifiesta que es abogada, que padece de incapacidad, y se desplaza en una silla de ruedas, por lo cual requiere de rampas especiales para acceso a edificios; como tales dispositivos no existen en los lugares donde se presta el servicio de justicia, la actora no puede ejercer su profesión de abogada en igualdad de condiciones con el resto de las personas que no sufren de ese problema. Se citan la ley 23.462, de aprobación del Convenio 159 sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas, de la OIT, la ley 23.592, sobre actos discriminatorios. En el fallo se condena al Estado nacional a ejecutar las obras necesarias que permitan la remoción de las barreras arquitectónicas en los edificios referidos en la presentación de autos.

II. 6. Examen médico obligatorio de HIV y discriminación posterior

La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹ consideró el caso de un oficial de la Policía Federal que sin su consentimiento fue sometido a un examen de HIV y, como consecuencia de su resultado, pasado a retiro obligatorio, resolución que llevó a éste a formular reclamo judicial. Sobre el primer aspecto, la Corte consideró que el examen no era ilegítimo porque la Policía Federal, como institución pública de seguridad, se encontraba facultada para someter a su personal a la detección obligatoria del virus que causa el SIDA, sin que los lineamientos de la ley 23.798 pudiesen cercenar esta potestad. Sostuvo que los exámenes o análisis clínicos que la Policía Federal efectúe para constatar la buena salud del personal a fin de decidir su ascenso, involucran el ejercicio de una actividad discrecional que, en principio, no admite revisión judicial (*Fallos*: 250:393; 261:12; 267:325; 272:99, cons. 11; entre otros). Argumenta que ello se explica en razón de que el propósito preeminente que inspiró el dictado de esta ley no fue el resguardo del derecho a la intimidad de las personas –lo que queda corroborado, además, por las medidas dispuestas en los arts. 5, 7 y 9 del citado cuerpo legal– sino la protección de la salud pública. En efecto, la intención del legislador fue claramente manifestada en ocasión del debate parlamentario (doctrina de *Fallos*: 182:486; 296:253; 306:1047); se dijo entonces:

¹⁰ Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala V, “Labatón, Ester c. Poder Judicial de la Nación”, en “La Ley”, Suplemento de Derecho Administrativo, 27/11/98.

¹¹ “S/N c. Policía Federal Argentina”, Sentencia de 17/12/96, con nota de Pose, Carlos, en “Derecho del Trabajo”, 1997-B, p. 1.779.

“No existen aún vacunas ni otros elementos curativos. Así el crecimiento del número de casos en relación al tiempo parece señalar para la Argentina el establecimiento de una epidemia de características similares a la de los países del hemisferio norte. Dadas las propiedades del virus, agente causal de la enfermedad, su largo período de incubación, y la gran cantidad de mutaciones a las cuales está sujeto, se hace difícil prever a corto plazo el desarrollo de sistemas de prevención adecuados. Por ello deben adoptarse medidas profilácticas tendientes a controlar la expansión del mal en nuestro medio” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1 de junio de 1988, p. 861). En lo atinente al resguardo de la intimidad de las personas exigido por la ley (art. 2, inc. d), tampoco supone una cortapisa al ejercicio de los poderes y facultades referidos, pues debe interpretarse como un mandato tendiente a impedir la divulgación indebida de información (cfr. art. 2, inc. c, anexo I, Decreto 1.244/91) y las intrusiones arbitrarias, es decir, aquéllas que no se vinculen con la protección de la salud pública ni con el cumplimiento de normas reglamentarias (cfr. art. 31, inc. c, Decreto 1.866/83). En virtud de lo expuesto, la ley 23.798 no constituye óbice para que la demandada someta a su personal a la detección obligatoria del virus que causa el SIDA. Sobre la segunda cuestión, la Corte estableció que la separación del servicio impuesta al agente resultaba ilegítima ya que “toda restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus HIV no afecten concretamente las aptitudes laborales, o no se hayan agotadas las posibles asignaciones de tareas acordes a la aptitud del agente, ni comprometan la salud de terceros constituye una conducta discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar por medios idóneos”. Afirma el Máximo Tribunal que la única condición que impone la Constitución nacional para ocupar empleos o cargos públicos es la “idoneidad” (art. 16, párr. 1), es decir, exige que la persona que pretende ingresar a la administración tenga las aptitudes físicas y técnicas necesarias para desempeñar las tareas que se le asignen. Concordeamente, el art. 141, inc. d, del Decreto 1.866/83 –que reglamenta la ley 23.965– establece como requisito de ingreso a la Policía Federal “poseer buena salud, comprobada por los servicios dependientes de la Dirección General de Sanidad Policial”. Además, el artículo 312 del citado decreto prescribe que –a los fines de ser ascendido– el personal debe munir “las condiciones profesionales y de aptitud psicofísica” y “ser calificado apto para el ascenso por la Junta de Calificaciones” (inc. c y e), lo que implica que también para ser promovido el agente debe cumplir con aquel requisito. La Corte finaliza diciendo que el acto administrativo que aprobó la licencia otorgada al actor y dispuso su pase a situación de retiro teniendo por cumplidos los extremos legales para ello es, de todas maneras, ilegítimo por no contener una ponderación de los efectos reales de la deficiencia inmunitaria sobre la aptitud laboral del agente, máxime teniendo en cuenta el carácter de portador asintomático de éste. En tales condiciones, el acto refe-

ruido lesionó los derechos del demandante a la protección de las normas legales y reglamentarias en condiciones de igualdad, sin discriminación alguna (arts. 1 y 24, Convención aprobada por ley 23.054, de jerarquía constitucional). La jurisprudencia viene admitiendo la ilicitud de despidos con base discriminatoria. Por ejemplo, la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo¹², mediante un voto del Dr. Simon, se pronunció en beneficio de la situación particular de un sidótico –trabajador marítimo– que había sido despedido mediante invocación del artículo 991, inciso 4, del Código de Comercio –inhabilitación para prestar servicios– a pesar de que, al momento del distracto, resultaba plenamente capaz de cumplir con su débito laboral. En el pronunciamiento se especificó que el despido impuesto debía ser descalificado por injustificado y atentatorio del principio de no discriminación al que alude la ley fundamental, el artículo 17 de la Ley de Contrato de Trabajo (“Derecho del Trabajo”, 1976-238) y la Ley 23.592.

II. 7. Participación de los consumidores en los órganos de contralor

En este caso¹³ se analizó si existe una acción para lograr hacer efectiva la garantía constitucional de las asociaciones de consumidores para participar en los organismos de control de los servicios públicos privatizados. Los hechos son los siguientes: la ley 11.220 de la provincia de Santa Fe dispuso que se disuelva la Dirección Provincial de Obras Sanitarias, y que se privatice el servicio, creando un organismo de contralor denominado “Ente Regulador de Servicios Sanitarios”, que debía estar integrado por un directorio de cinco miembros titulares designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo legislativo. La ley no asignó, en forma expresa, ninguna representación a las organizaciones de consumidores. En cumplimiento del mandato legal, el Poder Ejecutivo provincial decidió remitir a la legislatura los pliegos para la designación de los miembros del ente regulador, no figurando entre ellos ningún representante de los consumidores. Frente a ello, la “Liga Santafecina en Defensa del Usuario y del Consumidor” promovió un recurso de amparo a fin de que el Poder Ejecutivo se abstenga de designar a los integrantes del directorio del Ente Regulador de Servicios Sanitarios, si entre sus integrantes no se nombra a un representante de los usuarios y consumidores.

La provincia invocó como defensa que el amparo era improcedente, porque hay una vía administrativa previa, y porque en el ámbito provin-

¹² Ver *Un caso de despido por SIDA*, en “Derecho del Trabajo”, 1997-A-496.

¹³ Ver el caso y comentario en Lorenzetti, Ricardo, *La acción de amparo para la participación de las asociaciones en el control de los servicios públicos*, en “La Ley”, 1997-A-188.

cial, la cuestión debió dilucidarse por la Ley 10.000 de la provincia de Santa Fe. Más allá de la admisibilidad, sostiene que los consumidores no necesitan integrar el ente regulador, ya que tienen otras vías de control previstas en la ley de privatización.

El Dr. Roberto Vazquez Ferreyra, juez de Primera Instancia en la causa, hace lugar al recurso de amparo, y resuelve “ordenar al Superior Gobierno de la Provincia de Santa Fe para que en un plazo razonable arbitre los medios necesarios para garantizar la necesaria participación de asociaciones de consumidores y de usuarios previstos en el artículo 19 de la ley 11.220”.

En la Cámara, integrada por los Álvarez, Sagués y Zara, se revoca el decisorio. El primer fundamento, esgrimido por Álvarez, se sustenta en la “no judicialidad de los actos políticos cuando estos no vulneran derechos y garantías”. El segundo, invocado por Sagués, se refiere a que no se dedujo la constitucionalidad de la norma, por lo que no se pueden cuestionar las consecuencias de su aplicación.

II. 8. Acciones de clase. El caso “Edesur”

En este caso¹⁴ se trata el tema de la legitimación de un organismo público para reclamar el resarcimiento de los daños sufridos por particulares.

La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires interpuso demanda contra Edesur SA, con el objeto de que se repararan los daños sufridos por los damnificados de la ciudad de Buenos Aires, a raíz de la falta de provisión eléctrica ocasionada por el corte de energía que tuvo lugar el 15 de febrero de 1999. La Defensoría solicita la reparación de daños sufridos por ella misma y por los ciudadanos de la ciudad que hubieran resultado afectados, los que a la fecha de la demanda son indeterminados, pero que serían individualizados en el procedimiento de ejecución de sentencia, mediante una citación pública para que esos se presenten a estimar y demostrar el daño sufrido. La defensoría fundó su legitimación en la Constitución nacional y en la Constitución de Ciudad de Buenos Aires. Sostiene que encontrándose comprometido el interés de un grupo, también queda comprometido el de la comunidad, y que no es razonable dejar librada a la iniciativa individual la gestión de ese interés. Sostiene que no es una acción de clase, porque es ejercida por un órgano oficial competente, y que no hay ninguna norma que la prohíba dentro del ordenamiento jurídico.

¹⁴ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala 1, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires vs. Edesur S. A.”, en “Jurisprudencia Argentina”, 7/6/2000, con nuestra nota *Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad*, y la nota de Galdos, Jorge, *Auspiciosa recepción del proceso colectivo*.

La Cámara examina la legitimación en base al artículo 43 de la Constitución, el que se refiere a los bienes de incidencia colectiva. Con abundantes citas de doctrina y jurisprudencia, llega a la conclusión de que la Defensoría está autorizada para accionar para la defensa de tales bienes, pero no es el caso de autos, porque se trata de bienes individuales y no colectivos. Con toda precisión, señala la Cámara que cada afectado tiene en este caso un derecho subjetivo, individual y exclusivo, y por lo tanto posee legitimación para reclamar el resarcimiento por sí mismo. Los jueces examinan luego la legitimación con base en el artículo 137 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La norma autoriza a la Defensoría del Pueblo a la defensa de “derechos e intereses individuales (...) frente a los actos, hechos u omisiones de (...) prestadores de servicios públicos”. Interpretando esa regla constitucional, señalan que no es contradictoria con la prevista en la Constitución nacional, sino ampliatoria, y que permite la legitimación sustancial de la Defensoría para accionar por la reparación de daños a derechos subjetivos individuales indeterminados. Dicen los jueces que “no desconocemos que no se encuentra prevista en nuestro ordenamiento procesal una acción con las particularidades que presenta la que aquí se deduce”, ya que el proceso está regulado sobre la base de una concepción de partes individuales y no colectivas. Sin embargo, dicen que “los jueces debemos acordar protección a los derechos y garantías constitucionales, sin excusarnos en la falta de una ley que los reglamente o de un procedimiento legal apto para su ejercicio”, y es razonable que “frente a una gran cantidad de situaciones análogas se dicte una sola sentencia que comprenda a todas”.

La sentencia fija las siguientes reglas:

– reconoce la legitimación de la Defensoría del Pueblo para accionar en defensa de derechos individuales, y no sólo de los bienes de incidencia colectiva, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

– declara la responsabilidad de Edesur SA por los daños sufridos por los usuarios del servicio como consecuencia del corte de electricidad del 15 de febrero de 1999;

– los usuarios que acrediten esa calidad “podrán ocurrir ante los tribunales correspondientes y por la vía que estimen pertinente, o que en cada caso se fije de acuerdo con las particularidades que cada uno pudiera presentar. En esos “eventuales juicios que se inicien para probar y determinar los daños y perjuicios de los usuarios afectados por el corte de energía en cuestión, la demandada podrá plantear –en lo que hace a los daños– aspectos propios de cada caso particular, que no hayan sido materia de este pleito”;

– esos procesos no se acumularán al pleito en el que se dictó sentencia condenatoria.

II. 9. Derecho a rechazar tratamientos médicos

El caso “Bahamondez” fallado por la Corte Suprema¹⁵ abrió las puertas para el reconocimiento del derecho a rechazar tratamientos médicos. El actor había sido internado en el Hospital Regional de la ciudad de Ushuaia en razón de estar afectado por una hemorragia digestiva. En esas circunstancias se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que ello hubiera sido contrario a las creencias del culto “Testigos de Jehová”. La Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la resolución de la instancia anterior que había autorizado la práctica de las transfusiones de sangre que resultarían necesarias para su adecuado tratamiento médico, conforme las conclusiones de los profesionales que las indiquen. Contra dicho pronunciamiento, el defensor oficial del nombrado interpuso recurso extraordinario, que fue concedido. En el momento en que a la Corte le toca fallar, Bahamondez no se encontraba internado, por haber sido dado de alta en relación a la “hemorragia digestiva” que lo afectaba, razón por la cual la sentencia resultaba inoficiosa, ante la falta de un interés concreto y actual del apelante. No obstante algunos votos entraron en la consideración del asunto, suministrando criterios decisivos para casos futuros. En el voto de Barra y Fayt se dice: “el art. 19 de la ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán –entre otras obligaciones– respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse (...) ello con total independencia de las motivaciones de la decisión del paciente, en la que obviamente le es vedado ingresar al tribunal en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución nacional, en la mas elemental de sus interpretaciones”. En el voto de Cavagna Martínez y Boggiano se invoca la libertad religiosa, la que “incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común”. Más adelante indican que existe una importante diferencia entre el promotor o el cómplice de la eutanasia y el objetor de conciencia, ya que éste no busca el suicidio, sino sólo pretende mantener incólumes las ideas religiosas que profesa. Por ello “la dignidad humana prevalece aquí frente al perjuicio que posiblemente cause la referida ausencia de transfusión sanguínea”. En el voto de Belluscio y Petracchi se dice: “la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de la autonomía individual, fundamento sobre el que reposa la democracia constitucional”.

Uno de los problemas más difíciles, sobre todo para los médicos inter-

vinientes, es si, frente a la negativa del paciente, deben solicitar autorización judicial o es suficiente con la mera declaración de voluntad del éste.

La Corte Suprema¹⁶, a través del voto de Petracchi y Bossert indica que “cabe examinar si en el subexamine se configura un caso, causa o controversia que habilite la intervención de los jueces nacionales (...) en el sub examine en ningún momento se aduce que existan intereses o posturas contrapuestas entre Zarrillo y Prestaciones Médico Asistenciales SA. Esta ultima lo único que persigue es obtener una autorización que la cubra de las eventuales responsabilidades en que –estima– podría incurrir si, aceptando la voluntad expresada por el paciente, no lo transfunde. Sin embargo, no ha siquiera mencionado que existan manifestaciones concretas que revelen la posibilidad de un actuar –estatal o privado– enderezado al establecimiento de su responsabilidad si aceptara la voluntad de Zarrillo de no ser transfundido. De lo expuesto es fácil concluir que la petición formulada por Prestaciones Médicas Asistenciales S. A. es, en realidad, una consulta a los órganos judiciales acerca de la legitimidad de su eventual actitud de hacer lugar a los deseos del paciente”.

El razonamiento es entonces el siguiente:

– Para que exista un *caso* debe darse una controversia que no existe entre la clínica y el paciente. En realidad, habiendo el paciente manifestado su negativa a someterse al tratamiento, la clínica pretende consultar sobre si ello es legítimo o no, a fin de resguardar su responsabilidad ulterior.

– La clínica puede respetar la voluntad del paciente, haciendo manifestación expresa de su negativa de someterse al tratamiento.

Este acto privado no necesita de aval judicial.

II. 10. Derecho a una vivienda digna

La vivienda es un bien que debe ser protegido por el ordenamiento jurídico y el acceso a la misma tiene caracteres constitucionales¹⁷. No se trata de un derecho a obtener una vivienda, ya que no es de goce directo, sino indirecto, pero la situación argentina ha llegado a límites intolerables de descuido, de los que ha dado cuenta la jurisprudencia.

En este sentido, la Cámara de Apelaciones de Neuquén¹⁸ resolvió un recurso de amparo interpuesto por la defensora de menores contra el Poder

¹⁵ CSJN, “Bahamondez, Marcelo”, en “La Ley”, 93-D-125.

¹⁶ “Prestaciones Médico Asistenciales s. autorización”, agosto de 1996.

¹⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, 1995.

¹⁸ “Defensor de Derechos del Niño c. Prov. de Neuquén”, en “La Ley”, 18/10/2002, Suplemento Constitucional, con nota crítica de Pablo Manili.

Ejecutivo provincial en el que solicita la adecuación de la vivienda de la familia de una menor que sufría severas complicaciones de salud. Concretamente su petición era que se asegurase al barrio la provisión de agua potable, calefacción y pozo ciego, a lo cual se hace lugar en la sentencia.

En la misma línea¹⁹, se resolvió favorablemente una acción de amparo, y prohibición de innovar ante una medida del gobierno de suspender un programa habitacional.

II. 11. Retiro de fondos bancarios retenidos por decreto. Invocación de razones de salud

Es conocida la situación presentada con motivo del denominado “corralito” bancario, que dispuso la retención obligatoria de los depósitos bancarios. La jurisprudencia, con un alto grado de unanimidad, consideró que esa norma, de carácter general, no se aplicaba a los casos en que hubiera necesidad de usar el dinero para pagar tratamientos médicos. Por ejemplo, en un caso²⁰ la actora pidió que se la autorizara a extraer los fondos que tenía en un banco, invocando el grave estado de salud en que se encontraba su hermano; la posibilidad de realizar un transplante. Argumentó que el dinero había sido ahorrado durante muchos años para pagar los costos de lo que ahora era la única alternativa de salvarlo. El *a quo* hizo lugar a la medida cautelar en forma parcial para atender los requerimientos de salud solicitados, reiterando la doctrina de la Corte en ese sentido, y deja los demás aspectos para la discusión de fondo en el amparo. La Cámara confirmó esta decisión.

II. 12. Tutela del ambiente

II. 12. A. Protección del paisaje y del patrimonio cultural

La jurisprudencia viene avanzando notablemente en la aplicación de normas constitucionales y de tratados internacionales para la protección ambiental.

¹⁹ Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Bs.As, “Yáñez, Pablo c. G.C.B.A.”, 2/5/2002, en “La Ley”, Suplemento Constitucional, 18/10/2002, p. 44.

²⁰ Cámara Federal de La Plata, “O., M. M. c. P. E. N”, 16/1/2001. También se autorizó a un ahorrista a retirar fondos para viajar al exterior y atender a su esposo hospitalizado en España a raíz de un infarto; Cámara Criminal, Bariloche, Sala de Feria 16/1/2001, en “La Ley”, 6/2/2002, p. 14; Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal n° 9, “M., M. c. P. E. N. y otro”, 8/2/2002, en “La Ley”, 19/2/2002, p. 6; Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal n° 8, “B. de M., M. E. y otro c. P. E. N”, 16/1/2002, en “La Ley”, 5/2/2002, p. 5.

Uno de los casos últimamente decididos es el siguiente:

– Se promueve por Daniel Olivieri vía de una acción popular prevista en la ley 10.000²¹ contra la Municipalidad de Rosario y/o quien resultara responsable, tendiente a la protección de los intereses difusos que se verían afectados si –como había trascendido periodísticamente– el ente público otorgara el permiso de edificación para la construcción de una torre de 39 pisos cercana al Monumento a la Bandera. El hecho se confirma cuando transcurrido menos de un mes de la iniciación de la causa, la Municipalidad otorga el permiso de edificación para la construcción de la obra en cuestión, encuadrando la misma como emprendimiento listado en el Anexo II, con el Estándar N° 1, de la ley 11.717 de la provincia de Santa Fe, en cuya situación, se le exime de presentar Formulario de Presentación y la Declaración Ambiental, para que observando el procedimiento técnico administrativo de Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental, se evalúe, identifique, prediga e interprete los impactos ambientales que el emprendimiento o proyecto produciría en caso de ser ejecutado.

– En primera instancia se rechazó la demanda. La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, el 31 de marzo de 2004, revocó el pronunciamiento de primera instancia, basada fundamentalmente en “el ámbito objetivo” del artículo 19 de la Ley 11.717, en cuanto establece “una fórmula legal amplia”, por cuanto manda a solicitar, con carácter previo, el Informe de Evaluación de Impacto Ambiental aprobado por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, para la aprobación por parte de la Administración Pública, de obras o acciones que afecten o sean susceptibles de afectar el ambiente; lo que el tribunal interpreta “no deja espacio para una especulación restrictiva”. Además, la alzada funda su decisión en que la excepción invocada por el municipio para justificar su accionar –contemplada en el artículo 14 de la ley 11.717, lo que implica encuadrar la construcción de la torre en el referido Estándar N° 1 de la ley–, colisiona con normativa aplicable concurrentemente, finalmente prevalente, que conduce a la conclusión contraria.

– En efecto, si bien es cierto que el ítem 452.1 del Anexo II, le otorga al ítem “Construcción, reforma y reparación de edificios residenciales” el Estándar N° 1, no es menos cierto que, dentro de las actividades especializadas de construcción (452.5), globalmente clasificadas como Estándar N° 2, se inserta específicamente el ítem “Actividades de hincado de pilotes, cimentación y otros trabajos de hormigón armado” (452.52). También se cita ítem 453, 453.1, 453.11, 453.19, “Relativos a instalaciones edificios y obras de ingeniería civil”, “Ejecución instalaciones eléctricas, electrome-

²¹ Cámara Civil y Comercial, Rosario, Sala 2, “Olivieri, Daniel c. Municipalidad de Rosario”, con nota de Cafferatta, Néstor, en “Jurisprudencia Argentina”, 7/7/2004, p. 79.

cánicas y electrónicas”, “Instalación de ascensores, instalación de antenas, pararrayos”, “Sistemas de alarmas, sistemas de telecomunicación”, etc. Por lo demás, la misma ley dispone que “cuando en un mismo emplazamiento fueron desarrolladas actividades que producen diferente impacto ambiental el titular deberá presentar un Formulario de Presentación detallando cada una de ellas. Así, la categoría de la actividad está en función de la categoría más crítica que allí se despliegue” (art. 17, ley 11.717).

– Por lo expuesto, la Cámara resuelve revocar la sentencia impugnada; anular el permiso de edificación y ordenar a la Municipalidad de Rosario que carácter previo a su otorgamiento de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 11.717 (Informe de evaluación de impacto ambiental).

– Cafferatta, que comenta el fallo, sostiene que el Monumento a la Bandera merece un plus de protección: constituye un bien que define la identidad y la memoria colectiva de nuestro pueblo. Es además un sitio con valor urbanístico o histórico, intrínseco o en sí mismo.

– Existe por ello un interés público en preservar esta clase de bienes²², que son testigos de la forma en que la sociedad o la cultura se relaciona con el ambiente.

II. 12. B. Impugnación de la instalación de una estación de servicio de gas

En otro caso de derecho ambiental²³ se plantea un problema muy complejo de relación entre la acción de los vecinos, el ámbito de discrecionalidad de la acción municipal y el derecho al ejercicio de una industria lícita.

Los actores, invocando su condición de *vecinos* de la localidad de Salto, cuestionan los actos de la Municipalidad, por medio de lo cuales habría autorizado la instalación de una boca de expendio de gas natural compr-

²² “Quesada, Ricardo c/Municipalidad de Buenos Aires”, en “La Ley”, 1980-D-130, en sentencia el juez de grado se hizo lugar a la demanda de amparo, en virtud del cual se trataba de impedir la poda de árboles de la plaza Grand Bourg, por la que se alteraba la fisonomía de un edificio, mástil y muros anexos, que recuerda el Padre de la Patria, don José de San Martín. Se entendió entonces que cualquier ciudadano está facultado para el ejercicio de acciones implicadas en la soberanía del pueblo, titular del dominio público, con motivo del talado de árboles –plátanos–, con el fin de resguardar un bien altamente representativo del sentimiento nacional. Para ampliar, puede consultarse Cafferatta, Néstor A., *Jurisprudencia ambiental*, en “Jurisprudencia Argentina”, 1996-IV-1093; *Actualización de jurisprudencia ambiental*, en “Jurisprudencia Argentina”, 1997-IV-1082, y *Jurisprudencia ambiental del siglo XXI*, en “Jurisprudencia Argentina”, 2003-II, n° 7, p. 25. También véase Zárate, Enrique A., *Manual de Derecho ambiental*, Nova Tesis, 1998, p. 176.

²³ Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Buenos Aires, “Burgues, Teresita Susana y otros c/Municipalidad de Salto y otros s/amparo”, 30/4/2003.

mido (GNC) en la estación de servicio de dicha localidad. Sostienen que las normas de zonificación municipal prohíben la instalación de este tipo de establecimientos. Solicitan el dictado de una medida cautelar. Según se desprende de la documentación agregada, en virtud de la prohibición contenida en la Ordenanza Municipal 70/74, de anexar bocas de expendio de gas natural comprimido, en relación a las gestiones iniciadas por una empresa para ampliar sus actividades en las estaciones existentes en el radio urbano, frente a una nueva presentación de ésta, el Concejo Deliberante de la Municipalidad de Salto, sancionó una Ordenanza modificatoria del régimen vigente, que ahora establece que las estaciones de servicio podrán anexar GNC.

Al resolver, la Suprema Corte analiza diversas cuestiones de enorme relevancia jurídica ambiental:

– *Legitimación de obrar*: dice que la invocada por los reclamantes parece suficiente, al menos para reconocerles *prima facie*, el carácter de afectados por el obrar municipal que censuran. Pues, con prescindencia de la mayor o menor cercanía existente entre el domicilio de los demandantes y el sitio donde está previsto emplazar el equipamiento, cuya autorización dispone la Ordenanza en cuestión, no hay duda de que la generalidad de ellos pertenece al vecindario y reside en un radio lindero a la estación de servicio. Esta Corte ha admitido, con dicho alcance, amparos articulados por vecinos domiciliados en una cierta zona de influencia de un equipamiento, cuya implantación o autorización por la autoridad municipal es cuestionado invocándose un impacto ambiental negativo (conforme causa “Dougherty”, B- 64.464, resolución del 13 de noviembre de 2002) en condiciones similares a las que se presentan en esta acción. Como también lo ha hecho cuando la alegación del quebrantamiento de la legalidad urbanística ha sido invocada por una organización ambientalista del lugar en torno al cual se ha desatado el conflicto (conforme causa “Asociación Civil Ambiente del Sur”, B- 65.860, resolución del 16 de noviembre de 2003).

– *Idoneidad del amparo*: en la demanda se alega la afectación de derechos de incidencia colectiva y el quebrantamiento ostensible de la legalidad urbana ambiental en el Municipio accionado, en un cuadro de situación que exige una actuación jurisdiccional expeditiva. Acreditado el avance de las obras cuestionadas, unido a la invocación de una prohibición normativa en torno a los usos del suelo autorizados en la zona del establecimiento en litigio que se pretenden dispensar en un modo considerado ilegítimo, revelan en el sub lite la idoneidad de la vía elegida (doctrina causa “Club Estudiantes de La Plata”, B-64.413, resolución del 4 de septiembre de 2002).

– *Presupuestos generales de la tutela cautelar* (arts. 20 y 22, ley 7.166; arts. 230, 232 y conc., CPCC):

A. *Peligro en la demora*: en primer término, en el sub examine, la tutela provisional peticionada se exhibe como un instrumento eficaz para dar

satisfacción a los intereses invocados por los reclamantes durante el trámite del proceso, ante un estado de cosas en el que urge evitar la consolidación de un gravamen de difícil reparación ulterior. Vale apuntar que si hasta la fecha, la explotación de la estación de servicio expendedora de GNC no ha tenido comienzo, no se advierte el perjuicio cierto que se derivaría de la suspensión provisional de la puesta en marcha del emprendimiento. En cambio, el gravamen que supondría la completa realización de la dispensa municipal dada para la anexión de las bocas de expendio de gas natural y su consecuencia –el comienzo de la operación de dicho equipamiento– sería ciertamente más grave. Por ende, tal balance arroja un saldo favorable al acogimiento de la tutela cautelar requerida.

B. *Verosimilitud del derecho*: la argumentación que ensaya la comuna acerca de la no obligatoriedad en la especie, de una previa evaluación del impacto ambiental, resulta infundada si se tiene en consideración que el Anexo II de la ley 11.723 –en consonancia con lo dispuesto por la ley nacional 25.675, arts. 3, 4, segundo párrafo, y 11– somete a ese trámite esencial, entre otros, a la construcción de gasoductos y, en el ámbito municipal, además de las actividades que cada comuna determine, a las “intervenciones edilicias”. Sobre el tema, cabe agregar que en el informe se hace referencia a que la empresa que lleva adelante el proyecto le hizo saber a la Municipalidad que se encuentra en trámite el certificado de impacto ambiental respectivo, afirmación que revela, de un lado la pertinencia del estudio correspondiente, u del otro, que el municipio dio curso a las obras sin contar con esa certificación. Lo expuesto denota la presencia del *fumus boni iuris* que auspicia el favorable pronunciamiento en torno a la tutela cautelar solicitada. Por lo demás, se recuerda que los presupuestos de verosimilitud del derecho invocado y del peligro en la demora se hallan de tal modo relacionados que, a mayor *fumus* no cabe ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando se configura con mayor visibilidad el riesgo de un daño grave de imposible o difícil reparación ulterior, el rigor acerca de la apariencia del buen derecho se puede atenuar (causas 1- 2.452, resolución del 18 de noviembre de 2002 y “Asociación Civil Ambiente del Sur”, B-65.269, citada). Esto último es lo que acontece en la especie.

– *Resolución*: por tales motivos, corresponde disponer una medida cautelar en las presentes actuaciones, que importe ordenar a la entidad local demandada *no innovar* sobre la situación existente en la estación de servicio y que conlleve, además, suspensión de los efectos de la Ordenanza 224/2000, ordenando la paralización de las obras que allí se estén llevando a cabo con el objeto de la instalación o bien, de haber ellas concluido, la suspensión de la puesta en funcionamiento de una boca de expendio de GNC. Todo ello bajo caución juratoria. Por lo que se hace lugar a la medida cautelar solicitada, disponiendo la suspensión de los efectos de la Ordenanza Municipal y ordena no innovar sobre la situación existente en la

estación de servicio, debiendo el municipio demandado comunicar en forma fehaciente al titular del citado establecimiento la paralización de las obras que se estén llevando a cabo, con el objeto de la instalación de una boca de expendio de GNC así como la suspensión de puesta en funcionamiento o explotación de esa boca de expendio de combustible gaseoso.

III. Reflexiones

El examen del grado de aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales involucra varios aspectos²⁴:

– Es posible un abordaje histórico para verificar de qué manera una serie de normas que fueron pensadas como mandatos declarativos han ido ganando operatividad.

– Esa aplicación inmediata revoluciona el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico. De tal modo es posible un análisis sobre la conformación actual del sistema en cuanto a las fuentes y sobre todo a su coherencia. En este sentido, es posible comprobar que la coherencia interna del sistema ya no es apriorística, sino que se verifica *a posteriori*. La regla de conducta finalmente aplicable a un caso es el resultado de la valoración de fuentes complementarias, o aun contradictorias entre sí, que se compatibilizan a la luz de un test de constitucionalidad en el que los derechos humanos resultan ser una pauta decisiva.

– También se observa una reestructuración de la jerarquía interna del ordenamiento, de sus órdenes de bienes protegidos, e incluso sus remedios para proteger los derechos. Es un buen ejemplo de ello el fenómeno de la tutela inhibitoria, que era reconocida como un modo de protección fuerte de la propiedad, inhibiendo a quien ingresase a ella, excluyendo a los terceros frente a cualquier ingerencia; en los últimos tiempos este tipo de protección giró hacia la protección de la persona, con lo cual se reformulan muchas cuestiones del derecho tradicional.

– Corresponde a la lógica describir el tipo de normas que se encuentran en los tratados sobre derechos humanos y su configuración deóntica. Los efectos son muy diferentes si se trata de derechos subjetivos individuales, derechos colectivos, principios, valores, reglas institucionales.

– En el caso de los derechos subjetivos es necesario discriminar aquellos que conceden mecanismos negativos de defensa de los que otorgan pretensiones positivas, y, en este último supuesto, esclarecer sobre la legitimación pasiva y la intensidad del cumplimiento de la prestación.

²⁴ Ampliamos este tema en *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal y Culzoni, 1995.

– En el supuesto de los bienes colectivos, es preciso definir con claridad su ubicación dentro del campo de la esfera social y el grado de precedencia lógica que se le reconoce a su protección, así como su relación con los demás bienes descritos en el ordenamiento con categoría iusfundamental.

– En estos campos, el razonamiento jurídico requiere de herramientas mucho más potentes y sofisticadas que las disponibles y utilizadas hasta el momento. En los conflictos entre derechos individuales pueden presentarse tensiones entre principios competitivos que precisan de un razonamiento adecuado para lograr la máxima satisfacción de uno sin el agotamiento del otro.

– El razonamiento legal en conflictos de bienes colectivos entre sí o de éstos con bienes individuales, requiere de una comprensión clara del campo de colisión. Por ello no se trata de un conflicto horizontal, como en los bienes individuales, sino jerárquico, entre un bien ubicado en la esfera social y otro en la esfera individual.

– Las decisiones que se tomen en este campo no pueden prescindir de un test consecuencialista, de modo que se pueda demostrar que la regla que se define para un caso, sea una regla universal del obrar, o por lo menos, pueda superar un test mínimo de sociabilidad.

– La magnitud de los problemas que plantea la satisfacción de los derechos humanos de carácter socioeconómico, en situaciones de emergencia y gravedad extrema, exige distinguir entre garantías y derechos mínimos o bienes primarios, y apreciar claramente una constelación amplia en la legitimación pasiva para que el costo se difunda adecuadamente.

– El denominado derecho a ser diferente y sus múltiples derivaciones demandan de concepciones del derecho propias de una sociedad pluralista. De tal modo, la protección, el obrar en la esfera individual, que sabiamente previera nuestro legislador constitucional (art. 19, CN), requiere de un juez que se restrinja a sí mismo respecto de sus propias convicciones particulares, y con la suficiente sabiduría como para distinguir entre conductas permitidas y promocionadas por el derecho.

– La participación de la sociedad civil en todo este proceso es decisiva y se requiere entonces de una comprensión de la democracia constitucional. El razonamiento legal debe mostrar toda su sabiduría para poder prescindir, en algunos casos, del principio de las mayorías cuando conlleva a la lesión de derechos fundamentales de minorías relevantes.

Este listado de cuestiones e interrogantes lógico-jurídicos muestra cuál es el tema, cuánta complejidad teórica presenta. Es habitual omitir estas interrogaciones y utilizar argumentos más simples, pero es fácil constatar las frustraciones que se siguen de esa limitación en la mirada.

Como dijimos al principio, el propósito de este trabajo es mostrar el panorama de la jurisprudencia y el tipo de complejidad normativa que ella revela, pero excederá la extensión del mismo desarrollar cada uno de los puntos enunciados.

Capítulo II

Valor y eficacia de las decisiones de los órganos internacionales de protección

El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Mónica Pinto*

I. De la noción de derechos humanos y de la necesaria interacción entre las normas del derecho internacional y del derecho interno

La noción de derechos humanos es cualitativamente nueva e internacional. Ella refleja la decisión de la comunidad de Estados que se forma luego de la segunda posguerra de incluir el trato que un Estado dé a sus nacionales y, en general, a todas las personas bajo su jurisdicción entre las cuestiones de interés común.

La decisión queda reflejada en la Carta de las Naciones Unidas que institucionaliza la sociedad internacional transformándola en comunidad al poner en común una serie de objetivos que la organización debe propiciar y para lo cual instaura una política de cooperación internacional.

Se trata, pues, de un concepto que se construye sobre una realidad antigua aunque no universal, la que brindan las libertades públicas del constitucionalismo clásico de fines del siglo XVIII y del XIX, a la que se adicionan otros elementos: la igualdad, porque la pertenencia a la especie humana da igual derecho a la titularidad de estos derechos; su corolario de no discriminación, esto es, la proscripción de cualquier conducta que obstaculice, lesione, de cualquier modo conculque los derechos humanos de que es titular una persona en razón de características que no le es dado a ella modificar y que en nada empecen ese ejercicio; la universalidad, para todos los sujetos, en todos lados, todos los derechos.

Los elementos de la noción vienen dados en la Carta de las Naciones Unidas que consagra el propósito de la organización de realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción por moti-

* La investigación jurisprudencial de este trabajo estuvo a cargo de Mariana Kurlat. Agradezco a Cecilia Naddeo su aporte a las referencias; también a Soledad Figueroa su lectura atenta y comentarios. La responsabilidad es, por cierto, absolutamente mía.

vos de sexo, raza, idioma o religión¹. Luego, al detallar los fines de la cooperación en este campo, se refiere al logro del “respeto universal” y la “efectividad” de estos derechos para todos. Consecuentemente, el único compromiso que adquieren los Estados en la Carta es el de adoptar medidas conjunta o separadamente, en colaboración con la Organización, para lograr el respeto universal y la efectividad de los derechos humanos².

La decisión de universalizar la protección de la libertad y la dignidad de las personas supuso adoptar normas internacionales que enunciaran derechos protegidos –su alcance, las restricciones legítimas de que pueden ser objeto y las posibilidades de su suspensión durante los Estados de excepción– y otras que permitieran establecer instancias internacionales de protección, con posibilidades de decir, y en ocasiones, de hacer respecto de los Estados en función de la modalidad de control de que se trate.

De esta suerte, las normas del derecho internacional –tratados, costumbre e incluso *soft law*– resultan ser la infraestructura de mínima de un sistema que requiere la complementación de otras normas –generalmente elaboradas en los Estados nacionales– que expresan la idiosincrasia de las sociedades a través de regulaciones concretas. Esta dinámica llama a una fluida relación entre el derecho interno y el derecho internacional en este campo.

La decisión sobre la forma de integración del derecho internacional al orden jurídico vigente en un Estado ha sido tradicionalmente una cuestión reservada a la discreción nacional³. Ello no obstante, el derecho internacional ha elaborado criterios que han acotado sensiblemente la eventual utilidad o eficacia de las decisiones nacionales cuando ellas importan desconocer los compromisos internacionales. Así, desde la década del 30 se ha consolidado una norma consuetudinaria que dispone que un Estado no puede prevalerse de una norma de su derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación convencional⁴. Su codifi-

¹ Carta de las Naciones Unidas, art. 1, párr. 3.

² Carta de las Naciones Unidas, art. 56.

³ *Exchange of Greek and Turkish Populations, Advisory Opinion*, 1925, PCJI, Series B, N° 10, 20.

⁴ Greco-Bulgarian “Communities”, *Advisory Opinion*, 1930, PCJI, Series B N° 17, p. 32; Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, *Judgment*, 1932, PCJI Series A/B, N° 46, p. 96 en p. 167; Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, *Advisory Opinion*, 1932, PCJI, Series A/B, N° 44, p. 4 en p. 24; Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, *Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1988, p. 12 en ps. 31-32, nro 47.

cación se logró en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados⁵.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las normas –sustancialmente las convencionales– han contemplado expresamente la cuestión atinente a su aplicación en el ámbito interno. Ello surge de la obligación explícita de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos en forma efectiva a todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado de que se trate. Se trata de una obligación sujeta a control a través del sistema de informes periódicos.

Por su parte, los tratados prevén las modalidades de control en cada caso y enuncian las capacidades de los órganos creados a tal efecto, la forma en que expresarán su opinión respecto del grado de cumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados, la conducta esperada de éstos ante tal opinión, la que —aunque sólo sea por aplicación del principio del efecto útil de los tratados– supone que los Estados adecuarán su conducta a lo señalado por el órgano de control.

Ello así, no sólo resulta relevante la invocación de los derechos protegidos en los instrumentos de derechos humanos ante los tribunales locales sino también el valor que éstos asignan al derecho derivado de tales instrumentos.

II. Las normas internacionales en materia de derechos humanos en el orden jurídico vigente en la República Argentina

El orden jurídico vigente en la República Argentina se integra con normas jurídicas que poseen distinta jerarquía y distintos ámbitos de validez, todos los cuales responden a las pautas que al respecto enuncia la Constitución nacional de 1853-1860 modificada en 1994.

En este contexto, los tratados, incluidos los relativos a los derechos humanos, siempre han gozado del carácter de “ley suprema de la Nación” en los términos del artículo 31 de la Constitución nacional⁶. De esta suerte, si bien la supremacía del derecho federal sobre el provincial quedaba reconocida, por imperio del artículo 27⁷ se establecía *ad intra* la supremacía de la Constitución sobre leyes y tratados.

⁵ 1155 UNTS 331.

⁶ “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”.

⁷ “El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

Ello no obstante, toda vez que las disposiciones constitucionales no resolvían expresamente la relación jerárquica entre leyes nacionales y tratados internacionales, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸ asumió que se trataba de normas de igual rango y que la aplicación de unas u otros se dilucidaba por virtud de los principios generales de derecho que disponen la primacía de la ley posterior y la ley especial.

Esta jurisprudencia queda consagrada en el fallo “S. A. Martín & Cía c. Administración General de Puertos s/repetición de pago”, dado en 1963⁹. Sin embargo, ello no resuelve “la posible cuestión de orden internacional subsistente [que] es ajena, como principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos”.

El ingreso formal de las normas internacionales en materia de derechos humanos en el orden jurídico en vigor en el país se produce cuando la doctrina de “Martín & Cía” es la dominante.

A inicios de los 90, la Corte cambia su óptica en este tema. Recordando la vigencia en el país de la norma consuetudinaria que dispone que un Estado no puede alegar una norma de derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional, toda vez que la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados se encontraba en vigor en el país desde 1980, el 7 de julio de 1992, en el caso “Ekmekdjian c. Sofovich”, la Corte sostiene que “cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”¹⁰. Se trata de un giro copernicano que va a marcar el inicio de una senda en la que el más alto tribunal argentino va a incursionar, con suertes diversas, en el derecho derivado de los sistemas internacionales de protección en materia de derechos humanos.

También considera la CSJN que las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹ gozan de una presunción de ope-

⁸ En adelante, CSJN, la Corte, la Corte argentina, el Alto Tribunal.

⁹ Sostuvo allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “corresponde establecer que ni el art. 31 ni el 100 de la Constitución nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos –leyes y tratados– son igualmente calificados como ‘ley suprema de la Nación’ (...) que rige respecto de ambas clases de normas (...) el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores...”, Fallos: 257:99.

¹⁰ Fallos: 315:1492.

¹¹ 1144 UNTS 123. En vigor en el país desde el 5 de septiembre de 1984.

ratividad que autoriza a su exigibilidad inmediata. En este sentido, invocando el artículo 14 –que consagra el derecho de rectificación o respuesta– la Corte reconoce algo mucho más amplio –el derecho a réplica– y entiende que entre las medidas que el Estado debe adoptar para garantizar su goce y ejercicio se incluyen las medidas judiciales, esto es, por ejemplo, sus sentencias. De esta suerte, la Corte se asume como órgano capacitado para dar ejecución a las decisiones del sistema internacional de protección, al menos cuando se trata de prever normas especiales.

La jurisprudencia reseñada es confirmada en punto a que “la necesaria aplicación de este artículo [el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados] impone a los órganos del Estado Argentino –una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales– asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria. Esta solución resulta la más acorde a las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad del Estado por los actos de los órganos internos”¹².

Un dato no menor de esta doctrina judicial es que, a diferencia de la Corte de los años 60, la de los 90 se involucra especialmente en la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, puede asumirse que, siguiendo los parámetros de la sociedad de Estados del modelo de Westfalia, la Corte de “Martín & Cía” entiende que su papel en los temas internacionales es acotado. La Corte de los 90, por el contrario, se libra a una reflexión que es acorde con los tiempos que corren, en los que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos supone que la última instancia de que dispone el Estado, no el gobierno, para evitar su responsabilidad internacional en la materia es el Poder Judicial¹³. Toda vez que esta decisión no se infiere de la jurisprudencia anterior a “Ekmekdjian”, cabe, sin duda, preguntarse los motivos que conducen al sensible cambio de óptica del Tribunal. La cuestión está abierta aunque, por cierto, no es el objeto de este trabajo.

La jurisprudencia de “Ekmekdjian” se ve rápidamente superada por la redacción que la Convención Constituyente concibe y aprueba para el artículo 75, inciso 22, que, además de coincidir con el fallo en punto a

¹² CSJN, Recurso de hecho deducido por actora en la causa “Fibraca Constructora S.C.A. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, 7 de julio de 1993, *Fallos*: 316:1669.

¹³ Tanto en “Cafés La Virginia S. A.” fallado el 13 de octubre de 1994, *Fallos*: 317:1282, cuanto en “Monges, Analía M. c/UBA. - resol. 2314/95”, Sentencia de 26 de diciembre de 1996, *Fallos*: 319:3148, la Corte vuelve sobre la cuestión y sostiene que “reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales”.

reconocer la supremacía de los tratados respecto de las leyes, dispone la existencia de normas internacionales¹⁴ de derechos humanos con rango constitucional¹⁵ y prevé un procedimiento para ampliar esta categoría y para denunciar estos tratados¹⁶, con lo que acota sensiblemente el *treaty-making power* del presidente de la Nación.

Este estatuto privilegiado importa una igualdad material de las normas constitucionales propiamente dichas con las de los instrumentos de que se trata¹⁷, amplía explícitamente las causales del recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48 y, quizá ello sea lo más importante, obliga a los juzgadores a no omitir los instrumentos mencionados como fuente de sus decisiones.

A poco de andar, la Corte afirma que la decisión de la compatibilidad y no derogación de disposición alguna de la primera parte de la Constitución

¹⁴ Deliberadamente empleo la expresión “normas internacionales” toda vez que en la enunciación de que se trata se incluyen dos declaraciones que, como su nombre lo indica, no son tratados.

¹⁵ Art. 75, inc. 22: “... los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional”.

¹⁶ Con posterioridad, se otorgó ese estatuto a dos tratados, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas –por ley 24.820, de 30 de abril de 1997, BO de 29 de mayo de 1997– y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad –por ley 25.778, de 20 de agosto de 2003, BO de 3 de septiembre de 2003–.

¹⁷ Véase, Hitters, Juan Carlos y otros, *Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos: fundamentos de la reforma de 1994*, en *El Derecho*, 31 de octubre de 1994: “Ello significa que en caso de una eventual contraposición con la Carta Suprema primará –en principio– ésta, teniendo en cuenta –como lo adelantamos– que su artículo 27 permanece enhiesto”. De ello queda advertido Chodos, Sergio, *Jurisdicción nacional versus jurisdicción supranacional*, en *El Derecho*, 14 de diciembre de 1994.

decisiones de los órganos de control

nacional con la nueva jerarquía constitucional consagrada es un juicio del constituyente y por ello sustraído a la interpretación judicial¹⁸.

En el estado de cosas consagrado por el texto surgido de la Convención Constituyente no entra expresamente la cuestión relativa al valor de las decisiones de los órganos del sistema internacional de protección de derechos humanos. Sin embargo, en 1992, en los fallos “Ekmekdjian c. Sofovich”¹⁹ y “Servini de Cubría”²⁰, la CSJN insinúa la eficacia del derecho derivado del sistema interamericano como criterio hermenéutico.

III. Las decisiones de los órganos internacionales en materia de derechos humanos

Cronológicamente, primero se consagran los derechos y luego su sistema de control. De esta suerte, luego de la etapa de las declaraciones internacionales de derechos, se adoptan tratados, obligatorios para las partes, que, además, establecen su propio sistema de protección. Cada uno de los tratados de derechos humanos aporta su órgano de control, integrado por expertos independientes, dando lugar a un plano horizontal y descentralizado de instancias de control²¹.

En el ámbito regional americano, se da un esquema único y centralizado –la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA) y como órgano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en este último carácter– en el que se “enganchan” los otros instrumentos del sistema²².

¹⁸ CSJN, “Monges, Analía M. c/UBA - resol. 2314/95”, 26 de diciembre de 1996, *Fallos*: 319:3148.

¹⁹ *Fallos*: 315:1492.

²⁰ *Fallos*: 315:1943.

²¹ En el plano de las Naciones Unidas se trata del Comité de Derechos Humanos (CCPR), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), el Comité de los Derechos del Niño (CRC), el Comité contra la Tortura (CAT), el Comité sobre los Trabajadores Migrantes (CMW). Cabe notar que la competencia del Comité contra la Tortura a tenor del art. 22 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; del Comité de Derechos Humanos en virtud del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dependen de una aceptación expresa por parte del Estado.

²² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –“Protocolo de San Salvador”–, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena

Estos órganos actúan a través de diferentes modalidades. Por un lado, los tratados de derechos humanos adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas incluyen la obligación de los Estados Parte de presentar informes periódicos al órgano de control sobre las medidas que han adoptado para dar efectividad a los derechos protegidos. Para ello, el órgano de control suele emitir observaciones o comentarios de carácter general en los que, a los fines de facilitar la tarea de los Estados en la redacción de los informes, se expone sobre los alcances de los derechos o sobre su interpretación. Asimismo, al evaluar los informes presentados por los Estados, en las denominadas “Conclusiones”, el comité del caso adelanta sus puntos de vista conforme a criterios que hace expresas²³.

Por otra parte, algunos de los órganos en el sistema universal²⁴ y la CIDH están habilitados para el trámite de peticiones individuales, esto es, para sustanciar denuncias sobre la situación concreta de violación de los derechos humanos de una o más personas por un Estado Parte en un tratado. La práctica de estos órganos, pues, contribuye a delinear los límites y el alcance de los derechos protegidos.

Más allá de lo anterior, en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas existen procedimientos especiales en los cuales se tratan cuestiones que importan violaciones a los derechos humanos, esto es los procedimientos temáticos como los relacionados con la tortura, la desaparición forzada de personas, la detención arbitraria, las ejecuciones sumarias, la violencia contra la mujer, entre otros, y los procedimientos por países en los que se estudia la situación de los derechos humanos en ese Estado²⁵.

de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conforme a sus respectivas disposiciones. Asimismo, la sola entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos habilita la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para tramitar peticiones individuales en los términos del art. 44. En el instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Argentina aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²³ Véase art. 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.16 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 19 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 9 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, art. 18 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁴ CCPR, CEDAW, CERD, CAT.

²⁵ Se trata de los procedimientos establecidos por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con base en las competencias establecidas en su instrumento

decisiones de los órganos de control

A tenor de las normas vigentes en la Argentina, la casi totalidad del universo conocido de decisiones de los órganos del sistema internacional de protección en materia de derechos humanos puede ser alegada ante los tribunales. También, fuera de los marcos convencionales, los pronunciamientos de los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tienen cabida a tenor de las normas consuetudinarias en la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, la práctica nacional –y, por ende, la jurisprudencia aquí analizada– se vuelca predominantemente hacia el sistema interamericano de derechos humanos. De este modo, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos –y sus informes y recomendaciones y sus sentencias– ocupan la casi totalidad de la reflexión del Máximo Tribunal argentino en este tema.

En lo que sigue, efectuaré una reseña de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1992, momento en que –como indicara– modifica su posición en el tema de los tratados internacionales en general y de los relativos a derechos humanos en especial.

IV. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en punto al valor jurídico del derecho derivado de los órganos del sistema internacional de protección de derechos humanos

Si en ocasión de cambiar su jurisprudencia en el tema de los tratados internacionales, la Corte puede sugerir que el derecho derivado del sistema interamericano de derechos humanos es un criterio de interpretación del derecho, como señalara más arriba, un año más tarde, concretamente, asigna valor de “doctrina” a una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶.

En la especie, la Dirección General Impositiva había clausurado oficinas comerciales, receptorías de avisos clasificados, del diario “La Nación” por

reglamentario, la resolución 9(II), y como interpretación dinámica de las normas de la Carta de las Naciones Unidas, especialmente los arts. 13, 55.c y 62. En este contexto se inscriben las decisiones en el marco del procedimiento 1503 (XLVII), los procedimientos especiales temáticos, como por ejemplo, el Relator Especial sobre la Cuestión de la Tortura, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, el Relator Especial sobre la Libertad de Expresión y de Opinión, entre otros. La Argentina democrática no ha sido objeto de procedimientos especiales por países, como por ejemplo, el Relator Especial para la situación de los derechos humanos en Belarús o el Experto Independiente para la situación de los derechos humanos en Sudán.

²⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia contenciosa y consultiva; en virtud de esta última, emite opinión autorizada respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sobre todo otro tratado en el que sea parte un Estado latinoamericano que contenga alguna cláusula de derechos humanos.

infracciones impositivas. La sentencia de la Corte ordena el levantamiento de la clausura y para ello invoca “su” obligación de remover todo obstáculo al ejercicio de la libertad de expresión. En ese contexto, la Corte señala la coherencia de sus argumentos con “la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, denominada “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”²⁷.

En este orden de ideas, la Corte considera a la doctrina como un medio auxiliar para determinar la interpretación del derecho. Ello se compadece con la función asignada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de dar la interpretación auténtica de las normas de la Convención y de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos²⁸.

La paradoja consiste en que, en el derecho internacional en general y en el de los derechos humanos en particular, las opiniones consultivas carecen de valor jurídico vinculante. Empero, como lo prueba la jurisprudencia de la Corte argentina, el alcance que las opiniones consultivas dan a las cláusulas de los tratados que son objeto de su interpretación es generalmente aceptado como derecho.

Poco antes de la entrada en vigor del texto constitucional reformado, la Argentina se ve confrontada por primera vez con un pedido de medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹. Se trata del caso de dos jóvenes mellizos, hijos de personas desaparecidas durante el período de facto de 1976-1983 en la Argentina, cuya identidad no logra ser reestablecida. El caso llega a la Corte por una contienda de competencia entre dos tribunales inferiores.

²⁷ CSJN, “S. A. La Nación s/inf. Ley 11.683”, *Fallos*: 316:2845, cons. 14: “Que, por otra parte, las conclusiones que anteceden son coherentes con la doctrina sentada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, denominada La colegiación obligatoria de periodistas. Con cita del caso ‘Sunday Times’ de la Corte Europea de Derechos Humanos, se distinguió allí entre restricciones útiles a la libertad de expresión y se sostuvo que entre varias opciones orientadas a satisfacer un interés público imperativo a resultas del cual aquella pudiera verse comprometida, debe escogerse la que la restrinja en menor escala, sin limitarla más de lo estrictamente necesario”.

²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 64.1.

²⁹ A diferencia de otros tratados de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la posibilidad de que en el contexto de un caso en trámite ante la Comisión, en supuestos de extrema gravedad y urgencia y cuando se hiciera necesario para preservar la vida y la integridad de las personas, la Comisión solicite a la Corte que ordene medidas provisionales. Se trata de una especie del género de las medidas cautelares. Sin embargo, en general, ellas expresan la constatación de un grado de riesgo y de urgencia mayores. El expediente llega así a la Corte IDH por una vía que puede caracterizarse como incidental. Están previstas en el art. 63.3 de la Convención.

decisiones de los órganos de control

El dictamen del procurador general de la nación –por entonces Oscar Luján Fappiano, quien también era miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– alude a la resolución del presidente de la Corte IDH indicando las medidas provisionales como prueba del riesgo de potencial responsabilidad internacional del Estado argentino³⁰. La Corte resuelve por los fundamentos del dictamen del procurador.

El Tribunal explicita su doctrina en el tema en el caso “Giroldi”³¹. Como se recordará, en esos autos se cuestiona la virtualidad del recurso extraordinario para satisfacer el requisito previsto en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana referido al derecho de revisión del fallo condenatorio penal ante un tribunal superior. Sostiene allí la CSJN:

“11. Que la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2, ley 23.054).

12. Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1 de la Convención, en cuanto los

³⁰ CSJN, “Miara, Samuel y otra s/suposición de estado civil, falsificación de documento público y sustracción de menores”, 10 de mayo de 1994, *Fallos*: 317:492: “Por último, no puedo dejar de advertir el notorio y considerable atraso que surge en la tramitación de este incidente por parte del juez provincial, lo que va en desmedro de una buena y eficiente administración de justicia, si se repara en el prolongado e injustificado lapso de 3 años que transcurrieron desde su recepción hasta el citado pronunciamiento, comportamiento que puede acarrear responsabilidad internacional del Estado argentino; afirmación que no es simplemente conjetural, hipotética o remota, si se repara en que recientemente y ante una presentación efectuada por la CIDH, el Presidente de la Corte IDH, requirió del gobierno argentino adopte sin dilación cuantas medidas sean necesarias para proteger la integridad psíquica de los menores (...) y evitarles daños irreparables...”.

³¹ CSJN, “Horacio David Giroldi y otro”, 7 de abril de 1995, *Fallos*: 318:514.

Estados Parte deben no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos en ella’, sino además ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción’...”.

La Corte invoca la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, el alcance que sus normas tienen a la luz de la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para su aplicación e interpretación, menciona que la Argentina ha aceptado la jurisdicción de la Corte IDH y adelanta el riesgo para la responsabilidad internacional del Estado en caso de no darse una adecuación de la conducta del Estado con lo previsto en las normas que lo obligan. Por ello, decide revertir la jurisprudencia hasta entonces vigente, consagrada en el caso “Jáuregui”³², en el que se había resuelto que el requisito de la doble instancia judicial en materia penal quedaba satisfecho con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48. Y ello porque debe adecuarse a las exigencias de los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Luego, las modificaciones a su propia competencia apelada –el artículo 280– y la existencia entre los tribunales de alzada y la Corte de un tribunal intermedio, la Cámara Nacional de Casación Penal, conducen a individualizar a la casación como el recurso apto a los fines del artículo 8.2.h de la Convención.

Este fallo permite identificar varias de las cuestiones que la Corte tendrá en cuenta para decidir en futuros casos en los que se ventile un tema de derechos humanos a la luz de los tratados vigentes en el país.

Así, el riesgo de responsabilidad del Estado parece un elemento determinante de la conducta que asume el tribunal. Luego, la necesidad de actuar de modo que el Estado con su comportamiento se adecue a los requerimientos internacionales incluye, en la óptica de la Corte, su propia conducta. Como lo hiciera en “Ekmekdjian”, la Corte de “Giroldi” asume que a ella compete encontrar una solución. En esta medida, la Corte entiende que el Poder Judicial se cuenta entre los órganos del Estado a los fines de la responsabilidad internacional, lo que, al igual que en fallo de 1992, supone un cambio de óptica importante respecto de “Martín & Cía”. En tercer lugar, la Corte utiliza aquí los términos “jurisprudencia” y “tribunales internacionales” en sentido propio, esto es, que se refiere a los judiciales; por lo tanto, es en esa jurisprudencia que ella va a buscar la guía para interpretar los preceptos convencionales. En todo caso, en lo que aquí interesa, la Corte acude a la jurisprudencia de la Corte IDH en las genéricas cuestiones de las obligaciones de respetar, garantizar los derechos protegidos, y adoptar medidas, contempladas en el fallo

³² CSJN, “Luciano Aldofo Jáuregui”, 15 de marzo de 1988, *Fallos*: 311:274.

“Velásquez Rodríguez”³³. Sin embargo, en este caso la cuestión de la violación del artículo 8.2.h se plantea en la Comisión.

En el caso “Bramajo”³⁴, fallado en 1996, la CSJN se pronuncia respecto de la noción de plazo razonable en el contexto de la prisión preventiva. Sostiene que “la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.

Aquí el Tribunal extiende el ámbito de los criterios hermenéuticos a “la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. De esta suerte, da una interpretación distinta a la expresión ya acuñada de “guía para la interpretación de los preceptos convencionales”. La inferencia necesaria es que se trata de sumar una opinión más pero no de reemplazar una por otra.

Empero, esa consideración conduce a la Corte a pronunciarse por la constitucionalidad del artículo 1 de la ley 24.390 y hacer suyo el criterio del caso 10.037 del registro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el que Mario Eduardo Firmenich alegara la violación del plazo razonable en su detención preventiva por haber transcurrido los dos años que surgían del cómputo de los plazos previstos en el Código de Procedimientos en Materia Penal. En esa especie, la CIDH acoge los argumentos del gobierno en punto a que la razonabilidad del plazo no puede expresarse en un número fijo de días, meses o años³⁵.

La decisión sorprende al medio no gubernamental, que la critica, en la medida en que las decisiones de un órgano de control en materia de derechos humanos sirven de instrumento para ignorar el principio de igualdad al fundamentar la exclusión de algunos procesados del beneficio de la ley 24.390 que consolidaba en dos años y medio la mayor expresión de la prisión preventiva y disponía que cada día en exceso de ese monto se computaba doble.

Ese mismo año, en ocasión de denegar una extradición solicitada por Italia porque la condena *in absentia* sin posibilidades de reabrir el proceso para asegurar la adecuada defensa de la persona requerida supone una

³³ Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia de 8 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párr. 159 y siguientes.

³⁴ CSJN, “Hernán Javier Bramajo”, 12 de septiembre de 1996, *Fallos*: 319:1840.

³⁵ Caso 10.037, Informe 17/89, Argentina, “Mario Eduardo Firmenich”, 13 de abril de 1989, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1989, OEA/Ser.A/L/V/II.76 doc. 10.

violación del derecho de defensa en juicio, la Corte funda su sentencia en la letra del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la interpretación que la Corte Europea de Derechos Humanos había dado a una cláusula del Convenio de Roma de idéntica redacción al artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica³⁶.

En rigor, al decidir el caso “Firmenich”, esto es, al adoptar la sentencia que agotaría la instancia permitiendo al procesado plantear un reclamo internacional por violación del plazo razonable en la prisión preventiva, la Corte argentina había acudido a la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo para adelantar que no existe un criterio universal de “plazo razonable”³⁷.

En este esquema, pues, la Corte va construyendo un criterio de interpretación del derecho al que contribuyen la jurisprudencia de la Corte IDH, la opinión de la Comisión Interamericana y la jurisprudencia de la Corte europea en la medida en que interpreta cláusulas análogas a las previstas en la Convención Americana.

Los votos de los distintos ministros expresan el criterio de seguir la interpretación de los órganos de control en materia de derechos humanos en general y, en la especie, la de los del sistema europeo a los que ya habría recurrido la Corte IDH. Así, los ministros Fayt, Petracchi y Bossert acuden al sistema europeo para encontrar un apoyo en el silencio del Pacto de San José porque así lo habría hecho la propia Corte IDH³⁸. Luego vuelven sobre la manifestación de la Corte respecto a que la “jurisprudencia” de los órganos internacionales debe servir de guía para interpretar los preceptos convencionales³⁹.

³⁶ CSJN, “Nardelli, Pietro Antonio s/extradición”, 5 de noviembre de 1996, *Fallos*: 319:2557.

³⁷ *Fallos*: 310:1476.

³⁸ “Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incorporado a nuestra Ley Fundamental establece expresamente el derecho de toda persona acusada de un delito a hallarse presente en el proceso y si bien la Convención Americana de Derechos Humanos no regula expresamente el punto, al limitarse en su art. 8, primera parte, a señalar que toda persona tiene derecho a ser oída, el silencio del pacto no obsta a que –como lo hizo en varias ocasiones la Corte IDH– se acuda a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar la inteligencia de la citada garantía” (cons. 15).

³⁹ “Que los órganos instituidos en el ámbito internacional con competencia para la aplicación e interpretación de los instrumentos internacionales que regulan los derechos humanos y cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (...) han examinado la tensión que se produce para los Estados miembros de la comunidad internacional entre las obligaciones para ellos emergentes de los tratados sobre derechos humanos y los demás compromisos jurídicos asu-

decisiones de los órganos de control

En el fallo “Nardelli”, la Corte hace suyas consideraciones del Comité de Derechos Humanos en un caso concreto referido a un país que no es la Argentina. Con ello aporta un dato interesante toda vez que, por un lado, decide homogeneizar a los órganos de tratados con los tribunales propiamente dichos en una simplificación no ortodoxa pero frecuente⁴⁰ y, por el otro, reserva la “jurisprudencia” de esos órganos para interpretar sólo las normas de los tratados en vigor en el país. De este modo, hace honor a aquello de que cada órgano es el intérprete auténtico del texto convencional que lo crea.

En octubre de 1998, la Corte concede el primer *habeas data* y lo hace en el caso de Facundo Urteaga que solicita la apertura de archivos en poder del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas para conocer los detalles de la muerte de su hermano ocurrida en la década del 70. La Corte refiere a las directivas elaboradas por los organismos internacionales y a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos como “elementos que contribuyen a integrar la perspectiva con la que el Tribunal ha de evaluar la situación”⁴¹.

midos, incluidos los previstos en materia de extradición. Así se ha sostenido que un Estado Parte de un pacto de derechos humanos tiene la obligación de asegurar que cumple sus demás compromisos jurídicos de una forma compatible con ese pacto y que, en consecuencia, su responsabilidad internacional podría verse comprometida si la decisión de entrega sometiera al sujeto requerido al sufrimiento o al riesgo de sufrir, en el proceso penal extranjero, una flagrante denegación de justicia o un riesgo efectivo de que sus derechos humanos fundamentales sean violados en jurisdicción del país requiriente (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Observaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso ‘Kindler C. contra Canadá’, del 29 de julio de 1992)” (cons. 29).

⁴⁰ Me caben las generales de la ley en el tema ya que como miembro del *Steering Committee* del “*Project on International Courts and Tribunals*”, patrocinado por las Universidades de Nueva York y de Londres, he participado en la decisión de así considerarlos, véase, v. gr., Sands, Philippe; Mackenzie, Ruth y Shany, Yuval, *Manual on International Courts and Tribunals*, Butterworths, Londres, 1999.

⁴¹ CSJN, “Urteaga, Facundo R. v. Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”, 15 de octubre de 1998, *Fallos*: 321:2767, cons. 11: “Que la acción de *habeas data* ha sido reconocido no sólo en las legislaciones de diversos países, sino también por los organismos internacionales que, en sus diferentes ámbitos, han elaborado pautas que contribuyen a integrar la perspectiva con que ha de ser evaluada la modalidad de su ejercicio por este tribunal. Así, en términos generales coinciden las directrices formuladas por la Organización de Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, el Consejo de Europa, e inclusive la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. La amplitud de sus alcances, tanto en lo relativo a la exigencia de licitud, lealtad y exactitud en la información, como en lo que hace al acceso de las personas legitimadas –conforme con la coincidente opinión de estas instituciones y organismos– encuentra limitaciones fundamentalmente, en razones de seguridad y defensa nacional”.

La *guía* y la *doctrina*, que como expresiones fueron empleadas en decisiones anteriores, son superadas ahora por *elementos que integran una perspectiva*. Nada permite inferir que los *elementos* de que ahora se trata revisitan en una categoría distinta, en todo caso, cabe pensar que se trata de algo más impreciso.

En el *habeas corpus* que deducen las personas condenadas por el ataque al Regimiento de Infantería Mecanizada N° 3 de La Tablada en relación con el cumplimiento de lo dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 55/97, de 18 de noviembre de 1998⁴², el Tribunal debe decidir por primera vez en relación con un informe de un órgano de tratado relativo a la Argentina.

La CSJN comienza reiterando su doctrina en punto al carácter de guía que deben tener las opiniones y resoluciones de los organismos internacionales sin perjuicio de lo cual establece que “del texto de la Convención surge que la decisión que los Estados se comprometen a cumplir es la de la Corte Interamericana (art. 68, inc. 1)” y que “si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial”⁴³.

La Corte distingue aquí entre los órganos del sistema interamericano de derechos humanos y, además, establece el distinto alcance de sus pronunciamientos. En este orden de ideas, sostiene que el Estado sólo está comprometido a cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana pero acota el alcance de ese compromiso: “... es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repunte, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales –equiparable a un recurso de revisión–, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional”. Dicho esto, la Corte insiste en la cosa juzgada.

Caben aquí especulaciones varias. Una de ellas es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que la Constitución nacional

⁴² Caso 11.137, Informe 55/97, “Abella y otros, Argentina”, 18 de noviembre de 1997, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, OEA/Ser/L/V/II.97 doc. 6.

⁴³ CSJN, “Claudia Beatriz Acosta y otro”, 22 de diciembre de 1998, *Fallos*: 321:3555.

ejerce supremacía sobre el derecho internacional, incluido el que la propia Constitución califica con rango constitucional. Parece claro que en la óptica del Tribunal existe un conflicto entre la autoridad de la cosa juzgada de que están dotadas sus sentencias en la letra y el espíritu de la Constitución de 1853-1860 y el carácter vinculante de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o, lo que es lo mismo, entre una disposición de la Constitución nacional *stricto sensu* y una disposición con rango constitucional. Esta desigualdad entre la norma constitucional formal y la norma constitucional material es convalidada por el análisis que hace la Corte y que la conduce, con el solo fundamento de la seguridad jurídica, a votar por la supremacía constitucional formal.

Empero, según la propia Corte, los tratados deben interpretarse de conformidad con la jurisprudencia (y la práctica, agregaría yo) de los órganos internacionales de aplicación, entonces, ¿qué hacer cuando esos órganos interpretan en blanco lo que la Corte interpreta en negro? Dicho de otro modo, ¿cómo se compatibiliza la obligación del Estado de adecuarse a la decisión de la CIDH con otra eventual obligación de raigambre constitucional?

Todos los órganos previstos en los tratados con rango constitucional y, eventualmente, en otros con jerarquía sólo superior a la ley que tienen competencia para tramitar peticiones exigen como requisito *sine qua non* el agotamiento de los recursos internos o, en su defecto, la prueba del retardo manifiesto o denegación de justicia para conocer del trámite⁴⁴. No se trata de una novedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ya que su fuente inmediata anterior se encuentra en el instituto de la protección diplomática⁴⁵ que la Argentina, incluida su Corte Suprema, nunca cuestionaron. En este orden de ideas, el acceso a una instancia internacional previo agotamiento de los recursos internos no es una innovación. Ello así, admitir el sistema internacional de protección, dar rango constitucional o superior a la ley a los tratados que lo enuncian y reglamentan y luego

⁴⁴ Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, art. 22.5.b; Convención Internacional para la Eliminación de la Discriminación Racial, art. 14.7.

⁴⁵ “*La règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu’une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie de droit international coutumier; elle a été généralement observée dans les cas où un Etat prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre Etat en violation du droit international. Avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l’Etat où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne*”, *Affaire de l’Interhandel, Suisse c. Etats-Unis d’Amérique, exceptions préliminaires*, arrêt du 21 mars 1959, CIJ Recueil 1959, ps. 6 y 27.

negar eficacia a sus decisiones cuando ellas vuelven sobre una cuestión resuelta por la Corte porque se conmueve el principio de la cosa juzgada supone asignar al texto constitucional una eficacia sólo formal.

Otra opción es considerar que la Corte sólo quiere dejar planteado que la eventual solución no le corresponde al Poder Judicial, en una salida que evoca “Martín & Cía”; sin embargo, en este caso, hay todo un cuerpo de jurisprudencia de la misma Corte que parece señalar lo contrario. En rigor, es este argumento el que motiva la adecuación de la jurisprudencia nacional a la supremacía de los tratados por sobre las leyes nacionales⁴⁶. Para llegar hasta acá, la Corte recorre un camino con varios meandros. En efecto, en un afán de ponerse a tono con las circunstancias que ella misma ayuda a generar, la Corte de “Giroldi” se hace de todo el bagaje del sistema interamericano para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su aplicación a la Argentina. En este hacer va refiriéndose de modo diverso a esa práctica: por momentos es jurisprudencia que debe servir de guía, por otros es doctrina, en otros es opinión o elemento que integra una perspectiva. Finalmente, luego de haber obviado las distinciones entre los órganos de control y sus productos, la jurisprudencia del sistema interamericano se reduce a las sentencias de la Corte IDH. Así acotado el concepto, la Corte limita también el campo de aplicación y aquí –nobleza obliga– es coherente con sus dichos anteriores: esa jurisprudencia no puede alegarse para conmovir la cosa juzgada ya que sólo debe emplearse para “interpretar los preceptos convencionales”.

La jurisprudencia de “Acosta” no agota los planteos judiciales por la implementación del Informe 55/97 de la CIDH en el caso del cuartel de La Tablada ya que Roberto Felicetti y sus consortes de causa plantean la revisión de sus condenas. En la instancia de casación, la decisión es adversa a Felicetti. Allí interviene el Estado nacional a través de una presentación del procurador del tesoro de la nación. Denegado el recurso extraordinario por la Cámara de Casación, el procurador va en queja ante la Corte Suprema y pide que se cumpla con el Informe 55/97, lo que, en alguna de sus partes, supone acceder a la revisión del decisorio de la Cámara Federal de San Martín por la vía de la casación. Hasta aquí, lo actuado recrea “Giroldi” con un dato diferente, la cosa juzgada.

La Corte desconoce legitimación al Procurador del Tesoro en estos autos y si “bien ello es harto suficiente para desechar la queja, esta Corte considera conveniente pronunciarse sobre el fondo del tema, a fin de dejar bien establecido que no se limita a esgrimir argumentos puramente formales sino que no es insensible frente a la preocupación por el cum-

⁴⁶ Véase, “Ekmekdjian c. Sofovich”, 5 de julio de 1992, *Fallos*: 315:1492.

plimiento de compromisos internacionales que ha demostrado el Poder Ejecutivo mediante su intento de intervenir en la causa”⁴⁷.

El Alto Tribunal vuelve sobre la cosa juzgada y da una interpretación propia del alcance del decisorio de la Comisión Interamericana en punto a la doble instancia en materia penal. Expresa que

“es preciso señalar asimismo que la norma en cuestión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone necesariamente la doble instancia como renovación del debate realizado en el proceso. En efecto, lo que el art. 8, inc. 2, apartado h, establece, es el derecho del imputado ‘de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior’, lo que no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta –que no se comprende en qué medida pudiera ser distinto por ser pronunciado directamente que si lo hubiera sido por vía de recurso contra una decisión anterior– en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados. Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto con el art. 117 de la Constitución, según el cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas aun penales, pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido en el art. 75, inc. 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Constitución. Semejante conflicto carecería de clara solución.

Lo que la Convención aseguró, pues, fue que la condena proviniese del tribunal superior en grado y no de uno inferior. Y en la época en que la sentencia fue dictada –en que no había sido aún creada la Cámara Nacional de Casación– los tribunales superiores de las causas penales federales eran las Cámaras Federales de Apelaciones, por lo que al provenir la sentencia de condena de una de ellas, la regla internacional no fue violada. Distinto es el caso una vez creada la aludida cámara, pero entonces esta Corte aseguró la posibilidad de recurrir ante ella en *Fallos*: 322:2468. Por otra parte y sin perjuicio de lo anterior, corresponde poner de relieve que en el *sub lite* tuvo intervención esta Corte en oportunidad de tratar los recursos extraordinarios deducidos por los condenados, los que fueron resueltos en *Fallos*: 315: 325”.

Esa interpretación le permite concluir que no hay responsabilidad internacional en juego: “Que a la luz de lo afirmado no se configuran circunstancias objetivas que sean susceptibles de hacer incurrir al Estado en alguna responsabilidad de carácter internacional en mérito de la actuación del Poder Judicial en este caso, más allá de que el Congreso pudiera instaurar una instancia revisora diferente, tarea que no puede ser llevada a cabo por esta Corte en la medida en que la misión más delicada de la función jurisdiccional de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menos-

⁴⁷ CSJN, “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional en la causa Felicetti y otros s/visión”, causa 2813, 21 de diciembre de 2000, *Fallos*: 323:4130.

cabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado (*Fallos*: 310:2709; 311:2553; 313:228; 314:1091 y 317:126) de modo de preservar el prestigio y eficacia de su misión de supremo custodio de las garantías reconocidas por la Constitución a todos los habitantes de la Nación”.

En su fallo del 21 de diciembre de 2000, la Corte desestima la presentación del procurador del tesoro y deja al descubierto la oposición de dos ópticas respecto de la naturaleza jurídica del informe que adopta la CIDH para concluir el trámite de un caso y que está previsto en el artículo 50 de la Convención Americana. Por un lado, el procurador expresa que viene a cumplir con una recomendación de la CIDH para así evitar la responsabilidad internacional del Estado y, por el otro, la Corte entiende que no hay responsabilidad alguna en juego.

El argumento de la eventual responsabilidad internacional del Estado ha sido permanente en la jurisprudencia del Alto Tribunal hasta este momento. En rigor, la Corte no adelanta los criterios para asegurar que el riesgo es cierto; en todo caso, la inferencia necesaria, y razonable, es que el incumplimiento a la obligación convencional supone el compromiso para la responsabilidad internacional del Estado. Además, para determinar que ello es así, se utiliza la jurisprudencia de los órganos internacionales como guía de interpretación de los preceptos convencionales.

En “Felicetti”, la Corte llega a la conclusión de que no hay responsabilidad internacional comprometida y para ello efectúa su propio razonamiento sobre el alcance de las cláusulas de la Convención Americana, prescindiendo totalmente de la guía para la interpretación de los preceptos convencionales. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal no evalúa la cuestión a la luz de la práctica del sistema, cualquiera sea ella, sino con un criterio funcional al carácter inmovible de la cosa juzgada de la Corte.

Parece claro que la Corte recurre a esta interpretación para dejar a salvo y subsistente con relativa buena salud su competencia originaria en cuestiones penales. Sin embargo, no es menos claro que la Corte cuestiona abiertamente la interpretación que de la Convención hace uno de esos órganos cuyas decisiones ella se propuso seguir como guía.

Esta decisión que se compadece con la adoptada en el *habeas corpus* planteado por “Acosta y otros” sólo contribuye a cerrar la puerta a la implementación de las decisiones de los órganos de control por parte de la Corte.

Lo anterior no supone, sin embargo, una postura definitiva de los integrantes del Tribunal pues casi un año después, el 6 de noviembre de 2001⁴⁸, en su disidencia, los ministros Petracchi y Boggiano se pronuncian por la obligatoriedad de las recomendaciones de la CIDH⁴⁹.

⁴⁸ CSJN, “Corbo Carlos Fabian s/su solicitud”, C. 421. XXXVII.

⁴⁹ “Que en tales condiciones se impone dar cumplimiento de inmediato a la recomendación de la CIDH (...) en tanto establece que en todos los casos de detención pre-

decisiones de los órganos de control

El imputado en calidad de coautor del delito de homicidio, detenido en prisión preventiva por casi 12 años sin sentencia definitiva hasta la fecha del fallo, realiza presentación directa ante la CSJN para que se avoque al conocimiento de la causa y cumpla con las recomendaciones de la CIDH que indican que debe ser puesto en libertad mientras esté pendiente la sentencia. Se trata de las recomendaciones del Informe 2/97 en el que la CIDH resuelve varios casos de prisión preventiva prolongada en los que declara la violación del artículo 7.5 de la Convención⁵⁰. La mayoría de la Corte rechaza la procedencia de la avocación con argumentos formales pero la disidencia apuntada encuentra fundamento en el carácter vinculante de las recomendaciones de la Comisión.

En todo caso, esta posición vuelve a ser endosada por la jurisprudencia del Tribunal poco tiempo después. El 5 de marzo de 2002, en autos “Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”⁵¹, la CSJN vuelve a ampararse en la jurisprudencia del sistema interamericano pero siguiendo la distinción efectuada en “Acosta” y así refiere: “El principio *pro homine* que informa todo el derecho de los derechos humanos. En tal sentido cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2 de la ley 23.054), dispuso: ‘Los Estados (...) asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción’ (OC 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, *Fallos*: 320:2145)”.

El 9 de abril de 2002, en una causa iniciada por Emilio Mignone⁵², el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) promueve acción de ampa-

ventiva prolongada que no reúnen los requisitos establecidos en la Convención y en la legislación penal argentina, se tomen las medidas necesarias para que los afectados sean puestos en libertad mientras esté pendiente la sentencia”.

⁵⁰ Informe 2/97, Jorge Luis Bronstein y otros, casos 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.244, 11.247, 11.248, 11.249, 11.251, 11.254, 11.255, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263, 11.305, 11.320, 11.330, 11.349 y 11.504, Argentina, 11 de marzo de 1997, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, OEAS er.L/V/IL.98 doc.6.

⁵¹ CSJN, “Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, 5 de marzo de 2002, *Fallos*: 323:292.

⁵² CSJN, “Mignone, Emilio F. s/acción de amparo”, 9 de abril de 2002, *Fallos*: 325:524.

ro contra el Ministerio de Justicia y el del Interior con el objeto de que se adopten medidas para garantizar el derecho al voto de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios de la Nación, en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos. La Cámara hace lugar al planteo pero entiende que de ello no se sigue que podrán sufragar “efectivamente” en tanto los poderes competentes –el Legislativo y el Ejecutivo– no dicten la necesaria reglamentación, atendiendo a los requerimientos de seguridad y técnica electoral. Mientras ello no ocurra, entiende que esos individuos estarán privados de ejercer sus derechos por razones de fuerza mayor, por estar privados de su libertad y no poder egresar de los lugares de detención para concurrir a las mesas de votación, en similar situación a la de personas que, no obstante gozar jurídicamente de aquel derecho, no pueden efectivizarlo por un impedimento de hecho insuperable, que constituye causa de justificación de la omisión del voto. El CELS solicita aclaratoria respecto de la omisión en el pronunciamiento sobre la solicitud de adopción de medidas. La Cámara desestima el pedido.

Tanto el dictamen del procurador general Becerra⁵³ cuanto el fallo de la Corte⁵⁴ ponen de manifiesto el peligro para la responsabilidad internacional del Estado que se deriva del incumplimiento de un compromiso establecido en un tratado, en una evidente recreación de la doctrina “Ekmekdjian c/Sofovich” y hacen lugar al planteo. Por su parte, los ministros Fayt⁵⁵ y Boggiano⁵⁶ reiteran el valor de pauta hermenéutica de la jurisprudencia de la Corte IDH, en una evocación de la doctrina de “Giroldi”.

⁵³ Cons. 12: “En tales condiciones, la sentencia también desconoce la doctrina del tribunal, que refiere que la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultan contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa de un tratado con las consecuencias perjudiciales de que ello pudieran derivarse.

⁵⁴ Cons 9: “Reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo”.

⁵⁵ Cons. 13: “Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos –cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica– ha consagrado, dentro del contexto general de los instrumentos internacionales vigentes, que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general, como expresamente lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia (art. 8.2, Pacto de San José de Costa Rica y 9.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)”.

⁵⁶ Cons. 6: “Que, por lo demás, de ninguna manera podría invocarse el bien común como medio para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnatu-

decisiones de los órganos de control

El 19 de septiembre de 2002, la Corte debe pronunciarse sobre la duración de la prisión preventiva en el expediente planteado por Jorge F. Alonso, uno de los peticionarios incluidos en el Informe 2/97 de la CIDH en el que se ventila el plazo razonable de la prisión preventiva en un número importante de casos fallados de conformidad con las normas del Código de Procedimientos en Materia Penal⁵⁷. Entran nuevamente en juego las recomendaciones de la Comisión y su valor vinculante. El dictamen del procurador general Becerra las considera con rango de “sugerencia” y se permite distinguir matices. Así, señala:

“... en el *sub iudice* el recurrente no ha demostrado que su agravio –reitero, fundado exclusivamente en el alcance de las aludidas sugerencias (Informe 2/1997)– guarde relación directa e inmediata con lo decidido”.

Y, luego:

“... advierto que del contenido del informe de la Comisión Interamericana no emana, directa o indirectamente, una sugerencia a favor de aplicar el beneficio previsto en la ley 24.390 a Jorge F. Alonso (...) la apelación resulta infundada sin que ese defecto pueda considerarse subsanado mediante la remisión al informe 2/1997 de la Comisión IDH, ya que la generalidad de sus términos impide formarse un juicio cierto en tal sentido. Por lo tanto, cabe concluir que los agravios, en tanto se apoyan en la mera valoración de aquellas recomendaciones, no pueden tener virtualidad para modificar lo ya resuelto concordantemente en dos ocasiones”.

El dictamen concluye consolidando la posición del Alto Tribunal en la causa “Acosta”. Lo mismo hace el fallo de la Corte⁵⁸. Por el contrario, los ministros Petracchi y Bossert admiten que las recomendaciones de la Comisión son vinculantes⁵⁹. Por su parte, el ministro Boggiano –en un

ralizarlo o privarlo de contenido real (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5, párrafos 66-67)”.

⁵⁷ CSJN, “Alonso, Jorge F. s/recurso de casación”, 19 de septiembre de 2002, *Fallos*: 325:2322.

⁵⁸ “Que por lo demás, en atención a la especial naturaleza del planteo realizado por el recurrente, esta Corte no puede dejar de señalar que los agravios que se fundamentan en las recomendaciones de la Comisión IDH vertidas en el informe 2/1997 también resultan inadmisibles, puesto que sin perjuicio de lo resuelto por esta Corte, en mayoría, en *Fallos* 321:3555 respecto de sus alcances en nuestro derecho interno, de la simple lectura de dicha recomendación, se desprende que ella versa sobre temas ajenos a los aquí planteados”.

⁵⁹ 32. “El *a quo* estaba obligado a examinar si existían razones objetivas que justificaran el tratamiento diferenciado con relación al punto específico de la compensación

evidente giro de pensamiento— recuerda su voto concurrente con Bossert, en “Acosta”, respecto a que los informes de la CIDH no son vinculantes y cita “Felicetti”⁶⁰.

El 12 de agosto de 2003, la Corte falla en el incidente de excarcelación de Francisco J. Trusso. Ante una denegatoria en la alzada, Trusso llega a la Corte que revoca el fallo denegatorio y devuelve los autos a la Cámara para que dicte nuevo pronunciamiento. La Cámara vuelve a denegar valorando como hecho nuevo que el procesado había sido condenado en otra jurisdicción y, presumiblemente, de recaer condena en este caso sería de cumplimiento efectivo. Llegan los autos a la Corte y ella vuelve a dejar sin efecto la resolución.

El procurador general reitera la doctrina de “Bramajo” y se vale de una recomendación de la CIDH para arribar a una solución concordante con la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶¹.

La Corte decide en concordancia con lo resuelto en el caso “Estévez José Luis s/excarcelación” en el que tachó de arbitraria la denegatoria de la excarcelación. Por su parte, los ministros encuentran apoyo en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos para arribar a decisiones encontradas. Así, Augusto César Belluscio⁶² evoca el informe

mediante el abono del tiempo de prisión preventiva. Discernir entre los distintos aspectos de la cuestión resultaba todavía más imperioso si se tiene en cuenta que en el informe de la Comisión IDH se señalaba que se había violado indebidamente la presunción de inocencia respecto de Alonso”.

⁶⁰ “... como fuente de derecho interno, los informes y las opiniones de la Comisión IDH constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el derecho interno. Esa racional indagación conlleva la posibilidad de apartarse del contenido de los informes y recomendaciones cuando resulten incompatibles con los derechos de la Convención”.

⁶¹ CSJN, “Trusso, Francisco J. s/excarcelación”, causa 19.685, 12 de agosto de 2003, *Fallos*: 326:2716, IV.3: “En el anterior dictamen, se había encuadrado el derecho de Trusso a ser excarcelado, en la hipótesis prevista en el art. 1 de la ley 24.390, según la redacción de la ley 25.430, esto es, en el cese de la cautela ante la posible lesión a la garantía del plazo razonable de la prisión preventiva. Ahora bien, no obstante que la aplicación de este supuesto no es automática (*Fallos*: 310:1476 y 319:1840) y de que se dictó una condena la que no se encuentra firme en su contra, lo cierto es que el tiempo de encarcelamiento de Trusso, tres años al 7 de abril de 2003, sigue aconsejando sobre la pertinencia de esta posibilidad liberatoria, para una mejor observancia de lo dispuesto en el art. 7, punto 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

⁶² Cons. 10: “Que finalmente cabe recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a la garantía prevista en el art. 7, inc. 5, de la Convención Americana sostuvo que ‘... el Estado Parte no está obligado (por la convención) a fijar

de la CIDH en el caso 10.037 relativo a Mario Eduardo Firmenich y, por esa vía, la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos, para votar en disidencia. Análogamente, el ministro Maqueda⁶³ considera que las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sirven de guía a la Corte y por ello encuentra fundamento a su voto en disidencia en el informe de la CIDH en el caso del ataque al Regimiento de Infantería Mecanizada N° 3 de La Tablada.

El 21 de agosto de 2003, la Corte se expresa en dos fallos de gran trascendencia pública, uno relativo a la persecución de graves violaciones a los derechos humanos y el otro sobre la ejecución de un fallo de la Corte IDH. En cada uno de ellos reconoce su deber de cumplir con el sistema interamericano. Sin embargo, las vías que encuentra para ello no son homogéneas.

El Tribunal no hace lugar a las excepciones de cosa juzgada y de falta de jurisdicción deducidas por Jorge R. Videla⁶⁴. El fallo no menciona la práctica del sistema internacional de derechos humanos. Enrique Petracchi, por el contrario, refiere a la jurisprudencia de la Corte IDH como imprescindible pauta de interpretación aunque decide con y por los fundamentos de la sentencia del tribunal de San José en el caso de Barrios Altos, de 14 de marzo de 2001⁶⁵. El juez Maqueda va más lejos y hace

un plazo válido para todos los casos con independencia de sus circunstancias...’ (caso 10.037, 13 de abril de 1989). En dicho informe, la Comisión parafraseando a la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que ‘el Tribunal opina igualmente que para apreciar si, en un determinado caso, la detención de un acusado no sobrepasa el límite razonable, corresponde a las autoridades judiciales nacionales investigar todas las circunstancias...’ (caso ‘Nemeister’, sentencia del 27 de junio de 1968, TEDH, p. 83, “Fundamentos de Derecho”, parágrafo 5). “De lo expuesto surge que las conclusiones del a quo se sustentan en una razonable hermenéutica de las normas en juego así como de los hechos de la causa, que más allá de su acierto o no, lo legitiman como acto jurisdiccional válido”.

⁶³ Cons. 3: “Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuyas opiniones sirven de guía a esa Corte, al referirse al derecho que tiene el imputado a la doble instancia, ha expresado que ‘el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes’ (caso 11.137, Informe 55/97, CIDH/OEA/ser/L/V/II.97). No hay dudas que el pedido de excarcelación, por su relación directa con el derecho a la libertad ambulatoria, debe ser considerado como uno de los ‘autos procesales importantes’ del proceso que queda sometido al doble conforme previsto en el Tratado Internacional Interamericano”.

⁶⁴ CSJN, “Videla, Jorge Rafael s/incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción”, 21 de agosto de 2003, *Fallos*: 326:2805.

⁶⁵ “Que a partir de lo resuelto por la Corte IDH en el caso ‘Barrios Altos’, del 14 de marzo de 2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a la posibilidad de invo-

referencia a la insoslayable pauta de interpretación, también vuelve sobre la doctrina del caso “Barrios Altos”.

En la misma fecha, la Corte debe resolver la presentación del procurador del tesoro de la nación para dar efectividad a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 28 de septiembre de 2002 en el caso “Cantos”⁶⁶. El pedido de implementación del PTN es rechazado con argumentos distintos. Los ministros Petracchi y López alegan la cosa juzgada y la incapacidad del Tribunal para modificar ese pronunciamiento. De alguna manera, recrean el decisorio en “Felicetti” en cuanto allí sostiene que “la protección de los derechos humanos se puede concretar mediante la reforma de las normas constitucionales o legales que aseguran su respeto, pero nunca mediante actos que impliquen la violación del orden jurídico interno. El aseguramiento de la vigencia del derecho no puede concretarse mediante su aniquilación”⁶⁷.

Los ministros Fayt y Moliné O’Connor alegan que lo solicitado exige “infringir ostensiblemente cláusulas de inequívoca raigambre constitucional que amparan los derechos cuya titularidad corresponde a diversos profesionales que han intervenido en la causa...”.

El ministro Boggiano, en disidencia, expresa, con latitud, que “los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes, art. 68, inc. 1 (*Fallos*: 321:3555 voto de los jueces Boggiano y Bossert). Que, en consecuencia, corresponde que la Administración Federal de Ingresos Públicos se abstenga de ejecutar la tasa de justicia y la correspondiente multa por falta de pago, y que el Estado nacional asuma el pago de los honorarios de los peritos y profesionales que representaron a los demandados, lo que así se declara”. El ministro Maqueda funda largamente la misma posición.

Si se repara en las cuestiones de que ha hecho mérito la Corte para actuar expeditivamente en los casos de derechos humanos, la evaluación de su actuación en el caso “Cantos” es, cuando menos, peculiar. La Corte omite cualquier referencia a la responsabilidad internacional del Estado, cuestión que, como es claro, es la que se ventila en el fallo que a ella se le

car la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como las que se le atribuyen a Jorge Rafael Videla. Por lo tanto, y de acuerdo con el resuelto por el tribunal internacional referido, corresponde rechazar en el caso toda interpretación extensiva del alcance de la cosa juzgada que impidiera la persecución penal del imputado por hechos que constituyen violaciones graves a los derechos humanos” (cons. 12).

⁶⁶ Corte IDH, caso “Cantos”, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C, N° 97.

⁶⁷ CSJN, caso “Cantos, José María c/Santiago del Estero, Provincia de y/o Estado Nacional s/cobro de pesos”, 3 de septiembre de 1996.

requiere cumplir. Puede ser que el Alto Tribunal entienda que la responsabilidad se dirime en el proceso ante la Corte IDH y que tal proceso en el caso de especie ya está concluido, de allí que prescinda del tema. En todo caso, lo que resulta evidente para cualquiera es que se trata de una sentencia que condena al Estado argentino a cumplir determinadas conductas.

Luego, la Corte no encuentra que deba cumplir con ningún comportamiento específico para satisfacer los requerimientos de la sentencia internacional, cuando –en rigor– la presentación del procurador del tesoro tiende justamente a solicitarle la ejecución de la sentencia internacional.

En tercer lugar, el caso encuadra perfectamente en las hipótesis en las que la Corte sostiene que el Estado argentino se encuentra obligado a cumplir, esto es, se trata de una sentencia de la Corte IDH.

Finalmente, nobleza obliga, como en los casos que sirven de antecedente, la Corte privilegia la cosa juzgada por sobre los compromisos internacionales.

Cierto es que, por virtud de una decisión internacional vinculante, la Corte no puede invadir la esfera propia del legislador. Mas ello si se trata de legislar con alcances generales. Años de jurisprudencia propia y ajena señalan que la “creación” de norma para el caso de especie es un recurso del que la Corte ha hecho mérito en cada ocasión en que ha constatado una situación grave. Así fue en “Siri”, “Kot” y “Outón” en relación con la acción de amparo. Así fue en “Sejean” respecto de la inconstitucionalidad de la norma de la legislación civil que impedía recuperar la aptitud para contraer nuevo vínculo nupcial luego de la separación de cuerpos y bienes. Incluso “Ekmekdjian” se inscribe en esa óptica.

Más probable es que la política que se había impuesto el Alto Tribunal a esa fecha no contemplara un caso de las características de “Cantos”.

La cuestión, evidentemente, no ha encontrado aún un contexto que permita que la implementación de las decisiones internacionales se deslice fluidamente.

Si la Corte no encuentra cómo ejecutar la decisión de la Corte IDH en el caso “Cantos”, en cambio puede interpretar el valor de una solución amistosa en el contexto del trámite de un caso ante la CIDH y confrontar la eventual renuncia de derechos allí efectuada contra el emergente “derecho a la verdad” para hacer primar a este último, justamente con base en los fundamentos de las sentencias de la Corte IDH.

Ello así, el 8 de septiembre de 2003, la Corte resuelve el recurso extraordinario deducido por Ragnar Hagelin contra la decisión de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal que declarara inadmisibles los recursos que interpusiera contra la resolución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas que rechazó la reapertura de las actuaciones en donde se investigó la desaparición de su hija, por mediar cosa juzgada. Con base en el artículo 1097 del Código Civil, la Cámara de Casación entiende que si se renunció a la acción civil o se hicieron convenios de pago del daño,

se tiene por renunciada la acción criminal. En este contexto, la solución amistosa lograda en el marco del caso en trámite ante la CIDH tiene, para la Casación Penal, el valor vinculante de una transacción homologada judicialmente.

Tanto el dictamen del procurador cuanto el fallo de la Corte⁶⁸, que decide por los fundamentos del primero, resuelven la cuestión favorablemente al recurrente pero lo hacen por entender que la acción penal –en principio ventilada en el caso ante la CIDH– es ejercida por el Ministerio Público y no por el recurrente, por lo que no es del caso aplicar el artículo 1097 del Código Civil. No hay, pues, en este ámbito referencia alguna al alcance del acuerdo logrado con la CIDH.

Los doctores Petracchi y López entienden que hay cuestión federal “suficiente” por encontrarse en juego la interpretación de los alcances del acuerdo de solución amistosa entre el Estado y el recurrente y el Decreto 345/2000. Para fundar su posición acuden a la distinción que consagra la Corte IDH en el caso “Velásquez Rodríguez” respecto del carácter compensatorio y no sancionatorio de la justa indemnización del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y le dan el carácter de “regla de protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano”⁶⁹.

El Dr. Fayt reduce la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH a supuestos de hecho análogos. Sin embargo, luego acude a la misma jurisprudencia para fundar su voto.

El ministro Boggiano encuentra cuestión federal “trascendente” en la interpretación del acuerdo de solución amistosa y el Decreto 345/2000. Señala luego, “Que el acuerdo en cuestión debe regirse por el derecho con el cual se halle más estrechamente conectado. Los elementos de contacto más relevantes son las propias actuaciones ante la Comisión Interamericana que gestionó la solución amistosa (...) La solución indemnizatoria fue relativamente autónoma respecto del derecho argentino”⁷⁰.

En este sentido, la práctica de la Comisión es sólo un elemento de contacto ya que “el derecho aplicable resulta, en definitiva, la jurisprudencia interpretativa del ordenamiento americano de derechos humanos, esto es, la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana”⁷¹, finalmente el tema

⁶⁸ CSJN, “Ragnar E. Hagelin”, 8 de septiembre de 2003, *Fallos*: 326:3268.

⁶⁹ “Que, en consecuencia, se debe interpretar que a la luz de las reglas de protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano, el derecho a la reparación aparece separado del derecho de reclamar al Estado el cumplimiento de sus deberes de investigación y sanción de los responsables”.

⁷⁰ Cons. 5.

⁷¹ Cons. 6.

decisiones de los órganos de control

deberá regirse, según lo indica el tribunal de Costa Rica, por el derecho internacional.

Para Juan Carlos Maqueda, lo importante es que la cuestión federal suscitada por la interpretación dada al acuerdo de solución amistosa debe analizarse a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, ya que se trata de una insoslayable pauta de interpretación⁷². La adjetivación cambia al referirse a “los informes y las opiniones de la CIDH [que] constituyen criterios jurídicos valiosos de interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones de derecho interno armonizadas con aquellas”.

La Corte cierra el 2003 resolviendo, entre otras cosas, en el incidente de recusación del juez federal de Bahía Blanca que entiende en el pedido de extradición de Alfredo Astiz formulado por la República Francesa⁷³. Allí, inopinadamente, en un claro *obiter dicta*, los ministros Zaffaroni y Maqueda aluden a la jurisprudencia de la Corte IDH para señalar:

“Cons. 6: Que, sin perjuicio de la suspensión del trámite del recurso, corresponde que esta Corte ponga de manifiesto que la supuesta falta de certeza en cuanto a las posibilidades reales de juzgamiento de Astiz en el país que alegan los recurrentes, sobre la base de que hasta el momento el tribunal no se ha expedido con relación a la constitucionalidad de la ley 25.779 que declara insanablemente nulas las leyes 23.492 (de punto final) y 23.521 (de obediencia debida), pierde de vista que, a partir del caso ‘Barrios Altos’ de la Corte IDH, resultan contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos todas aquellas normas con las características de las mencionadas leyes 23.492 y 23.521, en cuanto ellas impiden la investigación y condena de hechos como los que motivan el actual pedido de la República Francesa”.

Trátase, ni más ni menos, que de un adelanto importante –clara señal política, dirían algunos– de lo que podría ser la posición del Alto Tribunal en la decisión definitiva sobre la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida. En todo caso, y en lo que aquí

⁷² Cons. 15: “A partir de la reforma constitucional de 1994, el art. 75, inc. 22, de la norma fundamental ha otorgado jerarquía constitucional a la Convención Americana, razón por la cual la jurisprudencia de la Corte Interamericana pronunciada en causas en las que son parte otros Estados miembros de la Convención constituye una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la CSJN, a efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos”.

⁷³ “Astiz, Alfredo s/extradición”, 11 de diciembre de 2003, A.1553 XXXIX R.O.

interesa, la jurisprudencia del tribunal interamericano resulta el elemento clave para interpretar los alcances de una inconstitucionalidad en sede nacional.

En un caso fallado a inicios de 2004, la Corte señala que los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen una opinión importante para la interpretación del derecho⁷⁴. En esos autos, el ministro Vázquez, que vota en disidencia, también sostiene que la opinión de la CIDH resulta de importancia para la interpretación de los preceptos convencionales.

Este cambio de lenguaje no impide al Tribunal volver a su expresión habitual al resolver en un incidente de ejecución penal ese mismo día⁷⁵. Así, expresa: “Que por su parte, la CIDH –cuyas opiniones sirven de guía interpretativa a esta Corte– al observar la práctica de las autoridades penitenciarias argentinas para llevar a cabo revisiones vaginales a las mujeres que ingresaban a los establecimientos carcelarios, sostuvo, parafraseando a la Corte Interamericana que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio de los poderes públicos sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren atributos inviolables de la persona (...) (Informe 38/96. Caso 10.506. Argentina, 15 de octubre de 1996, parr. 61)”. En el mismo fallo se citan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos adoptadas por el VII Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, luego aprobadas por el Consejo Económico y Social y la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1955, claro exponente del *soft law*.

El 24 de agosto de 2004, a diez años de la entrada en vigor del texto constitucional adoptado en Santa Fe, la Corte declara procedente una queja y el recurso extraordinario que había sido denegado por la Cámara Nacional de Casación Penal, y deja sin efecto la sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en la causa seguida por el delito de asociación ilícita con fines de persecución y exterminio de opositores políticos. Ello con fundamento en la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, sin que corresponda declarar extinta la acción penal aun cuando haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 62, inciso 2, en función del artículo 210 del Código Penal, pues tal disposición resulta desplazada por el derecho internacional consuetudinario

⁷⁴ CSJN, “Carro Evangelista, Delia y otros s/falso testimonio”, 9 de marzo de 2004, c.3189 XXXVIII.

⁷⁵ CSJN, “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/Ejecución Penal”, 9 de marzo de 2004, causa 230/98-libro 34.

y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁷⁶.

El fallo de la Corte Suprema asigna valor obligatorio a la jurisprudencia de la Corte IDH; la evoca como derecho aplicable. El Tribunal entiende que la doctrina de la Corte Interamericana genera deberes en cabeza del Estado. Y es en virtud de estos deberes que ella falla como lo hace. La Corte Suprema expresa, pues, que en la Argentina ya regían principios tales como la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad cuando Arancibia Clavel cometió los crímenes de que se trata –sustancialmente el asesinato del general Prats y su esposa– y por ello no se da en la especie una aplicación retroactiva del derecho sino, por el contrario, la vigencia de una costumbre que obligaba al país desde los años 60. La obligación de la Argentina de juzgar esos crímenes imprescriptibles deriva también, según la Corte, del criterio de la Corte IDH que desde “Velásquez Rodríguez” ha explicitado la obligación de garantía del Estado. Nuevamente, la Corte acude a la jurisprudencia de “Barrios Altos” que versaba sobre una auto-amnistía, lo que no es del caso en los autos “Arancibia Clavel”.

También ese año, el Tribunal llega a sostener que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el intérprete auténtico del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, otorga valor a sus pronunciamientos –que se dan fuera del marco del sistema de casos o peticiones– y, además, combina esta práctica con la cita obligada del sistema interamericano. Así, en autos “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S. A.”, del 21 de septiembre de 2004, la Corte sostiene: “En este orden de ideas, cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional. Dicha actividad es demostrativa de la gran importancia que el PIDESC reconoce a la protección del trabajador víctima de un accidente laboral”. Así se vale de citas de conclusiones relativas a informes periódicos presentados por otros países y por la Argentina así como de las Observaciones Generales del Comité de DESC y de la jurisprudencia consultiva de la Corte IDH. Luego, con base en lo anterior, vuelve sobre la obligación del Legislativo de adecuar las normas internas a los postulados seguidos por las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos⁷⁷ con

⁷⁶ CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/Homicidio Calificado y Asociación Ilícita y otros”, 24 de agosto de 2004, A.533 XXXVIII.

⁷⁷ Cons. 9: “Que, en suma, lo expresado en los dos considerandos anteriores determina que, si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo

lo que la práctica del Comité y del sistema interamericano devienen “postulados” y los órganos de tratados se transforman en “jurisdicciones internacionales”⁷⁸. En todo caso, resulta valioso que la Corte reproduzca las posiciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para fundar la necesidad de “hacer” en el contexto de la progresividad y el carácter violatorio de los derechos económicos, sociales y culturales que, en principio, tienen las medidas regresivas. La Corte se deja llevar por esa orientación y llega a la “jurisdiccionalización de la justicia social”.

Este devenir jurisprudencial encuentra un momento importante en la decisión del 14 de junio de 2005 relativo a la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida⁷⁹. La Corte hace mérito de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –expresada sustancialmente en los términos de la Constitución nacional surgida de la Convención Constituyente de 1994– para evocar obligaciones internacionales soberanamente asumidas por el Estado argentino que no le permiten consagrar la impunidad frente a situaciones como las que dieron motivo a esas leyes. Así, reiterando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana y las directivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “constituyen una imprescindible pauta de interpreta-

en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican ‘alterar’ los derechos reconocidos por la Constitución nacional (art. 28). De tal manera, el proceder legislativo resultaría, además, acorde con los postulados seguidos por las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos. Valga citar, por hacerlo de uno de los recientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pero reiterativo de su tradicional jurisprudencia, que cuando no sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación del derecho que corresponda reparar, se impone una “justa indemnización”. Y las reparaciones, “como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial” y no pueden implicar el “empobrecimiento de la víctima” (“Bamaca Velázquez vs. Guatemala”, Reparaciones, Sentencia del 22 de febrero de 2002, Serie C, N° 91, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2002, San José, 2003, ps. 107-108, párr. 40-41 y sus citas).

⁷⁸ Debo admitir que aun cuando no se trate del caso más prolijo, esta asimilación no es propia de la Corte Suprema de la Argentina. En efecto, desde 1998 tengo el honor de compartir el *Steering Committee* del *Project on International Courts and Tribunals*, copatrocinado por las Universidades de Nueva York y Londres, en cuyo ámbito se da el alcance de jurisdicción a todo procedimiento contradictorio judicial o quasi-judicial que resuelve un caso de especie.

⁷⁹ CSJN, S1767 XXXVIII, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros, s/privación ilegítima de la libertad, etc.”, causa 17.768.

ción de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, la Corte entiende: “Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en ‘Barrios Altos’ al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales” y en ese sentido declara la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521.

V. A modo de conclusión

Las relaciones de la Corte Suprema nacional con el sistema internacional de derechos humanos son peculiares. Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, en un contexto en el que el tratado internacional era tradicionalmente considerado como un estatuto legal autónomo que no puede ser asimilado al instrumento que lo aprueba ni reductible a ninguna otra fuente⁸⁰, la Corte puede encontrar argumentos de la entidad del carácter predominantemente programático de sus normas para postergar su aplicación. Sin embargo, al mismo tiempo hace alusión a las normas del sistema de derechos humanos.

Si la reforma de 1994 tiene algún efecto contundente en el tema es el de visibilizar los tratados de derechos humanos, de hacerlos más accesibles al justiciable. A partir de entonces su invocación frente a los estrados nacionales va en aumento. Ello exige un esfuerzo análogo por parte de los jueces y otros integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público.

La jurisprudencia aquí reseñada permite concluir que la efectividad del derecho derivado de los órganos de control en materia de derechos humanos es mayor cuando se trata de interpretar las normas de uno o más tratados invocados ante el Tribunal. En este contexto, el Alto Tribunal hace mérito del eventual compromiso para la responsabilidad internacional del Estado, de su capacidad de hacer en ese contexto para salvar la cuestión y de que no se hayan agotado los recursos internos disponibles o, más precisamente, de la ausencia de cosa juzgada.

Por el contrario, la efectividad mengua cuando a la Corte se le requiere la ejecución de una decisión de uno de esos órganos en un caso relacionado con la Argentina. Y en este punto, da lo mismo que se trate de un informe de la Comisión o de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte efectúa un salto que la coloca de pie en el lugar en que se encontraba antes de la reforma del 94: la jurisprudencia internacional es novedosa pero no es capaz de conmover la cosa juzgada, tal su conclusión. El Tribunal no puede asumir que sus decisiones firmes

⁸⁰ *Fallos*: 202:353.

y definitivas puedan ser objeto de una revisión simplemente porque un órgano internacional de control así lo recomiende u obligue. La cuestión de la jerarquía de sus fallos en el orden jurídico vigente en el país es, para la Corte, una cuestión de Estado.

Sería importante, pues, una reflexión sobre este sentimiento ya que la Corte sigue siendo un referente para la aplicación del derecho y que a ella incumba hacerse cargo de la implementación de las decisiones internacionales además de dar garantías permite avizorar un futuro en el que cada vez haya menos ocasiones de recurrir a las instancias internacionales de control en procura de respeto a los derechos humanos.

Los informes finales de la Comisión Interamericana en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina*

Leonardo G. Filippini

I. Presentación

En “Loayza Tamayo”¹, la Corte Interamericana dejó de lado algunas cautelas anteriores² y fijó un estándar robusto respecto del valor de los informes de la Comisión al señalar que por el principio de buena fe consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³ un Estado que ha ratificado la Convención Americana tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana⁴. Por su parte, la Corte argentina, a partir de “Ekmekdjian c. Sofovich” (7/7/92)⁵, ha mantenido que para la interpretación de la Convención Americana debe con-

* Este artículo continúa la línea de trabajo presentada en *Los informes del artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina*, publicado en “¿Más Derecho?”, Revista de Ciencias Jurídicas, n° 4, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2004.

¹ Corte IDH, “Loayza Tamayo”, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, N° 33.

² Como señala Manuel Garrido, la cuestión del carácter vinculante de las decisiones “... ha quedado bastante bien definida por la Corte IDH en el caso ‘Loayza Tamayo’” (*La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada*, p. 153). En efecto, el estándar de “Loayza Tamayo” ha incrementado la intensidad de las afirmaciones del tribunal, pues hasta entonces la Corte IDH venía diciendo que el término recomendaciones debía ser interpretado “conforme a su sentido corriente” y que el Estado no incurría en responsabilidad internacional por incumplir “con una recomendación no obligatoria” (Corte IDH, “Caballero Delgado y Santana”, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C, N° 22, parágrafo 67; “Genie Lacayo”, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C, N° 30, parágrafo 93).

³ Art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁴ Párrafo 80.

⁵ *Fallos*: 315:1492.

siderarse su efectiva aplicación por parte de los órganos internacionales competentes y que esa jurisprudencia debe guiar la tarea de los tribunales domésticos⁶.

Varios fallos de nuestro Máximo Tribunal se han referido al cumplimiento de informes de la Comisión emitidos conforme al artículo 51 de la Convención⁷. En este artículo analizamos aquellos casos en los que directa o indirectamente fue solicitada la ejecución de alguna de las recomendaciones dirigidas al Estado argentino en los Informes 28/92, 2/97, 30/97 o 55/97⁸. Como veremos, la jurisprudencia del Tribunal no ha observado con regularidad sus propios precedentes ni la doctrina de la Corte Interamericana, y no existe un estándar inteligible respecto del procedimiento a través del cual un informe pasa a integrar el material relevante para la solución de un caso.

II. Punto Final, Obediencia Debida e Indultos: Informe 28/92⁹

En el Informe 28/92, la Comisión concluyó que las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida¹⁰ y el Decreto 1.002/89, por el cual el entonces presidente Carlos Menem había indultado a varios responsables por crímenes cometidos durante la dictadura militar de 1976-1983, eran incompatibles con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

⁶ En la misma línea, aunque algunos de ellos con soluciones muy discutibles, “Giroldi”, Fallos: 318:514 (7/4/95); “Bramajo”, Fallos: 319:1849 (12/9/96); “Monges”, Fallos: 319:3148 (26/12/96); “Chocobar”, Fallos: 319:3241 (27/12/96); etc. La cuestión no tiene regulación inerna, aunque han existido proyectos para otorgar obligatoriedad a las recomendaciones (ver Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, *Proyecto de Ley para reglamentar la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en “Boletín de Noticias 5”, mayo 2003; Fappiano, *La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales*).

⁷ La Convención establece que de no llegarse a una solución luego del procedimiento ante la Comisión, ésta debe redactar un informe en el que puede incluir proposiciones y recomendaciones (arts. 50.1 y 3) y transmitirlo a los Estados interesados (art. 50.2, CADH). Si en el plazo de tres meses a partir de la remisión del informe el asunto no ha sido solucionado o sometido a la Corte IDH, la Comisión puede emitir su opinión, formular recomendaciones y fijar un plazo para que el Estado remedie la situación (arts. 51.1 y 51.2). Transcurrido ese período, la Comisión decide si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe (art. 51.3).

⁸ Existen otros informes del art. 51 de la Convención contra el Estado argentino cuyo cumplimiento no ha sido requerido ante la Corte, “Jorge Alberto Giménez”, Informe 12/96 y “X e Y”, Informe 38/96.

⁹ Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, 2 de octubre de 1992.

¹⁰ Leyes 23.492 y 23.521, respectivamente.

del Hombre y con la Convención Americana y recomendó al Estado argentino que otorgara a los peticionarios una justa compensación y que adoptara las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables.

La Corte ya se había pronunciado por la validez de la Ley de Obediencia Debida en la causa 44, “Camps” (22/6/87)¹¹, e implícitamente de los indultos al no intervenir sobre el fondo en “Riveros” (11/12/90)¹² con anterioridad al informe. Tempranamente, también había cerrado el camino a las reparaciones al considerar prescriptas las acciones civiles intentadas a poco de restablecida la democracia. No obstante, el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión ha vuelto a estar en juego en varios casos posteriores, tanto respecto del derecho a la información sobre el destino de las víctimas del terrorismo de Estado y la persecución penal de los responsables¹³, como de la política estatal de reparaciones¹⁴.

II. 1. Las normas de impunidad

Aquino Fallos: 315:2421 (14/10/92); *Simón y del Cerro* (30/9/2003 y 14/10/2003) S. 2746 XXXVIII “Simón, Julio y del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años, causa n° 8686/2000”; *Simón S.* 1767; L. XXXVIII “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. causa n° 17.768 y *Astiz (Conrado Gómez)* A.1391. XXXVIII “Astiz, Alfredo y otros s/delito de acción pública”.

“Aquino”, el primer caso referido a la validez de las normas de impunidad posterior al Informe 28/92, fue fallado doce días después de su emisión, aunque la opinión de la Comisión no parece haber influido en nin-

¹¹ *Fallos*: 310:1162.

¹² *Fallos*: 313:1392.

¹³ Una perspectiva más amplia podría considerar otros casos referidos a la obligación internacional de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos (v. gr. los supuestos no contemplados por las leyes y los indultos como “Videla”, V. 34 XXXVI, 21/8/03, etcétera).

¹⁴ Aun cuando la política de reparaciones se concentró en la administración a partir de 1990. El Decreto 798/90 del 26 de abril de 1990 autorizó la creación de una Comisión *ad hoc* en Argentina para redactar un proyecto de ley compensatoria, y posteriormente el Decreto 70/91 del 10 de enero de 1991 estableció una compensación a un grupo de víctimas. La línea general de este decreto fue convalidada más tarde por ley 24.043, promulgada el 23 de diciembre de 1991, con sus prórrogas por leyes 24.436, 25.497 y 25.814 y las extensiones al régimen de las leyes 24.411 y 24.906. Cfr. Informe de solución amistosa 1/93 de la Comisión. Sobre la política de reparaciones en Argentina ver el trabajo de María J. Guembe, *The Argentinian Experience with Economic Reparations for Serious Human Rights Violations*.

gún modo sobre la Corte. Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Boggiano y Nazareno revocaron la decisión de la Cámara Federal de Bahía Blanca contraria al Decreto de Indulto 1.002/89, sin una sola mención a las recomendaciones interamericanas. Levene (h.) y Belluscio, en su opinión concurrente, defendieron la validez del indulto con remisión al voto de Petracchi y Oyhanarte en “Riveros” (11/12/90)¹⁵, que como ya vimos, es anterior.

La decisión del juez federal Gabriel Cavallo, que declaró nulas las leyes el 6 de marzo de 2001¹⁶, abrió para la Corte un nuevo período en la discusión en torno a la validez de las normas de impunidad. La primera intervención en esta etapa, sin embargo, sólo motivó un reenvío a la Cámara de Casación después de una larga espera ante los estrados del Máximo Tribunal. La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal había confirmado el fallo de primera instancia del juez Cavallo declarando la nulidad de las leyes, entre otros argumentos, por su oposición con la Convención Americana. En consecuencia, dejó subsistente el llamado a prestar declaración indagatoria de Juan Antonio del Cerro como autor de crímenes contra la humanidad. La defensa llevó el caso a la Corte, pero el 30 de septiembre de 2003, López, Vázquez, Fayt, Petracchi y Boggiano –los tres últimos, cada uno por su voto– entendieron que era necesaria una nueva intervención de la Casación Penal, sin alusiones sobre la cuestión de fondo ni sobre la relevancia de las recomendaciones de la Comisión. Tampoco hubo menciones al informe el 14 de octubre siguiente, al resolverse en la misma causa el pedido de recusación contra el juez Vázquez, a raíz de algunas manifestaciones públicas que éste había realizado.

En los demás casos en los que está discutida la validez de las normas que la Comisión censuró, la Corte todavía no se ha pronunciado. El 29 de agosto de 2002, el procurador Becerra pidió la confirmación de la declaración de nulidad de las leyes en el caso de Julio Héctor Simón y aunque no llegó a afirmar la obligatoriedad del informe de la Comisión le otorgó un valor preeminente para afirmar la ausencia de conflictos frente a la prohibición de retroactividad de la ley penal, por un lado, y para sostener el criterio del tribunal de primera instancia y de la Cámara respecto de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, por otro. Con todo, el procurador hizo una mención que no aclara en qué medida resulta vinculante el informe. En “Astiz (Conrado Gómez)” la situación es similar¹⁷.

¹⁵ Fallos: 313:1392.

¹⁶ Causa 8686/2000, “Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años”, del registro de la Secretaría 7 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 4 de la Ciudad de Buenos Aires.

¹⁷ Dictamen también del 29 de agosto de 2002.

II. 2. El derecho a la verdad

Suárez Mason (Lapacó) Fallos: 321:2031 (13/8/98); *Urteaga* Fallos: 321:2767 (15/10/98); *Santucho* S. 105. XXXV Originario “Santucho, Ana Cristina c/Estado Nacional y otros s/hábeas data (31/8/99); *Adur* Fallos: 322:2896 (23/11/99), *Engel y Radice de Tatter* Fallos: 322:1468 (14/7/99), *Cabeza, Daniel Vicente* Fallos: 324:735 (13/3/01), *Corrés* Fallos: 324:1683 (21/5/01), *Hagelin H.* 17 XXXVII “Hagelin, Ragnar Erland s/recurso art. 445 bis C.J.M.” (8/9/2003), *Vázquez Ferrá* V. 356. XXXVI. “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación” (30/9/2003), *Olivencia O.* 172.XXXVII (27/5/2004); *Rivarola* R.392XXXIX (27/5/2004) y *Defensor Oficial de Mendoza* (5/10/2004).

Varios años después de “Aquino” y ya en el contexto de la plena vigencia y efectos de las leyes de impunidad y los indultos, la Corte analizó por primera vez el derecho a la verdad en “Suárez Mason” (Lapacó). Carmen Lapacó había solicitado a la Cámara Federal de la Capital Federal que se requiriera la información existente en las fuerzas que habían dependido del I Cuerpo del Ejército entre los años 1976-1983 acerca del destino final de su hija Alejandra y de todas las demás personas desaparecidas¹⁸. El 18 de mayo de 1995, la Cámara accedió, reconociendo el derecho a la verdad y al duelo. También señaló que las leyes 23.492 y 23.521 y el Decreto 1002/89 no implicaban la culminación del proceso, aun cuando habían cercenado las posibilidades de castigo. Uno de los primeros pedidos de informe, no obstante, recibió una respuesta negativa del Ejército¹⁹ y Lapacó solicitó entonces su reiteración a la Cámara, el 14 de julio de 1995. Sin embargo, y a pesar de su anterior decisión, el 16 de agosto siguiente, la mayoría del Tribunal rechazó la nueva solicitud en la inteligencia de que el pedido excedía su jurisdicción, agotada por el dictado de las normas de impunidad²⁰.

Lapacó llevó su caso a la Corte el 8 de septiembre de 1995. Dos años más tarde –el 8 de julio de 1997– el procurador general sostuvo que el jui-

¹⁸ La petición se presentó en el mismo proceso en el cual la persecución había sido clausurada por las leyes de amnistía y por el decreto. En la relación de los antecedentes seguimos la presentación de Lapacó ante la Corte y el Informe 21/00 de la Comisión.

¹⁹ El general de brigada Ernesto J. Bossi había contestado que “no obran antecedentes, en el ámbito de la Fuerza, respecto de lo que es materia específica del requerimiento formulado”.

²⁰ El Tribunal resolvió tener presente lo informado por el Estado Mayor General del Ejército y ordenó la remisión de una copia a la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio del Interior por cuanto sería en la órbita del Ejecutivo donde la pretensión podría encontrar adecuada satisfacción.

cio por la verdad debía continuar, destacando la importancia de la actividad judicial en la materia y la compatibilidad entre lo solicitado y la garantía del *ne bis in idem*. Recién el 13 de agosto de 1998, la Corte falló, rechazando el recurso por 5 votos contra 4. Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez señalaron que la investigación criminal tenía por fin comprobar un hecho punible y descubrir a sus autores²¹ y que ello no resultaba posible en la causa que ya había agotado su objeto procesal²². Ninguno de los argumentos hizo referencia al informe de la Comisión.

Las disidencias fueron más permeables al derecho internacional aunque no otorgaron valor dirimente a las conclusiones del informe y revocaron la negativa de la Cámara por arbitraria. Petracchi y Bossert señalaron que la resolución no sólo había significado el cierre definitivo de la pretensión penal, sino que había negado una vía alternativa a Lapacó²³. Destacaron que el primer fallo de la Cámara había recogido la jurisprudencia de "Velásquez Rodríguez"²⁴ y con citas de partes del Informe 28/92 en abono²⁵ de la solución, concluyeron que la segunda decisión de la Cámara había sido arbitraria²⁶. Fayt realizó algunas consideraciones similares²⁷ y concluyó que la sentencia había desconocido una decisión anterior firme²⁸, aunque sin referencias al Informe 28/92. Boggiano entendió que estaba en juego el *hábeas data* del artículo 43 constitucional²⁹, por un lado, y que la Corte debía velar por el cumplimiento del derecho interna-

²¹ Con base en el art. 178 del Código de Procedimientos en lo Criminal.

²² Según dijeron, la realización de las medidas requeridas implicaría la reapertura del proceso contra quienes habían sido sobreseídos definitivamente y no carecería de virtualidad la acumulación de prueba de cargo sin un sujeto pasivo contra el cual pudiere hacerse valer.

²³ Cons. 4.

²⁴ Caso "Velásquez Rodríguez", Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4 (cons. 6).

²⁵ Id. También resaltaron que la Cámara había afirmado que la sanción de las leyes y del decreto no impedía investigar sobre la suerte corrida por las víctimas.

²⁶ Los jueces también negaron una eventual afectación del *ne bis in idem* dada la imposibilidad de perseguir a los beneficiarios de las leyes e indultos (cons. 11) y señalaron que el hecho de que la persecución penal se encontrara clausurada respecto de algunas personas y respecto de ciertos hechos no implicaba el cierre de la investigación pues "sólo en la medida en que ella continúe se podrá determinar si esos hechos fueron cometidos por los autores alcanzados por las exenciones de pena..." (cons. 12).

²⁷ Cons. 10-12.

²⁸ Cons. 13.

²⁹ Cons. 6. Para Boggiano, Lapacó había requerido conocer los datos almacenados en registros o bancos de datos públicos y la Cámara la había despojado de su derecho (cfr. cons. 7 y su desarrollo cons. 8-15).

cional³⁰, por otro. A su juicio, conceder la información era “la única manera”³¹ de guardar respeto la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas³² que reclamaba una interpretación armónica del texto constitucional³³, aunque no mencionó el Informe 28/92 ni la Convención Americana. La decisión de la mayoría de la Corte motivó una presentación de Lapacó ante la Comisión en la que finalmente se llegó a un acuerdo de solución amistosa³⁴ por el cual el Estado asumió algunas obligaciones tendentes a revertir las principales consecuencias del fallo³⁵.

Unos pocos meses más tarde, la mayoría del Tribunal cambió su posición sobre los juicios por la verdad en “Urteaga”, aunque aquí tampoco la jurisprudencia interamericana fue especialmente considerada. Facundo Urteaga había reclamado información sobre la suerte de su hermano Benito Urteaga, “supuestamente ‘abatido’ el 19 de julio de 1976...”³⁶, pero su pedido había sido denegado en primera y segunda instancia. Nazareno y Moliné O’Connor junto a Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Bossert y Vázquez, en sus votos individuales, reconocieron el derecho de Facundo Urteaga sobre la base del artículo 43 de la Constitución y fijaron un criterio amplio de legitimación activa para esta clase de acciones. A pesar de la claridad del planteo respecto del destino de Benito Urteaga³⁷, los jueces discutieron la legitimación activa del peticionante

³⁰ Agregó que la desaparición forzada de personas constituye un crimen contra la humanidad que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, pues merece una reprobación tal “que ninguna convención, pacto o norma positiva pueda derogar, enervar o disimular con distracción alguna” (cons. 19).

³¹ Cons. 20.

³² A la cual la ley 24.820 le había otorgado jerarquía constitucional.

³³ Cons. 16 y 17.

³⁴ Informe 21/00, caso 12.059, “Carmen Aguiar de Lapacó”, Argentina, 29 de febrero de 2000.

³⁵ El texto del acuerdo del 15 de noviembre de 1999 aprobado más tarde por la Comisión estableció que el Gobierno aceptaba y garantizaba el derecho a la verdad, consistente en el agotamiento de todos los medios para el esclarecimiento de lo sucedido con las personas desaparecidas y que gestionaría la normativa para que las cámaras nacionales en lo criminal y correccional federal tuvieran competencia exclusiva en todos los casos por la verdad, así como para la conformación de un cuerpo de fiscales especializados. Lapacó se comprometió a suspender la acción internacional en tanto se cumpliera el acuerdo.

³⁶ Cons. 2 del voto de la mayoría.

³⁷ Su hermano había solicitado saber “qué había sucedido con él; dónde se encontraban sus restos y, si se confirmaba que había sido asesinado, quiénes habían sido los responsables de esta decisión y qué grado de responsabilidad le correspondía al Estado” (cons. 2 de los votos de Fayt y de Petracchi).

y el encuadre constitucional de la acción antes que la presencia de una obligación internacional frente al informe de la Comisión. Ninguno de los jueces, incluso aquellos que tendieron a reconocer en la petición un modo concreto de reparación³⁸, mencionó el informe de la Comisión.

Varios casos posteriores han presentado problemas procesales relativos al ejercicio del derecho a la verdad. En general, la Corte también ha resuelto estos conflictos sin mención ni análisis de las conclusiones del Informe 28/92. En “Santucho”, por ejemplo, aunque podría entenderse que la Corte mantuvo la línea de Urteaga en el sentido de reconocer la existencia de una vía constitucional para tramitar las peticiones referidas al destino de las víctimas, resolvió una cuestión de competencia sin ninguna referencia al informe. Lo mismo ocurrió en “Adur”³⁹. En “Engel y Radice de Tatter” tampoco se recurrió al informe frente a la petición de los familiares de dos ciudadanos alemanes desaparecidos⁴⁰ que habían recurrido directamente a la Corte pidiendo información al gobierno de Alemania⁴¹. A pesar de la opinión del procurador general Becerra a favor de la competencia originaria del Tribunal, Nazareno, Fayt, Belluscio, Boggiano, López, Bossert y Vázquez consideraron que no correspondía su apertura, sin realizar ninguna consideración sobre el fondo del derecho in juego. La Corte volvió a dirimir una contienda de competencia en “Cabeza”⁴², esta vez, entre el Juzgado Federal N° 2 de Salta y el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, Petracchi, Bossert y Vázquez, consideraron lacónicamente que el asunto debía ser resuelto como de ordinario por el superior común, en el caso, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.

“Corrés” ofreció una nueva cuestión de competencia con algunas consecuencias respecto de la posibilidad de compeler testigos en el marco de los juicios por la verdad. La Cámara Federal de Bahía Blanca había ordenado la detención de dos ex integrantes de las Fuerzas Armadas que se habían negado declarar y los arrestados disputaron esa orden en Casación.

³⁸ Ver cons. 13 del voto de Fayt, 16 del de Petracchi, 21 del de Bossert y 16-21 de “Suárez Mason” al que se remitió Boggiano.

³⁹ Para Nazareno, Moliné O’Connor, Petracchi, Bossert y Vázquez la investigación de la desaparición forzada correspondía a la justicia federal con jurisdicción en Campo de Mayo, donde habría ocurrido.

⁴⁰ Débora Engel, hija de Augusto Guillermo Engel, e Idalina Radice de Tatter, esposa de Jorge Federico Tatter.

⁴¹ Por esos días, la prensa había publicado que el Ministerio de Relaciones Exteriores de ese país había afirmado que un militar argentino había trabajado en la Embajada en Argentina, atendiendo a los familiares de desaparecidos alemanes.

⁴² Se trata del juicio por la verdad respecto del caso conocido como “Las Palomitas”.

El Tribunal de Bahía Blanca sostenía que el procedimiento del artículo 10 de la ley 23.049 no preveía ninguna impugnación, pero la Sala IV de la Casación revocó ese fallo aplicando el Código Procesal Penal en lugar de la ley 23.049. La Cámara Federal, posteriormente, cuestionó esa intervención ante la Corte. Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano, López y Vázquez declararon que no correspondía la intervención de la Corte sino de la Casación, en función de la ley 23.984, lo que significó, en los hechos, la subsistencia del pronunciamiento contrario a los arrestos. Al igual que en las anteriores decisiones, no hubo referencias al informe de la Comisión.

En el 2003 se volvió sobre algunos aspectos del fondo del derecho a la verdad en "Hagelin", aunque en un contexto bien distinto esta vez. La persecución penal de violaciones a derechos humanos había sido reabierta en distintas instancias judiciales que consideraron inconstitucionales las normas de impunidad⁴³, más tarde las leyes habían sido anuladas por el mismo Congreso⁴⁴ y la Corte, que atravesaba una profunda crisis desde diciembre de 2001, había modificado su integración. Ragnar Hagelin, en su calidad de particular ofendido, había solicitado al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas la reapertura de la investigación por la desaparición de su hija Dagmar pero su petición había sido rechazada al igual que el recurso de casación que intentó después. La Casación Penal consideró que el Código de Justicia Militar no contemplaba la solicitud de Hagelin entre las atribuciones del particular damnificado⁴⁵. A ello agregó que aun cuando se adoptara un criterio más amplio respecto de sus facultades, no correspondía conceder lo que pedía debido a que Hagelin había suscripto con el Estado argentino un acuerdo de solución amistosa ante la Comisión Interamericana⁴⁶ por el cual había recibido una indemnización y renunciado a cualquier otro reclamo que, de acuerdo con las reglas del Código Civil, incluía la acción penal⁴⁷. La Cámara señaló además que el derecho a la verdad se encontraba suficientemente resguardado por el trámite de la causa 761 en la Cámara Federal de la Capital Federal, en la que se habí-

⁴³ En un proceso iniciado por la primera declaración en este sentido del juez federal Gabriel Cavallo ya citada.

⁴⁴ Ley 25.779 de nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Promulgada el 2/9/2003.

⁴⁵ Art. 100 *bis*.

⁴⁶ CIDH, Informe 33/00, caso 11.308, "Ragnar Erland Hagelin", Argentina, 13 de abril de 2000.

⁴⁷ La Cámara citó el art. 1097 de la ley civil: "... si [los ofendidos] renunciaron a la acción civil o hicieron convenios sobre el pago del daño, se tendrá por renunciada la acción criminal".

an ordenado varias medidas similares a las pedidas. Hagelin planteó a la Corte que no había existido un convenio de pago ni una renuncia válida a ningún derecho sino únicamente un reconocimiento del Estado argentino de su obligación y la decisión de cumplirla mediante el pago del monto establecido.

El procurador Nicolás Becerra propuso una solución distinta, pero favorable al recurrente. Argumentó que Hagelin no era acusador en un delito de acción privada ni querellante en uno de acción pública⁴⁸, y que se había presentado en su sola calidad de particular damnificado, razón por la cual no debían aplicarse a su respecto las previsiones del Código Civil sólo referidas a aquellos otros específicos roles procesales⁴⁹. La Corte, con la sola disidencia de Vázquez, aceptó el recurso. Belluscio y Moliné O'Connor se remitieron a los argumentos del procurador y Petracchi y López, por un lado, y Fayt y Boggiano, cada uno por su voto, descalificaron el fallo de la Casación por inmotivado, en parte, debido a que no era compatible con la doctrina emanada de los órganos interamericanos. En ningún caso, sin embargo, con referencias al Informe 28/92⁵⁰. Sólo Maqueda le asignó una incidencia directa⁵¹ al considerar que el pedido de Hagelin estaba basado en el informe de la Comisión y que éste distinguía con claridad entre la recomendación de compensar y la de adoptar medidas para el esclarecimiento de los hechos⁵². Vázquez, en soledad, se alineó sustantivamente con el criterio de la Casación, aunque con cita de doctrina de la Corte Interamericana que a su entender avalaba la solución contraria a la de sus colegas.

Con apenas semanas de diferencia, la Corte volvió sobre el derecho a la verdad en "Vázquez Ferrá" donde se discutía la posibilidad de extraer compulsivamente sangre a una joven mayor de edad, presuntamente hija de desaparecidos, en el marco del proceso penal en el cual sus padres de crianza estaban imputados por quien reclamaba ser la abuela biológica. Evelyn Vázquez había aceptado prestarse a la extracción con la condición de que la prueba obtenida no fuera utilizada contra su familia sustituta y cuestionó ante la Corte la orden de la Cámara Federal que ordenaba el examen compulsivo. Belluscio, Fayt, Petracchi, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez le dieron la razón y revocaron la orden de la

⁴⁸ Punto 2 de su dictamen.

⁴⁹ Punto 3 de su dictamen.

⁵⁰ Cons. 5 y 6 del voto de Petracchi y López, cons. 6 a 9 del voto de Fayt y cons. 5 a 9, 14 y 15 del voto de Boggiano.

⁵¹ Cons. 6 a 8 y 9.

⁵² Cons. 19.

Cámara con argumentos referidos a la endeblez argumental de la decisión recurrida, a la innecesariedad de la medida de prueba en el caso concreto y al derecho a la autodeterminación de la joven. Ninguno de ellos consideró el informe de la Comisión en su análisis. La única disidencia de Maqueda, en cambio, se valió de la doctrina de la Comisión para indicar que, junto al interés de la joven, existía un interés de la comunidad por acceder a la verdad respecto de lo ocurrido y de los familiares de las personas desaparecidas por conocer su destino. No citó el Informe 28/92, pero reseñó dos informes anuales de contenido muy similar⁵³.

Más recientemente, la Corte volvió sobre algunas garantías orgánicas del proceso en los juicios por la verdad. En “Olivencia” varios familiares de personas desaparecidas habían recusado a uno de los jueces en el juicio por la verdad de la Cámara Federal de Mendoza⁵⁴ denunciando su amistad con el General Juan Pablo Saá⁵⁵. La Cámara rechazó el pedido y los peticionantes interpusieron recurso de casación y más tarde de queja ante su denegación. La Sala I de la Casación declaró inadmisibles las impugnaciones señalando que sólo podía actuar en causas cuyo objeto tuviera consecuencias penales. Petracchi, Fayt, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni⁵⁶ revocaron esa conclusión por infundada frente a la propia jurisprudencia anterior del tribunal intermedio y de la Corte en “Corrés”⁵⁷. En disidencia, Belluscio rechazó la impugnación pues no estaba dirigida contra una sentencia definitiva.

El mismo día se resolvió “Rivarola” en un sentido muy similar desde el punto de vista de sus implicancias más generales. Aunque este fallo tampoco vinculó lo decidido con el Informe 28/92, se ocupó de algunos aspectos de su cumplimiento. La Cámara Federal de Mar del Plata había dispuesto la intervención del Tribunal Oral del fuero en el juicio por la

⁵³ Señaló que el Informe Anual (1987-1988) había destacado que las Convenciones de Ginebra de 1949 establecían “el derecho de las familias a conocer la suerte que han corrido sus miembros” y que el Informe Anual (1985-1986) había afirmado el derecho de toda sociedad “de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos” (cons. 35).

⁵⁴ Expte n° 67.769-M-3-487, “Búsqueda del destino de personas desaparecidas”, Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza. El magistrado cuestionado era Luis Francisco Miret.

⁵⁵ Cfr. Punto I del dictamen del Procurador General de la Nación.

⁵⁶ Por remisión al dictamen del procurador general Ezequiel Casal.

⁵⁷ Fallos: 324:1683.

verdad de esa ciudad⁵⁸ pero la Cámara de Casación había ordenado, en cambio, la intervención de la Cámara Federal. La Casación señaló que la Cámara no tenía poder de superintendencia respecto del Tribunal Oral y que el texto del acuerdo de solución amistosa en el caso “Lapacó” comprometía su intervención⁵⁹. Varios de los denunciantes en el juicio reclamaron a la Corte que continuara la intervención del Tribunal Oral. Petracchi, Belluscio, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni⁶⁰ revocaron la decisión de la Casación y consideraron que la contienda estaba precluida dado que la competencia había sido atribuida al Tribunal Oral dos años atrás sin que ninguno de los interesados hubiera cuestionado esa definición⁶¹.

Finalmente, y respecto del juicio por la verdad en Mendoza, el 5 de octubre de 2004, Petracchi, Fayt, Boggiano Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco ordenaron a la Sala I de la Casación analizar la petición de la defensa oficial que pedía ser tenida como parte en el juicio por la verdad que se desarrollaba en la Cámara Federal de esa ciudad. La mayoría se pronunció con argumentos similares a los de “Olivencia”, sin referencias al informe. Belluscio, en disidencia, consideró que la resolución que no admitía el recurso no era definitiva.

II. 3. Reparaciones a las víctimas

Hagelin Fallos: 316:3176 (22/12/93); Barrose Fallos: 318:1707 (12/9/95); Noro Fallos: 320:1469 (15/7/97); Bufano Fallos: 323:1406 (1/6/2000); Geuna Fallos: 323:1460 (1/6/2000); Quiroga Fallos: 323:1491 (1/6/2000); Norma B. López Rega Fallos: 323:1656 (21/6/2000); Zabaleta Z. 99. XXXVII. (26/8/2003); Oharriz O. 158. XXXVII. (26/8/2003); Yofre de Vaca Narvaja (14/10/2004).

En general, los casos sobre reparaciones analizados por la Corte fueron resueltos por aplicación de las leyes internas, sin mención al derecho inte-

⁵⁸ Causa n° 890/2000, “Colegio de Abogados de Mar del Plata y otros s/denuncia s/desaparición forzada de personas”.

⁵⁹ En el acuerdo de “Lapacó”, el Estado se había comprometido a tramitar los juicios por la verdad ante las Cámaras Federales. Para la descripción de la contienda de competencia, ver Punto II del dictamen del Procurador General de la Nación.

⁶⁰ Por remisión al dictamen de la opinión del procurador González Warcalde.

⁶¹ El procurador señaló que al no haberse sancionado la legislación comprometida en el acuerdo “Lapacó”, el trámite “debe interpretarse con la amplitud suficiente como para que sea aplicado acabadamente por cualquier órgano de la justicia federal, sin sujetarse, por ahora, a ninguna regla específica, en beneficio, justamente, de lo esencial del cometido” (punto V del dictamen).

americano de los derechos humanos o al informe de la Comisión. En Hagelin aunque la Corte se detuvo sobre el artículo 5.1 de la Convención Americana y analizó la indemnización acordada a la luz del sistema de consolidación de deudas de la ley 23.982, no hubo referencias al Informe 28/92. En “Zabaleta y Oharriz” hay una ligera tendencia a considerar la opinión de la Comisión. Petracchi, Moliné O’Connor, Boggiano, López y Maqueda revocaron dos fallos que denegaban sendos beneficios de la ley 24.411 haciendo propio el dictamen del procurador Becerra quien había señalado que el plexo normativo de las leyes 24.043, 24.321, 24.436, 24.499 y 24.823 tenía por fin “materializar el compromiso” del Poder Ejecutivo ante la Comisión Interamericana de propiciar la sanción de una ley especial que contemplara y diera satisfacción a quienes habían sufrido privaciones de libertad arbitrarias⁶². La mención, con todo, parece más bien referida al Informe 1/93, es demasiado amplia y no permite atribuirle un sentido preciso.

III. Excesiva duración de la prisión preventiva: Informe 2/97

Estévez Fallos: 320:2105 (3/10/97), *Corbo Fallos:* 324:3788 (6/11/2001) y *Alonso Fallos:* 325:2322 (19/9/2002).

En el Informe 2/97⁶³, la Comisión condenó la prolongada prisión preventiva de un grupo de personas y recomendó al Estado argentino que en todos los casos de detención preventiva contrarios a la Convención y a la legislación argentina se tomaran las medidas necesarias para la liberación de los afectados⁶⁴. Esta conclusión motivó que varias personas cuya situación había sido considerada llevaran su caso a la Corte.

En “Estévez”, la primera de esas decisiones, la Corte atemperó la situación del peticionario aunque no consideró el informe de la Comisión. La Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional había rechazado la excarcelación de José Luis Estévez considerando que si bien su encierro excedía las pautas temporales de la ley 24.390⁶⁵, su situación

⁶² Cfr. Punto III del dictamen del procurador, en ambos casos.

⁶³ CIDH, Informe 2/97, casos 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.248, 11.249, 11.251, 11.254, 11.255, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263, 11.305, 11.320, 11.326, 11.330, 11.499, y 11.504, Argentina, 11 de marzo de 1997.

⁶⁴ CIDH, Informe 2/97, párrafo 61 ii.

⁶⁵ La ley 24.390 (BO 22/11/94) establecía un plazo máximo de dos años para la duración de la prisión preventiva, prorrogable por un año y por seis meses más, en este último supuesto, si mediaba una sentencia condenatoria no firme (arts. 1 y 2). La ley 25.430 (BO 1/6/2001) estableció plazos más extensos (arts. 1 y 2 de la redacción actual).

debía ser analizada a la luz de otras normas que impedían su liberación⁶⁶. Estévez presentó un recurso *in forma pauperis* ante la Corte denunciando que la Cámara no había dado razones suficientes para negar su libertad. Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano y López le dieron la razón y concluyeron que el Tribunal había denegado la libertad con fórmulas genéricas y abstractas⁶⁷, a pesar de haber admitido primero que el tiempo de detención excedía los máximos legales. En consecuencia, reenviaron el caso para una nueva resolución. Petracchi y Fayt coincidieron con esta solución con una argumentación similar. Bossert fue el único que presentó el caso de un modo distinto. A su entender, la cuestión central era la interpretación de la Cámara contraria al artículo 7.5 de la Convención Americana⁶⁸ y a las recomendaciones de la Comisión en el Informe 12/96 Giménez⁶⁹ respecto del plazo razonable de detención sin juzgamiento⁷⁰. Bossert destacó que la ley 24.390 se autodefinía reglamentaria de la Convención⁷¹ y apeló a la posición de la Comisión en "Suárez Rosero"⁷² y "Giménez" para concluir que debía modificarse el criterio anterior de la Corte argentina en "Firmenich" (28/7/87)⁷³ respecto de las consecuencias de la violación de los plazos legales de duración de la prisión preventiva. Llama la atención la única mención de Bossert a los argumentos de derecho internacional y a la doctrina de la Comisión en el Informe 12/96, incluso desde la sola perspectiva de la técnica que debe regir la

⁶⁶ Así se indicó que la penalidad establecida para el delito imputado y la severa condena que registraba permitían establecer que no se configuraba ninguna de las hipótesis del art. 379 del Código de Procedimientos en Materia Penal (cfr. cons. 2 del voto de la mayoría).

⁶⁷ Cons. 6.

⁶⁸ Cons. 3.

⁶⁹ Informe 12/96, Jorge Alberto Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996.

⁷⁰ Bossert recalcó que si bien la Comisión había entendido que la detención sin condena podía ser irrazonable aunque no excediera de dos años o razonable aún más allá de ese límite, también había remarcado que ello no excluía la posibilidad de establecer un plazo general más allá del cual la detención fuera considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito o de la complejidad del caso (cons. 19). El juez también citó la reacción favorable de la Comisión frente a la sanción de la ley 24.390 en el Informe 12/96 (cons. 20).

⁷¹ Cons. 6.

⁷² Recordó que la Comisión en "Suárez Rosero" había sostenido que cuanto más se prolonga el proceso de manera más fuerte se ve comprometida la presunción de inocencia (cons. 17).

⁷³ Fallos: 310:1476; de acuerdo con el cual no era posible traducir en días meses o años el plazo razonable previsto en el art. 7.5 de la Convención.

redacción de un fallo, puesto que Estévez había solicitado la adopción de la doctrina del Informe 12/96. Además, al momento de la sentencia ya era conocido el propio Informe 2/97⁷⁴, e incluso el entonces procurador penitenciario Oscar L. Fappiano había presentado un *amicus curiae* solicitando el cumplimiento de sus recomendaciones⁷⁵. La solución resultó favorable al peticionario⁷⁶ pero “Estévez” hizo evidente una dilación importante en la recepción de la doctrina interamericana por parte de la Corte.

Carlos F. Corbo corrió otra suerte al pedir de modo directo el avocamiento de la Corte en el proceso que se le seguía en la provincia de Buenos Aires⁷⁷ a fin de que se hicieran efectivas las recomendaciones de la Comisión. Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, López y Vázquez archivaron su petición por considerar que no habilitaba la competencia originaria de la Corte con arreglo a los artículos 116 y 117 de la Constitución⁷⁸, sin ninguna mención al informe interamericano. En disidencia, Petracchi y Boggiano entendieron que los intereses en crisis justificaban la

⁷⁴ El informe de la Comisión es del 11 de marzo de 1997 y el fallo de la Corte del 3 de octubre siguiente. Parecería que el informe es posterior al recurso del Sr. Estévez, lo que explicaría que éste no lo haya mencionado.

⁷⁵ Copias en poder el autor.

⁷⁶ En un sentido valiosamente opuesto al de “Bramajo”, *Fallos*: 319:1840 (12/9/1996) respecto del sentido de las reglas de la Convención frente a la limitación temporal de la prisión preventiva.

⁷⁷ Según el Sr. Corbo, fue detenido el 16/8/89 y se encontraba en esa situación al momento del fallo, sin que hubiera recaído en su contra sentencia firme. El 9/11/95 la Sala 3 de la Cámara Penal de Morón lo condenó a de 16 años de prisión como coautor de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Código Penal), lo declaró reincidente y unificó esta pena con otras anteriores en la de 24 años de prisión, accesorias legales y costas. El defensor oficial interpuso recurso extraordinario ante la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Este tribunal, ante la vigencia del nuevo código procesal (ley 11.922), dispuso la notificación a las partes a fin de que interpusieran recurso de casación ante el Tribunal de Casación Penal (26/11/98) que el nuevo ordenamiento procesal había creado. Ese recurso se encontraba pendiente de resolución desde el 9/4/99 sin que tampoco se hubieran resuelto varios hábeas corpus presentados ante ese tribunal (cfr. cons. 2 de la disidencia).

⁷⁸ “Art. 116. Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación (...) y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero. Art. 117. En estos casos, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación (...) pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

intervención del Tribunal, aun cuando, en principio, el asunto era ajeno a la competencia del Tribunal⁷⁹. Señalaron que la situación Carlos Corbo al igual que la considerada en “Estévez” había motivado la censura de la Comisión⁸⁰ y que por ello debía remitirse el caso al tribunal de intervención en la provincia de Buenos Aires “a fin de que d[iera] urgente cumplimiento a la recomendación de la Comisión”⁸¹.

El tercero de los fallos vinculados al Informe 2/97 está referido a la situación de Alonso, condenado a veinte años de prisión por varios hechos vinculados a operaciones de narcotráfico⁸². Con base en el informe, aquél había solicitado infructuosamente en todas las instancias la aplicación de los artículos 7 y 8 la ley 24.390⁸³ (dos por uno) hasta llegar en queja a la Corte cuestionando la excepción del artículo 10 que excluye del cómputo doble a los imputados por ciertos delitos. Señaló que la jurisprudencia nacional sobre la materia –incluso la sentencia anterior de la Corte Suprema respecto de su propia situación⁸⁴– era anterior a las recomendaciones de la Comisión sobre la duración de la prisión preventiva y, en especial, a las del Informe 2/97 que señalaba que el artículo 10 estaba en conflicto con los principios de inocencia e igualdad jurídica⁸⁵. También remarcó que había sido condenado por un concurso real de delitos de los cuales sólo uno estaba comprendido en la excepción del artículo 10 y reclamó el cómputo doble respecto del tiempo de detención correspondiente a los demás hechos.

⁷⁹ Para la disidencia, “la permanencia en prisión preventiva durante casi doce años supera cualquier criterio de proporcionalidad, por flexible que éste sea...” (cons. 4).

⁸⁰ Cons. 6. También aclararon que cuando la Comisión emitió el informe el Sr. Corbo llevaba cinco años y seis meses de prisión sin condena y que al momento del fallo ese tiempo prácticamente se había duplicado (cons. 6).

⁸¹ Cons. 7.

⁸² Como autor de los delitos previstos en los arts. 864-866 del Código Aduanero, en concurso real con los contemplados por los arts. 210 y 292 del Código Penal –art. 33 de la ley 17.671– y en concurso real con el descripto por el art. 2, inc. C, de la ley 20.771.

⁸³ El art. 7 de la ley 24.390 (BO 22/11/94) decía que “transcurrido el plazo de dos años previsto en el art. 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión”, mientras que el art. 8 indicaba que se modificaba el art. 24 del Código Penal “para los casos comprendidos en esta ley”. Ambos fueron derogados por la ley 25.430 (BO 1/6/2001).

⁸⁴ Fallos: 318:2611, 26/12/95.

⁸⁵ El parágrafo 52 del Informe 2/97 señaló que la excepción del art. 10 afectaba a seis peticionarios que se encontraban detenidos a la fecha del informe, entre ellos, el Sr. Alonso y estimó que ese artículo “tiende a crear una excepción al principio de presunción de inocencia”.

El procurador Nicolás Becerra consideró que la impugnación de Alonso era insuficiente ya que en atención a lo que había sido resuelto por la Corte, la defensa no había rebatido los argumentos del tribunal de casación referidos a la cosa juzgada y a la inteligencia del artículo 10. También señaló que el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión se había pedido tardíamente, recién en la queja ante la Corte y que no se había demostrado que el agravio fundado en esas conclusiones guardase relación directa con lo decidido dado que el informe no sugería aplicar el beneficio de la ley 24.390⁸⁶. Sobre la posibilidad de otorgar el cómputo especial como reparación de la prisión preventiva que “según se alega” había violado la Convención⁸⁷, insistió en que no había sido demostrado un perjuicio en relación con las circunstancias de la causa⁸⁸. Finalmente, citó la posición de la mayoría de la Corte en “Acosta”⁸⁹ y negó que las recomendaciones fuesen vinculantes para el Poder Judicial o que pudieran conmovir la cosa juzgada⁹⁰.

Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, López y Vázquez consideraron que la presentación tenía vencido el plazo iniciado por la notificación de la resolución de la Cámara de Casación en los autos principales⁹¹. Agregaron que tampoco refutaba todos los fundamentos del fallo apelado, especialmente en lo atinente a la cosa juzgada⁹² y que las recomendaciones de la Comisión no se vinculaban con la situación de Alonso, pues de la lectura de tal decisión “agregada a los autos por el interesado” se concluía que ella versaba sobre temas ajenos a los que ahora planteaba⁹³.

⁸⁶ El PGN destacó que el informe indicaba que “se tomen las medidas necesarias para que los afectados sean puestos en libertad mientras esté pendiente la sentencia”, lo que no incluía al Sr. Alonso, condenado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Agregó que tampoco estaba en discusión la libertad del Sr. Alonso durante el trámite de la causa sino la aplicación a su respecto del cómputo del art. 7 de la ley 24.390 y que esa cuestión ya había sido resuelta en *Fallos*: 318:2611.

⁸⁷ No se advierte por qué el PGN evita atribuir a la Comisión tal conclusión.

⁸⁸ Según el PGN, la remisión genérica al Informe 2/97 impedía considerar subsanado este defecto, dada la generalidad de sus términos.

⁸⁹ El caso se analiza más abajo, al referirnos al Informe 55/97.

⁹⁰ El procurador recalcó que en “Acosta” (*Fallos*: 321:3555) la Corte había delimitado la injerencia que en el orden jurídico nacional correspondía reconocerles a las recomendaciones de la Comisión y citó el cons. 10 de aquella decisión según el cual “la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podrá constituir un motivo de revisión de las decisiones judiciales”.

⁹¹ Cons. 4.

⁹² Cons. 4.

⁹³ Es decir, para la mayoría, “al tiempo de prisión preventiva que sufrió el imputado y su relación con el principio de inocencia, que en modo alguno se vincula con la

Boggiano concluyó que la impugnación había sido presentada dentro del plazo legal⁹⁴ y postuló abiertamente la cuestión de la obligatoriedad del informe⁹⁵, aunque restringió la operatividad de la recomendación. Con remisión a su voto en “Acosta”, indicó que los informes son criterios jurídicos de ordenación valorativa que se deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el derecho interno, pero aclaró que esa racional indagación “conlleva la posibilidad de apartarse del contenido de los informes y recomendaciones cuando resultan incompatibles con los derechos reconocidos por la Convención”⁹⁶. Para Boggiano resultaba aplicable la doctrina de “Arana”⁹⁷ respecto de la validez del artículo 10⁹⁸ y bajo esa luz consideró que el informe no contenía la recomendación de otorgar el beneficio del dos por uno al peticionante⁹⁹. De todas formas, igualmente avanzó sobre el contenido de la decisión internacional¹⁰⁰ y concluyó que la Corte Suprema “rechaza[ba] de plano las antedichas conclusiones” del Informe 2/97¹⁰¹.

En disidencia, Petracchi y Bossert entendieron que la queja no era extemporánea pues no había constancia de la notificación personal al interesado del rechazo del recurso extraordinario¹⁰² y trataron los agr-

aplicación de la pena al condenado y la forma de efectuar su cómputo, que fue la cuestión discutida en la especie” (cons. 5).

⁹⁴ Cons. 2.

⁹⁵ Señaló que “el agravio se sustentaba en el alcance y la obligatoriedad del Informe 2/97 por lo que su aplicación sería determinante para la admisibilidad de la pretensión” (cons. 3).

⁹⁶ Tal como lo hizo el tribunal en “Felicetti” (voto del juez Boggiano, cons. 20), según precisó (cons. 5).

⁹⁷ Fallos: 318:1877.

⁹⁸ Cons. 4.

⁹⁹ Cons. 6. Ello así pues, a su entender, se había sugerido al Estado argentino la modificación de disposiciones legislativas para hacerlas consistentes con las normas de la Convención y, en los casos de detención prolongada, la adopción de las medidas necesarias para que los afectados sean puestos en libertad (cons. 6) de lo que surgiría que la aludida recomendación se refiere en forma genérica a la situación de los inculpados con anterioridad al dictado del pronunciamiento final y no contiene ninguna mención concreta a la situación del recurrente (cons. 7).

¹⁰⁰ Cons. 8 a 19.

¹⁰¹ Cons. 9, después de lo cual ofreció los argumentos que fundaban esa posición.

¹⁰² Cons. 2. Luego, su voluntad de recurrir fundada posteriormente por el defensor debía admitirse, conforme la jurisprudencia del tribunal respecto de impugnaciones de personas detenidas presentadas *in forma pauperis*. Lamentablemente, el fallo de la Corte deja sin discutir abiertamente cuál era la notificación debida y qué había ocurrido en autos.

vios, dándole la razón a la defensa en varios puntos que la mayoría había considerado insuficientemente planteados¹⁰³. Concluyeron que la Cámara de Casación había extendido exageradamente los alcances de lo resuelto por la Corte con anterioridad, privando a Alonso de una respuesta sobre el mérito de lo que planteaba¹⁰⁴ y agregaron que el Informe 2/97 reforzaba la conclusión por lo que “era insuficiente remitir a lo resuelto en precedentes” que habían ofrecido un enfoque distinto¹⁰⁵.

IV. Destitución arbitraria del juez Carranza Latrubesse: Informe 30/97

Carranza Latrubesse Fallos 325: 380 (12/3/2002).

El 17 de junio de 1976, Gustavo Carranza Latrubesse fue removido de su cargo de juez de Primera Instancia de Chubut en forma arbitraria en virtud del Decreto 656/76 del Poder Ejecutivo *de facto* de esa provincia¹⁰⁶. Había sido designado el 27 de octubre de 1971 según el procedimiento vigente entonces y ratificado por la legislatura local en 1973. Reinstaura-

¹⁰³ Petracchi y Bossert primero analizaron los alcances de la ley 24.390 y del art. 24 del Código Penal y señalaron que allí están regulados “dos aspectos claramente diferenciables”. Por un lado, “se reglamenta el art. 7, punto 5, de la Convención Americana (...) al establecer la duración razonable de la prisión preventiva (arts. 1 y 2 [de la ley 24.390]) y por el otro, se modifica el art. 24 del Código Penal (art. 8 [ídem]), y se prescribe que, transcurrido el plazo de dos años previsto en el art. 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión” (cons. 6). En el art. 24 del Código Penal, “el legislador tiende a conceder una suerte de reparación respecto de la cortapisa a la presunción de inocencia que acarrea todo encarcelamiento preventivo, y la modificación de dicho artículo introducida por la ley 24.390, se orienta a ‘aumentar’ dicha reparación en los casos en que, además, la prisión preventiva haya excedido ciertos plazos (...) En este sentido, no resulta en modo alguno evidente que, aunque se trate de delitos muy graves, quienes pudieren resultar condenados por tales delitos merezcan una reparación menor...” (cons. 7).

¹⁰⁴ Según dijeron los jueces disidentes, “la Cámara de Casación no pudo extender sin más la aplicación de tal criterio jurisprudencial a una situación disímil, como es la de determinar si la discriminación que se realiza en la norma citada es razonable *también* cuando lo que se encuentra en juego es el abono del tiempo de prisión preventiva”. Además, en el texto del art. 10 de la ley 24.390 sólo se hace referencia “a quienes resulten ‘imputados’ por ciertos delitos previstos por la ley 23.737, con lo cual el punto relativo a la legitimidad de ampliar, por analogía, el alcance de la exclusión del cómputo privilegiado a los ‘condenados’ por las figuras equivalentes de la ley 20.771 y por contrabando, debió ser especialmente considerado” (cons. 8).

¹⁰⁵ Cons. 9.

¹⁰⁶ El relato se basa en la presentación ante la Corte del propio Sr. Carranza Latrubesse, tal como está referida en el dictamen del procurador general de la nación de *Fallos*: 325:380.

da la democracia, reclamó judicialmente la anulación del decreto, el pago de los salarios caídos y una indemnización por los daños sufridos. El Superior Tribunal de Chubut declaró que la cuestión no era justiciable¹⁰⁷ y contra ese pronunciamiento el juez removido llevó el caso a la Corte que el 24 de febrero de 1984 desestimó la petición por considerarla también una cuestión política no justiciable. El 31 de agosto de 1987, Carranza Latrubesse presentó una petición ante la Comisión Interamericana por la violación al debido proceso y a las garantías jurisdiccionales. El 30 de septiembre de 1997, la Comisión emitió el Informe 30/97 recomendando al Estado argentino indemnizar adecuadamente al peticionario por la denegación de su derecho a la justicia y fijó un plazo de treinta días a partir de la fecha de remisión del informe para su cumplimiento.

Ante el vencimiento del plazo fijado en el informe de la Comisión y dada la colisión de intereses patrimoniales entre la provincia de Chubut y la Nación, Carranza Latrubesse planteó ante la Corte una acción declarativa contra el Estado nacional y contra la provincia a fin de que cesara el estado de incertidumbre sobre la existencia de su derecho al debido proceso, tal como le había sido reconocido en el informe. También solicitó que se declarara que el Estado nacional era el sujeto obligado por ser el responsable ante la Comisión y reclamó una indemnización. Carranza Latrubesse pretendía que la Corte declarara la existencia de su derecho y la identidad del sujeto obligado a resarcir.

El 17 de mayo de 2001, la procuradora fiscal Graciela Reiriz señaló que correspondía entender a la Corte en ejercicio de su competencia originaria *ratione personae* toda vez que se encontraban nominal y sustancialmente demandados el Estado nacional y la provincia de Chubut. Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, López, Bossert y Vázquez, en cambio, entendieron que la pretensión de declarar a la República Argentina responsable del cumplimiento del Informe 30/97 y al Estado nacional como sujeto obligado no era de la competencia originaria del tribunal ya que no se podía afirmar que la provincia de Chubut fuera parte sustancial en el proceso. La mayoría ofreció tres razones para esta conclusión. Sólo el Estado nacional como Estado Parte de la Convención debe valorar el reclamo y, en su caso, cumplir con los deberes inherentes a esa calidad. Él es, según los jueces, el destinatario natural de la recomendación¹⁰⁸ además de que los términos del Informe 30/97 “acompañado” revelan su vinculación directa con el Estado nacional y no con la

¹⁰⁷ Sentencia de 1 de julio de 1986, con fundamento en “Sansó, Gerónimo c/Estado Nacional s/nulidad de decretos”, *Fallos*: 306:769 (3/6/84).

¹⁰⁸ Cons. 6.

provincia de Chubut¹⁰⁹. Por último, las propias manifestaciones del interesado determinaban esa legitimación pasiva. Boggiano, en disidencia, coincidió con la solución de la procuradora. La solución según la cual la legitimación pasiva de la provincia no era clara y resultaba evidente la del Estado nacional parece indicar, dadas las características del caso, al menos una mínima asunción de la existencia de un compromiso internacional, aunque no se avanzó demasiado respecto del cumplimiento de tal obligación.

V. Derecho al recurso en el caso “La Tablada”: Informe 55/97

*Acosta Fallos: 321:3555 (22/12/98); Gorriarán Merlo Fallos: 322:2488 (19/10/99); Boico Fallos: 323:4009 (12/12/2000); Felicetti Fallos: 323:4130 (21/12/2000)*¹¹⁰; *Díaz Comp. N° 1596. XXXVI (21/12/2000) y Felicetti II F. 113.XXXVII (7/12/2001).*

El 23 de enero de 1989 se produjo el asalto al Regimiento de La Tablada y se desató una violenta reacción estatal que condujo a su recuperación. Por el ataque a la guarnición, la Cámara Federal de San Martín condenó a un grupo de personas¹¹¹ y las sentencias quedaron firmes después de la intervención de la Corte Suprema¹¹². Posteriormente, se alegaron ante la Comisión Interamericana diversas violaciones a los derechos humanos en perjuicio de los condenados, ocurridas tanto durante las acciones en el cuartel como durante el juicio posterior. La Comisión concluyó que el Estado argentino era responsable por las violaciones a los derechos a la vida, integridad personal, posibilidad de recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior y derecho a un recurso sencillo y efectivo y recomendó al Estado argentino que adoptara las medidas apropiadas para reparar a las víctimas o a sus familiares. Finalmente publicó el Informe 55/97 con esas recomendaciones¹¹³.

¹⁰⁹ Cons. 7.

¹¹⁰ *Fallos: 323:4130.*

¹¹¹ Claudia B. Acosta, Miguel A. Aguirre, Luis A. Díaz, Roberto Felicetti, Isabel M. Fernández de Mesutti, Gustavo A. Mesutti, José Mereyra, Carlos E. Motto, Sergio M. Paz, Luis D. Ramos, Sebastián J. Ramos, Claudio N. Rodríguez, Claudio O. Veiga, Juan A. Puigjané, Dora E. Molina de Felicetti, Miguel A. Faldutti, Daniel A. Gabioud Almirón, Juan M. Burgos, Cintia A. Castro y Juan C. Abella.

¹¹² *Fallos: 315: 325 y 319:325.*

¹¹³ Entre las reacciones más conocidas exigiendo el cumplimiento de las recomendaciones hubo una generalizada huelga de hambre a raíz de la cual el 27 de diciembre de 2000, la Comisión solicitó al gobierno la adopción de medidas en favor de los peticionarios. Ver www.cidh.oas.org/medidas/2000.sp.htm (última visita 20/10/2004).

El primero de los casos relevantes respecto de este informe es “Acosta”. Los afectados individualizados por la Comisión habían presentado un hábeas corpus señalando que la recomendación referida a la reparación implicaba su libertad inmediata y dijeron que debía examinarse “la forma de poner en estado operativo” las recomendaciones de la Comisión¹¹⁴. El recurso fue rechazado en primera instancia y por la Cámara Federal de San Martín¹¹⁵. Los abogados de los condenados llevaron entonces el caso a la Corte y señalaron que la obligación de reparar a las víctimas o a sus familiares debió haberse vinculado con la liberación de los amparados, cuestionando el criterio de la Cámara de acuerdo con el cual el *habeas corpus* no podía prosperar frente a una sentencia firme¹¹⁶.

Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, López y Vázquez desde el inicio afirmaron la ausencia de fuerza vinculante de las decisiones de la Comisión. Con varias referencias a la Opinión Consultiva 13/93¹¹⁷ señalaron que la jurisprudencia de la Comisión debe servir de guía para la interpretación de la Convención¹¹⁸ y que la decisión de publicar un informe u otras instancias posibles del trámite ante la Comisión representaban la conclusión del procedimiento ante esa instancia, no obstante lo cual los Estados sólo estaban comprometidos a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana de acuerdo con el artículo 68.1 de la Convención¹¹⁹. Agregaron que la Corte Interamericana había expresado que la Comisión no era competente para dictaminar si una norma “contradice o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado”¹²⁰ y en el mismo sentido citaron el Informe 30/97 de la Comisión¹²¹ donde ésta había descripto su incompetencia “para declarar *per se* que una ley nacional o dictamen de la justicia es inconstitucional o ilegal”¹²². La pertinencia de estas citas, sin

114 Cfr. cons. 2 del voto de la mayoría.

115 La Cámara señaló que las obligaciones contraídas por el Estado se reducían a auxiliar a la Comisión sin un compromiso jurídico de cumplir sus recomendaciones y que la detención de los amparados correspondía a una sentencia condenatoria firme que impedía la procedencia del hábeas corpus (cfr. cons. 3).

116 Cfr. cons. 4.

117 Opinión Consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. cons. 7 y 8.

118 Cons. 10, con referencias a “Giroldi” y “Bramajo”.

119 Cons. 9.

120 Cons. 11.

121 Sobre el que se habló anteriormente en este trabajo.

122 Cons. 12.

embargo, es bien dudosa. La doctrina de las dos decisiones citadas por la Corte deja en claro que la Comisión puede valorar la compatibilidad de un acto estatal frente a la Convención Americana y que, a menos que exista una violación a dicho tratado, no tiene atribuciones para calificar la compatibilidad de los actos del Estado frente a las normas internas que los rijen. No es más que la línea de “Marzioni”¹²³ donde la Comisión delineó las principales características de la llamada *fórmula de la cuarta instancia*. Sencillamente, la Comisión no posee competencia material respecto de cualquier ilícito estatal, sino sólo respecto de aquellos en los que la norma comprometida es la Convención americana¹²⁴. La mayoría también agregó que si bien por el principio de buena fe el Estado debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta a las recomendaciones de la Comisión, ello no equivalía a consagrar el deber para los jueces de dar cumplimiento a su contenido, pues no se trata de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. La jurisprudencia internacional, dijo la mayoría, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales¹²⁵.

Boggiano y Bossert concurrieron con la mayoría pero con argumentos distintos. A diferencia de sus colegas, partieron de afirmar que los informes de la Comisión merecen una especial consideración que la Cámara había desatendido, pues aunque los jueces no están obligados a ceñir sus decisiones a lo establecido en los informes tienen el deber de tomar en consideración su contenido¹²⁶. Para Boggiano y Bossert, el principio de buena fe hace de los informes de la Comisión “una inestimable fuente de hermenéutica”¹²⁷ aun en ausencia de un reconocimiento expreso de su obligatoriedad¹²⁸ y citaron varios casos en los cuales la propia Corte había

¹²³ Informe 39/96, caso 11.673, Argentina, 15 de octubre de 1996, párrafos 48 a 71.

¹²⁴ La distinción no es compleja y tiene una semejanza importante con la doctrina de la propia Corte respecto de la competencia recursiva extraordinaria frente a las reglas de derecho común o local.

¹²⁵ Cons. 13.

¹²⁶ Cons 13. Agregaron que la Corte representa la “soberanía nacional” (con cita de *Fallos*: 12:134) y que debe velar por la actuación del Estado en el ámbito internacional (con citas de *Fallos*: 315:1492, cons. 19 *in fine* y 318:373, cons. 4). (cons. 15), responsabilidad que se extiende a todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero (art. 16).

¹²⁷ Cons. 10, con cita de “Bramajo”, *Fallos*: 319:1840.

¹²⁸ Al evaluar el informe dijeron que “de los términos expresos del Pacto como de su contexto, se desprende que cuando ese instrumento convencional ha querido asignar carácter obligatorio a las decisiones emanadas de sus órganos de aplicación lo hizo en forma explícita...” (cons. 8).

adoptado pautas de la Comisión¹²⁹. En la misma línea, aludieron a la doctrina de “Loayza Tamayo” y ratificaron la obligación de realizar los “mejores esfuerzos” para aplicar las recomendaciones¹³⁰. Respecto del núcleo de la petición, concluyeron que la liberación de los detenidos no correspondía al contenido del informe¹³¹ y que tampoco podía desprenderse de sus términos un reconocimiento del derecho a la libertad como forma de reparación¹³². Además agregaron que la recomendación reclamaba el pleno acceso al recurso “en lo sucesivo”, lo cual, según señalaron incorrectamente, no comprendía la situación de los condenados de La Tablada¹³³. Por último y renunciando al declarado activismo de “Girolodi” advirtieron que la misión más delicada de la función jurisdiccional es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes del Estado¹³⁴.

Petracchi, por su parte, remarcó que se estaba discutiendo la medida en que las decisiones de la Comisión eran obligatorias¹³⁵, pero no llegó a definir el punto pues entendió que de los términos del Informe 55/97 no surgía una recomendación a favor de la libertad de los peticionarios¹³⁶. Según sostuvo, sólo la tercera recomendación del informe tenía relación con la libertad¹³⁷, pero otorgar la libertad como una suerte de reparación ni se derivaba del texto de la recomendación ni era compatible con el orden constitucional argentino¹³⁸.

Diez meses más tarde, la Corte mostró un tratamiento distinto de la misma situación que llevó al Estado argentino a recibir la declaración de responsabilidad en los informes del caso “La Tablada”, 17/94¹³⁹ y 55/97,

¹²⁹ Dando como ejemplos *Fallos*: 318:1877; cons. 8; 318:2611; voto del juez Borsert en “Estévez”, resuelta el 3 de octubre de 1997; voto de los jueces Fayt y Petracchi en “Tabárez”, resuelta el 17 de marzo de 1998 (cons. 10).

¹³⁰ Cons. 12.

¹³¹ Cons. 18 a 21.

¹³² Cons. 22.

¹³³ Cons. 22.

¹³⁴ Con cita de *Fallos* 310:2709; 311:2553; 313:228; 314:1091 y 317:126, de modo de preservar “el prestigio y la eficacia de su misión de supremo custodio de las garantías concedidas por la Constitución a todos los habitantes de la Nación” (cons. 26).

¹³⁵ Cons. 5.

¹³⁶ Cons. 6 y 9.

¹³⁷ La Comisión recomendó allí que el Estado argentino “adopte las medidas más apropiadas para reparar a las víctimas o a sus familiares el daño sufrido”.

¹³⁸ Cons. 8.

¹³⁹ CIDH, Informe 17/94, caso 11.086, “Maqueda”, Argentina, 9 de febrero de 1994.

al resolver respecto de Enrique Gorriarán Merlo y de Ana María Sívori también procesados y condenados conforme a la ley 23.077. El procurador Becerra señaló que la posible responsabilidad internacional exigía sujetarse a la doctrina de “Girolodi” y que esa solución era además directamente compatible con el Informe 17/94 de la Comisión que había discutido cuestiones sustancialmente análogas¹⁴⁰. En la misma línea, Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Bossert y Vázquez señalaron por unanimidad que si bien el recurso federal no satisfacía la exigencia de fundamentación, la trascendencia de la cuestión exigía remediarse¹⁴¹ y ratificaron la doctrina de “Girolodi” declarando la invalidez del artículo 87 de la ley 23.077 que veda la admisibilidad de recurrir ante la Cámara de Casación contra las sentencias condenatorias¹⁴². También rechazaron la presentación del fiscal respecto de la situación de Ana María Sívori ratificando la correcta doctrina de “Arce”¹⁴³. Es notable, con todo, la ausencia de cualquier mención a los informes de la Comisión, incluso cuando el procurador había postulado abiertamente ese camino.

El cumplimiento de las recomendaciones del Informe 55/97 volvió a discutirse en “Boico” (12/12/2000). Roberto J. Boico, en su calidad de ciudadano y abogado, había interpuesto un *habeas corpus* contra el Estado nacional por el agravamiento de las condiciones de detención de los detenidos de La Tablada que por entonces llevaban adelante una huelga de hambre y había requerido informes sobre el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión¹⁴⁴. Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, López y Bossert interpretaron que esa pretensión no correspondía a la competencia ordinaria o extraordinaria de la Corte y remitieron la presentación al juzgado en turno de *hábeas corpus*¹⁴⁵. Fayt, en un voto con-

¹⁴⁰ En este informe relativo a la situación de Guillermo Maqueda, procesado en la misma causa y juzgado también por el procedimiento previsto en la ley 23.077, la Comisión había concluido que el recurso extraordinario no era un instrumento efectivo para garantizar el derecho de recurrir el fallo. El procurador señaló que la Comisión había reiterado su criterio en casos posteriores, en alusión al Informe 55/97.

¹⁴¹ Según se dijo, el proceso “ha comprometido intereses públicos de magnitud y afectado instituciones fundamentales y básicas de la nación” por lo que correspondía prescindir de los requisitos de admisibilidad formal cuando los agravios planteaban de modo claro la inconstitucionalidad del art. 87 de la ley 23.077 por violar la garantía de la doble instancia (cons. 3).

¹⁴² Cons. 4.

¹⁴³ Fallos: 320:2415, en el cual se había interpretado que la garantía del art. 8.2.h de la CADH está consagrada sólo en beneficio del inculpado (cons. 5).

¹⁴⁴ Fundó la existencia de competencia directa de la Corte sobre la base del precedente “Pérez de Smith”, Fallos: 300:1282 (21/12/78).

¹⁴⁵ La Ley de Hábeas Corpus n 23.098 prevé que los jueces nacionales en lo criminal de instrucción serán competentes en una situación como la del caso (arts. 2 y 8).

corriente entendi3 que las peticiones no podían subsumirse bajo la acci3n de h4beas corpus pues las recomendaciones de la Comisi3n estaban referidas a la posibilidad de recurrir el fallo de condena y ese derecho no pod4a “ser esgrimido por un tercero ajeno al proceso que no invoca representaci3n alguna”¹⁴⁶. Con relaci3n a la apertura de la jurisdicci3n originaria, interpret3 que el Tribunal deb4a ser celoso de su competencia fundada en expresas disposiciones constitucionales¹⁴⁷ y estim3 que el planteo respecto de la salud de los detenidos deb4a dirigirse a los jueces de la causa para ser atendido con la celeridad que requer4a¹⁴⁸. Tambi3n se1al3 que el alcance del derecho al recurso hab4a sido definido por la Corte en “Gorriar4n Merlo” por lo que cab4a esperar su acatamiento por los jueces competentes¹⁴⁹. Petracchi tambi3n entendi3 que la petic3n era ajena a la competencia de la Corte, pero se1al3 que su naturaleza impon4a conocer el asunto¹⁵⁰. Record3 la doctrina de “Gorriar4n Merlo”¹⁵¹ y las conclusiones del Informe 55/97¹⁵² y se1al3 que el legislador no hab4a establecido hasta ese momento un instrumento procesal para implementar el recurso¹⁵³, no obstante lo cual dicha omisi3n no podr4a “convalidar por omisi3n la subsistencia de condenas dictadas en contravenci3n a lo dispuesto por el Pacto de San Jos3 de Costa Rica”¹⁵⁴. Con todo, incorpor3 un matiz limitador al se1alar que “m4s all4 del car4cter no vinculante” del informe, el principio de la buena fe obliga a tener en cuenta su contenido¹⁵⁵, deber que impon4a obviar obst4culos formales y remitir la presentaci3n a la

¹⁴⁶ Cons. 2.

¹⁴⁷ Circunstancia que hac4a inh4biles a las doctrinas que sobre la base de derechos de alcance constitucional dejaron de lado limitaciones *legales* para posibilitar la actuaci3n del M4ximo Tribunal (cons. 4).

¹⁴⁸ Cons. 6.

¹⁴⁹ O en caso contrario, “corregir por v4a de los recursos que habilitan la competencia de este Tribunal” (cons. 7).

¹⁵⁰ Para Petracchi, la naturaleza de dichos art4culos impon4a un examen en el que se prescindiera de posibles obst4culos formales con la finalidad de hacer efectiva la protecci3n de los derechos constitucionales que la Corte debe tutelar (cons. 2). Comp4rese con la posici3n de Fayt en el cons. 4 de su voto.

¹⁵¹ En cuanto veda recurrir ante la C4mara de Casaci3n Penal contra las sentencias dictadas de acuerdo con el procedimiento contemplado en dicha ley.

¹⁵² Cons. 4.

¹⁵³ Cons. 5.

¹⁵⁴ Cfr. doctrina de *Fallos*: 312:1492, “Miguel 4ngel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y otros”, especialmente el voto de los jueces Petracchi y Molin3 O’Connor (cons. 6).

¹⁵⁵ Sin destacado. Y agreg3 que “es obligaci3n de lo poderes p4blicos tutelar y reparar satisfactoriamente una lesi3n a un derecho fundamental que sigue siendo actual...” (cons. 7).

Cámara de Casación Penal a fin de que arbitre lo necesario para revertir la lesión al derecho a la doble instancia¹⁵⁶.

Otro caso sumamente trascendente suscitado a raíz del Informe 55/97 fue “Felicetti”, probablemente la decisión que más crudamente ha expuesto las carencias de la jurisprudencia de la Corte con relación a la recepción de las recomendaciones de la Comisión. Los abogados defensores de los peticionarios habían interpuesto un recurso de revisión ante la Cámara Nacional de Casación Penal, con base en las conclusiones del informe. El recurso fue rechazado y los defensores consintieron el fallo. Sin embargo, el procurador general del tesoro, en función de lo ordenado por el Decreto 1164/2000 del PEN¹⁵⁷ que lo instruía para actuar a favor de los detenidos, se presentó en la causa impugnando el fallo. La Sala II de la Casación Penal declaró inadmisibles sus pretensiones y sostuvo que las partes legitimadas para actuar eran únicamente los condenados, representados por sus abogados defensores, por un lado, y el Ministerio Público Fiscal, por otro.

El procurador del tesoro interpuso entonces queja ante la Corte. El procurador general, no obstante, postuló su rechazo en la inteligencia de que convalidar la presencia del abogado del Estado en una causa penal que le era ajena provocaría un desequilibrio entre los poderes de la Nación¹⁵⁸. Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, López y Vázquez coincidieron con él y aclararon que en el caso, las únicas partes legitimadas eran los condenados, representados por sus defensores y el Ministerio Público Fiscal, cuya función ya era coadyuvar en la promoción de la actuación de la justicia¹⁵⁹. La mayoría, de todas formas, avanzó igualmente en un extenso *obiter dicta*¹⁶⁰ que revitalizó la cuestionable jurisprudencia de “Acosta”¹⁶¹ y señaló que la aplicación retroactiva de las conclusiones de la Comisión afectaría sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. La mayoría contravirtió además el contenido mismo del informe

¹⁵⁶ Cons. 8 a 9.

¹⁵⁷ El Decreto PEN 1164/2000 (BO 12/12/2000) instruyó al procurador general del tesoro para que en ejercicio de la representación del Estado nacional se presentara en el proceso que tramitaba entonces ante la Cámara Nacional de Casación Penal e interpusiera los recursos necesarios para obtener el cumplimiento de la recomendación de la Comisión.

¹⁵⁸ Dictamen del PGN, Nicolás Becerra, del 18 de diciembre de 2000.

¹⁵⁹ Cons. 2.

¹⁶⁰ Según se aclaró, a fin de dejar bien establecido que no es insensible frente a la preocupación por el cumplimiento de compromisos internacionales (cons. 3 a 5).

¹⁶¹ Cons. 6, con la transcripción del cons. 13 de ese precedente.

e indicó que la Convención no impone necesariamente la doble instancia como renovación del debate realizado en el proceso¹⁶² y que la satisfacción del requisito del artículo 8.2.h convencional sólo reclama que el fallo provenga de un tribunal superior¹⁶³. Sobre esa base, concluyó que no había responsabilidad por la actividad del Poder Judicial, destacando que era el Poder Legislativo quien debería analizar la cuestión¹⁶⁴. La mayoría aclaró que la distinta situación de otros condenados, como en “Gorriarán Merlo”, se debía a que los acusados habían recurrido mientras todavía revestían la condición de procesados¹⁶⁵. Desde una perspectiva más general, agregó que la protección de los derechos humanos se podía concretar mediante la reforma de las normas constitucionales o legales, pero nunca mediante la violación de la cosa juzgada¹⁶⁶, aunque aclaró que no habría juicio sobre las razones del presidente para haber instruido al procurador del tesoro como lo hizo, pues las decisiones de carácter político le eran propias¹⁶⁷.

Fayt, en disidencia, aceptó el recurso. A su modo de ver había sido presentado en interés del propio Estado como parte de la Convención y una interpretación restringida a la hora de juzgar su legitimación agravaría su responsabilidad¹⁶⁸. Sobre el fondo de la petición, dijo que la Corte debe

¹⁶² Cons. 10.

¹⁶³ De acuerdo con esta interpretación, lo que el art. 8.2.h establece “no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta”, pues una interpretación distinta “pondría en pugna la cláusula del pacto con el art. 117 de la Constitución, según el cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas aun penales” (cons. 10).

¹⁶⁴ Por ello, “no se configuran circunstancias objetivas que sean susceptibles de hacer incurrir al Estado en alguna responsabilidad de carácter internacional en mérito de la actuación del Poder Judicial (...) más allá de que el Congreso pudiera instaurar una instancia revisora diferente...” (cons. 12).

¹⁶⁵ Por ello, “la solución de *Fallos*: 322:2488 [Gorriarán Merlo] [no] importa una violación a la garantía de la igualdad ante la ley respecto de los demás condenados, toda vez que se trata de estadios procesales diferentes. En el primero la sentencia aún no estaba firme y sí en el segundo, como dijo el juez Petracchi en *Fallos*: 321:3555 [Acosta]...” (cons. 14).

¹⁶⁶ Cons. 15.

¹⁶⁷ Agregó: “Si el Poder Ejecutivo consideró razonable y apropiado acudir a esta instancia judicial, el legítimo propósito de prevenir la eventual responsabilidad del Estado argentino que la ha inspirado (...) no se desmerece por la suerte adversa corrida...” (cons. 16).

¹⁶⁸ Cons. 5.

aplicar los tratados internacionales “en la medida de su jurisdicción”¹⁶⁹ y que frente a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y la necesidad de reconocer una vía para su control, debía admitirse el recurso de revisión, aun cuando no encuadrara bajo ninguno de los supuestos de la ley procesal¹⁷⁰. Sin embargo, aclaró que admitía la pretensión “más allá del contenido de la recomendación”¹⁷¹ y debido a la violación de una garantía convencional cuya operatividad actual debía asegurarse¹⁷² ya que, a su entender, impedía otorgar a su voto un alcance distinto de la doctrina de “Acosta”¹⁷³.

Petracchi sorteó el obstáculo de la legitimación activa con argumentos similares¹⁷⁴ y concluyó que la decisión de la Casación había omitido considerar la doctrina de “Gorriarán Merlo”¹⁷⁵ de modo incompatible con el derecho a la doble instancia e incumpliendo con la obligación de todo poder público¹⁷⁶ de reparar la lesión a un derecho fundamental. Boggiano tampoco encontró obstáculos formales para el tratamiento del asunto¹⁷⁷. Recordó que la Corte ya había declarado inconstitucional el artículo 87 de la ley 23.077¹⁷⁸ y precisó que al momento de la condena de los acusados, éstos sólo tenían la posibilidad del recurso extraordinario federal, que habían agotado sin éxito¹⁷⁹. Agregó que la relación entre las normas internas y la Convención debía regirse por el derecho vigente al tiempo de la sentencia actual¹⁸⁰ y que la vía intentada era apta para satisfacer el derecho a

¹⁶⁹ Cons. 6.

¹⁷⁰ Art. 479 del Código Procesal Penal de la Nación. Cons. 9.

¹⁷¹ Cons. 11.

¹⁷² Cons. 11.

¹⁷³ *Fallos*: 321:3555.

¹⁷⁴ Dijo que las posibles falencias de legitimación habrán de quedar fuera de consideración, en tanto las particularidades del caso imponen prescindir de las trabas formales (cons. 5).

¹⁷⁵ *Fallos*: 322:2488. Cons 4.

¹⁷⁶ *Ídem*.

¹⁷⁷ En general señaló que las circunstancias del caso imponían prescindir de ápices formales con la finalidad de hacer efectivo el control constitucional, dado que el objeto procesal comprometía intereses públicos de magnitud y afectaba instituciones fundamentales y básicas de la nación (cons. 2).

¹⁷⁸ Cons. 8 y 9.

¹⁷⁹ Y “no pueden verse perjudicados por no haber intentado remedios procesales ordinarios en aquella oportunidad porque no contaban con ellos” (cons. 10).

¹⁸⁰ Cons. 11.

la doble instancia¹⁸¹ al que se refirió en línea con la doctrina de “Girol-di”¹⁸². Con relación a la expresión “en lo sucesivo” que junto a Bossert habían considerado decisiva para impedir la aplicación actual del informe en “Acosta”, señaló que el precedente correspondía a una petición de libertad, a diferencia del pedido actual y que la recomendación de la Comisión para hacer efectivo “en lo sucesivo” el derecho al recurso era una restricción ilegítima en perjuicio de quienes habían sido condenados¹⁸³.

Bossert sorteó el problema de la legitimación de un modo similar al de las otras disidencias¹⁸⁴ y entendió que debía aplicarse la doctrina de “Gorriarán Merlo”¹⁸⁵ pues no había razones para mantener la restricción respecto de los condenados. A diferencia de Boggiano, para Bossert ésta era también la opinión de la Comisión que había remitido una nueva nota respecto de la situación de los condenados aclarando el sentido de la expresión “en lo sucesivo”¹⁸⁶. Agregó que los informes eran una “inestimable fuente de hermenéutica”¹⁸⁷ y que “como fuente de derecho” constituyen criterios que los Estados deben tomar en cuenta.

La Corte volvió una vez más sobre el caso “La Tablada” al resolver la contienda de competencia entre la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín y el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal n° 12 en relación con la acción de amparo promovida por Carlos José Díaz, en su condición de ciudadano, a fin de garantizar la integridad física de los detenidos y el cumplimiento de las recomendaciones. El procurador Becerra opinó que más allá de algunas irregularidades en el modo en que se había trabado la cuestión¹⁸⁸, correspondía la intervención de la Cámara de San Martín pues el objetivo de la presentación era la tutela de los presos y ello estaba íntimamente relacionado con la ejecución de la condena impuesta por ese Tribunal. Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, López, Bossert y Vázquez hicieron suyo el dictamen del procu-

¹⁸¹ Razón por la cual agregó que la alzada no pudo desestimarlos con fundamento en razones de índole procesal, soslayando la tutela de derechos humanos (cons. 12).

¹⁸² Cons. 13 a 15, 18 y 19.

¹⁸³ Cons. 20.

¹⁸⁴ Cons. 4 a 7.

¹⁸⁵ *Fallos*: 322:2488.

¹⁸⁶ Cons. 12. En “Acosta” se había aludido a una interpretación gramatical de la expresión “en lo sucesivo” que, para Bossert, debía abandonarse de acuerdo con la nota de la Comisión del 11/12/2000 (cons. 13).

¹⁸⁷ Cons. 14.

¹⁸⁸ Entre otros aspectos, señaló que ninguno de los dos tribunales reclamaba para sí el conocimiento de la petición.

rador, mientras que en la única disidencia, Petracchi reiteró su posición en “Boico” para que la Cámara de Casación “arbitre los medios necesarios a fin de revertir la lesión al derecho a la doble instancia”¹⁸⁹. Finalmente, en “Felicetti II”, todos los ministros mantuvieron su posición sobre el caso y sobre el valor del informe al resolver un pedido de recusación contra los jueces Nazareno y Vázquez.

VI. La práctica de la Corte

Está claro que para la Corte los informes del artículo 51 de la Convención no son inmediatamente exigibles ante sus estrados. Los jueces que se han mostrado más favorables a la aceptación del criterio del organismo internacional no han afirmado nunca su obligatoriedad ni su poder vinculante, y los más refractarios lo han negado abiertamente desde “Acosta”. En particular el considerando 13 de esa decisión se presta a interpretaciones tan variadas y discutibles como definitivamente contrarias a la posibilidad de exigir el cumplimiento de las recomendaciones¹⁹⁰. Sin embargo, ha quedado sin resolver la cuestión consecuente respecto de la clase y características de la consideración que deberían merecer las recomendaciones, pues al mismo tiempo se siguió afirmando que la jurisprudencia de la Comisión debía servir de guía en la aplicación de los preceptos convencionales. Las decisiones comentadas ofrecen demasiados desacuerdos profundos respecto de la intensidad que deben tener los “mejores esfuerzos” tendentes a aplicar las recomendaciones de la Comisión, especialmente en torno al grado de activismo que el Tribunal debería ejercitar frente a las particularidades de cada caso.

Una primera cuestión pendiente es la definición de un mecanismo para la recepción de la doctrina de la Comisión ya que no queda claro de qué modo el Tribunal va a acceder a los informes o considerar su contenido. En “Alonso” y en otras decisiones se indicó que la recomendación fue agregada por el interesado¹⁹¹, en una referencia poco común respecto de juris-

¹⁸⁹ Cons. 2.

¹⁹⁰ Sagüés, en *Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (IV d), dice que de “Acosta” podría derivarse una “doctrina patológica” que indicaría que “por razones de seguridad jurídica, las decisiones judiciales argentinas no pueden revisarse por ninguna ‘jurisprudencia internacional’, incluyendo los Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, a lo que debe agregarse que, como observa Santiago Felgueras “no puede descartarse *a priori* la existencia de casos en los que el Poder Judicial puede cumplir las recomendaciones sin salir de los canales habituales de actuación” (*El caso Cantos*, mimeo en poder del autor).

¹⁹¹ Cons. 5.

prudencia que es pública y que se supone debe observarse. En el otro extremo, en “Felicetti” varios jueces consideraron una simple nota de la Comisión, posterior al informe propiamente dicho. Como prieta síntesis de los desacuerdos más sustantivos, la disidencia de Bossert le otorgó a esa comunicación valor dirimente, la mayoría no le dio ninguna importancia¹⁹² y Petracchi y Fayt ni siquiera consideraron el informe mismo como material para la solución, el segundo de ellos, incluso expresamente.

La legitimación activa para solicitar el cumplimiento de un informe es otro problema en la jurisprudencia del Tribunal. Si bien las representaciones plurales del Estado generan algunos conflictos, tal como se discutió en “Felicetti”, la cuestión es más amplia ya que el sistema de protección internacional reconoce con amplitud la condición de denunciante¹⁹³ y esa solución no parece tener un reflejo en el ámbito doméstico. La ausencia de un criterio de solución es deficitaria tanto respecto de la actuación de representantes estatales como de particulares que manifiestan interés en impulsar el cumplimiento de un compromiso internacional como ocurrió en “Boico” o en “Díaz”.

Los casos que no han presentado problemas de legitimación han expuesto, de todas maneras, cierta inconsistencia al momento de evaluar los recaudos de admisibilidad. En “Alonso”, por ejemplo, la fórmula de Boggiano para afirmar la admisibilidad es más firme que la utilizada por Petracchi y Bossert y decididamente opuesta a la del voto de la mayoría que rechazó el tratamiento de la cuestión por su interposición tardía. El procurador incluso cuestionó que el agravio relativo al informe de la Comisión recién había sido planteado en la queja, pero este argumento nunca fue analizado por el Tribunal. El mismo desorden se advierte respecto de las exigencias de fundamentación de los recursos que alternativamente se remarcan o sortean sin un criterio uniforme. Al mismo tiempo, la consideración de los requisitos formales de la impugnación aparece muchas veces mezclada con los rechazos fundados en la irrelevancia del informe. Debería evaluarse seriamente la posibilidad de suavizar los requisitos de admisibilidad cuando está en juego el cumplimiento de una obligación internacional. En muchísimos otros ámbitos y por razones bien discutibles, la jurisprudencia de la Corte ha sido generosa al aceptar impugnaciones relajando la consideración de los recaudos propios del recurso extraordinario federal¹⁹⁴. Contemporáneamente, tampoco se ha

¹⁹² La mayoría también menciona la nota pero no le da importancia (cons. 9 de la mayoría).

¹⁹³ Art. 44 de la Convención, que parece abonar el argumento disidente de Petracchi en “Boico”.

¹⁹⁴ Ver Bianchi, *El recurso extraordinario ha perdido los límites de su actuación*.

definido un uso claro y seguro del mecanismo del artículo 280 del CPCCN¹⁹⁵, lo que resalta que los criterios deben comenzar a clarificarse al menos respecto del ejercicio de derechos fundamentales.

Algo similar ocurre con la consideración de los límites de la jurisdicción originaria del tribunal y de los límites de su intervención frente a las jurisdicciones federales. “Carranza”, “Corbo” y “Boico” traían esa cuestión y las opiniones de los jueces resultaron dispares, tanto respecto del límite de intervención de la Corte, como respecto de aquello que debería esperarse de los demás Tribunales.

Tampoco el procedimiento ha sido sugerido en la jurisprudencia del Tribunal. Se ha tendido más bien a procesar las peticiones sobre la base de las vías habituales de acceso al Tribunal y todos los ministros, aun aquellos proclives a la asunción de un papel más activo por parte de la Corte han limitado su accionar a resolver el planteo sin variaciones relevantes en el procedimiento previo al fallo, por ejemplo, a través de la citación de terceros interesados, la presentación de *amici curiae*, o la producción de prueba. En términos mucho más elementales, la dilación para la solución de algunos planteos ha resultado por sí misma uno de los obstáculos que el Estado argentino debería haber removido para ordenarse conforme a la Convención. En “Lapacó” o en “del Cerro”, por ejemplo, el prolongado lapso entre las presentaciones y el fallo de la Corte sólo ha contribuido a desautorizar las resoluciones finalmente adoptadas¹⁹⁶.

La Corte tampoco ha definido una línea respecto de los límites sustantivos de su intervención y en todos los casos parece tender a asumir una posibilidad revisora amplia sobre el contenido de las decisiones de la Comisión. Inversamente a lo que ocurre respecto de los anteriores aspectos, la tendencia jurisprudencial ha sido activista respecto de la arrogación de fuertes potestades revisoras sobre el contenido de las recomendaciones. “Acosta” y “Felicetti” son la muestra más acabada de este problema. La mayoría citó doctrina internacional pero en un sentido ciertamente esquivo respecto de la obligación de observarla. Como señaló Bidart Campos, tiene poco sentido aceptar la intervención de un organismo supraestatal si luego lo que señala, recomienda o resuelve no va a cumplirse o, en el mejor de los casos, se cumplirá según como le parezca mejor al país, eri-

¹⁹⁵ Cfr. Morello, *La Corte Suprema, las causas penales y el artículo 280, Código Procesal Civil*, p. 3. En idéntico sentido, Eduardo Oteiza señala que “cuando la mayoría decide aplicar el art. 280 y la minoría entra al examen (...) ni una ni otra se ocupan de decir qué pautas permiten sustentar el interés del caso”, *El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso*, p. 85.

¹⁹⁶ En el caso “Lapacó”, además resulta rotundamente inconsistente con el cambio de opinión en “Arteaga” apenas meses después.

gido en algo así como intérprete final de lo que la Comisión ha dicho¹⁹⁷. En “Felicetti”, la mayoría desconoció groseramente el fondo del asunto a través de una interpretación bastante pobre del derecho a recurrir¹⁹⁸ y similares carencias se advierten en algunos votos en “Alonso”.

Lamentablemente, las interpretaciones erradas de la jurisprudencia interamericana han sido habituales en la jurisprudencia de nuestra Corte no sólo respecto de los informes de la Comisión. Sólo los casos analizados aquí permiten señalar también la reiterada incompreensión de la doctrina de la Opinión Consultiva 13/93 y del Informe 30/97 además de una marcada inconsistencia entre las opiniones de los ministros respecto de las consecuencias de la adopción de la doctrina interamericana. En general, las fallas se encolumnan en una sucesión de yerros groseros desde el desahogado original de “Bramajo”¹⁹⁹.

Otra cuestión difusa sobre los límites del Tribunal frente al cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión está referida a los obstáculos de derecho interno que pueden existir. Muy discutida y sin un final claro fue la cuestión de la cosa juzgada en “Acosta” y “Felicetti”. Más sutilmente y ya sin una discusión franca quedó planteada también la cuestión de la jerarquía del obstáculo formal, pues únicamente Fayt, en “Boico”, asignó importancia a la circunstancia de que el óbice sea constitucional o legal²⁰⁰.

Por último, y consecuentemente, tampoco han sido delineados los efectos de la decisión de la Corte y, en líneas generales, el Tribunal ha afirmado que era resorte de otros poderes nacionales o provinciales el cumplimiento de las decisiones. Aun los ministros que han mostrado cierto

¹⁹⁷ *La interpretación del término “recomendaciones” a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 51.2 de la Convención Americana), punto 7 in fine.*

¹⁹⁸ En la misma crítica hay que incluir al voto de Boggiano que aun frente a la nueva nota de la Comisión siguió afirmando que el Informe 55/97 no había incluido la situación de los condenados de La Tablada, quizá para no testar su propio error anterior en “Acosta” sobre este particular.

¹⁹⁹ Es extraño que “Bramajo” haya trascendido como un caso significativo en términos de aceptación de los estándares internacionales (ver, por ejemplo, Cançado Trindade, Ayala, *Eficacia jurídica de las resoluciones de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos y su comparación con otros sistemas*). Su consideración conjunta con fallos como “Gorriarán Merlo” en el que no se hicieron mayores menciones al derecho internacional, sugiere más bien que en la jurisprudencia de nuestra Corte la efectiva recepción de un estándar internacional no tiene una vinculación directa con su mención como fuente de derecho.

²⁰⁰ La reforma de 1994 parece ofrecer argumentos de derecho interno a favor de la intrascendencia de los límites legales frente a una obligación de fuente convencional.

acuerdo en otorgar valor a las recomendaciones y en admitir alguna vía de exigibilidad no han mostrado la misma consistencia al momento de definir los caminos de la ejecución. Por ejemplo en “Corbo”, la disidencia asumió competencia frente a la presentación directa del interesado y aunque llegó a la vigorosa conclusión de que era debido dar urgente cumplimiento a la recomendación, no ordenó la libertad del peticionario. Asumiendo que la jurisdicción del Tribunal no puede obstruirse por vallas formales frente a la necesidad de garantizar un derecho o de cumplir con la recomendación de la Comisión, podría pensarse que lo mismo debería ocurrir respecto de la ejecución de lo resuelto. El problema, con todo, no es nuevo ni exclusivo. En “Siri” (27/12/57)²⁰¹ la Corte delegó la ejecución del fallo al tribunal de origen “a fin de que haga saber a la autoridad policial que debe hacer cesar la restricción impuesta al solicitante en su calidad de director-propietario del diario clausurado” (voto de la mayoría) mientras que al año siguiente actuó directamente en “Kot” (5/9/58)²⁰² y dispuso “sin más trámite” oficiar al comisario de Villa Lynch a fin de que proceda de inmediato, con habilitación de días y horas, a entregar a Sabatino Kot el establecimiento textil libre de todo ocupante (voto de la mayoría).

Bibliografía citada y de consulta

- Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997.
- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales*, ps. 283-350.
- Abregú, Martín, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales: una introducción*, en Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales*, ps. 3-31.
- Abregú, Martín, *Apuntes sobre la eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados Partes*, mimeo.
- Agustín, *Los Derechos Humanos no son para, sino contra el Estado*, en “La Ley”, p. 26.
- Albanese, Susana, *La operatividad de las normas convencionales a 16 años de vigencia de la Convención Americana*, en “Jurisprudencia Argentina”, 2001-I-505.
- Albanese, Susana y Bidart Campos, Germán, *El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en “Jurisprudencia Argentina”, 1999-II-347.

²⁰¹ Fallos: 239:459.

²⁰² Fallos: 241:291.

- Ayala, Carlos y Cançado-Trindade, Antonio, *Eficacia jurídica de las resoluciones de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos y su comparación con otros sistemas*, disertación del XVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, IIDH, 14-25, en junio de 1999, San José de Costa Rica.
- Bianchi, Alberto, *El recurso extraordinario ha perdido los límites de su actuación*, en Recurso extraordinario federal, *Jurisprudencia Argentina* 2003-I, fascículo 13, Lexis Nexis, Buenos Aires, 26 de marzo de 2003, ps. 24-43.
- Bianchi, Alberto, *El habeas data como medio de protección del derecho a la información objetiva en un valioso fallo de la Corte Suprema*, nota al fallo *Urteaga, Facundo R. C. Estado Mayor conjunto de las Fuerzas Armadas*, CS, rta. 15 de octubre de 1998, en "La Ley", 1998-F, 302.
- Bidart Campos, Germán, *La interpretación del término "recomendaciones" a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 51.2 de la Convención Americana)*, en "Jurisprudencia Argentina", 1996-III-962, Lexis n° 0003/001353.
- Bidart Campos, Germán y Albanese, Susana, *El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en "Jurisprudencia Argentina", 1999-II-347.
- Bloch Ivana y Hockl, María, *La extracción compulsiva de sangre a la luz de la Constitución Nacional*, en "Jurisprudencia Argentina", 2004-I-1001.
- Cayuso, Susana Graciela, *La prueba compulsiva de sangre y los derechos y garantías constitucionales. Confrontación o armonía*, en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 10 de noviembre de 2003.
- D'Álborá, Francisco J., *Otra vez sobre la ley 24.390 y el plazo razonable*, en "La Ley", 1997-F-831.
- Fappiano, Oscar Luján, *La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales*, en AA. VV. Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ps. 147-157.
- Felgueras, Santiago, *El caso Cantos*, mimeo; trabajo presentado en el seminario de la cátedra de Derechos Humanos y Garantías, Facultad de Derecho, UBA, a cargo de la Profesora Mónica Pinto, 2003.
- Ferrante, Marcelo y Sancinetti, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- Gargarella, Roberto, *Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina*, en "Jurisprudencia Argentina", 2003-11-26, Lexis n° 0003/111496, 26p.
- Garrido, Manuel, *La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada*, en "Revista Argentina de Derechos Humanos", año 1, n° 0, CELS/UNLa, Buenos Aires, 2001, ps. 153-174.
- Gelli, María Angélica, *La supremacía de la Corte Argentina y la jurisprudencia internacional*, en "La Ley", 7 de noviembre de 2003, ps.1-4.
- Guembe, María José, *The Argentinian Experience with Economic Reparations for Serious Human Rights Violations*, en AA.VV., *Repairing the Past: Compensation for Victims of Human Rights Abuse*, Pablo de Greiff editor, ICTJ, en prensa.
- Hitters, Juan Carlos, *Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos*, en "La Ley", 16/7/2003, ps. 1-5.
- Manili, Pablo Luis, *El Bloque de Constitucionalidad / La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, en "La Ley", Buenos Aires, 2003.

informes finales de la comisión interamericana

- Méndez, Juan, *Avances del sistema interamericano sobre las Obligaciones de los Estados*, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, noviembre 2001, www.dplf.org/ES_Forum/Mendez.pdf.
- Morello, Augusto M., *La Corte Suprema, las causas penales y el artículo 280, Código Procesal Civil*, en "La Ley", Suplemento Jurisprudencia Penal, 26 de junio de 2000, ps. 1-3.
- Morello, Augusto M., *El caso "Regimiento La Tablada", la Corte Suprema y las garantías jurisdiccionales*, en "Jurisprudencia Argentina", 200-I-505.
- Oteiza, Eduardo, *El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Palermo", año 3, n° 1, Buenos Aires, 1988, ps. 71-85.
- Pinto, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*; Konrad Adenauer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- Pastor, Daniel, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, en "Nueva Doctrina Penal" 1996/A, Del Puerto, Buenos Aires, ps. 283-315.
- Sagüés, Néstor P., *Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en "Jurisprudencia Argentina", 1999-II-347.
- Sagüés, Néstor P., *El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en "Jurisprudencia Argentina", 1997-II-745.
- Sancinetti, Marcelo, *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Lerner editores, Buenos Aires, 1988.
- Sancinetti, Marcelo y Ferrante, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- Schiffrin, Leopoldo, *La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados*.

La eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados Parte*

Martín Abregú y Olga Espinoza

I. Introducción

Una de las cuestiones vinculadas al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (de aquí en adelante, sistema interamericano o SIDH) que más atención ha merecido en los últimos años es la aplicación de sus decisiones por parte de los Estados una vez finalizado el trámite de una petición individual. El creciente número de decisiones tomadas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de aquí en adelante la Comisión y la Corte, respectivamente) ha puesto de relevancia la importancia de este tema, particularmente considerando las dificultades que han existido en varios casos para su ejecución.

Como señala Krsticevic, “la implementación de las decisiones de la Comisión y la Corte es uno de los temas cruciales para lograr la efectiva protección de los derechos de las personas en la región. La protección internacional queda inconclusa si en efecto no alcanza su objetivo de proteger a las personas porque las decisiones de los órganos de supervisión internacional no son ejecutadas a nivel local”¹. Estamos sin duda ante un tema central ya que el sistema interamericano en su conjunto se debilita cuando un Estado Parte decide no cumplir con las recomendaciones incluidas en un informe de la Comisión o con la parte resolutoria de una sentencia de la Corte.

Los obstáculos para la debida implementación de las decisiones de los organismos internacionales en el ámbito interno son de diversa naturale-

* Una primera versión de este artículo apareció publicada en la “Revista Argentina de Derechos Humanos”, año 2, n° 1, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

¹ Krsticevic, V., *Líneas de trabajo para mejorar la eficacia del sistema*, en Méndez, J. y Cox, F. (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, p. 435.

za. Existen, por ejemplo, razones vinculadas con el desconocimiento sobre la materia de muchos de los actores involucrados en este proceso (tales como funcionarios del Ejecutivo o jueces). También hay obstáculos vinculados con la falta de normas apropiadas para implementar esas decisiones. No obstante, muchas veces la no aplicación de estas decisiones no está supeditada al desconocimiento o la inexistencia de normativa adecuada, sino a la falta de voluntad política de los Estados para cumplir con las recomendaciones de los organismos internacionales. En estos apuntes nos concentraremos en la necesidad de asegurar un mecanismo legal-institucional que facilite o favorezca la construcción de voluntad política de los Estados para la efectiva aplicación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, argumentado que aquellos procedimientos que apunten a mantener la igualdad de armas entre el Estado y la víctima de una violación a los derechos humanos tienen ventajas comparativas sobre otros modelos normativos.

II. La eficacia de la Comisión Interamericana y la solución amistosa

Sería un error limitar la eficacia del sistema interamericano a la aplicación por parte de los Estados de las decisiones de la Comisión. Por el contrario, su impacto no debe medirse a partir del número de decisiones aplicadas sino en función de la realización o no de los objetivos perseguidos, en este caso, la protección internacional de los derechos humanos. En palabras de Rodríguez Rescia: “La eficacia jurídica debe entenderse como la posibilidad de que un sistema jurídico se adecue al fin o propósito que motivó su origen”². En este sentido, es sabido que el logro de los objetivos de cualquier sistema jurisdiccional difícilmente se encuentre por la vía de la ejecución de sus sentencias. Ejemplo de esta tendencia es la aplicación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de los tribunales locales, e incluso la utilización de fórmulas tan cuestionadas como el *plea bargaining* del derecho penal de los Estados Unidos, que encuentran su justificación en la necesidad de una mayor eficacia de los mecanismos jurisdiccionales más allá del cumplimiento de sus sentencias.

En el caso de la Comisión, una de las prácticas más eficaces para la reparación de violaciones a los derechos humanos y la efectiva salvaguarda de los derechos vulnerados es sin duda el desarrollo de procesos de solución amistosa. En los orígenes del sistema, el proceso de solución amistosa fue percibido por algunos como un ideal imposible de alcanzar y, por otros, como un mecanismo perverso que permitiría la negociación espuria en cuestiones tan sensibles como, por ejemplo, la desaparición

² Rodríguez Rescia, V., *La ejecución de sentencias de la Corte*, en Méndez y Cox (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano*, cit., p. 452.

forzada de personas. Sin embargo, la práctica ha demostrado que se han logrado importantes avances en materia de protección de los derechos humanos por la vía de acuerdos de muy distinto alcance y contenido.

El caso argentino recurrentemente citado como un ejemplo de la eficacia de la solución amistosa es el del periodista Horacio Verbitsky, quien había denunciado a la Argentina por violar el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención o la CADH) que protege la libertad de expresión. Verbitsky había sido condenado por los tribunales nacionales por desacato, a raíz de un artículo periodístico sobre la Corte Suprema argentina. Durante el trámite de su denuncia ante la Comisión, el denunciante y el gobierno argentino llegaron a un acuerdo que incluyó la derogación de la figura del desacato del Código Penal argentino y la publicación de un informe de la Comisión Interamericana sobre la incompatibilidad de esta figura penal con el artículo 13 de la CADH. Tal como puede observarse, la solución amistosa en este caso fue la mejor alternativa para avanzar hacia una más efectiva protección de la libertad de prensa en la región y abrió el camino para otros acuerdos en distintas materias.

El caso de Paulo Cristian Guardatti, ciudadano argentino desaparecido en la provincia de Mendoza en el año 1992, es otro ejemplo de solución amistosa. En esa oportunidad, los peticionarios y el Gobierno llegaron a un acuerdo para designar a una comisión arbitral que determinara la indemnización para la familia de la víctima y, más importante aún, la creación de una comisión *ad hoc* de investigación integrada por cinco miembros designados por consenso. La finalidad de la Comisión *ad hoc* era averiguar lo sucedido en este caso y en el de Adolfo Garrido y Raúl Baigorria (que habían desaparecido en la misma provincia en 1990 y cuyos casos ya habían sido remitidos a la Corte) y emitir un dictamen al respecto que sugiriera las medidas a ser tomadas.

Es importante destacar que estos avances no se han logrado únicamente por la vía formal de la solución amistosa, sino que en otras oportunidades se ha arribado a acuerdos similares aun cuando el caso ante la Comisión ya había concluido. El ya mencionado acuerdo en el caso de Garrido y Baigorria (similar al arreglo en el caso Guardatti) tuvo lugar cuando el proceso ya estaba siendo tramitado ante la Corte y el gobierno argentino había asumido su responsabilidad por las desapariciones. En ese contexto, la Corte decidió aceptar el acuerdo entre los peticionarios y el Gobierno –en el que la Comisión había sido pieza fundamental– como un convenio sobre reparaciones e indemnizaciones. El caso de Guillermo Maqueda, quien había sido condenado por el ataque al regimiento militar de La Tablada, también es un ejemplo interesante sobre acuerdos alcanzados al margen del proceso formal de la solución amistosa. En esa oportunidad, el caso también había sido remitido a la Corte, pero al poco tiempo, la Comisión desistió de su denuncia debido a que “se había dado cumplimiento a un acuerdo que *acoge los intereses de las partes y está en conformidad*

*con el espíritu y la letra de la Convención*³. La Corte decidió admitir el desistimiento efectuado por la Comisión.

Tal como demuestran estos casos y otros que podrían ser citados (tanto de la Argentina como de otros países de la región)⁴, el acuerdo entre las partes (ya sea que se logre por la vía de la solución amistosa o de alguna otra forma) es muchas veces la mejor alternativa para reparar a las víctimas y promover una más efectiva tutela de los derechos vulnerados.

Quizá el mejor ejemplo reciente de esta tendencia es el del Estado peruano, que optó por asumir una política encaminada a solucionar amistosamente los casos heredados del régimen del ex presidente Alberto Fujimori. Esta postura del gobierno peruano ha abarcado a más de ciento cincuenta casos, facilitando la obtención de respuestas coherentes y satisfactorias a las demandas. En palabras de Iván Bazán, el Estado peruano asumió “un rol pro-activo, es decir, de involucramiento en el fortalecimiento del sistema, proponiendo soluciones constructivas y efectivas”⁵.

III. Obstáculos a la eficacia de la Comisión Interamericana

En la dirección contraria, esto es, al identificar las razones por las que resulta difícil ejecutar una decisión de la Comisión, algunos autores se concentran en el hecho de que estos organismos no tienen medios de coerción directa que les permitan actuar sobre los Estados, de modo tal que deben limitarse a ejercer formas de presión política, incluyendo “la movilización de la vergüenza”⁶.

³ Caso Maqueda, Corte IDH, resolución de 17 de enero de 1995, n° 16; destacado en el original.

⁴ Algunos de los países que han hecho mayor uso de este procedimiento son Argentina, Ecuador, Colombia, Guatemala, Paraguay y Venezuela, promoviendo reformas legislativas, el acceso a indemnizaciones pecuniarias, la aplicación de compensaciones de carácter simbólico, el establecimiento de mecanismos internos para subsanar la violación (como comisiones con participación gubernamental y de las víctimas), la supervisión de mecanismos preestablecidos para subsanar la violación (como el redoblar los esfuerzos para hacer efectivas las investigaciones judiciales), etc. González, F., *La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles*, mimeo, ps. 7 y 16.

⁵ Para efectivizar la búsqueda de soluciones integrales a gran parte de los casos actuantes en la Comisión, el Gobierno creó una Comisión de Trabajo Interinstitucional para el Seguimiento de las Recomendaciones de la CIDH, conformada por un representante de las víctimas y un representante de las organizaciones de derechos humanos. Decreto Supremo 005-2002-JUS (25/2/2002). Bazán, I., *Obstáculos en la implementación de resoluciones del sistema interamericano en casos concretos. Casos peruanos*, mimeo.

⁶ “Movilización de la vergüenza” es la expresión utilizada por las organizaciones internacionales de derechos humanos para expresar la forma de presionar a un gobierno por sus violaciones a los derechos humanos por la vía de una campaña que exponga sus atrocidades y deje expuesto al Estado frente a la opinión pública internacional.

comisión interamericana y aplicación de sus decisiones

Esta posición, si bien tiene parte de razón, pierde de vista el hecho de que esta debilidad es, de alguna manera, intrínseca a todo el proceso ante la Comisión y la Corte: son muy limitadas las formas que tiene la comunidad internacional de lograr que un Estado se someta a un proceso, partiendo por la ratificación misma de un tratado. En este sentido, experiencias históricas como las que ha tenido la propia Comisión respecto de Estados que no contestaban las denuncias o no asistían a las audiencias son demostrativas de que la falta de mecanismos de coerción no es exclusiva del momento de la implementación de la decisión, sino muy anterior. No obstante, ello no ha impedido que se hayan producido importantes avances en materia de protección de los derechos humanos en la región.

Otra cuestión que provocó intensos debates en el interior del sistema y en la comunidad internacional fue la existencia de jurisprudencia de la Corte Interamericana que restaba efectividad a las decisiones de la Comisión. Hasta el año 1997, la Corte venía afirmando que el término “recomendaciones” debía interpretarse “conforme su sentido corriente” y que el Estado no incurría en responsabilidad internacional por incumplir “una recomendación no obligatoria”⁷. Sin embargo, esta posición fue modificada en la decisión de la Corte Interamericana sobre el caso “Loayza Tamayo” al fijar un nuevo valor a los informes de la Comisión, indicando que “por el principio de buena fe, consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 31.1), un Estado que ha ratificado la Convención Americana tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana”⁸.

En este sentido, pareciera que las razones que explican las dificultades para la implementación de las decisiones de la Comisión no deben buscarse en los principios fundamentales que regulan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Resulta entonces necesario revisar también las cuestiones de derecho interno de los Estados que pudieran significar obstáculos importantes para la implementación de las recomendaciones de organismos internacionales.

Aunque no suele ser la regla, es importante destacar que las dificultades para la implementación de las decisiones de la Comisión no están asociadas solamente a los informes emitidos por este organismo, según el artículo 51 de la CADH, sino que también pueden relevarse situaciones

⁷ Corte IDH, “Caballero Delgado y Santana”, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C, N° 22, párrafo 67; “Genie Lacayo”, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C, N° 30, párrafo 93.

⁸ Corte IDH, “Loayza Tamayo”, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, N° 33, párrafo 80.

similares en, por ejemplo, procesos de aplicación de una solución amistosa que no han logrado ejecutarse por incumplimiento o dilación injustificada del gobierno⁹. En Perú, un acuerdo que aún no ha sido resuelto es el referido al caso de Mamérita Mestanza. A través del Acuerdo Amistoso 66/00¹⁰, el Estado peruano se comprometió al pago de una indemnización al cónyuge de la víctima, el Sr. Jacinto Salazar, pero al cabo de un tiempo, este último corroboró que no había recibido pago alguno, es más, que hasta mediados de 2004 el Estado peruano no había cumplido con ninguno de los puntos del acuerdo de solución amistosa¹¹.

Entre las causas que originan esta situación se identifica la existencia de una estructura estatal burocrática, constituida por un conjunto de instituciones desarticuladas, cuyos mandatos resultan de difícil seguimiento, o que presentan debilidad para reconocer los errores del gobierno de turno, limitando la acción concertada del Estado. Puede mencionarse, a modo de ejemplo, las posturas conservadoras y legalistas ostentadas por el Poder Judicial, que han servido como un freno para la implementación de las medidas dictadas por los organismos internacionales.

En el caso “Carranza contra el Estado argentino” (con informe positivo en favor de la víctima, decidido por la Comisión Interamericana hace ya varios años), el afectado decidió interponer una acción ante los tribunales para lograr la efectiva aplicación de las recomendaciones. Frente a esta solicitud, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ocho votos a uno, rechazó el caso argumentando que no correspondía la competencia originaria de la Corte. El principal considerando de esta sentencia dice textualmente:

“Sólo el Estado nacional, y ningún otro en su lugar, como Estado parte de la convención, es quien debe valorar el reclamo que se realiza y, en su caso, cumplir con los deberes inherentes a esa calidad (...) Él es el destinatario natural de la recomendación que se efectúa. Por lo demás, al habersele otorgado la atribución de llevar a cabo las negociaciones necesarias para el mantenimiento de las buenas relaciones con las organizaciones internacionales (...), sólo corresponde reconocerle a él aptitud procesal para decidir qué actitud debe adoptar a fin de lograr la concreción de ese propósito constitucional”¹².

⁹ Waisman, V., *Cuerpos nuestros. Redefiniendo la Justicia*, Cladem, Lima, 2004, p. 29, y el resumen informativo de CLADEM, en www.cladem.com/espanol/nacionales/peru/peru.asp (10/2/2005).

¹⁰ Acuerdo del 26 de agosto de 2003.

¹¹ Esta situación estaría justificada en la norma que regula la aplicación de las recomendaciones de la Comisión (Decreto Supremo 014-2000-JUS), que concede carácter no vinculante a dichas decisiones, ocasionando que éstas “sólo merezcan atención por el Estado”. (Bazán, ob. cit., p. 6).

¹² Sentencia del 12 de marzo de 2002.

comisión interamericana y aplicación de sus decisiones

Según el dictamen de la Procuración General, el recurso presentado por el afectado aparecía como la única alternativa de hacer efectiva la tutela de los derechos afectados¹³; no obstante, la Corte prefirió “devolver” el caso a la órbita del gobierno nacional, ignorando la responsabilidad que le cabe a los tribunales en la efectiva aplicación de las decisiones de organismos internacionales y la eventual responsabilidad internacional en la que puede hacer incurrir al Estado argentino por su resistencia a implementarlas.

Esta actitud de negación al cumplimiento de las decisiones de la Comisión también se ha extendido a sentencias de la Corte Interamericana. En el caso “Loayza Tamayo” que incluía violaciones al debido proceso, al principio de *ne bis in idem* y al derecho a la integridad personal, la Corte Interamericana dictó sentencia definitiva¹⁴ y en cumplimiento de ella la Corte Superior de Justicia de Lima ordenó la libertad de Loayza Tamayo¹⁵. Dos años más tarde, la Corte Suprema de Justicia decidió que el fallo posterior de la Corte Interamericana¹⁶, que establecía el monto de la indemnización compensatoria que el Estado debía pagar a Loayza Tamayo, era “inejecutable por no haberse agotado la jurisdicción interna para recurrir a los organismos internacionales” y que la Resolución Suprema de una Corte peruana¹⁷, que había ordenado la remisión de la sentencia de la Corte Interamericana al juzgado respectivo para su cumplimiento, era “insubsistente”, ordenando finalmente que se devolviera la sentencia al sistema interamericano por la vía diplomática¹⁸, provocando el posterior pretendido retiro de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana¹⁹.

¹³ Dictamen del 17 de mayo de 2001.

¹⁴ Sentencia del 17 de septiembre de 1997.

¹⁵ Resolución de la Corte Superior de Justicia de Lima con fecha 14 de octubre de 1997, recaída en el expediente 634/93.

¹⁶ Sentencia del 27 de noviembre de 1998.

¹⁷ Resolución del 15 de abril de 1998.

¹⁸ Medina, C., *Perú y el retiro de la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en “Revista Argentina de Derechos Humanos”, n° 0, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

¹⁹ El mismo destino tuvo la causa de Castillo Petrucci y otros chilenos sentenciados por traición a la patria por un Tribunal Militar sin rostro. El 30 de mayo de 1999, la Corte Interamericana se pronunció, identificando violaciones al debido proceso y ordenando al Perú a hacer un nuevo juicio a los ciudadanos chilenos ante un tribunal civil, modificar las normas legales que contrariaban la Convención Americana y pagar la suma de 10 mil dólares americanos por los gastos judiciales ocasionados. El 11 de junio, el Consejo Supremo de Justicia Militar se negó a ejecutar la sentencia y días después hizo lo mismo la Corte Suprema. El 1 de julio, la representante permanente del Perú en

Una dificultad adicional para la ejecución de decisiones de organismos internacionales puede encontrarse en aquellos países cuya estructura de gobierno es federal, obligando a los peticionarios a trasponer una serie de obstáculos asociados a esta forma de organización del gobierno antes de conseguir la aplicación de las decisiones internacionales. Los problemas se manifiestan al momento de identificar el procedimiento para la implementación de tales decisiones, debido a que en dichos Estados los peticionarios deberán articularse en dos frentes, el del gobierno federal, por un lado, y el del gobierno provincial involucrado, por el otro. Ambos actores no siempre se encuentran articulados y suelen justificar su inacción frente a obligaciones emanadas de la Comisión argumentando para ello el incumplimiento de “la otra parte”, esto es, el gobierno federal o el provincial, dependiendo de quién esgrime esta justificación²⁰.

A modo de ejemplo, se observa que en Brasil, la mayoría de casos examinados por los órganos del SIDH son producto de violaciones originadas por acción u omisión de agentes públicos de las unidades estaduais²¹, en los que el desconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos

la OEA, informó al secretario general que el Estado peruano no cumpliría con la sentencia de la Corte en los casos “Loayza Tamayo” y “Castillo Petruzzi”. Finalmente, el 9 de julio de ese mismo año, en una acción sin precedentes, el gobierno peruano retiró, con efecto inmediato, el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En www.caretas.com.pe/1999/1586/descuentos/descuentos.htm (2/3/2005).

²⁰ Tanto la CADH como los principales órganos del sistema son claros respecto a la responsabilidad de los gobiernos nacionales por las violaciones a los derechos humanos cometidas en todo el territorio de un Estado federal. En este sentido, el artículo 28.2 de la Convención estipula que con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. La Corte Interamericana, por su parte, ha declarado en la Opinión Consultiva O-C 16/99: “Si bien la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no contiene una cláusula relativa al cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados federales [como sí lo disponen, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana], esta Corte ya ha establecido que un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”, Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999. En www.oea.org/main/main.asp?sLang=Se&sLink=.../documents/spa/structure.asp (14/2/2005). Sin embargo en la práctica, las disputas entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales siguen siendo un obstáculo recurrente.

²¹ Piovesan, F., *Implementação das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos no âmbito intra-governamental e federativo*, mimeo, p. 7.

Humanos es más evidente. Esto ha originado que en la práctica sea muy difícil perseguir la aplicación de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, pues los gobiernos estatales y el gobierno federal se culpan entre sí por no dar cumplimiento a las referidas decisiones, provocando perjuicios en la víctima y sus familiares. El caso “Damião Ximenes Lopes” puede explicitar lo comentado. En octubre de 1999, Damião Lopes fue internado en una clínica psiquiátrica de la región de Sobral; pocos días después, al recibir visita, sus familiares lo encontraron con hematomas y excoriaciones, falleciendo aquel mismo día. Al ser tramitado el caso ante el SIDH, los familiares obtuvieron una decisión favorable de la Comisión Interamericana, la que recomendaba al gobierno brasileño a realizar acciones para la identificación de los culpables directos e indirectos, efectuar el pago de una indemnización a la familia de la víctima y promover reformas en la atención psiquiátrica proporcionada en el país²². La justificación del gobierno federal para desatender las recomendaciones de la CIDH, según declaraciones de la Secretaría Especial de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, se basó en que no hubo omisiones de su parte, pues la identificación de los acusados por el crimen cometido contra Ximenes Lopes dependía de una sentencia judicial de la jurisdicción estadual; además, entendido que “los poderes son independientes, no hay forma de que el gobierno federal intervenga en el andamento del asunto”. Cinco años después de la muerte de Damião Ximenes Lopes, las autoridades competentes no han tomado las debidas providencias legales para la responsabilización del crimen²³. Los procesos promovidos por los familiares en las áreas civil y criminal ni siquiera han superado la primera instancia. Ante la falta de respuesta del gobierno brasileño para garantizar la identificación de los responsables por la muerte de Damião Lopes, la Comisión Interamericana decidió, el día 1 de octubre de 2004, someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, convirtiéndose en la primera denuncia contra el Brasil ante esa entidad internacional²⁴.

Si comparamos estos frustrados intentos por implementar las decisiones de la Comisión y la Corte con los exitosos procesos de aplicación de acuerdos de solución amistosa revisados en el apartado anterior, la pregunta que

²² En www.ojc-ce.org.br/noticias.php?id=217 (13/11/2004).

²³ Las únicas acciones asumidas por el gobierno de Ceará (uno de los estados de Brasil) han apuntado al resarcimiento económico de la madre de la víctima, hecho que ha sido cuestionado por la insignificancia de la suma prevista. En www.ojc-ce.org.br/noticias.php?id=217 (13/11/2004).

²⁴ Boletín Electrónico de Justicia Global, 29 de octubre de 2004, n° 2, en www.globa.org.br (20/3/2005).

corresponde hacer es si es posible identificar alguna razón de peso que justifique los avances obtenidos en un caso y los fracasos en los otros.

IV. La igualdad de armas en el Sistema Interamericano

Un elemento fundamental para alcanzar los acuerdos de solución amistosa entre los Estados y los peticionarios y lograr de esa forma una mayor eficacia en la protección de derechos es la situación de paridad en la que se enfrentan las partes en el proceso ante la Comisión. Una de las principales fortalezas del trámite de petición individual ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reside en la fórmula de la “igualdad de armas” entre el peticionario y el Estado que rige el trámite de un caso ante la Comisión.

La idea de la “igualdad de armas” ha sido fundamentalmente desarrollada por el derecho procesal penal, en general como una de las consecuencias del derecho de defensa. En ese contexto, Maier la llama “igualdad de posiciones” y, si bien sostiene que resulta imposible igualar el poder del Estado en la persecución penal –ya que tiene medios que, jurídicamente, son difíciles de equiparar– lo considera un ideal “quizá utópico pero plausible” que permite acercarse en la mayor medida posible a un proceso en el que el imputado tenga facultades equivalentes a las de los órganos de persecución²⁵. Como explica Bovino, en todo juicio hay un conflicto, pretensiones antagónicas o distintos intereses que se enfrentan²⁶. Los portadores de esos intereses son las partes, y el juez interviene para comprobar la regularidad del procedimiento en el que se construye la razón jurídica aplicable. La nota esencial del juicio es su carácter contradictorio: frente a la lucha de dos partes, se coloca un tercero neutral que las obliga a respetar las reglas del juego.

Más allá de las numerosas y obvias diferencias entre el procedimiento penal y la petición individual en el sistema interamericano, este último proceso también está estructurado alrededor de la idea de igualdad de armas entre el Estado y el peticionario: las dos partes de un proceso ante la Comisión se enfrentan en “igualdad de condiciones”, para expresarlo con palabras de Maier. Un análisis muy interesante, en este sentido, es el que realiza Gómez, quien después de destacar que los principios del debido proceso reconocidos en el artículo 8 de la CADH también deben aplicarse al trámite ante la Comisión, critica algunas prácticas establecidas en

²⁵ Maier, J., *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 577.

²⁶ Bovino, A., *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 242.

este procedimiento por vulnerar esta igualdad, demostrando que la igualdad de armas es también un ideal todavía no logrado²⁷.

En otro trabajo, nos referimos a la igualdad de armas entre el peticionario y el Estado como una ficción en el procedimiento ante la Comisión²⁸. Cualquiera que haya participado en una audiencia ante la Comisión en Washington sabe que la negociación posterior “en casa” nunca reproduce la igualdad de la que se goza en el territorio neutral de la OEA. En este sentido, resulta innecesario destacar que las armas que tiene el Estado en el marco de un caso ante el sistema interamericano son, al igual que en el proceso penal, difíciles de equiparar; se trata, en todo caso, de una ficción jurídica similar a muchas otras con las que funcionan nuestros sistemas de normas, o en palabras de Maier, un ideal “quizá utópico pero plausible”.

De alguna manera, esta situación de igualdad es la que los Estados se comprometen a asegurar en el ámbito interno por la vía de la construcción de un Poder Judicial independiente y autónomo, que tiene entre sus funciones principales la protección de los derechos fundamentales. Como explican Maier, Bovino y Gómez, entre otros autores, la igualdad de armas es un principio que al ser reconocido en la CADH como obligatorio para los Estados debe ser asegurado no sólo en el ámbito internacional sino también en el ámbito interno. Sin embargo, dado que la igualdad de armas aún representa un ideal no alcanzado en el interior de los Estados, el procedimiento ante el sistema interamericano actúa como un mecanismo subsidiario en caso de que haya fallado la protección interna del debido proceso legal. Si en general se destaca que la protección internacional protege los derechos cuando los Estados los ignoran, podría afirmarse que también equilibra la relación entre el Estado y sus súbditos, al otorgarles igualdad de armas para enfrentarse ante un organismo internacional cuando ésta no ha existido en el ámbito interno.

El hecho de que el Estado y el peticionario se enfrenten en una situación de igualdad formal frente a un tercero imparcial tiene consecuencias directas y de suma importancia en la relación entre ese gobierno y sus ciudadanos que se refleja de diversas formas. Una consecuencia interesante de esta igualdad de armas es la que destaca Cox. Para este autor, el procedimiento ante la Comisión resulta un eficaz amplificador de las deman-

²⁷ Gómez, V., *Seguridad jurídica e igualdad procesal ante los órganos*, en Méndez y Cox (eds.), *El Futuro...*, ob. cit., p. 213 y siguientes.

²⁸ Abregú, M., comentarios sobre el trabajo de Kathryn Sikkink, *La dimensión transnacional de los movimientos sociales*, en Abregú, M. y Ramos, S. (eds.), *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*, Foro de la Sociedad Civil de las Américas-CEDES-CELS, Buenos Aires, 2000, p. 71.

das de aquellos que no pueden hacer oír su voz en el ámbito interno. En este sentido, Cox argumenta que “el mayor valor del sistema interamericano de derechos humanos es instrumental: hacer las veces de equiparador de fuerzas, permitiendo que las opiniones de quienes están al margen del poder local sean escuchadas y sus intereses considerados seriamente”²⁹. Desde esta perspectiva, la igualdad de armas frente a la Comisión es lo que permite asegurar la eficacia de una demanda porque corrige la situación que se produce en el orden interno que muchas veces impide a ciertos sectores llamar la atención sobre sus reclamos.

Si coincidimos entonces con la premisa de que la igualdad de armas es una herramienta fundamental para la eficacia del sistema interamericano, es posible inferir que una de las mayores dificultades para la implementación de las decisiones de la Comisión en el ámbito local es justamente la pérdida de esta condición. La “resolución” de un caso, especialmente a través de un informe de la Comisión, termina con la igualdad de armas: el peticionario puede tener una recomendación a su favor pero, para hacerla efectiva, tendrá que volver a ser el ciudadano que se enfrenta con el Estado. Si bien es cierto que una decisión de la Comisión a su favor puede ser un elemento de peso, ello puede no ser suficiente para modificar la situación de debilidad que permitió la violación a los derechos humanos que motivó la petición ante la Comisión. En el mismo sentido, aun en los casos de solución amistosa, si la Comisión no se involucra directamente en la implementación de los acuerdos y no incluye en el acuerdo con el Estado un mecanismo para asegurar su aplicación, la situación del beneficiario puede resultar similar a la de aquellos que deben hacer cumplir una recomendación que el gobierno debería asegurar por la vía de sus instancias internas.

En el ámbito internacional, un mecanismo para mantener la igualdad de armas durante el proceso de aplicación de las decisiones de la Comisión es el de los procesos de seguimiento. En estos procedimientos, el Estado y los peticionarios siguen en un pie de igualdad: ambos deben demostrar el cumplimiento o no por parte del gobierno nacional de las recomendaciones de la Comisión. El retorno del equilibrio que existió ante la Comisión se da por la nueva exposición a la que es sometido el Estado, y que puede provocar medidas de presión de parte de la comunidad internacional, en caso de negarse a cumplir las recomendaciones de la CIDH.

Durante muchos años, una vez que la Comisión emitía su informe final, no existía un mecanismo establecido para el seguimiento de las recomendaciones. Poco a poco, se hizo cada vez más evidente la necesidad de desarrollar un sistema que de alguna manera expusiera a los

²⁹ Cox, F., *¿La ropa sucia se lava en casa?*, en *Los derechos fundamentales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 291.

comisión interamericana y aplicación de sus decisiones

gobiernos por su incumplimiento. Fue recién a mediados de los años 90 que la Comisión empezó a citar a gobiernos y peticionarios a audiencias de seguimiento, en los que ambas partes debían presentar sus posiciones respecto al cumplimiento o no de las recomendaciones establecidas en el informe final.

En relación con casos argentinos, la primera audiencia de seguimiento se realizó en el año 1995, para monitorear el cumplimiento de las recomendaciones del Informe 28/92 de la Comisión, el cual declaraba que las leyes de Obediencia Debida y Punto Final eran contrarias a la CADH y demandaba al Estado continuar con las investigaciones para determinar la verdad sobre el paradero de los desaparecidos y reparar a las víctimas y sus familiares. Ante la inactividad del gobierno, algunos de los peticionarios originales se presentaron a la Comisión solicitando una audiencia de seguimiento, la que desembocó en un acuerdo entre peticionarios y gobierno, que reconocía el derecho a la verdad de los familiares de desaparecidos. Como puede observarse en este caso, el trámite de seguimiento de las recomendaciones, al volver a poner en un pie de igualdad a los peticionarios (que hasta ese momento habían chocado con la negativa de las autoridades de profundizar las investigaciones) y al gobierno, favoreció una vez más un acuerdo entre las partes para una mejor protección de los derechos humanos.

Ésta y otras experiencias exitosas fueron las que posibilitaron la incorporación del nuevo artículo 46 al Reglamento de la Comisión, que dispone:

“1. Una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en los cuales haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y recomendaciones”.

Este nuevo artículo significa, sin duda, un gran paso adelante al permitir el seguimiento de las decisiones de la Comisión y, de ese modo, promover su cumplimiento por parte de los Estados³⁰. Es interesante desta-

³⁰ A modo de antecedente, puede afirmarse que algunos países ya regulaban en su legislación interna mecanismos que proporcionaban cierto protagonismo a los organismos internacionales durante la ejecución de sus decisiones, obligándoles a remitir información referida a los avances y pasos recorridos en la implementación de dicha decisión. Tal es el caso de la ley colombiana 288/96, que regula la indemnización de las víctimas de violaciones de derechos humanos estableciendo, en su artículo 15, que “el gobierno nacional remitirá copia de toda la actuación al respectivo órgano internacional de derechos humanos, para los efectos previstos en los instrumentos internacionales aplicables”. En [www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/legisl/co/1/lxxxii/](http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/legisl/co/1/lxxxii/(14/2/2005)) (14/2/2005).

car que el mecanismo utilizado para este seguimiento preserva la igualdad de armas entre las partes, lo que vuelve a favorecer la eficacia del sistema.

V. Dos modelos de implementación de las decisiones de la CIDH en el ámbito interno y una propuesta

Como es sabido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce la autonomía de los Estados Parte para determinar cuál será el mecanismo para implementar la normativa internacional en el ámbito interno. En este contexto, la forma que los Estados han elegido para la aplicación de las decisiones de la Comisión no es homogénea ni mucho menos pacífica. Es así como este margen de discrecionalidad ha favorecido que en muchos casos el sistema establecido por los Estados para la implementación de las decisiones de los organismos internacionales deje en situación de desigualdad a las víctimas, quienes dispondrán de pocos medios para enfrentar la burocracia y la falta de voluntad estatal para hacer efectivos los acuerdos pactados.

Frente a esta situación, a partir de la premisa de que la igualdad de armas entre las partes favorece la eficacia del SIDH, la pregunta que se plantea es cómo preservar la situación de paridad durante la aplicación de las decisiones de la Comisión. En los últimos años, han sido numerosas las voces que se han levantado para impulsar la creación de instrumentos procesales internos con el fin de lograr el cumplimiento de los informes de la Comisión³¹. Resulta necesario, entonces, dialogar con estos procedimientos a fin de evaluar cuáles nos proporcionan la posibilidad de retornar a la igualdad de armas existente bajo el amparo de la Comisión.

Una rápida revisión de los sistemas de aplicación de las decisiones de organismos internacionales previstos en el ámbito interamericano y europeo permite verificar la multiplicidad de modelos posibles³². No obstante, a los efectos de este trabajo, quisiéramos proponer una clasificación que haga hincapié en la distinción entre aquellos sistemas que dan prioridad a la obligación internacional del Estado que nace con la decisión del organismo internacional y aquellos que privilegian los derechos individuales o colectivos de las víctimas de la violación a los derechos humanos por la que el Estado ha sido hallado responsable.

Siguiendo esta clasificación, un primer tipo de proceso interno sería aquel que, por la vía de una ley o un decreto, concentrara la responsabilidad de cumplir con las recomendaciones de la Comisión en una determinada agencia gubernamental, que debería adoptar o promover todas las

³¹ Entre otros, Rodríguez Rescia, ob. cit., p. 470.

³² Para una descripción de estos sistemas, ver Krsticevic y Rodríguez Rescia, ob. cit.

medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación internacional. Podría tratarse de una agencia del Poder Ejecutivo o de una agencia que reuniera representantes de algunos o todos los poderes del Estado, incluyendo el Congreso y la Justicia. Entre otras características, el proceso para la implementación de las recomendaciones debería comenzar independientemente de que la víctima inicie o no un procedimiento para reclamar sus derechos. Además, este organismo interno del Estado debería avanzar hacia el cumplimiento de las recomendaciones específicas vinculadas a un caso, pero debería ir más allá de la situación particular de las víctimas directas y analizar la situación general de violación de los derechos humanos que pudiera existir. En síntesis, se trata de un mecanismo que en alguna medida trasciende el caso y los derechos de las víctimas, para tratar de remediar la situación general que favoreció la violación de la CADH.

Un segundo tipo de procedimiento, por el contrario, reconocería una suerte de derecho de origen supranacional de la víctima (ya que nace de una decisión de un organismo internacional) y le proporcionaría un proceso para que inicie su reclamo ante las autoridades nacionales. En este caso, lo que se estaría tutelando es el derecho de las víctimas y la decisión del organismo internacional sería algo así como un antecedente prejudicial que daría fundamento al reclamo. Se trataría, a diferencia del primer caso, de un trámite que dependería de la iniciativa de los directamente afectados, y cuya resolución alcanzaría sólo a ellos. El lugar “natural” para la tramitación de una demanda de estas características sería el Poder Judicial, y eventualmente el Poder Ejecutivo debería cumplir con la sentencia que los tribunales emitieran, y ello podría hacerse por la vía de un procedimiento especial o por la más apropiada entre las diversas acciones ordinarias previstas en el ordenamiento procesal; pero también podría disponerse que se trate de un trámite administrativo sujeto a revisión judicial.

La realidad, en todo caso, siempre está en algún lugar en el medio de estos dos modelos. Tomemos como referencia la legislación colombiana y la peruana. La ley 288/96 de Colombia³³, que instala un procedimiento para hacer efectivo el pago de indemnizaciones compensatorias a las víctimas de violaciones de sus derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales, crea una instancia gubernamental interministerial encargada de esta tarea. Esta norma pareciera alinearse entre aquellas alternativas que dan primacía a la obligación del Estado. Si observamos el primer modelo, verificaremos que la norma colombiana adhiere a la creación de una agencia de representantes del Estado, encargada de dar cumplimiento a las decisiones de la Comisión;

³³ Diario Oficial de la República de Colombia, del 9 de julio de 1996.

en este caso se trataría de un comité especial integrado por el ministro del Interior, el ministro de Relaciones Exteriores, el ministro de Justicia y de Derecho y el ministro de Defensa Nacional (art. 2)³⁴. Otro de los requisitos que recoge este modelo es el referido a la iniciación del trámite. A este respecto, la ley 288 establece que será el gobierno nacional el encargado de motivar las acciones que lleven a la ejecución de la decisión en cuestión. Esta responsabilidad se extiende, inclusive, a la remisión de copias de todos los actuados durante la ejecución de la decisión, al respectivo órgano internacional de derechos humanos, que fue comentada en nota anterior³⁵. Interesa destacar que se percibe en el legislador colombiano la intención de mantener la igualdad formal que subsistió durante el proceso ante la CIDH, ello en razón de la incorporación de actores, tales como la Defensoría del Pueblo, para equilibrar las fuerzas en juego en el ámbito interno. Otro aspecto resaltante es el reconocimiento de la validez de las decisiones de la Comisión Interamericana y la reglamentación de su cumplimiento, según lo contempla el artículo 2, párrafos 1 y 2 de la ley.

Por su parte, la ley 23.506 de Hábeas Corpus y Amparo del Perú³⁶, que reconoce la obligatoriedad de las decisiones de órganos convencionales y establece un mecanismo para su ejecución, pareciera ordenarse alrededor de la primacía de los derechos de la víctima. A este respecto vale decir que recientemente fue promulgada la ley 27.775³⁷, que regula el procedimiento para aplicación de sentencias emitidas por tribunales supranacionales y modifica la ley 23.506. Según esta norma, las sentencias expedidas por los tribunales internacionales constituidos según los tratados de los cuales el Perú es parte y que establezcan el pago de sumas de dinero

³⁴ Otro ejemplo de este modelo es brindado por Guatemala que crea la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos, COPREDEH, con la misión de “coordinar las acciones de los ministerios e instituciones del Organismo Ejecutivo, para hacer efectiva la vigencia y protección de los derechos humanos y garantizar la cooperación y comunicación del Presidente de la República con el Organismo Judicial y con la Procuraduría de los Derechos Humanos, en lo que corresponde a tales derechos”. (Morales Aceña de Sierra, Ma. E., *Retos para el cumplimiento de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, mimeo, p. 5). Esta Comisión ha actuado en nombre del Estado, reconociendo su responsabilidad institucional en los casos de violación a las garantías fundamentales (que ya hubiesen recibido informe final de la Comisión Interamericana) e iniciando conversaciones con las personas que han sido víctimas de tales violaciones. En www.impunidad.com/achievements/guatemala3_01S.html (15/2/2005).

³⁵ Art. 15 de la ley 288.

³⁶ Art. 40.

³⁷ El 5 de julio de 2002. Esta norma está en concordancia con el art. 115 del Código Procesal Constitucional promulgado por la ley 28.237, el 31 de mayo de 2004.

por indemnización por daños y perjuicios a cargo del Estado peruano se ejecutarán a la brevedad posible, estableciendo para ello, plazos perentorios. Se trata de un procedimiento especial, que seguirá el siguiente trámite: una vez emitida la sentencia por el tribunal internacional, la norma fija que ésta sea transcrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores al presidente de la Corte Suprema, quien se encargará de remitirla a la sala en que se agotó la jurisdicción interna y ordenará su ejecución por el juez que conoció el proceso previo. De no existir proceso previo, el titular de la máxima instancia jurisdiccional dispondrá que el juez especializado o mixto competente conozca la ejecución de la resolución³⁸. Si bien la norma no establece en forma expresa que las partes deberán actuar impulsando la acción, éste suele ser el procedimiento habitual ante el Poder Judicial. Además, la referida ley establece que en el trámite para fijar la responsabilidad patrimonial y el monto indemnizatorio, el peticionario deberá interponer la demanda que corresponda, siguiendo el procedimiento abreviado estipulado en el Código Procesal Civil (art. 2, inc. d). Un aspecto que nos interesa resaltar en esta norma se refiere a la incorporación de un procedimiento para el cumplimiento, no solo de indemnizaciones pecuniarias, sino también de medidas no indemnizatorias (art. 4), tales como la modificación de legislación, el reconocimiento público y simbólico de la responsabilidad del Estado, entre otros.

A pesar de los avances identificados, debemos reconocer que estos preceptos también traen consigo algunos límites. Uno de los perjuicios que se vislumbra en la ley 27.775 se basa en que sólo acepta como ejecutables las decisiones de la Corte Interamericana negando valor, tácitamente, a las recomendaciones de la Comisión. Otro límite presente en la ley colombiana y en la peruana está vinculado a la amplitud de las consecuencias en la aplicación de las decisiones de los organismos internacionales, en el plano nacional. Ello debido a que ninguna de las normas hace expresa mención de la posibilidad de mayor repercusión de la decisión, de tal forma que puedan beneficiarse no sólo los directamente implicados, sino transformar la situación general que provocó la violación de derechos humanos.

En síntesis, es posible concluir que, más allá de las formulaciones y limitaciones propias de cada una de estas normativas, se puede diferenciar dos modelos o al menos énfasis diferentes para la implementación de las decisiones de los organismos internacionales en el ámbito interno. Frente a estas opciones, si es correcta la presunción de la igualdad de armas como un elemento clave para la eficacia del sistema, parece razonable sostener que el sistema basado en la obligación internacional, por ser el que mejor

³⁸ En www.cajpe.org.pe/cronolog/julpe6.htm (9/2/2005).

preserva una relación igualitaria entre el Estado y la víctima, podría tener ventajas prácticas sobre aquel que privilegia los derechos de los afectados.

Uno de los argumentos para impulsar este tipo de mecanismo para la aplicación de las decisiones de organismos internacionales reside en el hecho de que la vía judicial u otros procedimientos formales o informales ante el Poder Ejecutivo vuelven a poner al individuo solo frente al Estado en condiciones de vulnerabilidad similares a las que favorecieron la violación de los derechos humanos reconocidos por las instancias internacionales. Aun con una resolución a su favor y contra el Estado, la víctima tendrá muchas dificultades para que sus derechos sean reconocidos (y son numerosos los casos que avalan este escepticismo, los que hemos graficado al comentar algunas posturas de los tribunales supremos). No debe perderse de vista la reacción negativa que los tribunales tienen, en general, ante este tipo de demandas y que se explica por su reconocido conservadurismo y la resistencia a acatar otras fuentes normativas que no sean las del derecho interno. Aun en el caso de una ley interna que habilite este tipo de procedimientos, es necesario ser cautelosos en lo referido a la aplicación práctica que de ella puedan hacer muchos jueces. Es posible sostener, en este sentido, que los riesgos del segundo modelo están vinculados con el otorgamiento de una autoridad excluyente al Poder Judicial, quien sería según este modelo el único encargado de ejecutar la decisión de la instancia internacional y que, como la práctica lo demuestra, ha interpretado en un sentido restrictivo las referencias a la aplicación de resoluciones, descartando las recomendaciones de la Comisión por considerarlas resultado de un procedimiento sin contradictorio.

Para evitar este tipo de situaciones en las que los involucrados buscan evadir su responsabilidad, el modelo que se estructura alrededor de la obligación internacional vuelve a poner el foco en el lugar en que debe estar, esto es, en la relación entre el Estado y sus ciudadanos frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Más allá de que en todos los esquemas nacionales la opción por una u otra alternativa nunca es absoluta, lo que nos interesa destacar aquí es que en la medida en que se privilegie la obligación internacional del Estado será más factible mantener o replicar la fórmula de la igualdad de condiciones entre el Estado y sus ciudadanos y, de este modo, favorecer la eficacia de las decisiones de los organismos protectores de derechos humanos.

Otro argumento fundamental para optar por el primer modelo se suscita en que éste permite la inclusión de otros actores, tales como la sociedad civil organizada, en la búsqueda de equilibrar la desigualdad que reaparece cuando el conflicto retorna al plano nacional. Este nuevo actor será capaz de hacer seguimiento a las acciones del Estado para el cumplimiento de las decisiones internacionales y velar por los intereses de quienes fueron vulnerados en sus derechos. Esta fórmula ha venido siendo implantada en varios países con resultados exitosos.

Como lo indicamos anteriormente, el Perú ha configurado un modelo

comisión interamericana y aplicación de sus decisiones

de aplicación de decisiones de organismos internacionales basados en los intereses de la víctima. No obstante, dado el número de denuncias encaminadas ante la Comisión Interamericana y la imagen de país violador de derechos humanos (forjada durante el segundo mandato presidencial de Alberto Fujimori)³⁹, el gobierno actual asumió el compromiso formal y público de buscar soluciones integrales a las violaciones a los derechos humanos, señaladas por la Comisión en 105 informes finales⁴⁰. Con esa intención creó, vía Decreto Supremo⁴¹, una Comisión de Trabajo Interinstitucional para el Seguimiento de las Recomendaciones de la CIDH. Esta comisión estuvo compuesta por un “representante de las víctimas y/o familiares de las víctimas y otro de las organizaciones no gubernamentales”⁴². Entre las propuestas más importantes que ella planteó, está haber “emitido recomendaciones para establecer reparaciones no dinerarias, conformar una secretaría técnica entre dos ministerios, brindar prestaciones de salud, educación, ayuda humanitaria, rehabilitación económica y productiva, establecer reparaciones simbólicas y por último, incorporar en la estructura del Ministerio Público, Fiscalías Provinciales Penales de Derechos Humanos”⁴³. En un sentido semejante, la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) ha sugerido al Estado la adopción de un Plan Integral de Reparaciones a las víctimas de la violencia política. Este plan debe funcionar sobre la base de la solidaridad y el esfuerzo común, es decir, la CVR reconoce que “la piedra angular y el cimiento de su construcción corresponden al Estado, donde están representados los partidos y otros movimientos”, sin embargo, es fundamental incorporar un complemento sólido, que se forma con la suma de otros aportes, tales como el de la sociedad civil (constituida por asociaciones civiles, asociaciones religiosas, gremios y sindicatos; organizaciones no gubernamentales, entidades sin fines de lucro y el voluntariado nacional), la empresa privada y la cooperación internacional⁴⁴. En síntesis, estas propuestas describen la importancia de incorporar a la sociedad civil en la supervisión

³⁹ Esta imagen tuvo su expresión más dramática, como ya lo afirmamos, cuando el Estado peruano pretendió proceder al retiro de la competencia contenciosa de la Corte IDH y desconocer las sentencias de este organismo que lo sancionaban por incumplir la Convención Americana. En www.fidh.org/article.php?id_article=1259; www.analitica.com/documentos/2449475.asp (17/2/2005).

⁴⁰ En www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2003/27.03.htm (17/2/2005).

⁴¹ 005-2002-JUS Decreto Supremo del 25 de febrero de 2002.

⁴² Bazán, ob. cit., p. 4.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ En www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php (17/2/2005).

de la aplicación de las decisiones internacionales, para de esta forma estimular la participación democrática de los ciudadanos y garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los más vulnerables.

Es interesante también revisar experiencias que, si bien distintas, tienen de alguna forma aspectos en común con el esquema aquí propuesto. En este sentido, por ejemplo en Colombia, a pesar de no existir instancias similares a las que acabamos de comentar, la Corte Constitucional ha reconocido la importancia de promover espacios para que representantes de las personas afectadas en sus derechos expresen su voz y al mismo tiempo fiscalicen el cumplimiento de las responsabilidades del Estado. En la sentencia, la Corte colombiana regula la situación de miles de desplazados y ordena a las instancias oficiales a “ofrecer, a las organizaciones que representan a la población desplazada, oportunidades para participar de manera efectiva en la adopción de las decisiones que se tomen con el fin de superar el *estado de cosas inconstitucional*⁴⁵ e informarles mensualmente de los avances alcanzados”⁴⁶.

En síntesis, es posible identificar algunas razones de peso que justificarían una opción por el modelo basado en la obligación internacional de los Estados Parte, al mismo tiempo que existen ya algunas experiencias valiosas en este sentido, tanto en lo que se refiere a involucrar a la comunidad internacional como a distintos actores del ámbito interno en la implementación de políticas públicas que favorezcan la protección de los derechos humanos.

No obstante lo expuesto, dos aclaraciones adicionales son necesarias. La primera es que esta propuesta de ningún modo busca hacer a un lado las vías judiciales o similares para implementar las decisiones de la Comisión y la Corte. Las razones aquí expuestas de ningún modo deben entenderse como un apoyo a los argumentos presentados por la Corte Suprema en el caso “Carranza”, en el sentido de que está obligado solamente el Poder Ejecutivo. Ello pues no se trata de una alternativa que exige optar por una u otra protección como si estas fueran excluyentes. Por el contrario, es obvio que ambos mecanismos se complementan y la protección judicial es, en todos los casos, necesaria. Esta complementarie-

⁴⁵ Se está ante un estado de cosas inconstitucional cuando “(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas –que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales– y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales”. Sentencia de Sala Plena SU-090 de 2000. Magistrado Ponente de la Corte Constitucional de Colombia: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁶ Sentencia de Tutela T-025 de 2004. Magistrado Ponente de la Corte Constitucional de Colombia: Manuel José Cepeda Espinoza.

dad se expresa, por ejemplo, en el caso peruano, en el que ambos modelos se combinan. Especialmente en el contexto de países que no han sancionado todavía una legislación idónea para la ejecución de estas resoluciones, los tribunales pueden ser la única alternativa para la aplicación de las decisiones y reclamar los derechos de las víctimas suele ser la mejor forma de presentar esta demanda. Incluso en el caso de que sí exista un procedimiento *ad hoc*, la posibilidad de recurrir a los tribunales puede siempre actuar como un correctivo para los casos en que haya desviaciones en el cumplimiento de las decisiones por parte del Estado responsable. Sin embargo, queremos resaltar que la opción por el modelo que crea una instancia gubernamental interministerial para atender el perjuicio masivo que provocó la violación del Estado, aparece *prima facie* como una alternativa más participativa, que motiva y favorece el ejercicio de la ciudadanía.

La segunda aclaración se refiere a que el solo hecho de privilegiar la obligación del Estado por sobre los derechos de las víctimas no es suficiente para restaurar la igualdad de armas entre el denunciante y el gobierno. Un procedimiento que se limite a concentrar en, por ejemplo, una agencia del Poder Ejecutivo la obligación del Estado de cumplir con una decisión internacional, pero que no habilite ninguna instancia de intervención por parte de la comunidad internacional, difícilmente pueda ser el medio más idóneo para la consecución de los objetivos buscados. Para que esta igualdad de condiciones exista en el proceso de aplicación de las decisiones de la Comisión y la Corte, resulta necesario que la obligación del Estado frente a la comunidad internacional sea tutelada de alguna forma por esas instancias internacionales. Desde esta perspectiva, dos aspectos del procedimiento son centrales. En primer lugar, el hecho de que sea de particular relevancia la obligación internacional del Estado hace que la Cancillería deba necesariamente jugar un papel central en el proceso. En segundo término, la supervisión del proceso de aplicación por parte del organismo internacional involucrado debe también ser un elemento fundamental de este procedimiento y tiene que incluir alguna forma de evaluación final sobre las medidas tomadas por el Estado para dar cumplimiento a la sentencia o recomendación. Un procedimiento de este tipo, que privilegia la obligación internacional por sobre los derechos individuales o colectivos de las personas involucradas, es paradójicamente, más conveniente tanto para las víctimas como para el Estado. En el caso de los individuos, los vuelve a poner en igualdad de condiciones con el gobierno, en el marco de una sostenida protección de sus derechos por parte de un organismo internacional que mantiene su condición de sujetos del derecho internacional. Para el Estado, si bien una alternativa de este tipo lo enfrenta con su “debilidad” frente a la comunidad internacional, al mismo tiempo le permite un mayor control del proceso de aplicación, unificando la responsabilidad en una instancia oficial encargada del

asunto en lugar de las fórmulas descentralizadas que muchas veces prefieren desconocer la obligación amparándose en argumentos burocráticos y de derecho interno. En este sentido, no cabe duda que una estructura de implementación de este tipo es una herramienta particularmente útil en el caso de los Estados que tienen un sistema de gobierno federal, ya que habilita una instancia de negociación y resolución que involucra a todos los actores.

Un rápido recorrido por el proceso de aplicación de las recomendaciones de la Comisión en la Argentina nos lleva al caso “La Tablada”⁴⁷ que es un buen ejemplo de las dificultades que trae aparejado optar por la falta de previsión de un mecanismo de cumplimiento o por la vía judicial para la tutela de los derechos de las víctimas. Sucesivos y desprolijos procedimientos judiciales y acontecimientos políticos que incluyeron desde la movilización de la vergüenza hasta huelgas de hambre y que concluyeron en la sanción de un decreto presidencial de conmutación de penas con muy bajos niveles de aceptación (incluso entre sus beneficiarios) después de un desgastante proceso que incluyó una visita especial de los miembros de la Comisión a la Argentina son ilustrativos de las complicaciones que puede acarrear confiar en la alternativa judicial.

Tal como concluye Garro: “La lección más importante que deja el caso ‘La Tablada’ es la necesidad de cambiar (...) en favor de una cultura jurídica, reflejada en la política exterior, orientada al cumplimiento cabal de las obligaciones internacionales, especialmente en aquellos casos en que las medidas a llevar a cabo surgen de una decisión de la Comisión Interamericana expedida en un caso concreto en donde se ha declarado la responsabilidad internacional del Estado”. Si bien este autor después avanza proponiendo “la adopción de reformas legislativas o legislación especial destinada a viabilizar la revisión judicial de condenas pasadas en autoridad de cosa juzgada, cada vez que dicha revisión es impuesta por un tribunal internacional”, entendemos que su invitación general a pensar la necesidad de cambiar la cultura jurídica es más amplia y debe llevarnos a explorar alternativas como la que aquí se sugiere.

VI. Consideraciones finales

Propuestas similares a la adopción de un modelo que concentra la responsabilidad de cumplir con las decisiones internacionales en una determinada agencia gubernamental han sido objeto de críticas a partir de dos

⁴⁷ Para una breve descripción de este proceso se puede ver Garro, A., *El caso “La Tablada”: el derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones de los poderes del Estado de ponerlo en práctica*, en “Latin American Studies Association Forum”, vol. XXXII, nº 1, 2001, p. 11.

líneas argumentativas. La primera es que de esta forma las víctimas quedarían debilitadas, ya que la instancia natural en el ámbito interno para la protección de sus derechos son los tribunales y, por consiguiente, concentrar nuestros esfuerzos en una agencia gubernamental dependiente del Ejecutivo sería la mejor forma de que el Estado ignorara los derechos reconocidos por la decisión internacional. La otra línea argumental, parcialmente en contradicción con la primera, es que resulta ingenuo aspirar a que los Estados restrinjan su autonomía para instalar un proceso de aplicación que los vuelva a poner bajo la supervisión de la comunidad internacional y que, además, incorpore otro ente fiscalizador (representado por la sociedad civil).

Sobre el primer punto, podemos argumentar que la existencia de un ente originado en el Poder Ejecutivo, articulado con otras entidades gubernamentales responsables por la aplicación de las decisiones internacionales, no debe resultar en un modelo debilitador pues junto a ellas se incorporan otras instancias civiles que velarán exclusivamente por los intereses de las víctimas. Si a ello sumamos que la Comisión Interamericana debería hacer un estrecho acompañamiento de los pasos recorridos por el gobierno nacional para dar cumplimiento a sus recomendaciones, concluiremos que la protección de los derechos de las víctimas estará garantizada.

En relación con el segundo cuestionamiento, nos encontramos nuevamente frente a una objeción que se refiere a los desafíos del sistema internacional de protección de los derechos humanos, que tiene como prerrequisito para su desarrollo la voluntad de los Estados para autolimitarse⁴⁸. La experiencia latinoamericana indica que aun las más atroces dictaduras se vieron, frente a determinadas circunstancias, obligadas a limitar su margen de autodeterminación y tuvieron que adoptar medidas que permitieron a los organismos internacionales de derechos humanos realizar

⁴⁸ Hace algunos años (más precisamente en 1998, en un seminario dictado en Colombia) uno de los autores de este trabajo escuchó a Adrien Claude Zoller, director del Servicio Internacional de los Derechos Humanos, describir el sistema internacional de protección de los derechos humanos como un partido de fútbol en un potrero: no todos los jugadores tienen la misma fuerza, uno es el dueño de la pelota, algunos son amigos entre ellos; sin embargo, el interés común en jugar ese juego va llevando lentamente al establecimiento de reglas que después deberán ser cumplidas, aun cuando más de uno quisiera poder ignorarlas. La metáfora resulta muy interesante porque explica cómo la protección internacional de los derechos humanos es un caso paradigmático de un proceso de construcción de reglas en el que los creadores de ese derecho sancionan normas que sólo tienen sentido como un límite a ellos mismos. De este modo, las fortalezas y debilidades del sistema quedan entrelazadas, ya que a partir de un interés común se empiezan a construir criterios universales que, sin embargo, dependen para su cumplimiento de la misma voluntad de quienes se hallan sujetos a ellas.

actividades de protección de las libertades fundamentales. En la actual coyuntura, en la que gobiernos democráticos muchas veces tienen un compromiso con el avance en materia de derechos humanos, pareciera viable impulsar las reformas necesarias para asegurar los mejores mecanismos institucionales para efectivizar esos derechos.

De lo que se trata, en última instancia, es de generar mecanismos que ayuden a construir la voluntad política a la que nos referíamos en la introducción de este trabajo, necesaria para la efectiva tutela de los derechos fundamentales. Tal como fue planteado en el Informe Final de la Comisión de la Verdad del Perú, “la voluntad política no es exclusiva del gobierno nacional, aún cuando a éste le corresponda articularla e impulsarla activamente, sino que compromete a la totalidad de los actores políticos y a muchos otros actores sociales como los medios de prensa y comunicación, las empresas, asociaciones y tantos grupos representativos de diversos sectores sociales”⁴⁹. En este sentido, la posibilidad de involucrar a varios de estos actores en el proceso de seguimiento de las decisiones de la Comisión puede, sin duda, ser el elemento necesario para mover la balanza y hacer que el Estado se incline para cumplir con sus compromisos internacionales.

⁴⁹ En www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php.

Capítulo III

La implementación de los tratados de derechos humanos en la legislación y las políticas públicas

Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales*

Víctor Abramovich

I. Introducción

En América Latina existe hoy un renovado impulso para una nueva generación de políticas sociales concebidas como acciones positivas destinadas a superar situaciones graves de exclusión y desigualdad estructural de vastos sectores de la población, tales como los pueblos indígenas y los afrodescendientes. También se han encarado algunas estrategias públicas novedosas para la inclusión social de las mujeres en la esfera política y el mercado de trabajo¹.

Al mismo tiempo se desarrolla un serio debate sobre la débil institucionalidad de ciertas intervenciones de política social, basadas en el reconocimiento de beneficios particularizados y meramente asistenciales, que excluyen el lenguaje y la lógica de los derechos. Este tipo de intervención estatal se caracteriza por la falta de transparencia, la ausencia de mecanismos de participación, responsabilidad y rendición de cuentas, y por favorecer la manipulación de las prestaciones y la asistencia a través de prácticas clientelares que definen la relación entre la administración y quienes acceden a los beneficios que se distribuyen. Al mismo tiempo acaban consolidando un campo de acción de la administración pública con un alto grado de discrecionalidad, que funciona como una zona ajena al derecho, en el que se obstaculiza cualquier forma de control ciudadano e institucional. Este tipo de políticas de baja institucionalidad, se combina

* El presente artículo fue elaborado sobre la base del documento *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina*, presentado en el seminario Derechos y Desarrollo en América Latina: un Seminario de Trabajo, organizado por el BID y la CEPAL en Santiago de Chile, 9 y 10 de diciembre de 2004. El documento completo puede consultarse en www.iadb.org.

¹ Buvinic, Mayra, *La inclusión social en América Latina*, en Buvinic, Mayra; Mazza, Jacqueline y Pungiluppi, Juliana (eds.), *Inclusión social y desarrollo económico en América Latina*, BID, 2004, ps. 3-37.

con la degradación de los derechos laborales, sindicales y de la seguridad social, como resultado de las reformas implementadas en la última década en el ámbito del mercado del trabajo y en los sistemas de jubilaciones y pensiones.

Estas discusiones en el ámbito de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo a nivel regional, no han sido mayormente afectadas por la evolución del derecho internacional de derechos humanos, en cuanto al alcance de las obligaciones del Estado de proteger ciertos derechos fundamentales en el ámbito social.

Paradójicamente, pese a compartir la preocupación por muchos temas comunes, en particular referidos a la pobreza y la exclusión y su relación con la dinámica de los procesos políticos y el funcionamiento de las instituciones democráticas, el campo de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo y el campo de los derechos humanos han corrido en paralelo, con pocos puntos de encuentro o conexión. En tal sentido basta señalar que muchos de los conceptos habituales en el lenguaje del desarrollo, utilizados por las agencias de cooperación y las Instituciones Financieras Internacionales (IFIs), como la reducción de la pobreza, la participación, la inclusión, el buen gobierno, la responsabilidad y rendición de cuentas (*accountability*) refieren las mismas cuestiones que en el campo de los derechos humanos describen el alcance de los derechos a la salud, a la alimentación, a la educación, a la libertad de expresión, a la participación política, a la igualdad y a la no discriminación, el derecho de acceso a la justicia, entre otros. En ocasiones, el lenguaje de los derechos ha sido considerado como excesivamente político y poco neutral en algunas de las agencias de cooperación, e incluso como un lenguaje prohibido por los mandatos de algunas instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial, lo cual no ha impedido que la agenda de estas instituciones abordaran cuestiones de pobreza o de calidad institucional directamente vinculadas con aquellos derechos.

En nuestra opinión existen motivos de peso para empezar a cerrar las brechas y a tender puentes entre estos dos campos; en particular en el ámbito regional, en donde los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) en temas tales como el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación; el derecho a la participación política y el derecho de acceder a la justicia, son de inestimable valor para ajustar aquellas discusiones acerca de la universalidad, transparencia e institucionalidad de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo. Estos estándares jurídicos pueden servir para fijar *un marco* para la definición de las políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como de los actores sociales y las agencias de cooperación para el desarrollo, y establecer *una vara o criterio* común para la fiscalización y evaluación posterior de esas políticas y estrategias, otorgando un contenido más preciso a algunos principios que inspiran la formulación de estrate-

gias de desarrollo y reducción de la pobreza en la región, tales como el principio de inclusión, de participación, de rendición de cuentas y de responsabilidad.

Es indudable que la adopción de este enfoque de derechos podría contar con una sólida infraestructura para ello. En la región, el concepto de derechos humanos ha sido pensado históricamente como un medio para imponer límites a las formas abusivas de uso del poder por el Estado, un decálogo de aquellas conductas que el Estado no debería hacer. No torturar, no privar arbitrariamente de la vida, no entrometerse en la vida privada y familiar de las personas, no discriminar. Esta concepción estuvo signada por la resistencia a las dictaduras militares en el Cono Sur en la década del setenta y en Centroamérica en los ochenta. En los últimos años, el cuerpo de principios, reglas y estándares que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha fijado con mayor claridad no sólo las obligaciones negativas del Estado sino también un cúmulo de obligaciones positivas. Esto significa que ha definido con mayor precisión no sólo aquello que el Estado no debe hacer, a fin de evitar violaciones, sino también aquello que debe hacer en orden a lograr la plena realización de los derechos civiles, políticos y también económicos, sociales y culturales. En tal sentido, los derechos humanos no son pensados en la actualidad tan sólo como un límite a la opresión y al autoritarismo, sino también como un programa que puede guiar u orientar las políticas públicas de los Estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas, en particular en procesos de transición o con problemas de democracias deficitarias o débiles.

En los países de América Latina, muchas organizaciones de derechos humanos y otras organizaciones sociales que actúan con una perspectiva de derechos, como organizaciones de mujeres, de control ciudadano, ambientales y de usuarios y consumidores entre otras, además de fiscalizar las acciones estatales, han incorporado nuevas estrategias de diálogos y negociación con los gobiernos a fin de incidir en la orientación de sus políticas y lograr transformaciones en el funcionamiento de las instituciones públicas. El cambio de perspectiva apunta a incorporar al trabajo tradicional de denuncia de violaciones, una acción preventiva y de promoción capaz de evitarlas. En igual sentido, los órganos de supervisión internacional de derechos humanos, tanto a nivel universal como regional, han procurado no sólo reparar a las víctimas en casos particulares, sino también fijar un cuerpo de principios y estándares, con el propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos a través del fortalecimiento de los principales mecanismos domésticos de protección de derechos, tales como los sistemas de administración de justicia, los mecanismos de participación política y las instancias públicas de control horizontal, como oficinas electorales, defensorías, procuradores de dere-

chos humanos, entre otras, y las áreas competentes de la administración pública que definen políticas con impacto en la vigencia de los derechos, en áreas de gobierno como las policías, los servicios penitenciarios, y los servicios y prestaciones sociales.

Si bien esta agenda de fortalecimiento institucional no siempre ha sido prioritaria en el trabajo de supervisión internacional del SIDH, orientado en ocasiones de manera exclusiva a su función de último recurso de justicia para las víctimas, ante situaciones de violaciones masivas y sistemáticas, el sistema cuenta con herramientas de intervención que permiten mejorar sustancialmente su aporte conceptual a los procesos de formulación de políticas públicas a nivel doméstico. Este enfoque tiene como presupuesto el *carácter subsidiario* de los mecanismos de protección internacional frente a las garantías de esos derechos en los propios Estados, de modo que reconoce los límites claros de la supervisión internacional y al mismo tiempo resguarda el necesario margen de autonomía de los procesos políticos nacionales, para alcanzar mejores niveles de realización y vigencia de los derechos humanos.

Una vía de fortalecimiento institucional es el impacto de las decisiones y la jurisprudencia del SIDH en la jurisprudencia de los tribunales nacionales al momento de aplicar las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es importante considerar que las decisiones adoptadas por los órganos del sistema en un caso particular tienen un valor heurístico, de interpretación de los tratados aplicables al conflicto, que trasciende a las víctimas afectadas en ese proceso. Esa jurisprudencia internacional suele ser utilizada además como guía para las decisiones que adoptan luego a nivel doméstico los tribunales nacionales, que procuran así evitar que los Estados puedan ser expuestos a peticiones y eventuales condenas ante las instancias internacionales. Este proceso de *globalización de estándares de derechos humanos*, si bien no ha alcanzado igual grado de desarrollo en toda la región y está sujeto en ocasiones a la precariedad de los sistemas de justicia, ha tenido una indudable incidencia positiva en la transformación de esos mismos sistemas y ha generado en las autoridades estatales una mayor atención a los principios y reglas que se fijan en el escenario interamericano. También ha favorecido este proceso la paulatina conformación de una burocracia estatal especializada en el manejo de estos temas, que suele incidir en algunos aspectos de la gestión pública, tales como oficinas y comisiones de derechos humanos, defensorías del pueblo y funcionarios especializados.

Ahora bien, la incidencia del SIDH no se limita al impacto de sus decisiones sobre la jurisprudencia de los tribunales locales. Otra vía importante para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en los Estados, surge de su capacidad de incidir de manera directa en la orientación general de algunas políticas públicas, y en sus procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización. Así, es común observar

que las decisiones individuales adoptadas en un caso, suelen imponer a los Estados obligaciones de formular políticas para reparar la situación que da origen a la petición, e incluso establecen el deber de abordar los problemas estructurales que están en la raíz del conflicto analizado en ese caso. La imposición de estas obligaciones positivas es precedida generalmente por el examen, bajo estándares jurídicos, de las políticas implementadas, o del comportamiento omisivo del Estado que ha provocado o favorecido una violación de derechos. Esas obligaciones pueden consistir en cambios de políticas existentes, reformas legales, implementación de procesos participativos para formular nuevas políticas públicas y, muchas veces, en la reversión de ciertos patrones de comportamiento que caracterizan el accionar de ciertas instituciones del Estado que promueven violaciones, por ejemplo violencia policial, abuso y tortura en las prisiones, aquiescencia del Estado frente a situaciones de violencia doméstica, políticas de desplazamientos forzoso de población en el marco de conflictos armados, desalojos masivos de poblaciones indígenas de sus tierras ancestrales. Además, en el marco de los casos individuales el sistema promueve habitualmente procesos de solución amistosa o negociaciones entre los peticionarios y los Estados, en los cuales los Estados muchas veces se avienen a implantar esas reformas institucionales o crean mecanismos de consulta con la sociedad civil para la definición de políticas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión) emite, asimismo, informes generales por países. En ellos, analiza situaciones concretas de violaciones y realiza recomendaciones que orientan políticas estatales sobre la base de estándares jurídicos². También puede emitir informes temáticos que abarcan temas de interés regional o que conciernen a varios Estados. Este tipo de informes tiene un enorme potencial para fijar estándares y principios y relevar situaciones colectivas o problemas estructurales que pueden no estar debidamente reflejados en la agenda de los casos individuales. Ellos tienen, además, una perspectiva promocional más clara que los informes por país, que suelen ser vistos como mecanismos de exposición de los Estados ante la comunidad internacional y sus audiencias locales. El proceso de elaboración de los informes temáticos permite a la Comisión, a su vez, dialogar con actores sociales locales e internacionales relevantes para esa temática, recabar la opinión de expertos, de agencias de cooperación e IFIs, de los órganos políticos y técnicos de la OEA, e iniciar vínculos con los funcionarios encargados de generar en

² Ver, como ejemplo de informe sobre la situación de derechos humanos en un país que recoge la agenda de exclusión social y la perspectiva de incidencia en políticas públicas, *Justicia e inclusión social. Los desafíos de la democracia en Guatemala*, CIDH, 29/12/2003.

definitiva políticas en los campos analizados³. Por último la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) puede emitir opiniones consultivas, que sirven para examinar problemas concretos más allá de los casos contenciosos, y fijar el alcance de las obligaciones estatales que emanan de la Convención y de otros tratados de derechos humanos aplicables en el ámbito regional, tales como la situación jurídica de los trabajadores migrantes y los derechos humanos de niños y adolescentes. En ocasiones, en estas opiniones consultivas, la Corte ha intentado fijar marcos jurídicos para el desarrollo de políticas, por ejemplo, de las políticas migratorias y de las políticas dirigidas a la infancia⁴.

La jurisprudencia y las interpretaciones de los órganos del SIDH, tanto de la Comisión como de la Corte, y sus puntos de vista sobre problemas de índole estructural que afectan la vigencia de los derechos humanos en la región, han incidido en importantes reformas en el funcionamiento y la accesibilidad de los sistemas de justicia, en la fijación de límites a las diversas formas de violencia estatal, en un mayor respeto de la libertad de expresión y el acceso a la información pública, en la derogación de normas discriminatorias de las mujeres, en el reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas a sus tierras ancestrales y a la participación política, entre otras cuestiones medulares para las estrategias de desarrollo social en nuestros países⁵. Al mismo tiempo, el SIDH, tanto la Comisión como la Corte, se han convertido gradualmente en un escenario privilegiado de activismo de la sociedad civil, que ha desplegado estrategias innovadoras para aprovechar en el ámbito nacional la repercusión internacional de los casos y situaciones denunciadas en las denominadas estrategias de boomerang. Algunos actores sociales como dijimos, se han valido de este escenario internacional no sólo para denunciar violaciones y hacer visibles ciertas prácticas estatales cuestionadas, sino también para alcanzar posiciones privilegiadas de diálogo con los gobiernos o con aliados al interior de éstos, y para revertir las relaciones de fuerza, alterar la dinámica de algunos procesos políticos. En ocasiones, ello ha facilitado la apertura de espacios de participación e incidencia social en la formulación e implementación de políticas, y en el desarrollo de reformas institucionales. Además han sido

³ Sobre el valor de los informes temáticos regionales como herramientas de incidencia de la CIDH en el contexto de democracias deficientes en la región, ver el preciso análisis de Tom Farer, *The Future of the Inter-American Comisión on Human Rights: Promotion versus Exposure*, en Méndez, Juan E. y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, IDH, ps. 515-536.

⁴ Ver Corte IDH, Opinión Consultiva 17 y Opinión Consultiva 18.

⁵ Méndez, Juan E. y Mariezcurrena, Javier, *Human Rights in Latin America and The Caribbean: A Regional Perspective*, documento presentado en Human Development Report 2000, *Human Rights and Human Development*.

estas organizaciones de derechos humanos las que mayormente han incorporado los estándares legales fijados por el SIDH como parámetro para evaluar y fiscalizar acciones y políticas de los Estados, y en ocasiones para impugnarlas ante los tribunales o ante la opinión pública.

Paradójicamente, pese a esta falta de diálogo y reconocimiento mutuo, el campo de las políticas y estrategias de desarrollo y el campo de la protección internacional de los derechos humanos parecen estar mirando en la misma dirección, al reconocer *una agenda prioritaria vinculada a los problemas derivados de la exclusión social*. Ello a partir de la constatación de que luego de procesos complejos de transición, las democracias latinoamericanas se encuentran seriamente amenazadas por el aumento sostenido de las brechas sociales y la exclusión de vastos sectores de la población de sus sistemas políticos y de los beneficios del desarrollo, lo que impone límites estructurales al ejercicio de derechos sociales, políticos y civiles. La persistencia de altos niveles de desigualdad y exclusión condiciona y amenaza seriamente a los procesos relativamente exitosos de consolidación de las reglas de juego básicas de la institucionalidad democrática, tales como la estabilización y apertura de los sistemas electorales y la disminución de las prácticas de violencia política.

En tal sentido, a fin de precisar el alcance del problema y definir con cierta claridad, a los efectos de este artículo, qué significa una agenda vinculada a la exclusión, es adecuado considerar que la exclusión social no se define únicamente por la insuficiencia de ingresos, como la pobreza, sino que se refiere a un conjunto más amplio de circunstancias. El concepto de exclusión está vinculado íntimamente con la noción de desigualdad, pero no se limita a la desigualdad de ingresos y de activos (factor considerado en el concepto de pobreza) sino también a otras privaciones sociales y a la falta de voz y poder en la sociedad. Esto se refleja, en la región, por ejemplo, en los límites a la participación social y política de los sectores y grupos que se definen culturalmente. Por ello a fin de medir o evaluar situaciones de inclusión o exclusión, se suelen considerar algunos indicadores que comprenden fundamentalmente: la *medición de pobreza*, que incluye la medición de la desigualdad de ingresos; el *acceso a servicios sociales de calidad*, tales como salud y educación, y a *recursos productivos*, como tierra, capital, tecnología; el *acceso a infraestructura física*, por ejemplo, agua, servicios sanitarios, transporte; el *acceso a mercados de trabajo*; indicadores de *participación social y de capital social*; indicadores de *acceso a la justicia y a la participación política*; indicadores sobre el *impacto diferenciado de la violencia (incluido el homicidio) y la victimización* frente a acciones delictivas⁶.

⁶ Ver Buvinic, *La inclusión social en América Latina*, cit., ps. 7-8.

Los problemas derivados de la exclusión se reflejan también en la degradación de algunas prácticas institucionales y en el deficiente funcionamiento de los Estados democráticos, lo que produce nuevas formas de vulneración de los derechos humanos, muchas veces emparentadas con las prácticas de los Estados autoritarios de décadas pasadas. No se trata de Estados que se organizan para violar sistemáticamente derechos, ni que planifican en sus esferas superiores acciones deliberadas para vulnerarlos, sino de Estados con autoridades electas legítimamente, que no son capaces de revertir e impedir prácticas arbitrarias de sus propios agentes, ni de asegurar mecanismos efectivos de responsabilidad por sus actos, como consecuencia del precario funcionamiento de sus sistemas de justicia⁷. Los sectores sociales bajo condiciones estructurales de desigualdad y exclusión son las víctimas principales de este déficit institucional que afecta derechos políticos, sociales y civiles. Ello se observa en algunos conflictos que ocupan la agenda del SIDH: la violencia policial, el hacinamiento y la tortura en los sistemas carcelarios, cuyas víctimas predilectas son los jóvenes de sectores populares; las prácticas generalizadas de violencia doméstica contra las mujeres, toleradas por las autoridades estatales; la privación de la tierra y de la participación política de las comunidades indígenas; la discriminación de la población afrodescendiente en el acceso a la educación y a la justicia; el abuso de las burocracias contra los inmigrantes indocumentados; los desplazamientos masivos de población rural en el contexto de la violencia política. De allí que uno de los principales aportes y al mismo tiempo de los principales desafíos del SIDH en relación a los problemas regionales originados en la exclusión y la degradación institucional, reside en la capacidad de guiar con estándares y principios la actuación de los Estados democráticos en las situaciones concretas, tanto la jurisprudencia de los tribunales, a fin de determinar el alcance de los derechos, como los procesos de formulación de políticas públicas, contribuyendo de ese modo al fortalecimiento de las garantías institucionales y sociales de esos derechos en los diferentes espacios nacionales.

A partir de estas constataciones, en los puntos siguientes intentaremos presentar algunas discusiones en curso acerca de las posibles relaciones entre estándares de derechos humanos y políticas públicas en el ámbito social. Examinaremos algunos intentos por fijar esos marcos y sistemas de evaluación e indicadores a partir de la interpretación de las normas internacionales de derechos humanos, así como algunas tensiones y cuestionamientos que han provocado estas experiencias. Por último, exploraremos el rol estratégico que podrían jugar los órganos del SIDH en la fijación

⁷ Pinheiro, Paulo Sergio, *La efectividad de la ley y los desfavorecidos en América Latina*, en Méndez, Juan E.; O'Donnell, Guillermo y Pinheiro, Paulo Sergio (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión social en América Latina*, Paidós, 2002, ps. 15-31.

de estándares orientadores de las políticas sociales en la región, no sólo de su contenido sino de los procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización de esas políticas. Sostendremos que estos estándares pueden servir, además, como criterio para el control y eventualmente la impugnación y el cuestionamiento de estas políticas tanto por la sociedad civil como los órganos de control institucional. Examinaremos en particular el valor de los estándares interamericanos sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la participación social y política, y el derecho de acceso a la justicia; y su relación con los principios de inclusión, participación y rendición de cuentas, seguidos en el campo de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo.

II. Relaciones entre estándares de derechos humanos y políticas públicas sociales

Recientemente, numerosas agencias de cooperación para el desarrollo e instituciones internacionales, tales como DFID, SIDA, UNICEF, UNESCO, UNIFEM, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, entre otras, han planteado la necesidad de afirmar ese vínculo y han desplegado importantes esfuerzos para ello, a partir de la elaboración de nuevos marcos conceptuales para sus estrategias de acción que procuran basarse en un conjunto de principios, reglas y estándares de derechos humanos⁸.

El denominado “enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo” considera principalmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo. Una guía comprensiva acerca de cómo

⁸ Ver DFID –*Department for International Development*–, *Realising Human Rights for poor people. Strategies for achieving the international development targets*, octubre de 2000, Londres, www.dfid.gov.uk/Pubs/files/tsp_human.pdf; Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004; Hunt, Paul; Nowak, Manfred y Osmani, Sddiq, *Draft Guidelines: A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*, OHCHR, 20025, Geneva. 193.194.138.190/development/finalversion.doc; Appleyard, Susan, *A Rights-Based Approach to Development: What the policy documents of the UN, development cooperation and NGO agencies say*, 2002, OHCHR, Asia Pacific. www.un.or.th/issues/rba/backgroundrba.pdf; UNICEF, *Taking Children Rights Seriously in the Southern Cone: UNICEF's Work in Argentina, Chile and Uruguay*, 2001; UNESCO, *Elements for an Overall UNESCO Strategy on Human Rights*, 2002, París; SIDA, *A Democracy and Human Rights Based Approach to Development Cooperation*, 2001, Stockholm, www.sida.se/SIDA/jsp/polopoly.jsp?d=514. También constituye un antecedente lejano de esta perspectiva el enfoque de género en el desarrollo promovido desde los años setenta por las agencias de cooperación y organismos multilaterales.

debería realizarse el proceso de cooperación y asistencia, de la participación social en ese proceso, de las obligaciones de los gobiernos donantes y receptores, de la forma en que la asistencia debería ser evaluada, así como de los mecanismos de rendición de cuentas y responsabilidad que deberían establecerse a nivel local e internacional. Por ello se entiende que uno de los principales aportes de este enfoque es dotar a las estrategias de desarrollo de un marco conceptual explícito, del cual pueden inferirse elementos valiosos para pensar en los diversos componentes de esa estrategia: los mecanismos de responsabilidad, la igualdad y la no discriminación, la participación y el otorgamiento de poder a los sectores postergados y excluidos. Ese marco conceptual permitiría definir con mayor precisión las obligaciones de los Estados frente a los principales derechos humanos involucrados en una estrategia de desarrollo, tanto económicos y sociales y culturales, como civiles y políticos.

En líneas generales el enfoque de *derechos considera que el primer paso para otorgar poder* a los sectores excluidos es reconocer que son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas solamente como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para dar cumplimiento a las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos de exigibilidad y cumplimiento.

Más allá de que los diversos marcos conceptuales sobre el enfoque de derechos parten de variados fundamentos políticos y filosóficos, e incluso difieren a veces en las definiciones de pobreza, comparten *la idea de que las situaciones de pobreza determinan la privación de algunas libertades básicas*, tanto positivas como negativas, tales como la libertad de evitar el hambre, la enfermedad, el analfabetismo; y que la pobreza depende tanto de factores económicos como de condicionantes culturales, sociales, legales y políticos. Si bien la pobreza está relacionada con la insuficiente disposición de recursos económicos, entre ellos los ingresos personales, ello no entraña forzosamente la primacía de factores económicos como causantes de la pobreza. Ciertas prácticas culturales, así como marcos políticos y jurídicos que facilitan o promueven la discriminación contra personas o grupos particulares, como las mujeres, los indígenas o minorías étnicas, actúan como mecanismos de exclusión social que causan o contribuyen a causar pobreza⁹.

⁹ Ver, en tal sentido, Hunt, Nowak y Osmani, *Draft Guidelines*, cit., Cap. 1. *The process of Formulating Poverty Reduction Strategies in the Human Rights Approach*. En igual sen-

formulación y control de políticas sociales

Los diversos marcos conceptuales *no abordan todos los derechos, sino que procuran identificar aquellos derechos que resultan fundamentales en las estrategias de desarrollo* o reducción de pobreza, por su relación constitutiva o instrumental con la pobreza. Así, por ejemplo, el documento de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU señala tres diferentes formas en que los derechos humanos pueden ser pertinentes: pertinencia constitutiva, pertinencia instrumental y pertinencia restrictiva respecto del contenido y el ámbito de las estrategias. Algunos derechos tienen pertinencia constitutiva cuando corresponden a las capacidades consideradas básicas por una sociedad determinada, y su falta de cumplimiento obedece a la disposición insuficiente de recursos económicos; por ejemplo, el derecho a la alimentación o el derecho a la salud. Otros derechos tienen pertinencia instrumental pues contribuyen a prevenir los procesos sociales o políticos que pueden conducir a situaciones de pobreza, como algunos derechos civiles y políticos. Así, la libertad de expresión y los derechos vinculados con el funcionamiento de democracias representativas, con elecciones periódicas y limpias, acotan las posibilidades de que la sociedad tolere situaciones de pobreza extrema como hambrunas, sin demandar respuestas al gobierno o activar mecanismos de responsabilidad social o política. Otros derechos resultan instrumentales por facilitar procesos sociales de consulta y evaluación, indispensables para la definición de cualquier política o estrategia de reducción de la pobreza, tales como los derechos de participación, de información, de asociación o reunión. La última forma en que ciertos derechos pueden ser pertinentes para las estrategias es cuando pueden actuar como una restricción o limitación de los tipos de actuación permisibles. Así, por ejemplo, aunque es totalmente razonable que un país muy poblado pero con escasos recursos quiera adoptar medidas de control demográfico, como parte de una estrategia para reducir la pobreza, no sería admisible que adoptara medidas como la

tido, la CIDH expresa: “La pobreza extrema constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales. Los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a no ser ejecutado arbitrariamente, del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con la democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos. Además de destinar recursos públicos por un monto suficiente para los derechos sociales y económicos, los Estados deben velar por un uso apropiado de esos recursos. La experiencia demuestra que la pobreza extrema puede afectar seriamente la institucionalidad democrática, pues constituye una desnaturalización de la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos”, *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, 2000, cap. V. 17.

esterilización forzosa, pues estas medidas violan la integridad física y la intimidad de las personas. De tal modo, ciertos derechos cuyo incumplimiento no es en sí constitutivo de la pobreza, y cuya promoción puede no tener valor instrumental para las estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza, pueden, no obstante, tener alguna relación con la orientación de las políticas al excluir ciertas opciones de actuación estatal que se consideran legalmente prohibidas.

Un punto común en los diferentes marcos conceptuales es la adopción del principio *de interdependencia* entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, aunque ciertamente no todos los marcos ponen el mismo énfasis en las diferentes categorías de derechos¹⁰. Los derechos a considerar y las prioridades se definen por lo general en función de las diversas estrategias de desarrollo y sin considerar *a priori* la preeminencia de ninguna categoría de derechos por sobre la otra. Contribuye a esta visión la consideración de un núcleo de obligaciones negativas y positivas comunes a todas las categorías de derechos, que se agrupan bajo tres niveles de obligaciones: de respetar, de proteger y de cumplir. Los marcos conceptuales parten de definir con mayor o menor detalle las principales obligaciones que derivan de los derechos seleccionados como pertinentes en esa estrategia y fijan a partir de estas obligaciones posibles *metas e indicadores* de desarrollo, pero sólo como referencia de las metas e indicadores que deberían fijarse en cada proceso participativo a nivel local.

Algunas críticas a la posibilidad de asumir una lógica de derechos humanos en las políticas de desarrollo, ponen el acento en cuestionar la ambigüedad o falta de claridad sobre el contenido de las obligaciones que emanan de los derechos económicos, sociales y culturales. Discuten también que pueda asignárseles el mismo grado de exigibilidad o un grado de exigibilidad equiparable a los derechos civiles y políticos¹¹. También plantean que una mirada de derechos de las políticas públicas puede resultar en ocasiones demasiado rígida y en consecuencia puede acotar inconve-

¹⁰ Así, por ejemplo el marco de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU desarrolla claramente obligaciones, metas e indicadores para los derechos económicos, sociales y culturales. También están los trabajos de UNICEF, pues la Convención sobre los Derechos del Niño no establece distinciones entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. El marco conceptual de DFID, por otro lado, si bien menciona con frecuencia derechos económicos, sociales y culturales, se organiza sobre la base de tres ideas centrales: Inclusión, Participación y Cumplimiento de Obligaciones, sin ordenar la estrategia en función de derechos en particular. Los derechos referidos se plantean en relación a cada una de estas tres cuestiones.

¹¹ Ver Overseas Development Institute, ODI, Briefing Paper, *What Can We Do With a Rights-Based Approach to Development*, septiembre, 1999 (3).

nientemente la discrecionalidad de los decidores al momento de formular estrategias de desarrollo. Volveremos sobre esta cuestión en el punto III, sin embargo, diremos preliminarmente que existe un punto fuerte en estas objeciones, pues la relación entre derechos humanos, en especial derechos económicos, sociales y culturales, y políticas públicas es una cuestión espionosa, que no cuenta aún con desarrollos suficientemente sólidos y coherentes, ni en el derecho internacional, ni en el derecho constitucional.

Los partidarios del enfoque de derechos entienden que el cambio de perspectiva no implica modificaciones drásticas o abruptas en las prácticas que las agencias de cooperación y los decidores de políticas vienen realizando en los últimos años, pues rescatan los puntos de encuentro y sinergia entre el campo del desarrollo y el campo de los derechos humanos. Sostienen que las obligaciones que imponen los tratados de derechos humanos no son exorbitantes, ni le restan espacio a las políticas, sino que refieren tan sólo a aquellas acciones mínimas que el Estado tiene el deber de realizar. *El lenguaje de los derechos, señalan, no nos dice mucho acerca del contenido de las políticas, pero sí puede decirnos algunas cosas sobre su orientación general y nos brinda un marco de conceptos que debe guiar el proceso para su formulación, su implementación y su evaluación.* Su principal aporte a las estrategias de desarrollo y al proceso de formulación de políticas sociales, reside en la vinculación de los derechos con la “entrega de poder” a los sectores empobrecidos y el fortalecimiento de los mecanismos de responsabilidad a partir del uso de la “infraestructura institucional” internacional y nacional que sostiene el campo de los derechos humanos. Consideran además que los tratados de derechos humanos y su interpretación por los órganos internacionales brindan un marco explícito, claro, reconocido por todos los países y además con una fuerte legitimidad social y política, que indudablemente mejorará el grado de eficacia de las estrategias de desarrollo, así como la posibilidad de articulación de actores estatales y no estatales en el escenario local, nacional e internacional.

En definitiva, como anticipamos, el valor agregado o el potencial aporte del enfoque de derechos en el campo de desarrollo, puede ser diverso y con importantes diferencias, según consideremos el punto de vista y los intereses de los diferentes actores sociales y políticos involucrados en las estrategias de desarrollo, tales como las agencias de cooperación, las instituciones donantes, los Estados, y las organizaciones sociales.

III. La lógica de los derechos, la creación de poderes y los mecanismos de cumplimiento

La idea esencial subyacente a la adopción de un enfoque de derechos humanos con relación al ámbito del desarrollo y de las políticas sociales, es que las políticas e instituciones que tienen por finalidad impulsar estrategias en esa dirección se deben basar explícitamente en las normas y

principios establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El derecho internacional brinda así un marco normativo explícito e imperativo que guía u orienta la formulación de políticas y estrategias nacionales e internacionales.

En las estrategias de desarrollo y de reducción de la pobreza se ha reconocido ampliamente la importancia de dotar de poder a los sectores pobres y excluidos. El enfoque de derechos humanos apunta esencialmente a ese otorgamiento de poder por la vía del reconocimiento de derechos. Una vez introducido este concepto en el contexto de la adopción de políticas, el punto de partida utilizado para la formulación de una política no consiste en reconocer la existencia de ciertos sectores sociales que tienen necesidades no cubiertas, sino fundamentalmente la existencia de personas que tienen derechos que pueden exigir o demandar, esto es, atribuciones que dan origen a obligaciones jurídicas de parte de otros y, por consiguiente al establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad. Se procura cambiar la lógica de la relación entre el Estado –o los prestadores de bienes y servicios–, y aquellos que se beneficiarán con las políticas. No se trata sólo de personas con necesidades, que reciben beneficios asistenciales o prestaciones fruto de la discrecionalidad, sino titulares de derechos que tienen el poder jurídico y social de exigir del Estado ciertos comportamientos¹².

Antes de adentrarnos en la discusión específica sobre el sentido y alcance de un enfoque de derechos, es útil preguntarse antes qué significa tener un derecho y cuáles son las principales implicancias del uso del lenguaje de los derechos en el campo de las políticas de desarrollo y reducción de pobreza. Aunque el lenguaje de los derechos tiene de por sí un valor ético y político y puede servir para fortalecer las demandas sociales frente a situaciones de inequidad, sus implicancias concretas en las relaciones sociales no siempre se consideran adecuadamente. El riesgo puede ser la utilización de una retórica de los derechos que luego no logre satisfacer las mínimas expectativas que este concepto puede legítimamente ocasionar¹³. Uno de los rasgos que caracteriza a un derecho es la posibilidad de dirigir

¹² Ver Alsop, Ruth y Norton, Andrew, *Power, Rights and Poverty Reduction*, julio de 2004.

¹³ Así, por ejemplo, el plan social más importante del gobierno argentino para paliar la crisis social del 2001/2002, el Plan Jefes y Jefas de Hogar, se planteó como el reconocimiento de un derecho familiar de inclusión. Pese al uso del término no existió una discusión seria acerca de las implicancias del reconocimiento de un derecho a la obtención de la prestación fijada por el plan, y la diferencia con los beneficios asistenciales de disposición discrecional como era habitual en las políticas asistenciales anteriores, por ejemplo en términos de su exigibilidad. Ver CELS, *Plan Jefes y Jefas, ¿derecho social o beneficio sin derechos?*, en www.cels.org.ar, Buenos Aires, 2004.

un reclamo ante una autoridad independiente del obligado –habitualmente, un juez– para que haga cumplir la obligación o imponga reparaciones o sanciones por el incumplimiento. Este rasgo se denomina *justiciabilidad* o *exigibilidad judicial*, y supone una técnica de garantía del cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del derecho de que se trate.

El reconocimiento de derechos impone entonces la creación de acciones judiciales o de otro tipo, que permitan al titular del derecho reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, ante la falta de cumplimiento de su obligación por parte del sujeto obligado. Un enfoque de derechos establece correlativas obligaciones cuyo incumplimiento activará diferentes mecanismos de responsabilidad o de garantías. Por ello, *el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un campo de poder para sus titulares y en ese sentido puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales*. Es indudable también que el reconocimiento de derechos limita de alguna manera el margen de acción de los sujetos obligados, entre ellos el Estado. Define en cierta medida, y en sentido amplio, aquellas acciones que el obligado puede hacer y las que no.

Es interesante analizar esta cuestión respecto a los derechos económicos, sociales y culturales y sus técnicas de garantía o protección, pues habitualmente se objeta su reconocimiento como derechos precisamente con el argumento de que plantear ciertas cuestiones sociales en el plano jurídico, puede restarle espacio a la política, construyendo a los Estados en el margen de acción para adoptar estrategias efectivas de mitigación de la pobreza y de impulso del desarrollo. En el próximo punto abordaremos sintéticamente ese tema; sin embargo, es fundamental para un enfoque de derechos partir del reconocimiento de esta relación directa entre el derecho, la obligación correlativa y la garantía, pues ella tendrá sin duda impacto en la fijación de un marco conceptual para el desarrollo de políticas públicas y en los mecanismos de rendición de cuentas o responsabilidad, que puedan considerarse compatibles con la noción de derechos. En definitiva, el lenguaje de derechos exige identificar algún tipo de mecanismo de seguimiento y responsabilidad que involucre a los actores del proceso de definición de políticas¹⁴.

¹⁴ Es interesante en tal sentido seguir el debate acerca de la posibilidad de leer y exigir el cumplimiento de las metas del milenio, que no tienen un lenguaje de derechos, desde la perspectiva de los derechos humanos, a fin de otorgarles un grado mayor de exigibilidad a nivel de cada país, más allá del compromiso político asumido por los Estados. Ver *Human Rights Perspective on the Millennium Development Goals Conference Report*, November 11, 2003. The Millennium Development Goals and Human Rights, en www.conectasur.org/es/dialogodh/notices.php?cod=585.

IV. Los niveles de obligaciones comunes a las diferentes categorías de derecho y el margen de definición de las políticas públicas

Ahora bien, si bien el enfoque de derechos fija un marco conceptual para la formulación y la evaluación de las políticas, no debería conducir a acotar o limitar excesivamente el margen de acción de los gobiernos para la formulación de esas políticas. No se trata de imponer a los Estados ni a los sujetos obligados una determinada manera de hacer las cosas, ni de cercenar la creatividad de los decisores sujetándolos a esquemas rígidos o inflexibles. La idea que prevalece es que cada Estado debe ser dueño de su estrategia y aquí hay un punto de relación entre la idea afianzada en el campo del desarrollo sobre la “propiedad del Estado” y el derecho de autodeterminación. La realización de los derechos humanos en el marco de las políticas y estrategias de desarrollo puede alcanzarse por caminos diversos. Así, sistemas de libre mercado o con mayor participación del Estado en la economía, pueden realizar o cumplir con los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los derechos no imponen siempre acciones concretas, sino tipos de obligaciones que si bien fijan una orientación, un camino que debe transitarse, un marco para las definiciones, dejan al Estado o a los sujetos obligados, un espacio muy grande de discreción para elegir las medidas específicas a partir de las cuales se realizaran esos derechos. Ello es así, tanto para los derechos civiles y políticos cuanto para los derechos económicos, sociales y culturales, pues todos ellos demandan un complejo de obligaciones negativas y positivas.

Este es un punto importante para empezar a matizar las críticas a la posibilidad de exigir plenamente los derechos sociales o la idea de las imposiciones exorbitantes a la acción política. Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales¹⁵. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina “derechos-prestación”¹⁶. Sin embargo, cuando se observa la estructura de estos derechos, no resulta difícil descubrir la exis-

¹⁵ Cfr. Contreras Peláez, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, p. 21: “No existen, en resumen, obligaciones ‘negativas’ puras (o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos”.

¹⁶ Cfr. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., ps. 17-20; De Castro, B., Los derechos sociales: análisis sistemático, en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Murcia, 1981, ps. 15-17.

tencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural. Es por ello que muchas de las acciones tendentes a la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando ésta incumple con obligaciones de no hacer. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos.

Además, la concepción teórica, e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos civiles tradicionalmente considerados “derechos-autonomía” o derechos que generan obligaciones negativas por parte del Estado, ha variado de tal modo, que algunos de los derechos clásicamente considerados “civiles y políticos” han adquirido un indudable cariz social. Muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos¹⁷. La jurisprudencia de los órganos de protección internacional de derechos humanos ha establecido la obligación positiva de los Estados de remover los obstáculos sociales que impiden el acceso a la jurisdicción, de tomar medidas apropiadas para evitar que alteraciones ambientales puedan constituir una violación del derecho a la vida privada y familiar, de desarrollar acciones positivas para evitar riesgos previsible y evitables que puedan afectar el derecho a la vida, lo que comprende en ciertos casos el deber de asegurar, mediante medidas positivas, concretas y debidamente orientadas, el acceso a condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana, en especial cuando se trata de sectores afectados por situaciones estructurales de exclusión o bajo condiciones de riesgo, cuya atención se torna prioritaria, como por ejemplo pueblos indígenas o niños que viven en las calles o bajo sistemas de internación manejados discrecionalmente por el Estado, o personas viviendo con HIV/SIDA¹⁸.

¹⁷ Cfr. Ewald, F., *L'Etat Providence*, París, 1985, Libro IV. 2.

¹⁸ Ver, al respecto, Opinión Consultiva 17/02, solicitada por la CIDH sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002. Corte IDH, caso Niños de la Calle (“Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, párr. 159. Caso de la “Comunidad Indígena Yachie Axa vs. Paraguay”, Sentencia de 17 de junio de 2005. Informe 32/05, admisibilidad, Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA contra Guatemala, 7 de marzo de 2005.

En otros trabajos hemos examinado la propuesta de algunos autores de fijar un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de “niveles” de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. Podrían distinguirse cuatro “niveles” de obligaciones: obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger*, obligaciones de *garantizar* y obligaciones de *promover* el derecho en cuestión. Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injerieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien¹⁹.

En cuanto a las obligaciones negativas, se trata de las obligaciones de abstenerse de realizar cierta actividad por parte del Estado. Así, no impedir la expresión o difusión de ideas, no violar la correspondencia, no detener arbitrariamente, no impedir a una persona afiliarse a un sindicato, no intervenir en caso de huelga, no empeorar el estado de salud de la población, no impedir a una persona el acceso a la educación.

En cuanto a las obligaciones positivas, se las suele vincular habitualmente con la obligación de disponer de fondos. No cabe duda de que se trata de una de las formas más características de cumplir con obligaciones de hacer o de dar, en especial en campos tales como la salud, la educación o el acceso a la vivienda. Sin embargo, las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consisten únicamente en disponer de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación. Las obligaciones de proveer servicios pueden caracterizarse por el establecimiento de una relación directa entre el Estado y el beneficiario de la prestación. El Estado puede, sin embargo, asegurar el goce de un derecho a través de otros medios, en los que pueden tomar parte activa otros sujetos obligados.

Las formas que pueden adoptar las medidas estatales de cumplimiento de las obligaciones positivas son múltiples: la organización de un servicio público, por ejemplo, el funcionamiento de los tribunales, que asegura el derecho a la jurisdicción; la previsión de cargos de defensor oficial, que asegura el derecho de defensa en juicio a quienes no pueden pagar un abogado particular; o la organización del sistema educativo público; la

¹⁹ Ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 21-37.

oferta de programas de desarrollo y capacitación; el establecimiento de formas escalonadas público/privadas de cobertura social, por ejemplo, a través de la organización de formas privadas de aporte para el mantenimiento de obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y el establecimiento de un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la estructura de empleo; la gestión pública de créditos diferenciales, por ejemplo, los créditos hipotecarios destinados a vivienda, la entrega de subsidios, la realización de obras públicas, el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas.

En tal sentido, la lógica de derechos no restringe las opciones de políticas públicas que el Estado puede adoptar para realizar sus obligaciones. Es posible reconocer un margen importante de autonomía de los Estados acerca de cuáles son las medidas específicas que se puede adoptar para realizar los derechos. Este punto es central para poder compatibilizar el enfoque de derechos con los procesos nacionales de definición de estrategias de desarrollo y reducción de pobreza, y debe ser considerado especialmente al intentar emplear estándares jurídicos en la fiscalización y evaluación de esas políticas.

Cuando las normas del derecho internacional imponen a un Estado obligaciones jurídicas que éste decide hacer cumplir a través de otros actores no estatales, conserva siempre una responsabilidad de la que no puede desligarse. Funciona como un garante de última instancia. Así, por ejemplo, puede considerarse conveniente reducir al máximo las esferas de participación del Estado como proveedor de bienes públicos, salvo a través de redes de contención en situaciones de extrema pobreza y exclusión, para evitar que la intervención de la burocracia estatal que en un país puede ser corrupta y clientelar. También puede adoptarse una estrategia de descentralización hacia unidades políticas locales como responsables directas de los servicios. A ello han apuntado, por ejemplo, algunas estrategias de reforma sectorial del Banco Mundial en el plano de la salud o la educación. Aun cuando no podría afirmarse que estas estrategias son contrarias a los mandatos legales, por ejemplo del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en materia de salud y educación, el Estado nacional debería cumplir algunas obligaciones mínimas, como fijar un claro marco regulatorio de esas prestaciones y procurar que el proceso no derive en desigualdad en el acceso a los servicios. Por lo demás, conservará en todo momento una responsabilidad final por el impacto de las políticas, más allá de que no las ejecute directamente.

Los instrumentos internacionales fijan estándares orientadores de políticas públicas que van luego a ser la “regla de juicio” sobre cuya base intervienen los mecanismos de supervisión –o el Poder Judicial en su caso o las propias organizaciones públicas y no gubernamentales que realizan actividades de monitoreo– para controlar si las políticas y medidas adop-

tadas se ajustan o no a esos estándares, que pueden ser, por ejemplo, los estándares de *razonabilidad, adecuación, progresividad o igualdad*, o el análisis de contenidos mínimos que pueden venir dados por las propias normas internacionales que fijan derechos. Por ello el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no contiene en sí un determinado diseño de políticas, sino estándares que sirven de marco a las políticas que cada Estado define. Los mecanismos de supervisión y eventualmente los jueces tampoco tienen la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y –en caso de hallar divergencias– reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Si los Estados no adoptan ninguna medida entonces los mecanismos de supervisión, entre ellos la justicia, pueden activar la toma de decisiones en aras de cumplimentar con las obligaciones jurídicas. Por lo demás, las políticas incorrectas o que fracasan no siempre determinan el incumplimiento de derechos, sólo ocurrirá así cuando el Estado no haya cumplido con alguna de las obligaciones asumidas. Por el contrario, puede haber políticas exitosas en sus objetivos pero que consagren la vulneración de derechos.

Los derechos fijan marcos para la definición de políticas y en tal sentido inciden no sólo en sus contenidos u orientación, sino también en los procesos de elaboración e implementación y como parámetro para su evaluación y fiscalización. Para justificar esta afirmación nos parece adecuado vincular algunos debates jurídicos que se desarrollan en el ámbito interamericano sobre algunos derechos fundamentales como los de igualdad y no discriminación, participación política y acceso a la justicia; con algunos de los problemas que plantea la aplicación de ciertos principios medulares que guían las estrategias y políticas públicas de desarrollo, tales como el principio de inclusión, de participación y de responsabilidad. La selección de estos temas se debe a su valor estratégico para afectar los marcos generales de los procesos de formulación de políticas públicas en el ámbito social, cualquier sea la temática específica abordada por esa política. Se trata en definitiva de cuestiones transversales a la totalidad de las políticas sociales. En este artículo dejamos deliberadamente fuera de nuestro análisis el modo en que podrían incidir en las políticas sociales los estándares jurídicos fijados con relación a las obligaciones estatales específicas a cada derecho económico, social o cultural, como el derecho a la salud, a la educación o el derecho a la vivienda, pues abordar esto requeriría desviarnos excesivamente para incluir una discusión compleja acerca de la competencia del SIDH para aplicar derechos económicos, sociales y culturales en casos específicos²⁰.

²⁰ Sobre este punto es importante considerar que el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales confiere a la Corte IDH la facultad de

V. El principio de inclusión y los estándares sobre igualdad y no discriminación

El principio de inclusión que suele regir políticas de desarrollo puede resultar enriquecido al vincularse con los estándares legales sobre igualdad y no discriminación. En tal sentido, el derecho de los derechos humanos puede aportar conceptos más claros en esta materia, que sirvan como parámetro para definir y evaluar políticas públicas. En tal sentido, no sólo se requiere del Estado una obligación de no discriminar, sino también en algunos casos la adopción de acciones positivas para garantizar la inclusión de grupos o sectores de la población tradicionalmente discriminados y se presume en cierta medida el carácter discriminatorio de una medida restrictiva o de una política que establece diferencias de trato basadas en algunos factores prohibidos tales como la raza y el sexo. Si bien la mayoría de los países de la región es parte de los principales tratados de derechos humanos que fijan normas sobre igualdad y no discriminación, es importante recuperar el camino que el sistema interamericano de derechos humanos ha fijado, aunque sin suficiente precisión, en este tema. Así en el caso “Morales de Sierra”, en su interpretación del artículo 24 de la Convención Americana, que establece el principio de igualdad ante la ley, la Comisión Interamericana ha establecido como regla que ciertas formas de diferencia o distinción en el trato, por ejemplo las que se basan en la raza o en el sexo, resultan fuertemente sospechosas de ilegalidad, y el Estado tiene que brindar razones de mucho peso para su justificación. Siempre que la distinción obedezca a algunos de los factores o categorías sospechadas: raza, sexo, origen nacional, la norma o la política que lo utiliza será observada bajo un criterio de *escrutinio intenso o estricto*. En el caso se obligó a Guatemala a reformar su Código Civil que otorgaba al esposo

supervisar el cumplimiento de las obligaciones fijadas en el tratado aunque limita su competencia en relación a las peticiones individuales a casos sobre libertad sindical y derecho a la educación. Como vimos el SIDH ha extendido la interpretación de varios derechos civiles hasta cubrir cuestiones tradicionalmente tuteladas por derechos sociales. También existe un debate sobre la competencia para aplicar normas sobre derechos económicos, sociales y culturales en casos contenciosos sobre la base del artículo 26 de la Convención Americana. Sobre el tema puede verse Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, *La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Martín, Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara B., José A. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara/American University/Universidad Iberoamericana, México, 2004, ps. 457-480; Courtis, Christian, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Courtis, Christian; Hauser, Dense y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos: nuevos desafíos*, Porrúa/ITAM, México, 2005, ps. 1-66.

la administración exclusiva de la sociedad conyugal e imponía fuertes limitaciones para el trabajo de la mujer casada fuera del hogar²¹. Al discutirse en la Corte Interamericana una opinión consultiva sobre derechos de los migrantes indocumentados algunos *amicis curiae* pidieron a la Corte que fijara este criterio de escrutinio estricto para la aplicación de los artículos 24 y 2 de la Convención, pero pese a avanzar en mayores precisiones sobre el alcance del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, la Corte no hizo suyo el test que había fijado oportunamente la CIDH²². Un análisis técnico del desarrollo de este concepto de escrutinio estricto, excede el marco de este trabajo, pues tan sólo nos interesa mostrar la potencialidad de este criterio en la orientación de importantes áreas de la política social de los Estados. Sin embargo, sí podemos afirmar que se trata de un concepto aún en gestación en el SIDH, que ni la Comisión ni la Corte han terminado de adoptar y elaborar con el detalle necesario para cumplir esta función orientadora de políticas.

El examen de las normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y no discriminación abarca también el *posible impacto discriminatorio* de estas medidas, aun cuando parezcan neutrales en su formulación²³ o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado. Así lo entendió la Corte en el caso “Jean y Bosico”, respecto a las normas y trámites establecidas por la República Dominicana para otorgar la inscripción tardía de niños, que por la vía de requisitos excesivos y trabas burocráticas provocaban en los hechos el aumento de niños sin documentación y sin nacionalidad, lo que en el caso de los hijos de padres inmigrantes ilegales determinaba un claro agravamiento de su situación de exclusión, al privarlos del acceso a los beneficios y derechos sociales como la educación. En el caso, más allá de que los trámites tenían alcan-

²¹ Informe 4/01, Caso 11.625, “María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala”, 19 de enero de 2001.

²² Ver Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Puede consultarse en particular el *amicus* presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales y la Clínica Jurídica sobre Inmigrantes y Refugiados de la Universidad de Buenos Aires.

²³ En tal sentido, sostuvo la Corte en el caso Jean y Bosico: “La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.

ce general, su efecto discriminatorio en perjuicio de un importante sector de la población, los hijos de los inmigrantes ilegales de origen haitianos, era evidente.

En este caso, además, la Corte estableció que el artículo 24 de la Convención Americana leído a la luz del deber de garantía de los Estados respecto a los derechos de la Convención, no sólo exige no implementar políticas y medidas discriminatorias, sino *proteger frente a prácticas y conductas discriminatorias* que pudieran desplegar agentes públicos o actores no estatales. Este último punto extiende considerablemente las obligaciones de los Estados en relación con la tutela del principio de igualdad ante la ley, imponiendo un claro rumbo que obliga a formular políticas preventivas, sobre todo frente a prácticas extendidas o situaciones estructurales de discriminación, aun cuando provengan de particulares. En ocasiones, los Estados deben considerar la posibilidad de implementar medidas más drásticas como *acciones afirmativas*, las que no sólo se consideran compatibles con el artículo 24 de la Convención, sino en ocasiones serán el tipo de acción de garantía indicado para asegurar el acceso y ejercicio de ciertos derechos por sectores que son víctimas de situaciones de desigualdad estructural o procesos históricos de exclusión.

Además de la aplicación del principio de igualdad para agravar el examen de razonabilidad de las normas y políticas que imponen restricciones en el ejercicio de ciertos derechos, este principio fue considerado más o menos explícitamente para *agrarar también el deber de garantía* de los Estados, en el sentido de enfatizar la obligación de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas, tendientes a asegurar el ejercicio de ciertos derechos, como la vida, la protección familiar, la integridad física, el derecho de residencia, y en ocasiones derechos sociales como la salud y la educación, por personas que integran grupos o colectivos definidos por padecer situaciones de alta vulnerabilidad, o procesos históricos de exclusión o situaciones estructurales de desigualdad. Esta última cuestión tiene enorme relevancia con relación a la fijación de lineamientos de políticas públicas de inclusión social y estrategias de desarrollo en la región. Entre los sectores mencionados por el SIDH como sujetos de procesos históricos de discriminación y exclusión, se encuentran los pueblos indígenas²⁴ o la

²⁴ Sobre las obligaciones positivas de los Estados de garantizar el ejercicio de ciertos derechos civiles, políticos y sociales por los miembros de las comunidad indígenas pueden verse los casos “Masacre de Plan Sánchez vs. Guatemala”, del 29 de abril de 2004; “Comunidad Moiwana vs. Suriname”, del 15 de junio de 2005; y “Comunidad Indígena Yakie Axa vs. Paraguay”, del 17 de junio de 2005. Es interesante señalar que la construcción de esta idea de protección especial cubre desde las secuelas de crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco de conflictos armados en Centro América en los años 80, hasta el desplazamiento forzoso como consecuencia de la violencia políti-

población afrodescendiente²⁵ y las mujeres en relación al ejercicio de ciertos derechos, como la integridad física²⁶ y la participación política²⁷. También se ha enfatizado la obligación de garantía de los Estados ante la existencia de sectores en situaciones de vulnerabilidad originadas en situaciones de desigualdad estructural, como vimos antes, los niños en situación de riesgo o internación, los inmigrantes indocumentados y por lo tanto sin acceso a servicios sociales básicos, en especial los niños indocumentados, la población desplazada de sus territorios, o las personas portadoras de HIV/SIDA, entre otros.

Este punto es de enorme relevancia, pues indica que el SIDH no recoge sólo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado, cuando debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho²⁸. El empleo de la

ca, y casos sobre derecho a la tierra y el acceso a la justicia y a la participación política de estas comunidades. El punto es importante pues marca una continuidad entre el trabajo histórico del SIDH de impedir la impunidad de las violaciones sistemáticas de derechos humanos y la agenda más reciente vinculada con los derechos culturales y sociales y las medidas de protección positivas de determinados sectores víctimas de procesos de exclusión. A diferencia de las víctimas predilectas de las dictaduras militares del Cono Sur, que fueron dirigentes y líderes sociales y políticos, en Guatemala los pueblos indígenas fueron víctimas de aquellos procesos de violencia política y de estos procesos de exclusión y negación de derechos, aun con sistemas democráticos.

²⁵ Ver Fry, Meter, *Color e imperio de la ley en Brasil*, en Méndez, O'Donell y Pinheiro (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión social en América Latina*, cit., ps. 191-212; Arias, O., Yamada G. y Tejerina, L., *Ingresos y color en Brasil: una historia compleja*, en Buvinic, M.; Mazza J. y Pungiluppi, J. con Deutsch, R., *Inclusión social y desarrollo económico en América Latina*, BID, 2004, ps. 215-236. Ver el caso "Simona André Diniz contra Brasil", Informe 37/02 declarado admisible por la CIDH, en el que se alega incumplimiento del deber estatal de protección frente a conductas discriminatorias de particulares, basadas en el color o la raza.

²⁶ Sobre la obligación de adoptar políticas y medidas positivas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, puede verse el Informe 54/01, "Maria Da Penha Maia Fernández contra Brasil", del 16 de abril de 2001.

²⁷ Sobre cupos en el sistema electoral argentino, ver Informe 103/01, "María Meriadri de Moroni contra Argentina", del 11 de octubre de 2001.

²⁸ Para un análisis de estas nociones, cf. Ferrajoli, Luigi, *Igualdad y diferencia*, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, ps. 73-96; García Añón, J. G.,

noción de igualdad material supone una herramienta de enorme potencialidad para examinar las normas que reconocen derechos, pero también la orientación de las políticas públicas que pueden servir para garantizarlos o en ocasiones que tienen el potencial de afectarlos. Con respecto a determinadas personas que integran grupos que resulten vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha establecido que el Estado tiene la obligación de sancionar normas que los protejan contra esa discriminación y adoptar medidas especiales que incluye políticas activas de protección. Por lo demás, una de las principales obligaciones de los Estados es la determinación de cuales son los grupos que requieren atención prioritaria o especial en un determinado momento histórico en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales y la incorporación de medidas concretas de protección de esos grupos o sectores en sus planes de acción. Así lo ha establecido, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU respecto a varios derechos, en especial sobre el derecho a la vivienda y a la salud pública. De manera que además de la identificación de los sectores tradicionalmente discriminados en el acceso a determinados derechos es necesario que el Estado defina con carácter previo a la formulación de sus planes o políticas en el área social cuáles son los sectores que requieren una atención prioritaria al momento de formular sus políticas (por ejemplo, los habitantes de determinada área geográfica del país, o las personas de determinado grupo etario) y fije medidas para compensarlos o afirmar sus derechos.

La obligación del Estado de adoptar medidas positivas para resguardar el ejercicio de derechos sociales tiene importantes derivaciones, por ejemplo, en cuanto al tipo de información estadística que el Estado debe producir. La producción de información debidamente desagregada a efectos de determinar estos sectores desaventajados o postergados en el ejercicio de derechos, desde esta perspectiva, no es sólo un medio para garantizar la efectividad de una política pública, sino una obligación indispensable para que el Estado pueda cumplir con su deber de brindar a estos sectores atención especial y prioritaria²⁹.

Current Problems of Legal Dogmatics in European Regulation: The principle of Equality and the Policies of Affirmative Action, en van Hoecke, M. y Ost, F. (eds.), *The Organisation of European Private Law*, Hart Publishing, 2000; M. Barrére Unzueta, *Discriminación, Derecho anti-discriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997; Fiss, Owen, *Grupos y la cláusula de igual protección*, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, ps. 137-167; Saba, Roberto (*Des*)*igualdad estructural*, en Amaya, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución 1853-2004*, UCES, Buenos Aires, 2004, ps. 479-514.

²⁹ Como señala el DFID, “en la mayoría de los países en desarrollo la información desagregada relativa a pobreza no suele estar disponible en base a la condición social,

El principio de igualdad y no discriminación tendrá derivaciones también en cuanto a los criterios con los que deben distribuirse los presupuestos y el gasto social. La discriminación en el acceso a derechos puede provenir, por ejemplo, de la disparidad entre regiones geográficas postergadas. En algunos países de la región, por ejemplo, los procesos de descentralización en materia de educación pública y salud han agudizado la inequidad en el acceso a servicios públicos de calidad equiparable entre los habitantes de diferentes regiones geográficas.

VI. El principio de participación y los derechos vinculados a la participación política

El principio de participación es clave en las estrategias y políticas de desarrollo como un método para identificar necesidades y prioridades a nivel local o comunitario. Este principio medular de participación puede ser precisado por su vinculación con el ejercicio de determinados derechos civiles y políticos, y en especial con las definiciones sobre el contenido y alcance de algunos de estos derechos en las instancias de protección internacional de derechos humanos. Existen además algunos derechos concretos de participación y consulta en los procesos de decisión de políticas públicas sociales que están directamente definidos en normas internacionales o constitucionales.

De allí que resulte clave analizar en qué medida ciertos sectores discriminados o excluidos socialmente en la región, que suelen definirse como los beneficiarios de las acciones de promoción, padecen dificultades particulares para el ejercicio efectivo de algunos de estos derechos, lo que impone severos límites al éxito de los mecanismos formales de consulta y participación que se establecen habitualmente en las estrategias de desarrollo.

religión o etnia, o al lugar de residencia. Cuando la información ha sido relevada los gobiernos deberían buscar hacerla ampliamente accesible. Los países más pobres pueden tener mínima capacidad de relevar información estadística. Esto hace mucho más difícil al gobierno y a los ciudadanos identificar en qué medida la imposibilidad de la población de ejercer sus derechos puede estar asociada con procesos de exclusión social e inequidades estructurales. En algunos casos hay información separada sobre hombres y mujeres pero, en el presente, la sistemática recolección de información en los países en desarrollo sobre la base de otras diferencias sociales no es posible. Este déficit de información podría ser parcialmente superado si las instituciones nacionales de estadística desarrollan e implementan procesos de búsqueda de información orientados a indicar el alcance con el cual diferentes sectores de la población están crecientemente gozando de sus derechos". *Department for International Development, DFID, Realising human rights for poor people*, punto 6.7. Para un análisis de la experiencia de producción de estadísticas desagregadas sobre grupos excluidos, ver Buvinic, *La inclusión social en América Latina*, cit., ps. 3-35.

Es indudable que la participación política requerida en el marco de un proceso democrático no se limita a contar con un sistema institucionalizado de elecciones periódicas y limpias³⁰. Requiere fundamentalmente la posibilidad de ejercer algunos otros derechos que actúan en cierto modo como una condición previa para que un proceso democrático funcione con cierta regularidad, tales como el derecho de asociación, de reunión, la libertad sindical, la libertad de expresión y el derecho de acceder a la información, entre otros. La posibilidad real de ejercer estos derechos determinará la posibilidad de los sectores más pobres de incidir en los procesos políticos y en la orientación de las decisiones del gobierno, pero estará a su vez condicionada o limitada por el grado en el que puedan ejercer sus derechos económicos, sociales y culturales.

Una cuestión que ha demandado la atención del sistema interamericano vinculada al *ejercicio del derecho a la participación*, es la posibilidad de los pueblos indígenas de ejercer su derecho a la consulta respecto a las políticas que pudieran afectar sus territorios culturales, como explotaciones económicas y de recursos naturales, y a dialogar con las instancias del Estado y otros actores sociales a través de sus propias representaciones políticas³¹. En este tema se observa la directa vinculación entre el ejercicio de derechos culturales y sociales con derechos civiles y políticos. Estos derechos fijados por instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la OIT, también han recibido reconocimiento con base en la Convención Americana. En una serie de decisiones recientes, la Corte Interamericana ha establecido la obligación de los Estados de disponer mecanismos adecuados para la participación y consulta de los pueblos indígenas en aquellas decisiones que pueden afectar el uso de sus recursos naturales o alterar de alguna manera sus territorios ancestrales³².

En una decisión reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para garantizar que los miembros de las *comunidades indígenas puedan participar*, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desa-

³⁰ O'Donnell, Guillermo, *Teoría democrática y política comparada*, en "Desarrollo Económico", Revista de Ciencias Sociales, enero-marzo 2000, vol. 39, ps. 519-568.

³¹ Ver Aylwin, José, *Derechos Humanos y derechos indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos*, en *Temas de derechos humanos en Debate*, IDL/Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Lima, junio 2004, ps. 153-222.

³² Corte IDH, caso de la "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni", Sentencia de 31 de agosto de 2001, y también los casos "Plan Sánchez", "Moiwana" y "Yakie Axa", antes citados.

rollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a sus poblaciones en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones políticas y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización. La Corte en la sentencia dictada en el caso “Yatama”³³, consideró que la legislación nicaragüense y las decisiones de los órganos electorales del Estado, habían limitado irrazonablemente la posibilidad de participación en un proceso electoral de una organización política representativa de las comunidades indígenas de la costa atlántica del país.

La inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos políticos y sociales de desarrollo requiere como herramienta fundamental el adecuado *acceso a información pública* y un caudal de información disponible que brinde elementos para la evaluación y fiscalización de aquellas políticas y decisiones que los afectan directamente. Si bien el acceso a la información es un principio claro en las estrategias de desarrollo, una mirada desde los derechos puede permitir orientar más adecuadamente las políticas de transparencia y presionar a favor de los cambios institucionales necesarios en cada uno de los países. Paradójicamente, pese a que la mayoría de los países de la región han ratificado los principales instrumentos internacionales que consagran derechos civiles, muy pocos cuentan con leyes de acceso a la información pública y normas internas capaces de superar los estándares jurídicos mínimos sobre este tema. Recientemente se han elaborado valiosos documentos que procuran fijar el alcance del derecho fundamental de acceder a información en poder del Estado, consagrado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

VII. El principio de rendición de cuentas y responsabilidad y el derecho de acceso a la justicia

Sin duda una de las principales cuestiones para explorar la potencialidad de la relación entre derechos y políticas sociales, está en los mecanis-

³³ Caso “Yátama contra Nicaragua”, del 23 de junio de 2005. En esta sentencia la Corte comienza a definir el alcance del derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana y considera que comprende además de la participación en procesos electorales formales también la participación en otros mecanismos de discusión y fiscalización de políticas públicas. También se procura avanzar en la sentencia en mayores precisiones sobre el alcance de la obligación estatal de garantizar este derecho de participación respecto de sectores sociales excluidos o que se encuentran en situación de desventaja en el ejercicio de este derecho. Para ello, el tribunal vincula el derecho a la igualdad, entendido como igualdad no sólo formal sino sustantiva, con el derecho de asociación y de participación política. Ver, en tal sentido, el voto concurrente del juez Diego García Sayán.

mos de rendición de cuentas y de responsabilidad. Ello, pues la lógica de los derechos implica necesariamente, como fuera dicho, mecanismos de exigibilidad, que contribuyen a reforzar los espacios de fiscalización y control de las políticas, los servicios públicos y las acciones de los gobiernos, así como de los demás actores sociales involucrados en las estrategias de desarrollo. Cuando hablamos de mecanismos de exigibilidad de los derechos no nos referimos exclusivamente a los sistemas de administración de justicia, aun cuando estos tengan un rol de importancia, sino que incorporamos en el concepto a los procedimientos administrativos de revisión de decisiones y de fiscalización y control ciudadano de las políticas, los espacios de reclamo para usuarios y consumidores, las instancias de control político en los Parlamentos, las instituciones especializadas que resguardan derechos fundamentales, como las defensorías del pueblo, oficinas de protección de consumidores y defensa de la competencia, etc. Es claro que la idoneidad de los diversos mecanismos para fiscalizar y exigir el respeto de derechos por las políticas públicas, no obedece tan sólo a una cuestión de diseño institucional, sino que está ligada a la apropiación por las organizaciones sociales, y al desarrollo de actores en la sociedad civil con vocación y recursos para utilizarlos. Procuraremos marcar tan sólo algunos puntos que nos parecen importantes para analizar en este tema, en muchos de los cuales sería indispensable afinar y profundizar los estándares jurídicos de modo de orientar la agenda de reforma judicial en la región.

A. El derecho de los derechos humanos tiene estándares bastante precisos sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para demandar por la vulneración de los derechos fundamentales. La obligación del Estado no es sólo negativa, de no impedir el acceso a esos recursos, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos, y en especial aquellos que se encuentran en situación de pobreza o exclusión, puedan acceder a esos recursos, para lo cual deberá remover los obstáculos sociales o económicos que obstaculizan o limitan la posibilidad de acceso a la justicia, pero además el Estado deberá *organizar un servicio público de asistencia jurídica gratuita*, y mecanismos para aliviar gastos y costas de los procesos para hacerlos asequibles, por ejemplo estableciendo sistemas de eximición de gastos³⁴. Las políticas que apuntan a garantizar servicios jurídicos a

³⁴ CIDH, Opinión Consultiva 11/90, del 10 de agosto de 1990, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y b, CA)". Inspirándose en el caso "Airey", la Corte sostuvo que "las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso" (párr. 28). También se refirió expresamente la Corte a la obligación

personas carentes de recursos, actúan como mecanismos para compensar situaciones de desigualdad material que afectan la defensa eficaz de los propios intereses y por ello, son quizá las políticas judiciales que se emparentan con las políticas y servicios sociales. El SIDH ha fijado la existencia de un deber estatal de organizar estos servicios como política positiva para compensar situaciones de desigualdad real, y garantizar igualdad de armas en un proceso judicial, pero no ha precisado mucho más sobre su naturaleza y características³⁵. Se trata de un tema en el que vale la pena precisar el alcance de los deberes estatales, y los principios que deben caracterizar la organización y prestación de este tipo de servicios, como herramienta indispensable para asegurar el ejercicio de derechos civiles, sociales y políticos por los sectores excluidos o en situaciones de pobreza.

B. En primer lugar es necesario considerar que el área de las políticas sociales e incluso las prestaciones estatales en el campo de la educación y la salud, no han estado guiadas en su organización y funcionamiento a una lógica de derechos. Por el contrario, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente bajo la lógica inversa de beneficios asistenciales, por lo que este campo de actuación de las administraciones públicas ha quedado tradicionalmente reservado a la discrecionalidad política más allá de la existencia de algunos controles institucionales. El tema es complejo y difícilmente pueda entenderse de igual manera en todos los países

estatal de garantizar servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos cuando resulte indispensable para garantizar acceso efectivo e igualitario a la justicia en la OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. En este documento sostuvo la Corte: “Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real”.

³⁵ “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. Corte IDH, OC-16/99, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.

de la región. La ampliación de funciones sociales del Estado –en áreas tales como salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, consumo o promoción de la participación de grupos sociales desaventajados– no necesariamente se ha traducido, desde el punto de vista técnico, en la configuración concreta de derechos. En muchos casos, el Estado asumió esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización de su actividad –como la provisión de servicios públicos, o la elaboración de programas o planes sociales focalizados– cuyo efecto social y económico no se asigna particularmente a sujetos titulares de derechos, sean éstos individuales o colectivos. Lo que sucede en muchos casos es que el Estado ha subordinado a su propia discrecionalidad y al manejo clientelista las prestaciones o intervenciones que las Constituciones o pactos de derechos humanos proyectan como derechos³⁶. Sin embargo, no hay ninguna imposibilidad teórica o práctica de configurar derechos exigibles también en estos campos, de modo de sumar a los mecanismos de control institucional, administrativos o políticos, el control que puedan ejercer sobre los prestadores o funcionarios, las personas que ejercen derechos vinculados a esas prestaciones sociales. El reconocimiento de derechos en las Constituciones y en los tratados está destinado a imponer obligaciones a los poderes públicos, por lo que requiere justamente reclamar esa configuración. No existen motivos que impidan reconocer la posibilidad de demandar en el plano de las políticas sociales derechos civiles, tales como el derecho de igualdad y no discriminación, el derecho de acceso a la información, ni derechos sociales que fijen marcos y mínimos a esas políticas. Es indudable que una perspectiva de derechos en la formulación de los planes debe conducir a contemplar en su ingeniería institucional los estándares básicos de debido proceso, tales como el plazo razonable, el derecho a una decisión fundada, a la revisión por una instancia independiente, eventualmente judicial, a ser informado de los recursos disponibles, el principio de igualdad de armas, el derecho a contar con un

³⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Estado social y Estado de derecho*, en Abramovich, Víctor; Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, ps. 11-21. Una lectura posible del actual intento de desmantelamiento de los Estados de bienestar desde esta perspectiva pondría énfasis no sólo en la reducción de servicios sociales, sino también en la precarización del vínculo jurídico entre el Estado y el destinatario de la política social respectiva. Una clara manifestación de esta precarización es el paso de políticas sociales universales fundadas en el reconocimiento de derechos subjetivos, a programas sociales focalizados y transitorios, fundados en la intervención discrecional del poder público. Ver al respecto, Lo Vuolo, Rubén; Barbeito, Alberto; Pautassi, Laura y Rodríguez, Corina, *La pobreza... de la política contra la pobreza*, Miño y Dávila/CIEPP, Buenos Aires, 2000, ps. 191-202.

abogado en ciertos casos complejos, entre otros³⁷. Pese a la importancia del tema es necesario admitir que no ha merecido desarrollos claros en el ámbito del SIDH a diferencia de los precedentes que pueden encontrarse en el Sistema Europeo. Aun sin realizar un análisis jurídico preciso de los derechos que pueden ejercerse en estos *ámbitos administrativos*, la Corte ha tenido oportunidad de fijar posición sobre la aplicación de las garantías de *debido proceso legal en estos ámbitos*. También ha establecido la obligación de los Estados de contar con reglas claras para el comportamiento de sus agentes que eviten márgenes inadecuados de discrecionalidad que puedan fomentar prácticas arbitrarias o discriminatorias. Así, se ha referido, por ejemplo, al trámite para inscribir tardíamente el nacimiento de niños en República Dominicana en el caso “Jean y Bosico” antes mencionado. Sin un examen detallado del fundamento legal utilizado la Corte ha establecido que en estos trámites, al estar en juego el derecho a la nacionalidad y por esa vía otros derechos civiles y sociales, el proceso administrativo debía basarse en normas claras y objetivas, que restringieran los márgenes de discrecionalidad y evitaran la discriminación. Al mismo tiempo sostuvo que debían ser breves, sencillos y garantizar recursos judiciales para el caso de denegación. También la CIDH y la Corte establecieron la necesidad de que ciertas garantías de debido proceso, como el acceso a un abogado, sean respetadas en los procedimientos administrativos sobre extranjería, sobre todo cuando de éstos pueda derivar la expulsión³⁸.

C. También la Corte ha fijado algunos precedentes importantes sobre la vigencia de las garantías *del debido proceso a un plazo razonable y a la igualdad de armas, entre otras, en procesos judiciales de índole social, como los de seguridad social y laborales*³⁹. La fijación de principios claros en este ámbito serviría para orientar una agenda de reformas judiciales, mejorando

³⁷ Ver *Las pensiones por vejez frente al derecho a la seguridad social*, en www.cels.org.ar, CELS, 2004. En esta investigación se analizan los procedimientos administrativos para el otorgamiento de pensiones sociales desde los estándares de debido proceso fijados por la jurisprudencia constitucional argentina y el sistema interamericano de derechos humanos. Los sistemas de control social basados en la lógica de los derechos pueden tener puntos de contacto pero también diferencias con los mecanismos de *social accountability* tradicionalmente considerados por las instituciones financieras internacionales. Para un examen de estas diferencias, ver Ackerman, John, *Human Rights and Social Accountability*, FLACSO, Mexico, 2004).

³⁸ Corte IDH, OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

³⁹ Ver, en tal sentido, el caso “Baena”, citado, y el caso “Benvenuto (caso de los cinco pensionistas) vs. Perú”.

sustancialmente las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales y su grado de exigibilidad, pero también permitiría examinar la legalidad de reformas procesales que tuvieron por objeto deliberado obstaculizar el ejercicio de estos derechos, tales como las implementadas en varios países de la región en los procedimientos de la seguridad, con diligencias dilatorias, déficit de recursos, afectación de la cosa juzgada, y trabas en las ejecuciones de decisiones contra los Estados, una cuestión presente en numerosos casos que tramitan ante el SIDH. Es obvio que, por ejemplo, la demora irrazonable de los procesos laborales o provisionales, o las facultades exorbitantes de los Estados en estos últimos procedimientos, tienen un impacto negativo directo en su ejercicio efectivo⁴⁰.

Existen en el ámbito europeo algunas experiencias relevantes de fijación de marcos conceptuales sobre acceso a la justicia y respeto de derechos sociales, que sirven como parámetro para la supervisión por órganos comunitarios europeos del funcionamiento de servicios y políticas sociales nacionales⁴¹. Este tipo de marcos podría elaborarse también en el ámbito regional a la luz de los estándares del sistema interamericano ya definidos y los que podrían establecerse interpretando las normas internacionales aplicables.

D. Por último, el reconocimiento de que esas políticas y servicios responden al cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales, conduce a reconocer la necesidad de contar con mecanismos adecuados y efectivos de reclamo de estos derechos de índole individual y colectiva. Este es un tema central a considerar en la agenda de reformas judiciales en la región, para fortalecer el acceso a la jurisdicción y la participación social en la fiscalización de las políticas estatales. Los diversos mecanismos de acceso a la justicia de naturaleza colectiva permiten la fiscalización de las políticas públicas por diversos actores sociales, en especial grupos o comunidades afectadas por situaciones estructurales que afectan sus derechos.

⁴⁰ Para un análisis más exhaustivo de los principales problemas de debido proceso legal en los procesos vinculados a la determinación de derechos sociales puede consultarse, Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., cap. 3, ps. 179-200.

⁴¹ Puede verse en tal sentido el documento *Guidelines for improving social protection and explanatory memorandum*, elaborado por el Group of Specialists on Access to Social Protection. También puede consultarse: European Committee For Social Cohesion (CDCS), Group of Specialists on User Involvement in Social Services and Integrated Social Services Delivery: "User Involvement in Social Services", Final Report 2003/2004, Strasbourg 30 de septiembre de 2004. Ver también el documento *Access to Social Rights in Europe*, Report by Mary Daly, Queen's University, Belfast, adoptado por European Committee for Social Cohesion (CDCS), Strasbourg, 28-30 de mayo 2002.

Las acciones de amparo colectivo, las acciones de tutela, mandatos de seguridad y de injunção brasileños, acciones de clase, acciones declarativas de certeza, acciones de inconstitucionalidad, acción civil pública, actúan como vías para el control social de las políticas y al mismo tiempo sirven para activar procesos de rendición de cuentas y sistemas de freno y contrapeso entre los mismos órganos del Estado. En estas acciones organizaciones ambientales, de usuarios, pueblos indígenas, organizaciones de mujeres y de derechos humanos, o en ocasiones funcionarios públicos legitimados para representar actores colectivos, como el Ministerio Público, o el Defensor del Pueblo, han logrado incidir a través de la actuación de instancias judiciales, de maneras muy diversas, en la orientación de políticas sociales. Este tipo de acciones han impulsado procesos de discusión de diversas políticas públicas; por ejemplo, con relación a los lineamientos de reformas de la seguridad social; de políticas masivas de reducción de pensiones y salarios; de políticas de provisión de medicamentos frente al HIV/SID; de sistemas de cupos para la población afrodescendiente en el ámbito de la educación; de la distribución de partidas presupuestarias para la educación pública; de la exclusión de sectores sociales del alcance de planes asistenciales alimentarios; de prácticas de discriminación de inmigrantes en el acceso a servicios sociales y planes de vivienda; del incumplimiento de las políticas sociales para la población desplazada en un conflicto armado. Estas acciones además han contribuido a fiscalizar empresas que prestan servicios públicos a fin de tutelar los derechos de los usuarios, o empresas y grupos privados que realizan explotaciones económicas con efectos ambientales. También han servido para reclamar información y demandar mecanismos de participación en los procesos previos a la formulación de políticas, o al otorgamiento de concesiones de actividades económicas potencialmente nocivas⁴².

Es evidente que los derechos sociales tienen una dimensión colectiva y su vulneración suele presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados. Lo mismo puede decirse de aquellas acciones estatales que impactan en sectores sociales excluidos y que suelen pre-

⁴² Ver Provoste, P. y Silva, P., *Acciones de interés público por la no discriminación de género*, en F. González y F. Viveros (eds.), *Ciudadanía e interés público. Enfoques desde el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología*, en "Cuadernos de Análisis Jurídicos", Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1998, ps. 9-61; Correa Sutill, Jorge, *Reformas judiciales en América Latina. ¿Buenas noticias para los pobres?*, en Méndez, O'Donnell y Pinheiro (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión social en América Latina*, cit., ps. 257-278; Londoño Toro, B. (ed.), *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2003; Abramovich, Víctor, *El acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política*, en "La Ley", Suplemento de Derecho Administrativos, 2005.

sentarse como prácticas generales que configuran situaciones de características estructurales y que demandan remedios de naturaleza colectiva, tal como la afectación de derechos civiles, políticos y sociales de una comunidad indígena o de la población desplazada en Colombia. Un componente esencial de la exigibilidad de los derechos en la justicia es la posibilidad de contar con este tipo de acciones de representación de intereses públicos o colectivos, cualquiera sea su diseño procesal. Es indudable que este derecho está comprendido en el artículo 25 de la Convención Americana, y se encuentra vinculado íntimamente con el derecho de asociación y de participación en los asuntos públicos, en tanto se trata del tipo de recursos judiciales idóneos y efectivos para la tutela de este tipo de derechos. Es común que este tipo de remedios judiciales se encuentren limitados o condicionados por normas procesales reglamentarias o por una jurisprudencia restrictiva en cuanto a la legitimación activa, los medios de prueba, el régimen de costas y los costos del proceso, y las vías de ejecución de decisiones. Encuadrar estas acciones en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos en su dimensión colectiva podría brindar algunas líneas más claras sobre el tipo de reglamentación que los Estados pueden o no realizar. No obstante no existen aún en el SIDH desarrollos precisos sobre el alcance de la obligación estatal de asegurar este tipo de procedimientos de reclamo en los sistemas judiciales nacionales. Una jurisprudencia más precisa brindaría un marco conceptual de inestimable valor para afianzar este tipo de mecanismos de rendición de cuentas de los Estados y de participación de la sociedad civil en la fiscalización de políticas públicas⁴³.

⁴³ Lo que se demanda en definitiva de los órganos del sistema es un esfuerzo de elaboración de principios y estándares similar al desarrollado en relación a las acciones de hábeas corpus como recurso judicial clásico para la tutela de derechos civiles. Es interesante señalar que el SIDH sí ha entendido que comprende la protección del artículo 25 de la Convención la efectividad de recursos de hábeas corpus colectivos destinados a controlar situaciones colectivas de hacinamiento y trato inhumano en lugares de detención (caso Instituto de Reeducción del Menor). Además consideró que integra el derecho al recurso efectivo la posibilidad de plantear acciones de inconstitucionalidad contra normas contrarias a la Convención Americana (caso “Hilarie vs. Trinidad y Tobago”). La Corte IDH sostuvo asimismo que los Estados tienen el deber de asegurar recursos judiciales y otros recursos efectivos para implementar el derecho colectivo de las comunidades indígenas de acceder a sus tierras ancestrales (casos “Awax Tigni” y “Yakie Axa”). Es importante señalar que el mismo sistema ha evolucionado gradualmente hasta reconocer medidas cautelares y provisionales de índole colectiva, que más allá de los requisitos formales de identificación de las víctimas, actúan como una suerte de amparo colectivo o hábeas corpus colectivo internacional, por ejemplo en materia de expulsión de inmigrantes haitianos en República Dominicana, protección de una comunidad de paz amenazada por paramilitares colombianos, o en relación con situaciones

VIII. Conclusión

En definitiva, no es difícil trazar numerosos puentes y relaciones entre el campo de los derechos humanos y los principios que suelen orientar o guiar las políticas sociales y estrategias de desarrollo. El potencial encuentro entre estos ámbitos dependerá en gran medida de la decisión de cambiar la lógica de formulación de ciertas políticas públicas y sus niveles de universalidad, transparencia y fiscalización.

En este potencial encuentro será fundamental también el rol que puedan jugar los órganos de supervisión internacional de derechos humanos, a partir de la fijación de estándares mínimos, más claros y precisos, en aquellos temas de interés común, como la igualdad, la participación política y el acceso a la justicia, que puedan servirle a los Estados como marco para la definición, implementación y evaluación de sus políticas públicas sociales, y funcionen también como un criterio común para facilitar la fiscalización de esas políticas por la sociedad civil y por las instancias de control institucional, como los sistemas de justicia.

estructurales o generalizadas de hacinamiento, superpoblación y violencia carcelaria (casos “Urso Branco” y “Penitenciarias de la Provincia de Mendoza”). También se ha reconocido a grupos o colectivos determinados como “parte lesionada” a efectos de recibir reparaciones en casos contenciosos. En tal sentido puede verse la evolución de este concepto en los casos ya citados “Masacre de Plan Sánchez”, “Moiwana” y “Yakie Axa”. Esta evolución refleja indudablemente el reconocimiento de la importancia de las acciones de naturaleza colectiva como mecanismos de acceso a la justicia y de tutela efectiva de los derechos humanos ante situaciones de naturaleza estructural.

Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina

Mary Beloff

"I, too, have criticized rights rhetoric for its impoverished view of human relationships and its repeated assignment of labels that hide the power of those doing the assigning. And I find something terrible lacking in rights for children that speak only of autonomy rather than need, especially the central need for relationships with adults who are themselves enabled to create settings where children can thrive. Rights rhetoric can and should be exposed for its tendency to hide the exercise of state authority, even authority exercised in the name of private freedoms. Rights discourse, like any language, may mislead, seduce, falsely console, or wrongly inflame. (...)

There is something too valuable in the aspiration of rights, and something too neglectful of the power embedded in assertions of another's need, to abandon the rhetoric of rights. That is why I join in the effort to reclaim and reinvent rights"¹.

I. Propósito y justificación de la elección del enfoque (jurídico)

Este trabajo se propone evaluar cuál ha sido el impacto normativo concreto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño² en la República Argentina a casi quince años de su firma.

El argumento que pretendo desarrollar asume que en esta década y media el tratado ha tenido –en principio– un bajo impacto normativo directo, al tiempo que tuvo un alto impacto político, comunicacional y –eventualmente– simbólico. Este alto impacto por fuera del derecho ha provocado a su vez –como analizaré aquí para el caso argentino– un impacto indirecto de la CIDN en el orden normativo federal y provincial de significativas proporciones.

Presentar los efectos de la CIDN cual rostro de Jano (el de la realidad vs. el del orden jurídico) denota cierta ingenuidad. Ella me fue señalada

¹ Minow, Martha, *Making all the difference*, Ithaca, Cornell, 1990, ps. 306-307, destacado propio.

² En adelante, CIDN.

un tiempo atrás por una profesora británica³ en oportunidad de uno de esos escasos momentos de debate estrictamente académico sobre este tratado que tienen lugar en la región. Ella dijo, al escuchar sobre mi perplejidad por el pobre derecho que supimos conseguir y por los consiguientes pobres efectos en la vida social que ese pobre derecho había producido en estos años, algo parecido a que sólo una ingenua podía creer que la ley cambiaba la realidad. En sus palabras, la CIDN nunca será real pero puede ser una gran herramienta –política– a fin de que las personas se unan para demandar por sus derechos. Si la pregunta correcta es entonces: ¿ha servido la CIDN para desarrollar acción política deseable en términos de ampliación de la ciudadanía de niños y niñas argentinos?, este trabajo no podrá responderla sino de forma liminar y precisamente por esa confianza (ingenua?) en la fuerza normativa para producir efectos concretos en el mundo real⁴.

Por ese motivo –y otros relacionados con limitaciones de espacio pero sobre todo personales–, la evaluación que intentaré no pretende ser exhaustiva. Tal pretensión requeriría un extenso trabajo de investigación –sobre todo empírica– que no ha sido hasta la fecha llevado a cabo en nuestro país⁵.

³ Se trata de la socióloga Prof. Jane Grugel (Universidad de Sheffield, Reino Unido). Ella y el Prof. Dr. Enrique Peruzzotti (Universidad Di Tella, Argentina) organizaron en esta última Universidad un taller sobre el rol de la sociedad civil en la implementación de la CIDN, en el mes de diciembre de 2005.

⁴ Esta doble “maniobra hermenéutica” me recuerda la lectura que Seyla Benhabib realiza de las críticas feministas a la obra de Hannah Arendt. Ella recuerda cómo estas autoras procuran encontrar en sus textos la “especificidad de género” al tiempo que la critican y se enfadan con ella por la “ceguera de género” que revelan sus categorías, en Benhabib, Seyla, *La paria y su sombra. Sobre la invisibilidad de las mujeres en la filosofía política de Hannah Arendt*, en Birulés, Fina (comp.), *Hannah Arendt. El orgullo de pensar*, Gedisa, Barcelona, 2000, ps. 97-116, en particular p. 108.

⁵ Una investigación académica independiente, objetiva, exhaustiva y rigurosa sobre la CIDN y su impacto concreto en diferentes niveles no ha sido llevada a cabo en ningún país de América Latina hasta la fecha. Muchos académicos e investigadores han (hemos) estado demasiado vinculados a las agendas “oficiales” –sobre todo de organismos internacionales– relacionadas con este tratado. Sobre esta cuestión, pero enfocada al tema más general de la relación entre académicos y profesionales que trabajan en procesos de consolidación del Estado de derecho, ver el completo estudio de Julio Faundez, *The Rule of Law Enterprise: Promoting a Dialogue Between Practitioners and Academics*, en “Democratization”, vol. 12, n° 4, agosto 2005, ps. 567-586, Taylor and Francis, 2005. En opinión de Silvia Guemureman –una de las investigadoras pioneras en la Universidad de Buenos Aires sobre estos temas–, quien leyó pacientemente este trabajo y lo criticó con rigor, mi afirmación presupone una concepción idealizada de la investigación. A su juicio, la investigación que estimo ausente nunca podría realizarse en la dimensión continental propuesta sin condicionamientos que la hicieran materialmente posible. Le

vigencia de la convención sobre los derechos del niño

Sin ignorar entonces que un análisis más riguroso de los efectos concretos de la CIDN en la Argentina espera sus investigadores, me limitaré a describir y a analizar la forma en la que este tratado ha sido incorporado al derecho federal y local con independencia de que esos cambios normativos –de haber tenido lugar ya sea por una modificación legal particular, ya sea por una sentencia judicial–, hayan producido algún efecto deseable en las prácticas concretas o en las condiciones reales de vida de los niños y niñas del país.

Asimismo, me concentraré en señalar los aspectos que, en mi opinión, explican la extendida y rápida aceptación (y apropiación) del tratado en términos meramente retóricos al tiempo que permiten soslayar debates no resueltos normativamente en la CIDN, a fin de proveer algunas herramientas analíticas que faciliten, a futuro, el desarrollo de una hermenéutica que tome en serio los derechos de los niños a partir de una precisa definición de esos derechos y de los mecanismos de exigibilidad indispensables para garantizarlos.

Para ello, luego de una breve descripción de la forma en la que la CIDN fue incorporada al derecho argentino, analizaré cómo el tratado ha sido receptado por el derecho federal y por el derecho provincial. Por razones de extensión, no analizaré la considerable cantidad de leyes que tratan de derechos de niños y niñas pero que no fueron planteadas en el debate público como adecuaciones del derecho interno a la CIDN aunque lo fueran⁶. A continuación intentaré el mismo ejercicio pero respecto de algunas decisiones de la jurisprudencia de cierta trascendencia⁷. Finalmente,

agradezco, además de su lectura atenta, que me recordara los diferentes estudios y investigaciones que en el marco de las universidades públicas se realizan desde hace años, los cuales –de manera fragmentada y focalizada pero con notable empeño dadas las difíciles condiciones en las que se realiza investigación en la Argentina– intentan también dar cuenta de la temática. Una evaluación crítica del impacto global de la CIDN a diez años de su firma desde la perspectiva de las organizaciones internacionales puede leerse en *Promesas rotas. Evaluación de los derechos del niño con motivo del 10 aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Human Rights Watch, Children's Rights Division, y en *Study on the impact of the implementation of the Convention on the Rights of the Child*, Innocenti Research Centre, Florencia, 2004.

⁶ Ejemplos claros, una vez más, de la forma sesgada en la que se interpretó la adecuación del derecho interno a la CIDN en América Latina. En tal sentido ver *infra* nota 54.

⁷ El análisis del impacto de la CIDN en las políticas públicas argentinas, tanto federales como provinciales, forma parte de esa investigación pendiente que los académicos especialistas en el área deberían emprender algún día. No es un tema menor cuando en la primera parte, párrafo 21, de la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, se urgía a los Estados –sobre la base de la masiva ratificación de la CIDN–, a que se lograra su “efectiva aplicación por los Estados Parte mediante la adopción de todas las medi-

propondré algunas tesis para superar el momento de la propaganda y de una vez ingresar al momento del derecho, ello con la confianza en que un mejor derecho puede contribuir, sin ingenuidades, a que todos los niños y las niñas vivan vidas dignas de ser vividas en la República.

II. Particularidades de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño

Como todo instrumento internacional construido sobre consensos prácticamente universales, la CIDN tiene algunas características normativas que la pueden convertir en una norma *pour la galerie* en ausencia de voluntad política y/o de desarrollos legales en sentido contrario. En rigor, probablemente sean estos rasgos los que lograron ese amplio consenso, que habría sido imposible si el tratado hubiera tenido cualidades diferentes.

De manera resumida, esos rasgos distintivos pertenecen a dos planos: el metodológico y el sustantivo.

En lo que atañe al plano metodológico, cuatro particularidades que no puedo desarrollar aquí revelan el punto que estoy tratando de señalar:

– el proceso de ratificaciones incluyó –y consintió– algunas que contienen reservas incompatibles con el objeto y fin del tratado⁸, aspecto curiosamente ausente en todas las publicaciones que tratan sobre la CIDN, por lo menos en español⁹;

das legislativas, administrativas o de otro tipo necesarias, y la asignación del máximo posible de recursos disponibles”. Cfr. A/CONF.157/24 (Parte I), cap. III.

⁸ Como ejemplo, puede señalarse que el gobierno de la República Islámica de Irán reservó el derecho de no aplicar la CIDN en tanto ella resulte incompatible con el derecho islámico y la legislación interna del país. Reservas equivalentes –relativas a la CIDN *in totum* o a algunos de sus artículos– fueron efectuadas por Kuwait, Mauritania, Qatar, Arabia Saudita, etc. Algunos Estados formularon objeciones a tales reservas sobre la base de que ellas resultan incompatibles con el objeto y fin del tratado y contradicen el principio de derecho internacional según el cual los Estados no pueden invocar las provisiones de su derecho interno como justificación para su fracaso en cumplir con las cláusulas convencionales ratificadas. A tal efecto pueden citarse las objeciones deducidas por Eslovaquia respecto de la reserva efectuada por Qatar, por la entonces Checoslovaquia respecto de la reserva de Kuwait, por Dinamarca respecto de Djibouti, Pakistán, Siria, Qatar, Botswana, Brunei Darussalam, Arabia Saudita, Singapur e Indonesia, por Finlandia respecto de Jordania, entre otros.

⁹ En un informe del 2004 se señala que existe recientemente una tendencia orientada a revisar y retirar las reservas. Según este informe siete países las han retirado y cuatro lo han hecho sólo en parte. No se indica de qué países se trata. Cfr. *Study on the impact of the implementation of the Convention on the Rights of the Child*, cit. *supra* nota 5, *Summary Report*, p. 4.

vigencia de la convención sobre los derechos del niño

- la limitación a cada derecho¹⁰ que se reconoce en el tratado, por razones de edad, madurez, por la capacidad para formarse un juicio propio, a los asuntos de interés del niño o por su interés superior¹¹, categorías propias del derecho de menores de matriz tutelar clásica¹² que no fueron definidas ni re-conceptualizadas en el tratado¹³;
- la débil exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales¹⁴; y
- el débil mecanismo de control al Estado¹⁵.

¹⁰ A modo de ejemplo, el art. 9 establece: “1. Los Estados Parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el *interés superior del niño* (...) 3. Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al *interés superior del niño*” (destacado agregado). En sentido similar el art. 12, entre otros. Adviértase la diferencia con los límites al art. 13 referido a la libertad de expresión, que son los habituales en tratados de derechos humanos y no se refieren a ninguna característica del niño en particular.

¹¹ Expresado en términos generales en el art. 3.1 de la Convención: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

¹² Formulo esta distinción porque existe un derecho de menores que puede ser caracterizado como de matriz tutelar moderna desarrollado principalmente en Brasil a partir de la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente. No puedo tratar el tema aquí por razones de espacio; por todos, remito a Garrido de Paula, Paulo Afonso, *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdiccional diferenciada*, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1989.

¹³ En los textos producidos fuera del ámbito regional latinoamericano, la aprobación de la CIDN no es presentada como una ruptura sino como una evolución o continuidad cultural en la protección jurídica de la infancia, más allá de que ella constituya un hito muy relevante. No parece una interpretación descabellada. La CIDN no bajó de la luna sino que fue redactada por quienes desde hacía décadas trabajaban por la protección de la infancia en los diferentes países del mundo.

¹⁴ Cfr. art. 4, CIDN, los Estados deberán garantizarlos “en la medida de sus posibilidades y con ayuda de la cooperación internacional”.

¹⁵ Se trata del mecanismo de informes periódicos. Este punto es particularmente importante ya que, en muchos casos, esta debilidad se reproduce a nivel nacional. De hecho, las nuevas leyes de protección en el ámbito latinoamericano evidencian una carencia notable en cuanto descuidan el diseño de dispositivos eficaces de garantía y exigibilidad de derechos. Según una nota aparecida el 9 de febrero de 2006 en “Adital. Noticias de América Latina y el Caribe”, luego de quince años de vigencia del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil, 19 de los 27 estados brasileños (un 70%) no cumplen con la exigencia de que exista por lo menos un consejo tutelar en cada municipio.

En aquello que se refiere al plano sustantivo, es evidente que para lograr los amplios consensos requeridos para una aceptación casi universal del tratado, muchos temas polémicos están ausentes o bien fueron regulados de manera tal que no quede establecido un estándar preciso. Ello se advierte, por ejemplo, en lo que se refiere a la definición del sujeto niño, a la falta de consideración de diferentes franjas etarias (niños y adolescentes), a los derechos sexuales y reproductivos, a la prohibición de castigos físicos, al trabajo infantil, a la adopción, a los límites a la protección, a las tensiones entre derechos-deberes de los padres y derechos de los niños y niñas, entre otros.

Agregaré dos argumentos adicionales que caracterizan la lectura que se ha hecho de la CIDN en el contexto regional y argentino en particular. Por un lado, la CIDN fue planteada como techo y no como piso. Por otro lado, se la hizo ocupar la centralidad del debate en torno de la protección a la infancia.

Todas estas razones –y otras institucionales que no puedo analizar aquí– sumadas a que se trata de un tratado que lleva lo políticamente correcto a extremos paradigmáticos, dificultaron (cuando no impidieron) en la Argentina un desarrollo mayor de las cláusulas convencionales en términos teóricos y normativos.

Existen no obstante formas de interpretar la CIDN que deben ser construidas sobre la premisa hermenéutica de que el tratado fue aprobado para producir efectos en el orden normativo. De esta manera, una interpretación literal que implique que no tenga lugar un cambio en la condición jurídica de la infancia (emancipatorio en términos de derechos fundamentales) sería contraria al tratado, ello a pesar de sus lagunas y ambigüedades.

Precisamente por tratarse de un tratado que tiene las características antes señaladas es necesario entender que éste fijó mínimos que en la mayoría de los casos es preciso construir aún como tales con la ayuda del resto de las normas que informan el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia (el *corpus juris* internacional al que se refiere la Corte IDH en el párrafo 194 de la sentencia de fondo en el Caso “Villagrán Morales y otros”). De ahí la obligación de los juristas de esmerarse en sus desarrollos argumentales para construir un derecho mejor para niños y niñas que realice concretamente sus derechos y no sólo los declare retóricamente, de modo de evitar que en la realidad ocurran mayor descuido, violencia y aflicción.

Un análisis sistemático sobre los mecanismos de control previstos en los tratados puede consultarse en Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, cap. VII.

III. La incorporación de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño al derecho argentino

III.1. Ámbito federal

III. 1. A. La suscripción y aprobación de la CIDN

El 27 de septiembre de 1990 el Congreso nacional sancionó la ley 23.849 –promulgada de hecho el 16 de octubre del mismo año– que aprobó la Convención sobre Derechos del Niño¹⁶ –adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre del año anterior–. La República Argentina depositó el instrumento de ratificación el 5 de diciembre de 1990.

Tal ley contiene tres artículos que establecen las condiciones de vigencia de la CIDN para el derecho interno. Por un lado, el Congreso nacional hizo reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 referidos a la adopción internacional y manifestó que para que rijan esos incisos en el país debería existir “un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta”.

Por el otro, el Congreso nacional declaró respecto del artículo 1 de la CIDN que debe interpretarse que niño es todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad.

Respecto del artículo 24 inciso 2, f) se interpretó que era obligación de los Estados adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable.

Finalmente, respecto del artículo 38, el Congreso nacional declaró su “deseo” de que la CIDN hubiera prohibido terminantemente la utilización de niños en conflictos armados, tal como lo regula el derecho interno argentino, que prevalece en la materia conforme el artículo 41 del mismo tratado.

Con esos alcances y desde la fecha de su promulgación de hecho (16 de octubre de 1990), la CIDN pasó a formar parte del derecho –federal– argentino¹⁷ y comenzó a ser de aplicación en todos “los supuestos que ese

¹⁶ Este tratado entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, trigésimo día siguiente a la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación o adhesión, conforme el art. 49 de la CIDN.

¹⁷ Conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “El tratado internacional es una norma orgánicamente federal, que importa un acto federal complejo, pues el Poder Ejecutivo Nacional lo concluye y firma (art. 99, inc. 11, Constitución nacional), el Congreso nacional lo desecha o aprueba mediante una ley federal (art. 75, inc. 22, Constitución nacional) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica el tratado aprobado por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional”. En el mismo sentido, “es irrelevante que la materia del tratado sea de las calificadas como de derecho

tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata¹⁸.

III. 1. B. La CIDN y la reforma constitucional de 1994

Posteriormente, como consecuencia de la reforma constitucional que tuvo lugar en 1994, la CIDN adquirió jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inciso 22 CN, con lo que los derechos contenidos en este tratado complementan desde entonces aquéllos que integran la parte dogmática de la Constitución nacional. Pero no sólo la CIDN sino todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por el país en las condiciones de su vigencia adquirieron entonces rango constitucional. La constitucionalización de estas normas ha sido suficientemente examinada por lo que a los fines que aquí se procuran sólo es importante tener presente algunos antecedentes de la reforma constitucional que ayudan a comprender el mayor uso jurisprudencial de los tratados en general, de reciente data.

En el entendimiento de que la reforma constitucional del año 1994 recogió lo que a esa altura constituía el derecho vigente en el país según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y doctrina uniforme¹⁹, es posible afirmar que la inclusión de la CIDN en la Constitución no tuvo *per se* mayor impacto normativo; pero que sí tuvo,

común, aun cuando se incorporen las normas del tratado a una ley nacional común. Nada de ello puede enervar la sustancia federal que aquéllas poseen en virtud de su fuente internacional". CSJN, voto de la mayoría (Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López, Bossert), en *Fallos*: 318:2639.

¹⁸ CSJN, voto de la mayoría (Cavagna Martínez, Barra, Fayt, Nazareno, Boggiano), en *Fallos*: 315:1492.

¹⁹ Esto es así porque aun antes de la reforma constitucional –y en particular a partir de 1990 cuando la CIDN entró en vigencia para el país–, la contradicción de las prescripciones del tratado con otras normas de derecho interno de menor jerarquía podría haber sido considerada una cuestión federal compleja indirecta para someterla a estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al tiempo que también se podría haber requerido escrutinio del mismo tribunal pero limitado a la cuestión de la interpretación o alcance del tratado, lo que hubiera constituido un caso de aquellos que los autores llaman "cuestión federal simple". Ninguno de estos supuestos ocurrió en la realidad; pero que no se hayan planteado juicios que discutieran situaciones donde se alegara que algunas leyes violaban la CIDN por acción u omisión con anterioridad a la reforma del año 1994 no significa que no haya existido la posibilidad de hacerlo. Es no obstante interesante preguntarse por qué ese litigio no fue intentado. Cfr. Beloff, Mary, *Constitución y derechos del niño*, en Baigún, David *et al.*, *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005. María Laura Clérico me hizo advertir los diferentes matices de la cuestión constitucional aquí analizada.

vigencia de la convención sobre los derechos del niño

como señaló en la introducción, un considerable impacto político y comunicacional²⁰. Ello no implica que la reforma constitucional en conjunto no haya tenido algunos efectos en la mejora de la condición jurídica de la infancia en la Argentina. De hecho, ello sí ha ocurrido, por ejemplo, a partir de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires –consecuencia de la mencionada reforma constitucional–, aspecto al que me referiré más adelante.

III. 1. C. Incorporación de enmiendas y normas complementarias posteriores

En relación con modificaciones o normas complementarias del tratado en análisis, tres merecen ser mencionadas.

En primer lugar, la Enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la CIDN que sustituyó la palabra “diez” por “dieciocho”, en relación con el número de comisionados del Comité de Derechos del Niño, institución con sede en la ciudad de Ginebra creada por el mismo tratado para observar el cumplimiento de sus disposiciones por parte de los Estados parte. Esta casi duplicación de miembros del Comité producida por la queja motivada en las demoras en el estudio de los informes, se aprobó el 21 de diciembre de 1995 en la Sesión Plenaria 97²¹, sin votación, y fue incorporada al derecho argentino por la ley 25.043 que se sancionó el 28 de octubre de 1998 y fue promulgada de hecho el 26 de noviembre del mismo año.

En segundo lugar, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados²² –aprobado por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000, que entró en vigencia el 12 de febrero de 2002–, fue aprobado por el Congreso nacional por ley 25.616 sancionada el 17 de julio de 2002 y promulgada de hecho el 9 de agosto del mismo año²³.

En tercer lugar, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía²⁴ –aprobado por la Asamblea Gene-

²⁰ En este sentido es elocuente la contratapa de una publicación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia de la Argentina, que recoge el texto de la CIDN y de otras normas internacionales referidas a la justicia juvenil, publicación que se reedita desde hace diez años. Allí puede leerse: “Años atrás no respetar los derechos de los niños era aberrante. Hoy, además, es inconstitucional”.

²¹ Cfr. A/RES/50/155 del 28 de febrero de 1996.

²² Resolución de la Asamblea General A/RES/54/263.

²³ Este Protocolo fue suscripto el 15 de junio de 2000 y ratificado el 10 de septiembre de 2002.

²⁴ Resolución de la Asamblea General A/RES/54/263.

ral el 25 de mayo de 2000, que entró en vigencia el 18 de enero de 2002²⁵–, fue aprobado por el Congreso nacional por la ley 25.763 sancionada el 23 de julio de 2003 y promulgada de hecho el 22 de agosto del mismo año²⁶.

En conclusión, el Congreso nacional tuvo una actitud diligente respecto de la incorporación de la CIDN, sus enmiendas y sus Protocolos Facultativos al derecho interno; no así –como explicaré más adelante– respecto de la adecuación del derecho interno en todo cuanto se oponga a las cláusulas convencionales aprobadas.

III. 1. D. La Ley 26.061²⁷

A comienzos de la primavera del año 2005²⁸ el Congreso nacional aprobó la ley 26.061 llamada “Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes”.

Después de quince años de ratificada la CIDN se sancionó en la Argentina una norma enmarcada en el estilo de las nuevas leyes latinoamericanas y provinciales (aunque mucho menos extensa), sin considerar aspectos básicos que el dictado en la Argentina de una ley de este tipo, para que tuviera real relevancia normativa, exigía.

Para comenzar, la ley carece de exposición de motivos. Resulta llamativo que una ley que, por lo menos en el discurso de quienes la sostuvieron políticamente²⁹, pretendía transformar casi cien años de prácticas tutelares fuertemente arraigadas en la cultura y en las instituciones nacionales, no justifique ni motive en forma alguna el sentido de su dictado.

Para explicar tal omisión es posible argumentar que la crisis de la cultura tutelar y la demanda por un cambio estaban a la fecha tan instaladas que la necesidad de dictar una ley orientada a cambiar esa cultura era casi autoevidente. Sin embargo, no lo parece tanto cuando:

²⁵ Este Protocolo fue suscripto el 1 de abril de 2002 y ratificado el 25 de septiembre de 2003.

²⁶ BO 25/8/2003.

²⁷ Este capítulo es una apretada síntesis de *Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al Derecho. Sobre la “Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes” n° 26.061*, en “Revista de Derecho de Familia”, Lexis-Nexis, n° 33, Buenos Aires, ps. 1-33, artículo al que remito para un análisis más detallado de esta nueva legislación.

²⁸ Se sancionó el 28 de septiembre de 2005 y quedó promulgada de hecho el 21 de octubre del mismo año.

²⁹ Cfr. versión taquigráfica de la décima quinta reunión correspondiente a la novena sesión ordinaria del Senado de la Nación que tuvo lugar el 1 de junio de 2005.

vigencia de la convención sobre los derechos del niño

a) superado el período del encantamiento de comienzos de la década del noventa es hoy por todos sabido que las cláusulas de la CIDN se caracterizan por su vaguedad, imprecisión y debilidad normativa;

b) esas cláusulas son operativas tanto para la doctrina y cuanto para la jurisprudencia, cuestión reconocida por los propios legisladores en sus debates previos a la aprobación de la ley³⁰;

c) se ha logrado un avance importantísimo en la aplicación directa de los tratados por parte de los jueces en el orden interno;

d) las reformas latinoamericanas no han producido en el área de protección de derechos mayores mejoras en las vidas concretas de los niños y niñas –más allá del avance cultural que representa una ley mejor, que en tal sentido es un fin en sí mismo, no un medio;

e) gran parte de las provincias argentinas han dictado leyes sobre el tema en ejercicio de competencia positiva para legislar la materia, tal como se indicará más adelante³¹;

f) la Ley de Patronato de Menores –en aquello que es derecho local– a la fecha ya había sido derogada por partida doble: de hecho al quedar sin ámbito de aplicación en 1994 a partir de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y con la derogación de los edictos policiales en 1996; de derecho en 1998, porque la ley 114 de la Ciudad de Buenos Aires la derogó expresamente; por último,

g) el sistema federal argentino impone un modelo legislativo diferente al del resto de los países latinoamericanos, aun de aquellos federales³², que presupone distinguir claramente qué materias pueden ser reguladas por los estados provinciales y cuáles por el gobierno federal, con qué extensión en cada caso, etcétera.

La razón alegada para defender la competencia legislativa del Congreso de la República en la materia se basa en la tesis de que se refiere a un tratado cuyo incumplimiento podría hacer incurrir al Estado federal en responsabilidad internacional es poco conminante o por lo menos merece más desarrollo. En efecto, si tal conclusión fuera correcta en términos absolutos, la forma federal de organización política de la Argentina desa-

³⁰ Cfr. versión taquigráfica de la décima quinta reunión correspondiente a la novena sesión ordinaria del Senado de la Nación, 1 de junio de 2005.

³¹ Ver apartado III. 2.

³² Por ejemplo, México y Brasil, países con mucho mayor grado de concentración de poder en el gobierno federal. Aun cuando, en el caso de México, los estados pueden dictarse normas de fondo, éstas reproducen casi literalmente los códigos federales, además de que las legislaturas son controladas por el curioso mecanismo llamado *amparo* que permite prácticamente que cualquier decisión local sea revisada por tribunales federales, aun decisiones electorales.

parecería. Quizá sea ésa la consecuencia a futuro del impacto del derecho internacional en los Estados modernos, pero es aún muy prematuro para saltar a esa conclusión.

Todas estas razones exigían que el Congreso explicara por qué dictaría esta nueva ley, en qué marco, con qué alcances, etc.; pero ello no ocurrió. Más allá de las mejores intenciones de sus impulsores, esta omisión inicial define al conjunto del texto legal en examen como una narrativa que no parece tomarse los derechos más allá de su dimensión retórica ni considerar al proceso legislativo como una actividad muy exigente desde el punto de vista jurídico-formal; en definitiva, parece tratarse de una ley que no se toma *el derecho* ni *los derechos* en serio ya que hace pensar en que la rigurosidad es un aspecto menor cuando de legislar sobre personas menores de edad se trata³³.

En segundo lugar, la ley no introduce mayores cambios en la regulación de la condición jurídica de la infancia en su conjunto en la Argentina. Más allá de su peculiar redacción, cada vez que menciona un derecho utiliza el giro: “conforme la legislación vigente” u otro equivalente. Los derechos de los que trata esta ley ya están incluidos en el orden normativo argentino con rango constitucional. Una ley podía “reglamentarlos” si se lo consideraba necesario. Lo que no se comprende bien es que la ley “reglamentaria” reitere esos mismos derechos y remita para darles contenido-operatividad-eficacia a la “legislación vigente”. En este punto en particular, ¿cuál sería el sentido del dictado de normas de este tipo?³⁴.

Como ha sido mencionado reiteradamente, adecuar el derecho interno del país a los compromisos internacionales requiere revisiones normativas de consideración, análisis que se hace aún más complejo cuando se trata principalmente de la adecuación a un tratado cuyas cláusulas son, en general, imprecisas y vagas. Nada de ello ha ocurrido con la ley 26.061.

La ley se organiza en seis Títulos: I. Disposiciones generales, II. Principios, derechos y garantías, III. Sistema de protección integral de los dere-

³³ Banalidad normativa puede ser un giro adecuado para referirse a la manera en la que se producen leyes todo el tiempo sin mayores cuidados siquiera formales, cuestión que excede la aquí ampliamente estudiada. La forma alarmante en la que se ha modificado el derecho penal argentino en los últimos diez años es un buen ejemplo de la consideración del proceso legislativo como un fin en sí mismo, para los medios. Poco importa luego la forma en la que esa ley produzca, reproduzca o no produzca efecto alguno en la realidad.

³⁴ A nivel político de lo único que se habló con posterioridad a la aprobación de la ley –en rigor casi simultáneamente con ella– fue cómo se reglamentará, con la ingenua esperanza de que mediante un reglamento se lograrán subsanar los defectos estructurales de su texto. Sin embargo, la reglamentación no resolvió, como era de prever, ninguno de los problemas normativos.

chos de las niñas, niños y adolescentes, IV. Órganos administrativos de protección de derechos, V. Financiamiento y VI. Disposiciones complementarias.

Si se desconocieran el contexto de la aprobación de esta ley y las buenas intenciones de sus artífices no sería difícil concluir que fue sancionada solamente para reformar, a nivel federal y nacional, la estructura administrativa encargada de la protección a niños, así como para crear un nuevo organismo, el “defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, cuya inserción en el propio sistema creado por la ley carece de sentido. Probablemente, esto sea lo único concreto, nuevo, que la ley instituye. De hecho, de los 78 artículos que la integran, 46 se dedican a los aspectos burocráticos. Nada de problemático habría en ello si para tal fin se sancionó la ley, pero no lo sabemos porque, como indiqué, ésta carece de exposición de motivos y los debates previos y reacciones posteriores parecen indicar que se aprobó para otra cosa.

Por ellos sabemos que la ley se aprobó con el fin de transformar la condición jurídica de la infancia y derogar la casi centenaria cultura tutelar. Para ello, el legislador dedicó apenas 32 artículos, algunos de los cuales se repiten o contradicen entre sí, otros son confusos, otros, completamente innecesarios. Sin mayor sistemática, la ley reitera las disposiciones de la Convención sobre Derechos del Niño que constituían su piso, no su techo; y sólo logra introducir algunas garantías mínimas que ya eran en muchas jurisdicciones reconocidas por la ley y en otras por la interpretación de los tribunales³⁵.

Probablemente el dictado de la ley se justifique por dos artículos relevantes –más allá de lo burocrático que puede tener incidencia en la implementación de una ley pero que no la tiene en una ley de este tipo y menos en la forma en la que ha sido legislado: el artículo 27 y el artículo 33 *in fine*.

El primer artículo amplía ligeramente el estándar convencional (art. 12) cuando establece:

“Artículo 27. Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos.

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes *en cualquier procedimiento judicial o administrativo* que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados

³⁵ En tal sentido es ilustrativo que uno de los artículos publicados en la revista “La Ley” que puede considerarse “pro” ley 26.061, concentrado en aspectos procesales, cada vez que pretende señalar un avance que introduciría esta nueva normativa, indica con citas que ya la jurisprudencia resolvía el punto de ese modo.

por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a ser oído ante la autoridad competente *cada vez que así lo solicite* la niña, niño o adolescente;
- a que su opinión sea tomada *primordialmente en cuenta* al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- a ser asistido por un *letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia*³⁶ desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine³⁷;
- a participar activamente en todo el procedimiento;
- a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte” (destacado agregado).

El segundo artículo fija el estándar que ya habían recogido varias leyes latinoamericanas, criterio clave en materia de adopciones de niños, en particular en países con altos niveles de pobreza (que paradójicamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos debilitó en su Opinión Consultiva 17)³⁸:

“La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circuns-

³⁶ Llama la atención la caracterización de los abogados como “especializados en niñez y adolescencia”. La ley parece estar recreando una nueva autonomía del derecho de menores, tal como ocurrió en Brasil. Sin embargo, ello tiene lugar en el marco de una norma que pretende abolir para siempre jamás el derecho de menores de matriz tutelar clásica. En esta inteligencia, tal definición de la especialidad de los abogados parece ociosa. Es obvio que en un proceso penal un adolescente imputado de delito precisará un abogado versado en derecho penal; en un proceso administrativo, a un profesional conocedor del derecho administrativo; en un proceso de familia, a un letrado idóneo en ese ámbito del derecho. En todos los casos, tal como ocurre con los adultos, sería mejor que los abogados que intervengan tuvieran entrenamiento práctico y experiencia acumulada en casos similares, por lo que serían más adecuados abogados que además de su solvencia en una rama determinada del derecho, tuvieran experiencia en procesos que involucren niños o niñas (del mismo modo que es más adecuado recurrir a un abogado con experiencia en casos de violencia si se tiene un problema de ese tipo); pero ello no permite concluir que exista una especialidad jurídica en “niñez y adolescencia”, por lo menos no con la extensión pretendida por quienes defienden la autonomía de este derecho. Por lo demás, la distinción no responde al sistema de matrícula habilitante para todas las ramas del derecho que rige en el país.

³⁷ La ley no resuelve otros problemas mayores como la superposición de roles entre el abogado patrocinante, el asesor de menores (art. 59, Código Civil) y el defensor creado por la propia ley, la representación necesaria por los padres del niño o niña, etc.

³⁸ Una crítica al fallo en Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, cap. IV.

vigencia de la convención sobre los derechos del niño

tancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización”.

Para terminar el punto y en cuanto es útil a la perspectiva aquí adoptada, es claro que con la ley 26.061 el Congreso nacional final y formalmente cerró el capítulo abierto en 1919 con la aprobación de la Ley de Patronato de Menores, ley 10.903 –ley cuestionada hasta por su propulsor Luis Agote como incompleta y coyuntural– y puso fin a una discusión agotada tanto jurídica cuanto políticamente. La importancia de este acto es más simbólica que normativa porque, como expliqué, la ley estaba derogada tácita y explícitamente desde hacía años; y porque el texto de la nueva ley tiene numerosos problemas y –más allá de lo destacado–, no avanza sobre otros aspectos fundamentales para transformar la condición jurídica de la infancia y la adolescencia en la Argentina allí donde tales cambios sean necesarios.

En lo sustancial, la ley tiene pocos artículos que pueden ser aplicados sin dificultades: me refiero fundamentalmente a aquellos que desarrollan garantías de debido proceso a esta altura reconocidas por gran parte de la jurisprudencia. En lo formal (que parece ser el aspecto en el que decididamente se explaya la ley), la ley contiene normas procesales y de organización. Las primeras presentan problemas constitucionales diversos; las segundas son las que, *a priori*, pueden tener mayor impacto concreto y podían justificar el dictado de una ley federal en la materia. Sin embargo, el modelo organizacional elegido no logra cumplir tal cometido.

Por otro lado, no se puede desconocer que en los primeros meses de vigencia de la ley, se ha generado un movimiento considerable en diversos sectores vinculados con el tema. Al mismo tiempo, la ley ha sido tomada por el gobierno federal como estandarte en la promoción de políticas en el sector, con una importante asignación de recursos que, es de desear, impacten en la realidad de los niños argentinos, sobre todo de aquellos de los sectores sociales más desaventajados.

Con todo, es posible concluir que aunque tardía y deficitariamente, el ideario convencional ha sido adoptado por el Congreso federal con esta nueva norma y por tal razón, ella ha sido incluida en este texto.

III. 2. Ámbito provincial

III. 2. A. Descripción general de las reformas provinciales

Como señalé en otra oportunidad³⁹, la filosofía y algunas prescripciones de la CIDN han sido más receptadas por las legislaciones provinciales

³⁹ Cfr. Beloff, *Constitución y derechos del niño*, cit. *supra* nota 19.

que por el derecho federal, ya que fueron primero y principalmente las provincias argentinas las que dieron cumplimiento al mandato emanado por el artículo 4 de la CIDN que exige –como es habitual en este tipo de convenciones–, que los estados realicen reformas legales para garantizar los derechos incluidos en el tratado.

Las razones por las cuales al derecho público local argentino le ha resultado más fácil renovarse o re-fundarse a partir de la CIDN exceden el propósito de este artículo⁴⁰. No obstante es importante en esta evaluación sobre el impacto de este tratado en la Argentina tener presente que la producción en serie de leyes sin adecuaciones a la singularidad de cada lugar y sin un correlato de transformaciones institucionales en la misma línea, en un modelo que se propone –por lo menos a nivel retórico–, descentralizar la atención y acercar la protección directa a la comunidad de pertenencia del niño, no puede sino tener enormes dificultades de implementación.

A la fecha gran parte de las provincias argentinas han reformado o bien dictado por primera vez leyes dirigidas a regular, en el ámbito local, la condición jurídica de la infancia. En prácticamente todas las provincias se han dictado leyes que tienen como objetivo declarado adecuar el derecho local a la CIDN. Así Mendoza⁴¹, Chubut⁴², Neuquén⁴³, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁴, Tierra del Fuego⁴⁵, Río Negro⁴⁶, Salta⁴⁷, San Juan⁴⁸ y provincia de Buenos Aires⁴⁹ –ésta en una particu-

⁴⁰ Algunas hipótesis son exploradas en Beloff, *Constitución y derechos del niño*, cit., ibídem.

⁴¹ La ley de Mendoza 6.354, del 7 de diciembre de 1995, fue la primera ley provincial dictada luego de la ratificación de la CIDN por la Argentina.

⁴² Ley 4.347 de Protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia, aprobada el 16 de diciembre de 1997.

⁴³ Ley 2.302 de Protección integral del niño y el adolescente, del 7 de diciembre de 1999.

⁴⁴ Ley 114 de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, aprobada el 3 de diciembre de 1998.

⁴⁵ Ley 521 de Protección integral de los derechos de niños, niñas, adolescentes y sus familias, aprobada el 28 de noviembre de 2000.

⁴⁶ Ley 3.097 de Protección integral y promoción de los derechos del niño y del adolescente.

⁴⁷ Ley 7.039, aprobada el 8 de julio de 1999.

⁴⁸ Ley 7.338 de Protección integral de los niños y adolescentes, aprobada el 5 de diciembre de 2002, que derogó la anterior ley 1.156.

⁴⁹ En la provincia de Buenos Aires se aprobaron dos leyes: la ley 12.607 y la 13.298, que en líneas generales son similares a las otras leyes provinciales mencionadas.

lar situación—, además de Misiones⁵⁰, Jujuy⁵¹, Chaco⁵² y Córdoba⁵³ han dictado leyes de protección a la infancia, con modalidades y alcances diferentes, con posterioridad a la aprobación del tratado en análisis por parte del gobierno federal.

Esta provincia presenta el caso más curioso de resistencia al cambio normativo, sólo comparable con la situación que se ha dado en Guatemala. En efecto, la entrada en vigencia de la ley 12.607, aprobada por unanimidad por la Legislatura de la provincia de Buenos Aires, fue suspendida en un caso impensable si se tratara de otra materia, por una medida cautelar dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a pedido del titular del Ministerio Público Provincial, medida cautelar que se extendió por más de dos años sin que se resolviera sobre el fondo del asunto. El conflicto, básicamente, se reducía a la desjudicialización propuesta por la ley de algunas cuestiones vinculadas con la protección a los niños. En la práctica, ello significó que los tribunales de menores de la provincia continuaran aplicando el decreto-ley 10.067, retuvieran las competencias asistenciales —transferidas por la nueva ley a los municipios— y no aplicaran los derechos y principios emanados de la Convención, situación particularmente grave en relación con los niños y adolescentes imputados de haber cometido delitos.

En el año 2002, la Legislatura provincial convirtió lo que era un claro conflicto de poderes y un asunto de gravedad institucional en un acuerdo: aprobó una ley que convalidaba la decisión de la Corte. Finalmente, la Corte rechazó la acción, mientras la Legislatura siguió aprobando leyes que prorrogaban la vigencia del decreto-ley 10.067, hasta que nuevamente aprobó una ley, la 13.298, cuya vigencia también fue suspendida por una nueva medida cautelar solicitada por la Procuradora General. Como ocurrió con la ley 12.607, el tema de fondo no se resuelve y, mientras tanto, los niños y niñas de la provincia siguen esperando tener abogados defensores, conocer la imputación que existe en su contra por un órgano independiente como el fiscal, no ser detenidos sino en flagrancia o por orden escrita de autoridad competente, no ser separados de su familia por razones de pobreza, derechos elementales de cualquier persona, no por la sensibilidad individual de algunos funcionarios y magistrados —que existen— sino por imperativo legal. Ver sobre el tema Beloff, Mary, *Un fallo tardío pero dichoso. Comentario a la sentencia I.2278 "Procurador General de la Suprema Corte de Justicia v. Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad Ley 12.607. Acción de inconstitucionalidad"*, en "Revista de Derecho de Familia", 2003-I, Lexis-Nexis, Buenos Aires, ps. 72-93.

⁵⁰ Ley 3.820 de Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, aprobada el 6 de diciembre de 2001, y prorrogada su entrada en vigencia por la ley 3.883.

⁵¹ La ley 4.722 de Protección a la Minoridad, aprobada el 4 de noviembre de 1993, expresamente adhirió a la ley 23.849 (art. 2), aprobatoria de la CDN. La Rioja aprobó la ley 7.590 de Protección integral del niño-a y del adolescente, el 20 de noviembre de 2003, que fue vetada por el decreto 991 del 5 de diciembre de 2003.

⁵² La provincia del Chaco dictó la ley 4369 aprobada el 12 de diciembre de 1996, denominada Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia, que si bien es posterior a la ratificación, mantuvo intactos dispositivos tutelares clásicos (arts. 6, 7, 9, 53 y siguientes) combinados con normas de garantía (art. 21, entre otros).

⁵³ En el mismo sentido, la provincia de Córdoba aprobó la ley 9.053 el 30 de octubre de 2002, que revela una sofisticada técnica legislativa —característica de la provincia

Por otro lado, más allá del dictado de una ley dirigida explícitamente a regular derechos de niños y niñas en una provincia, existen otras materias⁵⁴ que involucran estos derechos y que en algunos casos han considerado a la CIDN entre los fundamentos para su dictado⁵⁵.

En este marco merece ser destacada la circunstancia de que la mayoría de las nuevas leyes provinciales fueron dictadas con anterioridad a la reforma constitucional, sobre la base de que las provincias asumieron competencia positiva para legislar con un nuevo enfoque sobre el tema tal como algunas, en especial las del centro y norte del país, lo habían venido haciendo a lo largo de todo el siglo XX, o bien como una oportunidad para dictar leyes en un ámbito en el que no existían normas locales específicas, como ocurrió en algunas provincias jóvenes de la Patagonia (Chubut o Neuquén, por ejemplo)⁵⁶.

mediterránea– y aborda gran cantidad de aspectos vinculados con la materia; pero que se concentra en las funciones judiciales, sin desarrollar los aspectos vinculados con la promoción y garantía de derechos de niños, niñas y adolescentes en general. Entre Ríos (ley 9.324 y concordantes) y Santa Fe (ley 11.452, aprobada el 29 de noviembre de 1996) han introducido importantes reformas en materia de organización judicial y procesal, pero no han dictado una ley general de protección a los niños. En un sentido tradicional, la reciente ley 5.573 de San Luis aprobada el 22 de abril de 2004 que crea juzgados de familia y menores, con competencia para aplicar el art. 18 de la ley 10.903 y otros supuestos idénticos a los abordados por esa ley.

⁵⁴ Tal el caso de las leyes que regulan sobre salud, educación, contravenciones y faltas (que a su vez incluyen las normas vinculadas con las adiciones: básicamente tabaquismo, alcoholismo y otras adiciones a sustancias prohibidas, superpuestas con normas vinculadas con el derecho a la salud), alimentos, trabajo, toda las leyes orgánicas (defensa, ministerio público, poder judicial, organismo del ejecutivo), policía, violencia familiar, planes materno-infantiles, sistemas de registro e identificación del recién nacido, programas para jefes y jefas de hogar, programas para niños con necesidades especiales, regulación de Internet, las adhesiones a tratados suscriptos por la Nación y convenios con organismos nacionales.

⁵⁵ Lo mismo ocurre en el ámbito federal, tal como señalé en el primer apartado. Un estudio de las reformas legales a nivel provincial relacionadas con los derechos de niños y niñas que no se limite a las normas explícitamente denominadas de “protección de niños” está también pendiente de realización en el país.

⁵⁶ De acuerdo con la tesis que asume que siendo estas competencias delegadas, aun la Ley de Patronato de Menores 10.903, en lo pertinente, fue dictada por el Congreso Federal en ejercicio de facultades como legislatura local para los territorios nacionales y la Capital Federal. Cfr. Beloff, *Constitución y derechos del niño*, cit. *supra* nota 17. La mayoría de los “territorios” o “gubernaciones” nacionales fue provincializada por las leyes 14.037 del 20 de julio de 1951 (Chaco y La Pampa) y 14.408, sancionada el 15 de junio de 1955 (Formosa, Chubut, Neuquén y Río Negro) proceso que –con excepción del régimen implementado para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 (arts. 3 y 129)– culminó con la creación de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, mediante el dictado de la ley 23.775 del 26 de abril de 1990.

vigencia de la convención sobre los derechos del niño

En síntesis, más de la mitad de las provincias argentinas han aprobado –en ejercicio de facultades de protección a la niñez no delegadas al gobierno federal– leyes con mayor o menor grado de desarrollo de los derechos contenidos en la CIDN, con mayor o menor detalle en los mecanismos institucionales y de exigibilidad, que reproducen en mayor o menor medida el modelo de legislación latinoamericana para la niñez de la década del 90. Por ello es posible afirmar que es en el ámbito provincial donde la CIDN ha sido el motor de las mayores transformaciones normativas en el país.

En el siguiente apartado me concentraré en la Ciudad de Buenos Aires como caso emblemático del tipo de transformaciones legales a las que acabo de aludir.

III. 2. B. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El ejemplo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es muy útil para explorar el impacto indirecto de la CIDN en el derecho argentino. Como es ampliamente conocido, la Ciudad de Buenos Aires adquirió autonomía⁵⁷ como consecuencia del llamado Pacto de Olivos, que motivó la reforma de la Constitución federal en 1994 –aquella que entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos, incorporó la CIDN al texto de la Carta fundamental– y de la ley 24.588 de “Garantía de los intereses del estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires”, conocida como “Ley Cafiero”.

Esta autonomía implicó que la Ciudad se dictara, en primer término, una constitución. Esta fue sancionada el 1 de octubre de 1996 e incluyó a quienes denominó “niños, niñas y adolescentes” en el capítulo 10⁵⁸:

⁵⁷ En adelante, la Ciudad. Ver artículo 129 de la Constitución Nacional: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”.

⁵⁸ También reconoció derechos a los jóvenes en el Capítulo 11: “Artículo 40. La Ciudad garantiza a la juventud la igualdad real de oportunidades y el goce de sus derechos a través de acciones positivas que faciliten su integral inserción política y social y aseguren, mediante procedimientos directos y eficaces, su participación en las decisiones que afecten al conjunto social o a su sector. Promueve su acceso al empleo, vivienda, créditos y sistema de cobertura social. Crea en el ámbito del Poder Ejecutivo y en las Comunas, áreas de gestión de políticas juveniles y asegura la integración de los jóvenes. Promueve la creación y facilita el funcionamiento del Consejo de la Juventud, de carácter consultivo, honorario, plural e independiente de los poderes públicos”.

“Artículo 39.- La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes.

Se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar:

- La responsabilidad de la Ciudad respecto de los privados de su medio familiar, con cuidados alternativos a la institucionalización.
- El amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual.
- Las medidas para prevenir y eliminar su tráfico.
- Una ley prevé la creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector, que cuente con unidades descentralizadas que ejecuten acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los involucrados. Interviene necesariamente en las causas asistenciales”.

En consonancia con el modelo constitucional adoptado, la carta fundamental del nuevo Estado incorporó específicamente como titulares de derechos a diferentes grupos, entre ellos el de quienes llamó –por primera vez en el orden local– “niños, niñas y adolescentes”. Les reconoció derechos y garantías específicos:

a) a ser informados, consultados y escuchados, sin limitación alguna, en lo que constituye un estándar mejor que el de la CIDN, tratado que limita notablemente estos derechos, en el art. 12, por ejemplo;

b) a la intimidad y privacidad, otra vez, sin limitaciones;

c) la posibilidad de reclamar por sí en caso de que estén “afectados o amenazados” –probablemente a ello se refiera concretamente la primera oración cuando establece que se los reconoce como sujetos “activos” de sus derechos;

d) a su “protección integral”; pero no sabemos qué significa “protección integral”⁵⁹, ni siquiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha podido definir a la fecha⁶⁰;

⁵⁹ Es del caso recordar, una vez más, que el Régimen Penal de la Minoridad, aprobado a comienzos de la década del 80 bajo el gobierno de facto mediante ley 22.278 –posteriormente validado como la mayoría de las leyes del período militar–, refiere a la “protección integral” de los menores. La expresión ha sido tomada a partir de los años 90 para evidenciar el contraste con el modelo legislativo anterior, denominado (aun por mí misma) también con algo de ligereza, de “situación irregular”. Estas categorías fueron trasladadas, a los fines explicativos, del contexto brasileño al resto del continente pero, en rigor, tal desplazamiento es susceptible de varias críticas como la que aquí se señala.

⁶⁰ Cf. CIDH, Opinión Consultiva 17: “Condición jurídica y derechos humanos del niño”. Un análisis crítico de esta opinión consultiva en Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, cit. *supra* nota 38, cap. IV.

vigencia de la convención sobre los derechos del niño

e) prioridad dentro de las políticas públicas (garantía genérica);
f) protección especial a los privados de medio familiar procurando alternativas a la institucionalización;

g) y protección especial de las víctimas de tráfico y explotación sexual.

De manera que, más allá de los derechos genéricos, dentro del grupo de niños, niñas y adolescentes, los subgrupos merecedores de protección constitucional específica son dos: aquellos privados de su medio familiar y las víctimas de tráfico y explotación sexual⁶¹.

Merece también ser mencionada la transformación ocurrida en la Ciudad con los edictos policiales. Estos constituían la puerta principal de ingreso de causas tutelares a la justicia nacional de menores. La Constitución porteña los abolió⁶² probablemente no por una preocupación vinculada con la protección de niños sino por otros motivos relacionados con el control social urbano en general, históricamente ubicado en manos policiales. Posteriormente, en su reemplazo, la Legislatura dictó un Código Contravencional que estableció que los menores de dieciocho años de edad no son punibles por contravenciones. Con ello se produjo un cambio trascendental en las políticas de control social urbano de los adolescentes en el territorio porteño cuyo análisis excede el propósito de este artículo, pero que tiene la mayor relevancia teórica y empírica.

Al reglamentar el artículo 39 constitucional, la Ciudad de Buenos Aires asumió, al igual que otras provincias, facultades para legislar en materia de protección de derechos de niños y niñas. Así dictó la ley 114 en consonancia con la tesis que he defendido consistente en que, en principio, estas facultades eran locales y no federales⁶³.

Este intenso proceso legislativo porteño no parece haber sido directamente determinado por la aprobación de la CIDN. Sin embargo, lo ha sido por lo menos de manera indirecta ya que ella fue invocada en los debates

⁶¹ No hay registro de por qué el artículo quedó redactado de esta manera y no consideró otros subgrupos de niños y niñas cuyos derechos merecieran especial protección.

⁶² Un caso que involucró a un menor de edad contribuyó directamente a esta decisión política. Se trata del caso de Walter David Bulacio, de 17 años de edad, quien fue detenido el 19 de abril de 1991 en una *razzia* organizada por la Policía Federal, fue trasladado a la comisaría con otros jóvenes, encerrado, golpeado en un calabozo y murió después en un hospital. Como consecuencia de ese episodio, que provocó una considerable movilización social, se derogó el llamado *Memorandum* 40 de la Dirección de Asuntos Judiciales de la Policía Federal Argentina y se reformó la ley de detención por averiguación de antecedentes. El Estado argentino reconoció su responsabilidad internacional en el caso y la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia el 18 de septiembre de 2003, doce años después.

⁶³ Cfr. Beloff, *Constitución y derechos del niño*, cit. *supra* nota 19.

de la constituyente local y en los debates legislativos tanto a la hora de aprobarse el artículo 39 constitucional porteño⁶⁴ –arriba transcripto– cuanto la ley 114⁶⁵.

Por otro lado, esta ley local 114 *derogó expresamente*⁶⁶ la ley nacional 10.903 de Patronato de Menores. Ésta fue dictada en 1998 por quienes tenían competencia constitucional para hacerlo ya que la ley 24.588 de “Garantía de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires”, conocida como “Ley Cafiero”, no limitó a la Ciudad en este aspecto. Además, ya desde 1994/6 la Ley de Patronato de Menores había perdido ámbito territorial de aplicación con la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires ya que para entonces no existían más territorios nacionales en los que pudiera aplicarse (salvo la reducida jurisdicción federal).

Ello no significó que para el momento en que estos cambios se produjeron el gobierno nacional hubiera cesado, en la práctica, su intervención en el ámbito local. Este continuó actuando a través de sus órganos judiciales (jueces de menores y de familia de la justicia nacional así como jueces federales) y del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Esto se explica porque por el modo en el que se produjo la autonomía porteña, las cuestiones referidas a la justicia no podrían ser reguladas por la legislatura local; y por ese motivo la ley 114, en ciertos aspectos, está incompleta. Pero es evidente que estas intervenciones tutelares en el ámbito local son *de facto*, ya que la protección –en términos de atención directa– a los niños se ha transformado en el ámbito local, por imperio de la ley 114, aun para los casos de niños y niñas autores o víctimas de delitos.

Por otro lado, aun si se aceptara que la ley 10.903 de Patronato de Menores es una ley nacional, pero es contraria a la CN, ésta no podría tener primacía como ley nacional sobre las provinciales de signo diferente. Por este motivo la solución que un juez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires encontró frente a la ineficiencia de las intervenciones del ejecutivo local en casos de protección a adolescentes travestis víctimas de explotación sexual consistente en considerar de aplicación la ley nacional 10.903 y dar intervención a la justicia nacional de menores es, más allá de otras consideraciones, desacertada desde el punto de vista jurídico, tal como lo ha resuelto adecuadamente la Cámara de Apelaciones local⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. sesión del día 27 de septiembre de 1996 de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 1996, t. III, ps. 279 y siguientes.

⁶⁵ Cfr. versión taquigráfica de la trigésimo segunda sesión ordinaria de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 3 de diciembre de 1998, ps. 60 y siguientes.

⁶⁶ Cláusula transitoria segunda.

⁶⁷ Cfr. CAContr., Sala II, causa n° 1101/CC/01, “M. N. R. s/ art. 71 s/apelación”, sentencia 1294, 20/12/2001.

vigencia de la convención sobre los derechos del niño

La transformación que se ha dado en este tema en el territorio porteño es notoria en los casos de niños y niñas acusados o víctimas de contravenciones o de delitos transferidos al ámbito local. Según el derecho local los menores de dieciocho años no son punibles por la comisión de una contravención⁶⁸, salvo las de tránsito. Esta acertada decisión del legislador local de excluir del reproche penal contravencional a los menores de edad⁶⁹ –que se ha mantenido con ligeras variantes en todas las versiones del Código Contravencional desde su primer redacción– ha significado una transformación sustancial de la manera en la que se lleva adelante el control social formal urbano sobre menores de edad. En efecto, desde la derogación de los edictos policiales –puerta de acceso a las disposiciones tutelares de la justicia nacional de menores a través de lo que se conocía como “amparo-ley 10.903”–, los expedientes tutelares de la justicia de menores se han reducido a los casos de menores imputados o víctimas de delitos (art. 14, ley 10.903). Ya he señalado que aun en estos casos las disposiciones son *de facto*, basadas sobre la aplicación de una ley derogada; no obstante es importante tener presente la significativa reducción de la intervención de estos juzgados penales en cuestiones meramente sociales. Como se ha señalado en otra oportunidad, algunas de estas causas “asistenciales” son ahora materia de intervención de los juzgados nacionales de familia; pero aun admitiendo el aumento de la intervención de estos juzgados no penales, la transformación que se ha dado en el ámbito local en términos de reducción del control social formal del Estado en cuestiones de protección de niños y niñas merece ser destacada⁷⁰.

En síntesis, estos cambios consecuencia de las transformaciones legales a las que hice referencia al comienzo de este apartado, son también –indirectamente– producto de la CIDN.

⁶⁸ Art. 11, inc. 1, Código Contravencional vigente.

⁶⁹ Sobre la despenalización de infracciones penales de menor envergadura conforme los estándares internacionales, ver Beloff, Mary, *Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual*, en “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, Buenos Aires, 2005.

⁷⁰ Esto no significa que el enorme complejo institucional creado para la protección de niños y niñas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sea eficiente. Los recurrentes e insólitos conflictos al interior del Ministerio Público tutelar así como la desconexión entre los múltiples actores públicos dentro del ámbito del Ejecutivo que tienen por misión velar por la plena vigencia de los derechos de niños y niñas en el ámbito local dan cuenta de la inadecuación institucional del diseño adoptado pese a la claridad conceptual y política de los operadores en términos del derecho internacional de los derechos humanos.

IV. Recepción de la CIDN por la jurisprudencia

Tal como indiqué en el primer capítulo, la CIDN integra el derecho federal argentino desde 1990. Sin embargo, su uso por los tribunales en los primeros diez años de su vigencia fue entre escaso y nulo, a pesar de que, aun antes de la reforma constitucional que incorporó éste y otros tratados al texto de la norma fundamental, la jurisprudencia de la CSJN indicaba claramente la forma en la que estos tratados debían ser aplicados en el derecho positivo argentino⁷¹.

En ese período pueden encontrarse pocos fallos de la CSJN que utilizaron entre sus argumentos a la CIDN sin mayor análisis y orientados a reforzar la tesis central del caso⁷². Lo mismo puede advertirse en la jurisprudencia de algunas cámaras federales, en particular de la Cámara Federal de San Martín⁷³ y eventualmente alguna decisión de la Cámara Federal porteña, así como en algunas decisiones de la justicia nacional civil y de familia.

No obstante, sobre el final de la década del 90, por razones que aún no han sido suficientemente estudiadas pero entre las cuales la incorporación al texto constitucional debe ocupar un lugar central, se advierte un uso

⁷¹ Un estudio del uso de la CIDN por los tribunales nacionales y federales puede encontrarse en Weinberg, Inés M. (dir.), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

⁷² Cfr. *Fallos*: 318:1269, donde se interpreta el art. 3 respecto de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; y *Fallos*: 323:854 referido a una cuestión de competencia resuelta por aplicación también del mismo art. 3, CIDN.

⁷³ Por ejemplo, la Cámara Federal de San Martín en un fallo pionero que fijó mínimas garantías de debido proceso en los procesos seguidos contra adolescentes infractores, estableció que “toda imputación contra un menor al que se considere no punible debe ser precedida de la ‘comprobación del delito’ (...) que permita en los términos del art. 193 del Cód. Procesal Penal de la Nación examinar ‘si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad’ (...) y ‘establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen o influyan en la punibilidad (...), como así también determinar si el menor ha cometido el hecho investigado, y la necesidad de que el mismo sea oído ante los estrados judiciales”. Asimismo que “la Convención Internacional de los Derechos del Niño (...) estableció que cuando se le atribuía a un menor la comisión de un delito y se tomaba respecto de él una medida que implicaba de alguna manera una restricción de derechos y que, en cierta forma, se originaba en el ingreso al sistema penal a través de ese suceso, debía escucharse al niño para que efectuara su descargo y ofreciera la prueba que creyera pertinente, debiéndose resolver su situación en relación al hecho...”. Cfr. Cámara Federal de San Martín, Sala II, Sec. Pen. n° 4, “M., H. s/L.23.737”, Reg. n° 1529; en sentido similar, Cámara Federal de San Martín, Sala II, causa n° 1681, “G., R. A s/inf. ley 23.737”, resuelta el 28/9/2000.

mucho más intensivo de los tratados por los tribunales locales, de lo que da cuenta este libro en su anterior edición y en ésta. La modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la difusión del derecho internacional de los derechos humanos tanto en lo procesal cuanto en lo sustantivo, expresado en publicaciones, foros, seminarios, etc., la conciencia de los operadores del sector justicia de la existencia de un tribunal supranacional y de la responsabilidad internacional del Estado que podrían acarrear sus actos al margen del derecho convencional ratificado por el país, la cantidad de egresados de Facultades de Derecho, en particular de la Universidad de Buenos Aires, entrenados en derecho internacional de los derechos humanos y en su aplicación en el derecho interno, el activismo de algunas organizaciones privadas dedicadas al tema, entre otras, pueden explicar esta importante transformación de la práctica judicial argentina.

Curiosamente, la nueva jurisprudencia que incorpora normas, sentencias e informes internacionales no ha producido una correlativa nueva forma de argumentación legal que la novedad de la fuente del derecho ahora utilizada exigía. En la mayor parte de los casos este conjunto de normas internacionales convencionales y no convencionales se incorpora al texto de la decisión mediante transcripciones sin análisis alguno.

Por razones de espacio, me concentraré en algunas decisiones recientes de los tribunales argentinos que estimo representativas de la forma en la que la jurisprudencia ha comenzado a utilizar el tratado en análisis, de sus problemas y proyecciones futuras.

IV. 1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales federales

La CIDN ha sido utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales federales⁷⁴ en varios precedentes, aunque nin-

⁷⁴ En una decisión temprana: "... una medida tutelar como la dispuesta en autos, sólo debe ser adoptada cuando se halle verificado que el menor en cuestión se encuentra en alguna de las situaciones previstas por la ley 22.278 (artículo 1, cuarto párrafo). Lo contrario importa una injerencia arbitraria del Estado en la vida privada del menor y de su familia (natural encargada de la educación de los hijos) y por ello, violatoria de la preceptiva contenida en la ley 23.849, que incorpora como ley suprema de la Nación la Convención de los Derechos del Niño)...". Cfr. Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala II, "Marcenal, Esteban L. infr. Ley 23.737", causa n° 9008, sentencia del 8/6/1993, Reg. n° 9913. En sentido similar, Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala II, "Rec. de apelación en causa 877", Sentencia 11.950 del 4 de mayo de 1995: "A la luz de tales normas y especialmente teniendo en cuenta la interpretación amplia que debe realizarse sobre el concepto 'privación de libertad de un menor' (según la resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas 45/113), resulta adecuado acceder a la petición solicitada por el recurrente. El régimen tuitivo legislado en beneficio del menor por

guno ha tenido por objeto directa y exclusivamente la discusión en torno de su aplicación. El uso de este tratado –en la forma antes descripta– ha ido incrementándose en los últimos años, tal como ha sido señalado, por las diversas razones antes aludidas.

Por su actualidad –y por limitaciones de espacio– me concentraré en dos decisiones recientes que evidencian el mayor uso del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se trata de un primer caso, llamado caso “Verbitsky”⁷⁵. Allí, el Máximo Tribunal federal utilizó diversas normas internacionales (convencionales y no convencionales), jurisprudencia y otras fuentes con un criterio amplísimo y de forma bastante dogmática y por demás imprecisa en un capítulo dedicado a menores de edad y enfermos detenidos en dependencias policiales. También analizaré un segundo caso, llamado “Maldonado”⁷⁶, donde la Corte utilizó un criterio más acotado y mayor desarrollo argumental aunque con algunos párrafos que evocan el estilo “transcriptivo” del fallo anterior. Ambos casos se relacionan con la justicia penal: el primero trata de la condición de personas detenidas en la provincia de Buenos Aires y contiene algunas referencias a los menores de edad; el segundo específicamente se refiere a la situación de un condenado de diecisiete años al momento del hecho, al que según el Régimen Penal de la Minoridad puede aplicársele, entre otras opciones, la pena prevista en el Código Penal para los adultos, en el caso discutido, la prisión perpetua en los términos del art. 13 del Código Penal según texto anterior a la reforma de la ley n° 25.892⁷⁷.

En forma sintética, puede decirse que la Corte utilizó en el fallo Verbitsky a la CIDN como norma complementaria a otras normas internacionales a fin de fijar un estándar sobre condiciones de detención de menores con encarcelamiento preventivo; en tanto en el fallo “Maldonado” por

intermedio de las leyes 10.903, 14.394 y 22.278 debe armonizarse con la recepción en nuestro derecho interno de las normas internacionales elaboradas sobre la materia que otorgan al menor mayores garantías”.

⁷⁵ Recurso de hecho, “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, causa n° 856. XXXVIII, Sentencia de 3 de mayo de 2005.

⁷⁶ Recurso de hecho, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado –causa n° 1174C–”, causa n° 1022. XXXIX, Sentencia de 7 de diciembre de 2005.

⁷⁷ Según ese régimen y en atención a que los antecedentes de los menores de edad no pueden ser considerados para declaraciones de reincidencia, la libertad condicional podría obtenerse de cumplirse los otros requisitos legales, a los veinte años de condena; en tanto la posibilidad de acceder al período de prueba previo a la incorporación al régimen de semilibertad podría obtenerse a los doce años (arts. 17 de la ley 24.660 y 27 del decreto 396/99). No estaban en discusión estas normas en este proceso.

primera vez la Corte consideró y *descartó* un posible conflicto entre el Régimen Penal de la Minoridad (leyes 22.278 y 22.803) y el tratado en cuanto el primero permite aplicar penas del Código Penal a quienes hayan sido declarados penalmente responsables por delitos cometidos entre los dieciséis y los dieciocho años no cumplidos. Lo hizo mediante una interpretación que demanda disminuir la pena en estos casos conforme la propia ley lo autoriza.

IV. 1. A. El caso “Verbitsky”⁷⁸

En un fallo que tiene varios aspectos relevantes en términos de avances del rol de la judicatura en la protección de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad –consecuencia de un recurso de *habeas corpus* colectivo interpuesto por una organización civil respecto de detenidos en la provincia de Buenos Aires⁷⁹–, la Corte Suprema dedicó quince páginas al tema: “Adolescentes y enfermos en dependencias policiales, y la jurisprudencia internacional”.

Sin explicar por qué se incluyó en el mismo capítulo a menores de edad y a enfermos⁸⁰, la Corte fija en el primer párrafo del voto de mayoría lo que parece ser su conclusión sobre el tema:

“42) Que la presencia de adolescentes y enfermos en comisarías o establecimientos policiales, configura con gran certeza uno de los supuestos contemplados en el considerando anterior, con flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas citadas y muy probablemente innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante. Esta Corte, en virtud del alto riesgo de

⁷⁸ Un análisis interesante (y algo optimista) del fallo con citas que remiten a gran parte de los artículos por éste provocados, en Courtis, Christian, *El caso “Verbitsky”: ¿Nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?*, en “Nueva Doctrina Penal”, 2005/B, Del Puerto, Buenos Aires, ps. 529 y siguientes. No es posible extenderse sobre el análisis de este peculiar fallo que otros autores han analizado profusamente. Quiero no obstante señalar cierta ligereza que caracteriza a la jurisprudencia reciente de la Corte en esta materia. Afirmaciones fundamentales tales como “Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas –si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal– se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad”, requerían alguna explicación y justificación adicional a una afirmación dogmática. Más de cien años lleva la Corte discutiendo cómo se incorpora el derecho internacional al derecho interno y el tema merecía un desarrollo argumental siquiera mínimo.

⁷⁹ Se trata del Centro de Estudios Legales y Sociales.

⁸⁰ La Corte podría haber explicado que se trata de grupos que tienen derecho, por diferentes razones, a una protección especial, que es probablemente lo que quiso sostener; pero desde el punto de vista narrativo, la inclusión en un mismo grupo “vulnerable” de dos categorías claramente diferentes no parece atinada.

responsabilidad internacional que de ellos se deriva para el Estado Federal, debe disponer, sin dilación, que en un plazo perentorio, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por las vías procedentes, haga cesar esas situaciones. Respecto de los niños y adolescentes, la presencia en comisarías resulta, además de intolerable, sospechosa respecto del índice de institucionalizados de la provincia, materia en la que sería terrible que se produjese una escalada análoga al número de presos, cuando es sabido el efecto reproductor que tiene la institucionalización de menores, además de responder a una ideología tutelar incompatible con la normativa internacional vigente”.

Más allá de la curiosa redacción del párrafo, afirmar tan categóricamente y sin ninguna explicación adicional que la “ideología tutelar” es “incompatible con la normativa internacional vigente” explicita un juicio teórico discutible, completamente innecesario para sostener los argumentos legales del fallo. Además, tal “declaración” opera como un *boomerang* cuyo efecto debilita los argumentos jurídicos en lugar de reforzarlos⁸¹. Finalmente, contradice posiciones anteriores de la Corte en el sentido de utilizar a la CIDN como expresión del derecho tutelar de menores sin dar explicaciones que justifiquen la adopción de un criterio diverso⁸². Ciertamente es posible sostener que existen diferencias entre el tradicional derecho de menores y el emergente del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, pero ello requeriría, de sostenerse, un desarrollo argumental en el fallo que está ausente.

En adelante la decisión sólo transcribe de manera asistemática y sin el menor análisis ni justificación para su incorporación a la sentencia: normas y jurisprudencia internacionales –generales⁸³ y específicas⁸⁴ respec-

⁸¹ Hace tiempo ya que se señala que, en rigor, no hay ruptura sino continuidad en la concepción de protección a la infancia desarrollada a lo largo de las últimas décadas en el derecho internacional de los derechos humanos. Ver *supra* nota 13.

⁸² Cfr. Fallos: 305:1171, 315:752, 323:2388, 324:908.

⁸³ La Corte cita, en el párrafo 50, la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 del 9 de diciembre de 1975), la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984), entre otras normas generales.

⁸⁴ “Por su parte las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos expresan que ‘Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: a) Los hombres y las mujeres deberán ser recluidos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres deberá estar completa-

vigencia de la convención sobre los derechos del niño

to de personas detenidas y de niños y adolescentes–, informes de cuerpos de monitoreo de tratados como el Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes⁸⁵ y el Comité de Derechos del

mente separado; b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; c) Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separadas de los detenidos por infracción penal; d) Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos (arts. 8 y 9 aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus res. 663C31-7-57 y 2076-13-5-77)”. También: “49) Que respecto a los niños, y en igual sentido, la regla 13.5 de 1997 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece que: ‘No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad’. Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que: Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria (social, educacional, profesional, psicológica, médica y física) que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano”; y “51) Que por su parte el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en el año 2002 recomendó al Estado Argentino que revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores, y que recurra a la prisión preventiva únicamente como medida extrema por períodos que sean lo más breves posible y medidas alternativas, cuando ello sea posible. También le recomendó que incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y que adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento (Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina 9/10/2002. CRC/C/15/Add.187 9 de octubre de 2002)”.

⁸⁵ Observaciones del Comité Derechos Humanos respecto de las Torturas y las Penas o Tratos Cruelles Inhumanos o Degradantes (art. 7 del 30 de julio de 1982); Trato Inhumano de las Personas Privadas de su libertad (art. 10) del 30 de julio de 1982, Observación General 9 del 10 de abril de 1992, las Observaciones Generales 20 y 21 del 10 de abril de 1992. “Interpretando dicha convención, recientemente las Naciones Unidas, a través del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes dictó ‘sus Conclusiones y Recomendaciones’, respecto del caso Argentino el 10 de diciembre de 2004 (CAT/C/CR/33/1 33 Período de Sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004). Allí señaló los ‘Factores y dificultades que obstaculizan a aplicación de la Convención’ para lo cual tomaba ‘nota de las dificultades a las que se enfrenta el Estado Parte, especialmente aquellas de tipo económico y social’. No obstante, señaló ‘que no existen circunstancias excepcionales de ningún tipo que puedan invocarse para justificar la tortura’. Al establecer las cuestiones que eran motivos de especial preocupación para la situación argentina enumeró entre otras las siguientes: 1. d) La no implementación uniforme de la Convención en las diferentes provincias del territorio del Estado Parte, como asimismo la ausencia de mecanismos para federalizar las disposiciones de la Convención, aun cuando la Constitución del Estado Parte les otorga rango constitucional; 2 (f) Los informes de arrestos y detenciones de niños por debajo de la edad de responsabilidad penal, la mayoría ‘niños de la calle’ y mendigos, en comisarías de policía donde llegan a estar detenidos junto a adultos, y sobre las supuestas torturas

Niño⁸⁶. También incluye jurisprudencia de la Corte Europea y de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América que no trata directamente de menores ni de personas detenidas enfermas (salvo un caso citado) sino

y malos tratos padecidos por éstos, que en algunos casos les produjeron la muerte; 3 (h) El hacinamiento y las malas condiciones materiales que prevalecen en los establecimientos penitenciarios, en particular la falta de higiene, de alimentación adecuada y de cuidados médicos apropiados, que podrían equivaler a tratos inhumanos y degradantes; 4 (i) El elevado número de presos en prisión preventiva, que en el sistema penitenciario bonaerense alcanza un 78% según el Estado Parte; 5 (j) La no aplicación del principio de separación entre condenados y procesados en centros de detención, y entre éstos y los inmigrantes sujetos a una orden de deportación; 6 (m) La falta de independencia del personal médico de los establecimientos penitenciarios, quienes pertenecen a la institución penitenciaria.

A partir de ello el Comité fijó, entre otras, las siguientes recomendaciones:

1. (d) Garantice que las obligaciones de la Convención sean siempre acatadas en todas las jurisdicciones provinciales, con el objeto de velar por una aplicación uniforme de la Convención en todo el territorio del Estado Parte; se recuerda al Estado Parte que la responsabilidad internacional del Estado incumbe al Estado Nacional aun que las violaciones hayan ocurrido en las jurisdicciones provinciales;

2 (g) *Garantice, como fue asegurado por la delegación del Estado Parte para el caso de la Provincia de Buenos Aires, lo siguiente: la prohibición inmediata de retención de menores en dependencias policiales; el traslado a centros especiales de los menores que actualmente se encuentran en dependencias policiales; y la prohibición del personal policial de realizar detenciones de menores por 'motivos asistenciales' en todo el territorio nacional...*" (lo resaltado no es original);

3 (h) Adopte medidas eficaces para mejorar las condiciones materiales en los establecimientos de reclusión, reducir el hacinamiento existente y garantizar debidamente las necesidades fundamentales de todas las personas privadas de libertad;

4 (i) Considere revisar su legislación y prácticas en materia de detención preventiva, a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional, tomando en cuenta las recomendaciones de diciembre de 2003 del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en cuanto a las medidas alternativas a la detención preventiva;

4(m) Adopte las medidas necesarias para garantizar la presencia de personal médico independiente y calificado para llevar a cabo exámenes periódicos de personas detenidas;

5 (o) Establezca un mecanismo nacional de prevención que tenga competencia para efectuar visitas periódicas a centros de detención federales y provinciales a fin de implementar plenamente el Protocolo Facultativo de la Convención;

6 (p) Establezca y promueva un mecanismo efectivo dentro del sistema penitenciario para recibir e investigar denuncias de violencia sexual y proveer de protección y asistencia psicológica y médica a las víctimas;

7 (r) Informe al Comité en el plazo de un año sobre las medidas concretas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas en los aps. e, f, l y o del presente párrafo".

⁸⁶ "51) Que por su parte el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en el año 2002 recomendó al Estado Argentino que revise sus leyes y prácticas rela-

que se refiere al agravamiento de condiciones de detención en general y respecto de personas con prisión o arresto antes de la condena.

En particular, el fallo en este capítulo transcribe muchos párrafos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay”⁸⁷. La Corte realiza una síntesis de la sentencia (de la cual, es del caso señalarlo, es difícil pero no imposible extraer estándares) y transcribe las conclusiones⁸⁸. En particular, el fallo parece querer destacar mediante largas citas, entre otras, la obligación del Estado que se encuentra en una posición especial de garante respecto de los privados de libertad, de garantizar la vida, dignidad e integridad personales de los reclusos, claramente contenida en esta decisión de la Corte Interamericana. Recuerda también el fallo la concepción de esta Corte regional de que el derecho a la integridad comprende no sólo la prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia sino la adopción de medidas apropiadas para garantizarlo. La Corte Suprema no menciona que el único estándar específico en relación con niños (más allá de las consideraciones generales respecto de la protección a las personas detenidas y en particular con prisión preventiva) que fija la sentencia del

tivas al sistema de justicia de menores, y que recurra a la prisión preventiva únicamente como medida extrema por períodos que sean lo más breves posible y medidas alternativas, cuando ello sea posible. También le recomendó que incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y que adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento (Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina 9/10/2002. CRC/C/15/Add.187 9 de octubre de 2002)”.

⁸⁷ Resuelto el 2 de septiembre de 2004, conocido como caso del “Panchito López”, nombre con el que se conocía popularmente en Paraguay el tristemente célebre reclusorio de menores.

⁸⁸ “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

caso “Panchito López” se relaciona precisamente con las obligaciones positivas del Estado: esto es, el deber de brindar especial protección a los más vulnerables (niños marginalizados) entre los vulnerables (niños), que se encuentran bajo custodia del Estado (detenidos).

El fallo concluye con otras citas desordenadas de otros precedentes de la Corte Interamericana para recordar que, según este Tribunal regional, existe un *corpus juris* internacional de protección de los niños integrado por la CIDN y otras normas (la cita originaria corresponde al fallo “Villa-grán Morales”, no a la OC-17 ni a “Panchito Lopez”, que remiten a ese primer caso histórico de la Corte Interamericana en materia de protección a niños). Si bien no surge con claridad de la sentencia, es posible interpretar que ese *corpus juris* internacional que la Corte Interamericana incorporó en su competencia contenciosa y luego en su competencia consultiva, rige también en el derecho interno argentino.

En síntesis –y más allá de otros varios aspectos por los que esta decisión es trascendental–, en materia de niños y adolescentes detenidos en comisarías⁸⁹ la Corte utilizó la CIDN tangencialmente, al repasar el marco general de normas internacionales referidas a la protección de personas detenidas y al transcribir partes del informe del Comité de Derechos del Niño –órgano creado por la CIDN para monitorear el cumplimiento del tratado– para Argentina. En este fallo, la Corte no analizó las cláusulas de la CIDN ni de las otras normas citadas; no obstante, su incorporación casi ritual al texto de las sentencias permite concluir que ellas son derecho vigente en el país, lo que constituye un avance fundamental en la protección de personas detenidas en general y de niños en particular. Por otro lado, tal como señalé, en este caso no hubo análisis alguno sobre los alcances del derecho internacional de los derechos humanos de los niños en el derecho interno, pero al menos ya se ha dado un primer paso. Es de desear que en el futuro la Corte sea más precisa y articulada en la fijación de sus estándares jurídicos en la materia.

IV. 1. B. El caso Maldonado

El Tribunal Oral de Menores n° 2 condenó a Daniel Enrique Maldonado a la pena de catorce años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con el de homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad, de conformidad con los artículos 12, 45, 55, 166, inciso 2, y 80, inciso 7, del Código Penal, y 4 de la ley 22.278 y sus modificatorias, en

⁸⁹ Según informes del Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires, al momento de dictarse esta sentencia no había más menores de edad detenidos en comisarías en esa jurisdicción.

función de la ley 23.849. Contra esa sentencia, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación por entender que se había efectuado una errónea interpretación del artículo 4 de la ley 22.278 y la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia –vía recurso de queja– y condenar a Maldonado a la pena de prisión perpetua.

Estrictamente ésta es la primera vez que la Corte Suprema interpreta la CIDN. Lo hace en un caso relacionado con la justicia penal de menores. Tal como ha sido señalado⁹⁰, llama la atención la forma en la que los tribunales locales e internacionales se han concentrado en los aspectos relacionados con las garantías penales pero no se han pronunciado respecto de la protección a la infancia en general, cuando es sabido que el adolescente infractor es la punta del iceberg de un mundo de la infancia en el que están ausentes o muy deterioradas políticas públicas tanto universales cuanto específicas.

El articulado y minucioso dictamen de la Procuración es seguido por un voto de mayoría que puede interpretarse como dos votos diferentes: una parte que desarrolla argumentos jurídicos en dos estilos argumentales claramente diferenciados (integrada por el comienzo hasta el párrafo 24 y por la parte final del voto, a partir del párrafo 35) y otra que transcribe en diez párrafos consideraciones de otros órdenes relacionadas con el tema pero cuya inclusión en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se comprende bien ni se explica en el caso (que por lo demás evoca ligeramente la narrativa de la mayoría en “Verbitsky”).

A pesar de esa estructura algo desordenada y de algunos párrafos innecesarios, el máximo tribunal resolvió el problema jurídico planteado por el caso de manera adecuada y propuso una solución respetuosa de los derechos fundamentales del adolescente sin recurrir al remedio extraordinario de la anulación constitucional de una ley que, por lo menos con el alcance de los agravios planteados en esa oportunidad, no se justificaba en el caso concreto.

Las principales conclusiones del fallo son:

- 1) La valoración de la circunstancia de que se trata de un menor⁹¹ de

⁹⁰ Ello ocurrió también con la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que debía fijar estándares para la protección legal a los niños y se concentró sólo en la materia penal juvenil. Al respecto ver Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, cit. *supra* nota 38, cap. IV.

⁹¹ “No obstante ello, a pesar de cierta imprecisión en la formulación, en modo alguno resulta descalificable que el tribunal oral haya expresado que computaba, en favor de Maldonado, ‘su minoridad al momento del hecho’. Antes bien, su consideración resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1, de la Convención del Niño, como así también por imperio del principio de culpabilidad, en casos como el presente o en cualquier otro. Por lo demás, la ‘edad’ es un factor deter-

edad al momento de imponer la pena no constituye un defecto sino un mérito de la sentencia.

Esta conclusión puede considerarse ejemplo de la validación constitucional de un derecho penal de autor “al revés”, que se revela en varios párrafos de la decisión. El voto de la mayoría conecta este punto con el principio de culpabilidad, por ejemplo, cuando se refiere a la necesidad de “valorar la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad”; o “Que, asimismo, no se puede perder de vista para la solución del *sub lite* la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994”. También cuando sostiene: “Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional”.

Si bien la Corte no lo planteó de esta manera, a lo que da respuesta indirectamente es al dilema de la especialidad, irresuelto aun en la OC-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conforme el fallo “Maldonado” *menor edad no significa entonces inimputabilidad* y, en consecuencia, *ausencia de culpabilidad* por carencia de un requisito estructural, sino que *significa menor culpabilidad*. Esta es una definición fundamental en la construcción de una nueva respuesta estatal a los delitos de los adolescentes, que la Corte no formuló de manera tan precisa pero que es posible construir de los párrafos analizados.

Por lo demás, la preferencia de la Corte por argumentos preventivo especiales⁹² –propios de la cultura tutelar clásica– es compartida por todo

minante también de acuerdo con el art. 41 del Código Penal, esto es, la norma que el *a quo* consideró que el tribunal había aplicado erróneamente. A pesar de ello, en la decisión apelada en ningún momento se hace referencia a la medida de la reprochabilidad de Maldonado ni a sus posibilidades de autodeterminación, las cuales, por cierto, no pueden ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido”.

⁹² El fallo pone mucho énfasis en los aspectos de prevención especial, por ejemplo: “23) Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial.

el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia. De ahí que haya sido éste uno de los puntos paradigmáticos para sostener que no existe ruptura sino continuidad (o evolución) entre el antiguo derecho tutelar de menores y la nueva legalidad emergente del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, tal como fuera señalado anteriormente al comentar un párrafo de la sentencia en el caso “Verbitsky”. Ambos desconían del principio retributivo porque, en el fondo, asumen con razón que el niño no es el sujeto para el que fue creado el derecho penal liberal.

2) Imposibilidad de justificar la aplicación de pena por el fracaso del tratamiento tutelar expresado en la “defraudación” a la confianza estatal que implicaría la comisión de un nuevo hecho delictivo (por el cual, al menos al tiempo del dictado de la sentencia recurrida, aún no había recaído condena). La Corte enfatiza las consecuencias violatorias al principio de inocencia de tal conclusión, a las que conecta con los alcances del establecimiento por vía judicial de la “peligrosidad” de un menor.

3) Conectado con ii, la Corte establece que ella no puede interpretar el alcance específico de la expresión “peligrosidad” contenida en el artículo 41 del Código Penal pero que tampoco puede autorizar que “tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al non bis in idem”.

4) Las reglas del artículo 41 del Código Penal y del art. 4 de la ley 22.278 son “parcialmente coincidentes, en especial en la necesidad de tomar conocimiento *de visu* del condenado antes de determinar la pena”.

5) El matiz diferencial del régimen especial de menores respecto del Código Penal general consiste en la facultad y el deber del juez de ponderar la “necesidad de la pena”. Ello no puede ser equiparado a la “gravedad del hecho” o a la “peligrosidad” sino, a juicio de la Corte, al “mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’” (art. 40, inc. 1).

Finalmente,

6) Los menores de edad tienen una *culpabilidad menor*. En palabras de la Corte:

“40) Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impo-

Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento”.

ne la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”.

Estas razones que, como se advierte sin dificultad, están íntimamente ligadas unas con otras, llevan a la Corte a determinar la revocación de la sentencia recurrida por motivos diferentes a aquellos que se esgrimieron en el recurso. Este estuvo concentrado en poner en conflicto el Régimen Penal de la Minoridad con la CIDN por considerar que ésta prohíbe la prisión perpetua sin “excarcelación” (*without release*, esto es, sin posibilidad de ser liberado, tal como lo establece el texto en inglés y en diferentes versiones oficiales, aunque la defensa hizo de la cuestión del *nomen juris* uno de sus argumentos centrales). La sentencia concluye que “la decisión de la cámara no exhibe argumento alguno que permita entender por qué una pena de 14 años de prisión por un hecho cometido a los 16 años resultaba insuficiente. Y, ciertamente, sus fundamentos mucho menos alcanzan para explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena que se define *ex ante* por la decisión de, llegado el caso, excluirlo para siempre de la sociedad”. Por ese motivo se la invalida.

Para concluir, transcribiré dos párrafos relevantes de los votos concurrentes.

El primero integra el voto del juez Fayt y se destaca por su claridad respecto de qué es lo que se está discutiendo en el fallo, párrafo ausente en el voto de mayoría pero que tiene la mayor relevancia jurídica y pedagógica:

“9°) Que, de tal modo, el ámbito de decisión no consiste en determinar si es posible aplicar a la luz de la Convención -descartada, a su vez, su contradicción con los principios de derecho público local- la condena de prisión perpetua a quienes hayan cometido un delito siendo menores de 18 años. Antes bien, se trata de examinar si al fijarse la pena aplicada en la especie respecto del joven Maldonado fueron respetados los demás principios constitucionales que aluden a la situación del niño y los directamente vinculados con la imposición de una pena adecuada a la culpabilidad. Más precisamente, si resultaba razonable y correspondía, aplicar por el delito cometido la pena más grave que nuestro sistema punitivo prevé” (destacado propio).

Finalmente, transcribiré el capítulo 14 del voto de la jueza Argibay, quien propone una solución al conflicto normativo suscitado basada en una argumentación legal diferente y muy atinada. Esta solución se enmarca en la misma línea sostenida recientemente por algunos tribuna-

vigencia de la convención sobre los derechos del niño

les orales de menores de la Capital Federal⁹³ y concluye la sentencia de la Corte con una calidad jurídica digna del más alto tribunal de la Nación:

“Para la Cámara de Casación, entonces, la utilización de la escala penal de la tentativa está condicionada a que quien la propugna ofrezca una razón suficiente y la menor edad del autor no lo sería. En ausencia de esta razón suficiente, los tribunales se verían obligados a aplicar la pena máxima.

Por el contrario, es mi opinión que una interpretación y aplicación leal de la Convención sobre los Derechos del Niño conduce a una regla interpretativa exactamente inversa: *es la aplicación de la pena máxima lo que exige a quien la propone una razón suficiente y el dato que justifica la asignación de esa carga es, precisamente, la minoría de edad del autor al momento del hecho. El incumplimiento de la carga, determina la obligación para el tribunal de aplicar una pena más leve.*

La posición asumida por la Cámara de Casación, supone que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado la referida Convención, la aplicación de alternativas penales más leves a la pena perpetua a quien contaba menos de dieciocho años al cometer el delito es un beneficio excepcional o premio por la buena conducta posterior, cuya procedencia debe demostrarse por quien la pretende.

Como lo he adelantado, este método se aparta del procedimiento que, de acuerdo con la Constitución, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño, debe seguirse para discernir una pena de prisión perpetua a una persona por hechos cometidos en su minoría de edad. De todas maneras, ello es así con los alcances que desarrollaré a continuación” (destacado propio).

En síntesis, el caso “Maldonado” es el primer caso en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpreta la CIDN. Más allá de algunos grises, el fallo debe ser celebrado por su calidad técnica, por su solución del caso y por los argumentos desarrollados por los votos concurrentes.

IV. 2. Jurisprudencia de tribunales provinciales y ordinarios de la Capital Federal (nacionales)

IV. 2. A. Civil

Un relevamiento general de la jurisprudencia muestra el uso prioritario de la CIDN por los tribunales civiles o de familia en algunas áreas en particular vinculadas con los derechos del niño: libertad de prensa e intimidad⁹⁴,

⁹³ Cfr. el razonado voto del juez Pablo Jantus, Tribunal Oral de Menores I, “M. E., M.; C. C., M. y J. C., G.”, causa n° 3378/3470, Sentencia de 18 de marzo de 2005.

⁹⁴ “El art. 40 inc. b de la Convención de los Derechos del Niño en cuanto garantiza a los menores el respeto pleno a su vida privada en todas las fases de los procesos penales que los involucren —en el caso, los datos brindados por una crónica periodística permitió identificar a una menor como víctima de una violación—, resulta aplicable a

derecho del niño a ser oído⁹⁵ y, fundamentalmente, aplicación del art. 3 referido al interés superior del niño en diversos temas⁹⁶.

Este artículo de la CIDN es el más citado por toda la jurisprudencia argentina. Sin embargo no hay un sólo fallo –de los cientos que se basan sobre esa norma para resolver– que lo analice o desarrolle siquiera mínimamente. Se lo emplea por lo general para motivar las sentencias; pero al tratarse de una norma demasiado vaga, no es posible considerar que un fallo que sólo se base sobre este artículo lo logre. En estos fallos se advierte que el juez adopta una solución sobre la base de su valoración del caso y para justificarla sostiene que esa decisión se basa sobre el artículo 3, CIDN.

Para ilustrar tal práctica jurisprudencial elegí entre muchos un caso que es harto elocuente para mostrar la forma (en este caso con un nivel argumental infrecuente) en la que la jurisprudencia retoma y reinterpreta este mismo artículo para sostener posiciones contrarias.

Se trata de un caso en el que una niña perteneciente a la colectividad gitana, a cuatro meses de cumplir los dieciséis años, solicitó autorización para contraer matrimonio con un joven de dieciocho con quien convivía hacía casi dos años. El juez de familia, en una corta decisión, autorizó el casamiento “teniendo en consideración primordial lo que contempla el superior interés del niño” –que no explica en qué consiste–. En contrario se expidió en su dictamen el defensor (asesor) de menores: “No puede entonces invocarse el interés superior del niño a favor de la dispensa

favor de una persona de 20 años, pues si bien el art. 1 de la mencionada Convención alude a los menores de 18 años, en nuestro derecho la mayoría de edad recién se adquiere a los 21 años” (voto del doctor Posse Saguier), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, “R., S. J. C. Arte Gráfico Editorial Argentino S. A. y otro”, 27/4/2004; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, “R. R., A. c. Diario Clarín S. A., y otros, 4/11/2003; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, “P., V. A.”, 3/10/1996.

⁹⁵Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “T., H. E.” del 20/10/1998, y “S. M., M. R. c. A., P. C.”, del 26/12/1997.

⁹⁶Entre muchos otros cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J: “S., F. J.”, 31/8/1994; “C., E. L. y otro c. R., F. D.”, 30/9/2005; Sala F: “R., V. L. c. L., R. V. M”, 2/10/2003; Sala K: “M., S. M. c. M., M. A. y otros”, 18/5/2001; “C., S. A. c. D., M. F.”, 27/2/2002; “S., V. D. c. D., E. D.”, 17/10/1997; “M., A. M. y otro c. L., D. A.”, 8/3/2004; Sala B: “T., M. V.”, 11/2/2002; Sala H: “D. de P., G. M. c. P., M. N.”, 7/3/1997; “S. J., A. B. M. c. G., J.”, 4/6/1998; “N. N. o D., L.”, 18/7/1997; Sala L: “V., M. N. y otro c. S., W. F.”, 24/8/2005; Sala I: “S. Z. A. A. c. A., D. D.”, 14/9/1995; Sala M: “S. F. M.”, 27/12/2000; “M. A. M. c. L. L.”, 11/7/2000; Sala C: “A. P., C. M. y otro c. Medicus S. A. de Asistencia Médica y Científica”, 28/12/2004; Sala E: “Q., M. J.”, 27/10/2004; Sala G: “E., M.”, 16/9/2003; Sala A: “Z., R. c. A. A. s/suc. y otros s/filiación”, 28/2/1994.

[matrimonial] cuando el propio Comité, órgano que preserva a nivel mundial el cumplimiento de la Convención que consagra ese principio general de derecho en su artículo 3, está requiriendo con insistencia el levantamiento de la edad nupcial de las niñas, justamente invocando su interés superior”⁹⁷.

La Sala E de la Cámara Civil resolvió confirmar la decisión del juez sobre la base de la expresa voluntad de la adolescente a contraer matrimonio (art. 12, CDN): “Y tal voluntad fue nuevamente ratificada ante el Tribunal por ella y su novio (...) quienes expresaron con libertad y sinceridad su proyecto de vida en común, la que llevan a cabo desde hace más de un año y medio conforme la tradición gitana, y pretendiendo que su unión, más allá de los usos y costumbres propios de su grupo de pertenencia, sea conforme al ordenamiento legal vigente.

Ello así, mal puede el Tribunal negarse a confirmar el temperamento propiciado por el anterior magistrado si ha quedado debidamente demostrado que el interés de la menor así lo exige a poco que se advierta que ella y su novio están dispuestos a contraer matrimonio, con los consiguientes derechos y obligaciones recíprocos que ello importa tanto para sí como para sus futuros hijos, contrariando así, a modo de ejemplo, la costumbre de inscribir los hijos a nombre de la madres solamente”⁹⁸.

IV. 2. B. Penal

La jurisprudencia en materia penal de menores se ha modificado notablemente en los últimos años. La mayor difusión de los tratados a todo nivel –ya aludida– así como la transformación de la composición de algunos tribunales explican probablemente estos cambios.

⁹⁷ Del dictamen del defensor de menores en Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, “F., M. A., y F., J. M., s/autorización”, 8/9/2004. En el mismo sentido, “el matrimonio de niños no interesa a los niños sino a los adultos y es notorio en el caso que son éstos y en especial el Sr. K. el que a toda costa quiere formalizar el casamiento de quien dice ser su hijo, aun no reconocido, con la jovencita que adquirió a la madre [habiendo pagado la dote con monedas de oro]. Respeto las motivaciones tradicionales de cada comunidad, pero no puedo aceptar que en ello radique el interés superior de los niños tal como la misma Convención, en su art. 24, inc. 3, manda abolir prácticas tradicionales perjudiciales. No todo lo tradicional es de interés de los niños, sino aquellas costumbres que se basan en la naturaleza de las cosas, en el respeto a la persona humana y el progresivo crecimiento de la conciencia ética social”. Y finalmente, “aunque J. hoy no lo entienda, y quizás no lo haga nunca, el Ministerio Público la está defendiendo en su dignidad de niña y de mujer, y reservando su ‘sí’ pleno al matrimonio para el momento en que la ley presume que puede darlo”.

⁹⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, “F., M. A., y F., J. M., s/autorización”, Sentencia de 8 de septiembre de 2004.

A la jurisprudencia de mediados de la década de 1990 que introdujo algunas modificaciones básicas en el funcionamiento de los juzgados de menores (presencia de abogado defensor en expedientes tutelares⁹⁹ o en expedientes penales seguidos contra menores no punibles, declaración indagatoria¹⁰⁰ de los menores no punibles, recursos contra las disposiciones tutelares, recursos contra los sobreseimientos dictados sólo por la edad, etc.), se suma un cambio cuali y cuantitativo sobre el final de la década y comienzos de la actual vinculado básicamente con la introducción de todas las garantías del debido proceso a los menores de edad, con los alcances que se les da en el derecho penal general (aún no se ha ingresado en una etapa de reconocimiento de garantías con alcance específico para menores de edad). Se advierte también que lo que era impensable hace diez años es hoy habitual, como las citas frecuentes de normas y jurisprudencia internacionales –no obstante, sin mayor análisis– en los fallos de la justicia de menores de todas las instancias.

No es exagerado afirmar que al presente las garantías de los artículos 37 y 40 de la CIDN en lo que se refiere a adolescentes infractores rigen a nivel nacional y federal salvo en lo que se refiere al uso aún amplio de la privación de libertad tanto cautelar cuanto como sanción, frente a la ausencia de programas no privativos de libertad.

V. Conclusión: de la propaganda al derecho; del discurso a la acción

Este trabajo procuró, de manera general, repasar la forma en la que la CIDN ha impactado en el orden jurídico argentino tanto en el plano legislativo cuanto en el jurisprudencial.

En tal sentido, he tratado de demostrar que, a diferencia del panorama que se describía en la primera edición de este libro¹⁰¹, los cambios ocurridos en ambos niveles son notables. Tanto la profusa producción legislativa cuanto el creciente y sostenido uso de tratados por los tribuna-

⁹⁹ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional determinó que la internación de un menor de edad era una privación de libertad, en los términos del art. 37, inc. d, de la Convención, y de la regla 11.b de las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, por lo que el menor tenía derecho a patrocinio jurídico en los términos del art. 37, inc. d, CIDN; aunque luego la misma Sala sostuvo que si bien debe considerarse a la internación como privación de libertad, ella no constituye una medida cautelar, pues no persigue asegurar los fines del proceso penal. Cf. CNCCCF, “E., N. J.”, causa n° 6048, Sentencia de 27 de diciembre de 1995.

¹⁰⁰ Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, “G., D. H.”, causa n° 2604, del 13/2/1995, y “C., A. G.”, causa n° 2297, del 21/11/1994.

¹⁰¹ Cfr. Beloff, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 621-635.

les locales pueden leerse como impacto, de intensidad diversa, de la CIDN en el derecho argentino.

Sin embargo, a esta altura no puede afirmarse –excepto que se pretenda pasar por alto lo que ocurre en la realidad–, que esos cambios en el plano legal hayan redundado perceptiblemente en una mejor calidad de vida para los niños y las niñas del país. Más allá de que tener leyes mejores es un fin en sí mismo en la democracia, y que la reforma de los obsoletos estatutos tutelares se imponía como un imperativo elemental de justicia, se advierte, luego de quince años, que la confianza en que las modificaciones legales, por su mera ocurrencia, iban a transformar la condición material de la infancia, fue excesiva.

Exceso tal vez provocado como reacción a la forma en la que el derecho de menores tradicional se alejaba del mundo jurídico por sus afanes positivistas, pero exceso al fin. Paradójicamente, el nuevo derecho comparte con el viejo su poca sofisticación, su dogmatismo, su falta de imaginación.

¿Cómo se logra un mayor respeto y una mayor vigencia de los derechos de los niños y las niñas? ¿Los derechos de niños y niñas comienzan y terminan con la CIDN? Tanto el derecho interno local y federal argentino cuanto la jurisprudencia enseñan que no.

Respecto de las nuevas leyes, quince años de reformas permanentes dan cuenta de que es poco lo que pueden lograr ellas, por sí mismas.

Para lograr mayor respeto y vigencia de todos los derechos fundamentales se requiere, por lo menos: a) un poder judicial con altísimos niveles de formación, independiente y activo en el mejor sentido de la expresión; b) reformas legales, c) educación jurídica de grado y posgrado que integre en sus planes de estudios la temática vinculada con los menores de edad, d) fundamentalmente, la concreta implementación de políticas públicas que garanticen la protección real y universal de la infancia, e) programas específicos para quienes requieren protección especial. La reforma legal, aun cuando fuera la mejor posible, por sí misma –sin estos otros elementos– no puede operar sino como fuegos artificiales sobre la realidad.

Luego de tantos años, la importancia de la CIDN en el contexto latinoamericano –más allá de las críticas que como a cualquier ley pueden hacerse– radica probablemente en que mediante su influencia se introdujo en esta región la traducción de la protección a los niños al lenguaje de protección de derechos, que en otras latitudes había ocurrido veinte años antes. Ello excede el debate discursivo en términos de cuál es la manera políticamente correcta de decir “proteger”; excede aun la auto-referencial y paralizante discusión en torno de qué significa “enfoque de derechos”; prohíbe interpretar que “proteger” pueda significar “hacer nada”.

Permítaseme dar un ejemplo que ilustra la distancia entre derecho y realidad, proveniente de un país lejano en más de un sentido, de la Argentina. Se trata de Zimbawe. Este país tiene más de veinte leyes que garan-

tizan derechos a los niños; sin embargo, los derechos no se respetan: restricciones administrativas, problemas socioeconómicos y falta de recursos humanos y financieros, en apretada síntesis, explican por qué ese buen derecho no puede concretarse. Un caso concreto: la ley de salud establece, de conformidad con la CIDN, que los niños tienen derecho al más alto nivel de salud alcanzable. Para tal fin eliminó las injustas tasas que cobraban los hospitales públicos. Al mismo tiempo, como consecuencia de diversos recortes en el gasto oficial, las instituciones públicas de salud no cuentan con lo básico en medicamentos, equipos y personal para garantizar condiciones mínimas de salud¹⁰².

Probablemente la clave sea entender que protección en términos de derechos no es una cuestión retórica. La adopción de leyes mejores es fundamental para proteger a los niños allí donde las leyes los ignoran; pero al mismo tiempo deben concretarse políticas públicas eficientes que resuelvan los problemas concretos que siguen teniendo los niños aun donde existen buenas leyes pero faltan políticas y programas: básicamente educación, salud y protección respecto de todas formas de violencia, abuso y explotación¹⁰³. En este sentido debería llamar la atención el hecho de que, por lo menos en América Latina, se logró sin mayores dificultades un compromiso político de alto nivel para reformar las leyes de infancia; pero no se logró un compromiso igual para que se concreten todos los presupuestos para que esas nuevas leyes tengan impacto en la

¹⁰² “Por otro lado, adoptar Códigos sin tratar de identificar y modificar normas en conflicto de otras legislaciones y sin adoptar regulaciones que provean a los servidores públicos de referencias respecto de cómo el derecho se debe aplicar en la práctica puede sembrar confusión y socavar la efectividad de un nuevo Código. *Adoptar leyes sin crear los programas correspondientes es un gesto vacío que puede alimentar el cinismo y la falta de respeto por la ley y por el gobierno.* De manera similar, la creación de nuevos programas puede tener un impacto mayor sobre el efectivo disfrute del derecho a la salud, a la educación o a los servicios sociales. *Sin embargo, la creación de programas sin un marco legal también tiene sus desventajas; la continuidad del programa permanece en completa dependencia de las prioridades del gobierno en lo cotidiano y puede comprometer el proceso de implementación de modo que respete las principales provisiones de la CIDN. Una confianza excesiva en decretos, regulaciones o programas, sin reforma legal, implica confiar en una sola rama del gobierno. Una aproximación más balanceada que involucre la reforma legal, las regulaciones y los programas involucra al estado en su conjunto en el esfuerzo: a la legislatura, el ejecutivo y a los tribunales”.* Cfr. *Study on the impact...*, cit. *supra* nota 5, p. 4 (destacado agregado).

¹⁰³ En tal sentido, el último informe anual del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Estado Mundial de la Infancia 2006: Excluidos e invisibles*, que define las situaciones en las que ocurren mayores violaciones a los derechos humanos de niños y niñas: cuando ellos carecen de alguna clase de identidad oficial, cuando no son cuidados por sus padres, cuando realizan actividades propias de los adultos y cuando son explotados.

realidad, básicamente: efectivo *law enforcement*, adecuada asignación de recursos y compromiso de todos los niveles de la sociedad¹⁰⁴.

El desafío sigue siendo cómo traducir derechos en hechos. Tal vez por aquélla confianza excesiva, parte importante del movimiento por los derechos de niños y niñas en la región puso toda su energía en las reformas legales y olvidó que ellas sólo representaban una mínima parte de la solución. La pregunta que deberíamos hacernos ahora los juristas es si seguiremos atrapados en el laberinto sin fin de las reformas permanentes o si tenemos algo que aportar en el proceso de traducir derechos en hechos, en el proceso de reinventar los derechos de la infancia que no tienen el mismo alcance ni el mismo contenido que los de los adultos.

A los fines comunicacionales y de la estadística, Argentina ya tiene su “ley de protección”. Con ella salió de la lista negra de los países con legislación tutelar clásica.

La técnica legislativa de la Ley de Patronato de Menores era mala; sin embargo produjo efectos culturales de los que aún hoy, casi cien años después, no nos podemos liberar. ¿Fue la ley o fue la poderosa ideología tutelar que la sustentaba la que explica su efectiva vigencia a lo largo del tiempo? Si fue la ley, a lo mejor con esta nueva ley argentina ocurre lo mismo y es vano todo intento por examinarla críticamente. Si fue su concepción del mundo y de la infancia lo que selló su éxito cultural y su perdurabilidad, entonces queda mucho por hacer todavía para que el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia tenga esa poderosa fuerza configurativa, aquélla que una vez uno de los compiladores de este libro comparó con el poder de las utopías¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Esta conclusión fue señalada por un estudio reciente del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia que tuvo por efecto medir el impacto de las reformas legales. Cfr. *Study on the impact...*, cit. *supra* nota 5.

¹⁰⁵ “La intención de estas líneas es la de demostrar que la proposición o el impulso de modificaciones en la estructura social no es en absoluto incompatible con el empleo de los textos legales vigentes, con la condición de recuperar y desarrollar el proyecto utópico que estos contienen. La interpretación de dichos textos en el sentido de potenciar esta función utópica ni siquiera constituye una propuesta que pueda calificarse como vinculada al uso alternativo del derecho, sino que atiende más bien a la reformulación del deseo expresado en el texto legal, y a la jerarquización de los proyectos que paradójicamente están situados en la cima de la escala normativa, como las constituciones y los pactos de derechos humanos. Si bien la propuesta está limitada por el marco del proyecto moderno, no es menos cierto que la no consecución de las aspiraciones de la modernidad constituye un punto de partida posible para redefinir los términos que dieron impulso a aquella utopía. Y en este campo, el derecho tiene aún mucho por decir”. Cfr. Courtis, Christian, *Texto legal y función utópica. Acerca de la posibilidad de leer las constituciones y los pactos de derechos humanos como textos utópicos*, en “No Hay Derecho”, año 2, n° 5, 1991, ps. 12-13.

Implementando los delitos tipificados en el Estatuto de Roma en el Derecho argentino

Alberto L. Zuppi*

I. Introducción

Cuando Argentina ratificó el Estatuto de Roma que dio nacimiento a la Corte Penal Internacional (CPI)¹, ocupó el número veintisiete entre las primeras sesenta naciones que pusieron a dicho instrumento en funciones. Hacia fines de 2004 los países miembros suman noventa y siete² y hay quienes confían en poder alcanzar la centena antes de concluir el año³. La CPI ha demostrado un alto nivel de aceptación internacional y es de desear que su producción esté al nivel de las expectativas que ha despertado.

Sin embargo, tanto en Argentina como en la gran mayoría de los países miembros, ha quedado pendiente la cuestión de implementar el Estatuto de Roma en derecho interno, pues la membresía con la CPI afecta la jurisdicción local de una doble manera: por un lado, el Estado debe establecer la forma de cooperación con la CPI cuando ella le sea requerida; por el otro, tratándose la CPI de una jurisdicción complementaria, se impone la tipificación en derecho doméstico de todas aquellas conductas

* El 3 de septiembre de 2004 falleció en su Buenos Aires el Dr. Germán José Bidart Campos, eximio catedrático, prolífico escritor, hombre de derecho, pero por sobre todo un hombre de bien. Un honesto e infatigable luchador por las garantías constitucionales. Su modestia fue ejemplar, pudiendo tener todos los halagos. Tuve el honor de recibir su amistad y consideración, y de haber sido su discípulo. Para quien he admirado y tenido siempre en mi afecto a pesar de las distancias geográficas que la vida nos impuso, este artículo está dedicado respetuosamente a su memoria.

¹ Véase ley 25.390, del 30 de noviembre de 2000, ratificada el 8 de febrero de 2001.

² Liberia y Guyana han sido los últimos en ratificar el Estatuto el 24 de septiembre de 2004.

³ La ONG "Coalición por la Corte Penal Internacional" mantiene actualizado un sitio en Internet en español con los textos legislativos de implementación en otros países parte del Estatuto de Roma, que puede ser consultado en www.iccnw.org/espanoll/index.htm.

previstas en el Estatuto de Roma, para poder proceder a su juzgamiento penal local. Adicionalmente, la CPI necesariamente afecta el ámbito constitucional, pues su aceptación importa reconocer una instancia judicial vinculante, foránea, no prevista en la Constitución argentina. Pero esta cuestión no produjo mayores dificultades ni cavilaciones entre los legisladores domésticos con relación a la aceptación de una instancia supranacional como el Pacto de San José de Costa Rica, no aparece entre las previstas en el inciso 24 del artículo 75 de la Constitución argentina y a pesar del considerable interés que despertó la adaptación constitucional requerida en el exterior⁴, seguramente recibirá el mismo indiferente tratamiento por las autoridades nacionales.

El presente trabajo busca analizar sólo los tres primeros títulos del proyecto de ley de implementación del Estatuto de Roma, relacionados con los crímenes previstos en el mismo. Limitaciones de tiempo y extensión impiden la crítica acabada del proyecto. Sin embargo, los artículos considerados pueden demostrar algunas de las dificultades que exigen su reconsideración por el Poder Legislativo.

II. Implementando el Estatuto en otros países

Para realizar la tarea de implementación del Estatuto, los Estados Parte que la han llevado a cabo ya han recurrido a diversas técnicas legislativas, variando en general, de acuerdo a la tradición legal de las que provengan⁵. Los países pertenecientes a la tradición del *common law*, como el Reino Unido⁶, Canadá⁷, Sudáfrica⁸ y Australia⁹, han producido leyes extensas, detalladas y meticulosas; otros de tradición romanista como Holanda¹⁰ y

⁴ Véase Lambert-Abdelgawad, Élizabéth, *Cour Pénale Internationale et adaptations constitutionnelles comparées*, en 3 *Revue Internationale de Droit Comparé* 2003, ps. 539-573; específicamente con relación a Francia véase Clerckx, J., *Le Statut de la Cour Pénale Internationale et le droit constitutionnel français*, en *Rev. Trim. Dr. H.* 2000, ps. 649-681.

⁵ Kress, Claus y Lattanzi, Flavia, *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Nomos, Baden Baden, 2000.

⁶ International Criminal Court Act 2001 - Chapter 17. Disponible en www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2001/20010017.htm.

⁷ Status of Canada 2000 - Chapter 24, Bill C-19 del 29 de junio de 2000.

⁸ International Criminal Court Bill, B42-2001, section 75 Bill, Government Gazette N° 22.456, del 4 de julio de 2001.

⁹ Véase International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002, N° 42 (2002), en scaleplus.law.gov.au/html/comact/browse/TOCN.htm.

¹⁰ Véase el proyecto holandés en una traducción no oficial, en www.iccnw.org/reso/urcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools/legislationdebates/NL.IntCrAct.pdf.

Alemania¹¹ han producido leyes breves, precisas, tipificando las conductas no previstas en el derecho interno y regulando las cuestiones relativas a la extradición que quedaron pendientes de ser tratadas y que surgen tras la ratificación del Estatuto, listando finalmente las modificaciones a los pertinentes artículos de sus códigos penal y de procedimientos. Otros países han ido resolviendo la relación con la CPI de manera escalonada. Austria¹², Bélgica¹³, Francia¹⁴, Italia¹⁵ y España¹⁶, por ejemplo, se dedican en sus últimas modificaciones legislativas a tratar los mecanismos de activación para la cooperación y no transcriben las conductas punibles, pues los respectivos derechos internos las han tipificado con anterioridad. Algunos Estados como Suiza han dividido su implementación produciendo simultáneamente diversas leyes cada una con modificaciones respectivamente para el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal¹⁷.

En el resto de América Latina no se ha avanzado bastante aún en este tema a pesar de la aceptación del Estatuto en la gran mayoría del continente americano. Costa Rica ya reformó su Código Penal para agregar las figuras penales que no estaban incluidas antes de la ratificación, aunque le queda pendiente el tema de la cooperación¹⁸.

La mayoría de los países miembros en América Latina ya había tipificado con anterioridad, en general al crimen de genocidio¹⁹. Así, Bolivia lo ha previsto en el artículo 138 de su Código Penal²⁰ y también Panamá, en

¹¹ Véase www.bmj.bund.de/medi.

¹² Véase Proyecto de Ley Federal de Cooperación con la Corte Penal Internacional 1168 d.B. (XXI. GP), en www.parlament.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXI/II_01168/fname_000705.pdf.

¹³ Véase el texto sometido al Consejo de Estado previo a ser transmitido al Parlamento en www.iccnw.org/resourcestools/ratimptoolkit/nationalregionaltools/legislation_debates/BelgiumProvisionalFren.pdf.

¹⁴ Ley 2002-268, del 26 de febrero de 2002, modificatoria del art. 627 del Código Procesal Penal francés.

¹⁵ Véase www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0028880.pdf.

¹⁶ Proyecto de ley 121/000156, del 13 de junio de 2003, N° 156-1, Serie A.

¹⁷ Véase iccnw.org/countryinfo/europeciswitzerland.html.

¹⁸ El genocidio estaba ya previsto en el art. 375. Para las nuevas figuras véase la ley costarricense 8.272 (mayo de 2002) en web.amnesty.org/pages/int_jus_legislation_costaricaesl.

¹⁹ También Nicaragua y El Salvador tipificaron el genocidio aunque no ratificaron aún al Estatuto de Roma.

²⁰ Código Penal de Bolivia en la versión del Decreto-ley 10.426, modificado por ley 1.768.

el Capítulo III del Libro II, Título IX, de su Código Penal, donde hay una sección titulada “Delitos contra la Comunidad Internacional”, donde el genocidio aparece en el artículo 311. El Título XIV-A encabezado como “Delitos contra la Humanidad”, del Código Penal de Perú, agregó la figura del genocidio en el artículo 319. Honduras castiga los crímenes contra la humanidad entre los artículos 318 y 321 del Código Penal.

Por separado de su Código Penal, por ley 2889 del 1 de octubre de 1956, Brasil tipificó al genocidio puniéndolo con las sanciones previstas en varias disposiciones de su Código Penal. Colombia ha incorporado a su Código Penal la figura del genocidio en los artículos 101 y 102 y tiene un título destinado a tipificar delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario en los artículos 135 a 164. Ecuador tiene un proyecto para los crímenes contra la humanidad²¹ aunque ha carecido de otros crímenes internacionales en su Código.

Entre los países más específicos en este tema, en el Título IX del nuevo Código Penal de Paraguay, uno de los primeros treinta y un países en ratificar el Estatuto, en un capítulo único que se titula “Genocidio y crímenes de guerra”, incorpora en el artículo 319 la figura del genocidio como crimen castigado con pena privativa de la libertad no menor a cinco años. Con la misma pena el artículo 320 castiga al que “violando las normas del derecho internacional en tiempo de guerra, de conflicto armado o durante una ocupación militar” cometiera contra la población civil, o contra los heridos, enfermos o prisioneros de guerra, actos contra la vida o la salud, deportación, trabajos forzados, o ejerciera “coacción para servir en las fuerzas armadas enemigas”, saqueara propiedades privadas o la destruyera, en especial los bienes patrimoniales de gran valor económico o cultural, incorporando también al derecho interno algunas figuras del derecho humanitario bélico.

Además de esas tipificaciones, también hay algunas propuestas latino-americanas de implementar el Estatuto entre los países que ya lo han ratificado. Así sucede con los proyectos preparados por Brasil²² y Uruguay²³.

Pero en algo coinciden todas las legislaciones que lo han llevado a cabo: implementar al Estatuto en derecho doméstico significa producir reformas legislativas destinadas a la tipificación de conductas que aparecen castigadas en el Estatuto de Roma y que no estaban tipificadas en la legislación doméstica represiva. También significa resolver los problemas administrativos que no aparecían resueltos en las leyes de extradición

²¹ Véase www.iccnw.org/espanol/ecuador/ECU_Impl.pdf.

²² Véase el de Brasil en www.mj.gov.br/sal/tpi/anteprojeto.htm.

²³ Véase presidencia.gub.uy/proyectos/2003011701.htm.

local. Debe reconocerse que la tipificación llevada a cabo no ha sido uniforme y que en muchos casos no han sido modificados los textos anteriores para comprender todas las conductas que tipifica el Estatuto de Roma, que existen discrepancias entre los Estados en cuanto al método escogido y no existe uniformidad en las calificaciones. Sin embargo, la presencia de las conductas internacionales punibles, a pesar de no ser idénticas, en muchos casos bastarán para cumplir con el requisito de la doble criminalidad en el foro requirente y en el requerido, a efectos de la extradición.

Algunas organizaciones no gubernamentales, como es el caso de Amnistía Internacional (AI), han manifestado su preocupación con la circunstancia de que muchos Estados Parte “están simplemente copiando las definiciones del estatuto de Roma sin cambios en la legislación de implementación”²⁴. A criterio de Amnistía Internacional, los Estados Parte al implementar el Tratado de Roma también deberían utilizar la oportunidad para reconocer otros crímenes previstos por el derecho consuetudinario internacional, apoyándose para esta tesis en lo previsto en el artículo 10 del Estatuto de Roma que establece que

“Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”.

A pesar de la simpatía que debe merecer la propuesta de implementar todos los crímenes internacionales en derecho interno, la interpretación propuesta desnaturaliza el objetivo de la legislación implementadora que debe ser únicamente el de poder contar con los elementos necesarios para darle sentido a la complementariedad, principio básico del Estatuto y al principio que recoge el Estatuto del *aut dedere aut iudicare*: o el crimen será juzgado en derecho doméstico con figuras que deben ser tipificadas con anterioridad, o se extraditará al requerido al país o tribunal requirente.

Como el proyecto debería buscar implementar el Estatuto de Roma y no busca ciertamente, como han elegido otros Estados, crear un código penal internacional²⁵, sería recomendable que su objetivo se limitara a poder servir la complementariedad señalada y que toda otra cuestión quede para ser considerada en futuros proyectos de leyes que llenen ese incuestionable vacío en derecho doméstico. Ahora bien, coincidir en el

²⁴ Véase el original en idioma inglés en *Withdrawn: International Criminal Court: The Failure of States to Enact Effective Implementing Legislation*, en el sitio de la organización en www.amnestyusa.org/lic/document.do?id=CD67D65F5D4EC5A580256EEC0052BDD5.

²⁵ Véase el *Völkerstrafgesetzbuch* alemán, o Código de derecho internacional penal. Una traducción al español en www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html#legaltxt.

objetivo que busca Amnistía Internacional no significa estar de acuerdo en cambiar el sentido de la legislación que atiende a la implementación del Estatuto e incorporar en derecho doméstico otras figuras. Las contradicciones a las que lleva esta errónea técnica legislativa quedará a la vista en algunas de las situaciones que a continuación se exponen.

III. El proyecto de implementación aprobado en Senadores

A la fecha de elaboración de este trabajo, en noviembre de 2004, el Senado dio aprobación al Proyecto de Ley de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en adelante, el Proyecto.

El propósito expreso del mismo, conforme con su artículo 1, es el de implementar las disposiciones del Estatuto de Roma y regular las relaciones de cooperación entre el Estado argentino y la CPI. Esta expresión de deseo, sin embargo, no se encuentra acabadamente cristalizada en el texto aprobado que para hacer la implementación se reconoce como una "ley penal en blanco" que remite al Estatuto de Roma para permitir enterarse de su contenido, ubicándolo como un satélite sui generis de la legislación argentina.

Así en el Proyecto, no se han tipificado las conductas que han sido estimadas criminales para la CPI como ha hecho, aunque no en forma uniforme, el resto de los Estados miembros que ha concluido la implementación. En el Proyecto bajo consideración se ha establecido bajo el título "alcance", que "las conductas descriptas en los arts. 6, 7, 8 y 70 del Estatuto de Roma" serán punibles para la República Argentina.

Cuando se advierte que Argentina adeuda a la fecha la tipificación del delito de genocidio desde su ratificación en 1956 de la Convención de 1948²⁶, se puede preguntar si la mora de medio siglo en el cumplimiento de la obligación asumida entonces, puede quedar saneada con la referencia al número del artículo 6 del Estatuto, sin siquiera describir el crimen o llamarlo por su nombre y mereciendo únicamente una mención en el Título II del Proyecto cuando se establece la pena. Sin duda que puede admitirse que se trata de un procedimiento que puede ser entendido por algunos como "práctico", que evita la mención de las conductas tipificadas y el quizá tedioso trabajo de reproducir los textos citados. Sin embargo, también debe reconocerse que se trata de un procedimiento poco ortodoxo, que carece de una justificación valedera y que no deja de producir algunos inconvenientes como se expondrá, los que lo hacen inex-

²⁶ El art. V de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio ratificado por Decreto 6.286/56, compromete a adoptar las medidas legislativas pertinentes para asegurar la aplicación de la Convención, lo que nunca fuera hecho en Argentina.

plicable. También el procedimiento es contradictorio, pues cuando efectivamente podía haberse hecho una remisión al Estatuto, como sucede con los delitos contra la administración de justicia del Título III, que sí son conocidos en general por la legislación penal doméstica, el Proyecto elige tipificar las conductas en forma detallada. Pero los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y los de guerra, en cambio, que no están previstos en el Código Penal vigente, para enterarse de su contenido habrá que buscar la referencia en otra institución.

Argentina no tiene una tradición de remisión a conductas internacionales como la que aquí se proyecta y la originalidad del método, que no tiene similares en el resto de los países miembros a excepción de Uruguay²⁷, no explicará la ausencia en el Código Penal de un título pertinente que tipifique los crímenes internacionales, ni la necesaria revisión cotidiana que importará al lector del Código Penal aquellas conductas que aparecen tipificadas. Adicionalmente debe tenerse presente que la remisión que se intenta es sólo parcial y quizá hubiera sido deseable que se remitiera al Estatuto en su totalidad. Con ello se hubiera evitado la retahíla de extravagantes excepciones interpretativas, de difícil comprensión y dudosa técnica legislativa como se expondrá a continuación.

IV. Alcance

Debe tenerse presente que el artículo 1 del Proyecto previene que el mismo tiene como objeto implementar las disposiciones del Estatuto de Roma y regular las relaciones de cooperación entre el Estado y la Corte Penal Internacional, mediante la atribución de competencia a los órganos estatales y el establecimiento de procedimientos internos adecuados, en lo no previsto en el Estatuto y sus disposiciones complementarias. En otras palabras, el propósito de la ley es implementar las disposiciones del Estatuto en la legislación interna y resolver algunas cuestiones que no estarían previstas en el Estatuto.

Para resolver el primer conflicto entre figuras penales que no están tipificadas ni en el Código Penal argentino ni en la legislación especial, como se señaló, en lugar de transcribir las conductas punibles se remite al número de artículo correspondiente en el Estatuto de la CPI o Estatuto de Roma, incorporándolo parcialmente a la legislación doméstica en la medida en

²⁷ Uruguay, que tiene un proyecto de ley semejante a la del proyecto argentino, simplificando la tipificación en una escueta "Parte I", al menos anuncia en su art. 2 que "serán castigados con dos a treinta años de penitenciaría, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra previstos en el artículo 5 del Estatuto...".

que esta remisión a otra ley sólo ha sido hecha “para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente”.

En la cita precedente del artículo 2 del Proyecto, en su primer y segundo párrafo, se habla de “delitos y crímenes” en forma indistinta; en el tercer párrafo se explica que cuando el Estatuto de Roma haga referencia a “crímenes” debe entenderse que se refiere a “delitos”, como si se tratara de dos cosas que pueden llegar a ser entendidas como diferentes y se prefiera al último sustantivo, aunque luego en otro artículo se utilizan los dos nombres como sinónimos, indistintamente²⁸. Más allá de la presunta deficiencia en la técnica de redacción que se desprende de esta aclaración de leer delitos cuando se hable de crímenes, no puede el lector sino preguntarse sobre las razones que impulsaron a agregar la misma al texto del Proyecto, las que no surgen de su letra. El tema ha causado alguna preocupación en algún otro país pero no debería hacerlo en Argentina²⁹.

Una primera interpretación, teniendo al Estatuto de Roma como satélite legislativo, explicaría que se prefiere llamarlos “delitos” porque el Código Penal argentino, en la mayoría de los casos, usa este nombre y no el otro. El propósito de la aclaración sería entonces “didáctica”. Sin embargo, debe tenerse presente que lo relatado en el Código Penal sucede sólo en la mayoría de los casos pues la voz “crimen” no es desconocida para la legislación represiva doméstica. El título del Capítulo IV del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal llama a la figura penal prevista en el art. 213 como “apología del crimen” asimilándose en su texto la conducta del que hace apología del delito.

Analizando el texto mencionado pareciera ser una aclaración interpretativa de las que se suelen agregar al ratificar un instrumento, por la que este inciso debe ser entendido como una “interpretación” individual de Argentina con relación al Estatuto de Roma, aunque hecha varios años después. Sin embargo, la validez de tal aclaración hecha en esta forma y en esta oportunidad es dudosa y su sentido sigue siendo oscuro. Cuando el Estatuto hable de “crímenes” aquí se va a entender que se referirá a “delitos” y no a “crímenes”. Pareciera que el Proyecto como sus antecesores busca “educar” al juez federal argentino, que ciegamente parece verse limitado en la aplicación de la ley penal nacional, la que no podrá enten-

²⁸ Véase, por ejemplo, el art. 4 del Proyecto donde se explica que cuando alguien sea sospechado de haber cometido “un crimen”, deberán tomarse las medidas necesarias para extraditarla o procesarla con respecto a dicho “delito”.

²⁹ Véase Fernández, Fernando M., *Los crímenes previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la reforma penal y militar en Venezuela*, Asamblea Nacional, Comisión Mixta para el Estudio de los Códigos Orgánico Procesal Penal, Penal y Orgánico de Justicia Militar, Caracas, marzo de 2002.

der sin serle traducida previamente como pareciera que el Proyecto pretende. Sería justo preguntarse haciendo uso de este método de corregir la lectura del Estatuto y sabiendo la natural antipatía que los profesores de derecho penal tienen por la palabra “intención” cuando se debe hacer referencia al “dolo”, por qué no se corrigió también que cuando en el Estatuto se hable de “intención”, como sucede en reiteradas oportunidades, en Argentina se entenderá que se refiere al “dolo”.

Pero dejando de lado este tipo de lucubraciones, esa aclaración interpretativa a un tratado internacional ya ratificado, practicada sin conocimiento de las demás partes y que hará levantar las cejas a más de un profesor de derecho internacional, tiene otro ejemplo en el artículo 10, segundo párrafo, cuando se explica que la prohibición de recluir o alistar menores de 15 años, que es el crimen que tipifica el Estatuto y cuya función el Proyecto buscaría implementar, en Argentina “se entenderá que se trata de menores de 18 años”. La aclaración es coherente con la declaración informativa hecha por Argentina en ocasión de ratificar al Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el 10 de septiembre de 2002. La declaración afirmaba en coherencia con la solicitud del artículo 3.2 de dicho Protocolo que la edad mínima requerida para el enlistamiento voluntario en las fuerzas armadas argentinas es de 18 años. Pero el texto del Estatuto de Roma tiene su origen en el texto que utiliza el artículo 4.3.c del II Protocolo Adicional de las Convenciones de Ginebra de 1949³⁰, que Argentina ratificara en 1986 y donde no hizo aclaración o reserva alguna de la edad del menor en relación al texto ahora observado a pesar de las numerosas declaraciones interpretativas adicionadas al artículo 2 de la ley 23.379 correctamente en oportunidad de su ratificación³¹. ¿Qué sentido tiene entonces el agregado? ¿Quizá se querrá decir que cuando se deba analizar la tipificación de la conducta penada en el Estatuto de Roma, Argentina calificará la conducta también en el espacio entre los 15 y los 18 años que no lo hace cuando se trata de las Convenciones de Ginebra? Ahora, nada impide a las autoridades pertinentes redactar una ley tipificando tal delito si ese hubiera sido el objetivo del Proyecto, pues si se extradita una persona a La Haya para ser juzgada por enlistar a un menor de 17 años, tal hecho no es delito para el Estatuto de Roma. Por otra parte, de conformidad con la prevención que será analizada más adelante, la que establece que el Proyecto será de aplicación en relación a aquellas conductas para las cuales la CPI es competente, el enlistamiento de menores

³⁰ Véase Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ICRC, Cambridge, 2002, p. 470.

³¹ Ley 23.379 publicada en el BO el 9 de junio de 1988; ADLA XLVIII-B, 2731.

de 18 años y mayores de 15, precisamente, es un delito por el que la CPI no lo es.

Pareciera que esta consideración como algunas otras que serán señaladas provienen de la prevención que fuera mencionada que hiciera Amnistía Internacional³², la cual ha sido seguida sin mayores cuestionamientos por el Proyecto. Pero como ya se anticipó, una cosa es estar de acuerdo en ampliar como crimen en legislación doméstica el límite de edad que Amnistía Internacional propone, y otra cosa es estar de acuerdo en llevar la ampliación en oportunidad de implementar el Estatuto. La legislación doméstica que aquí está siendo analizada no debe tener otro objeto justamente que el de implementar el Estatuto y no el de modificarlo. Argentina, de acuerdo al texto proyectado, entenderá que será punible la conducta cuando el enlistado es un menor de 18 años y el autor del crimen sea juzgado en Argentina, pero también cuando quiera que sea juzgado por la CPI, estableciéndole así una competencia exorbitante para la CPI de dudosa validez.

Otro ejemplo aparece en el tercer párrafo del artículo 10 del Proyecto, cuya inclusión también sigue el criterio comentado. Amnistía Internacional, en el informe citado, estima preocupante que los Estados miembros se limiten a implementar en sus derechos domésticos sólo los crímenes de guerra, incluso aquellos omitidos en el Estatuto de Roma. Sin embargo, no pareciera hacerse ningún favor a las legislaciones domésticas de tradición codificadora, al incluir en el régimen de la tipicidad, delitos diversos de los que buscara punir la CPI. Con el mismo criterio se podría haber sugerido ampliar el listado de delitos internacionales de forma que incluya entre otros, por ejemplo, la corrupción, el tráfico de niños, personas y estupefacientes, cuestiones éstas de enorme importancia y que hubiera sido visto con simpatía que aparecieran reguladas en el Estatuto, pero que nada tienen que ver con implementar el Estatuto de Roma. ¿Dónde debe ponerse el límite? ¿Se debe consentir una excepción como el agregado de hambrear a la población del tercer párrafo del artículo 10? ¿Por qué no darle a la CPI jurisdicción universal³³ como propuso Alemania durante la Conferencia de Roma?

Por muy bien intencionadas que sean estas razones y por mucha simpatía que despierten, no parece ser este el medio adecuado para incluirlas en la legislación doméstica, produciendo en cambio, discrepancias de las que el propio informe da cuenta y que Argentina ha aceptado sin mayores razonamientos. El lugar para haber obtenido que esas conductas fue-

³² Véase el documento de Amnistía Internacional mencionado, p. 12.

³³ La inclusión relativa a la jurisdicción universal es también sugerida por Amnistía Internacional en el documento ya citado, p. 21.

ran incluidas en el Estatuto de Roma fue durante la Conferencia y lamentablemente, por buscar un consenso universal, no lo fueron. Mal puede ahora pretenderse remediar tal situación con la legislación doméstica de implementación del Estatuto de Roma. Todas estas valiosas, muy atendibles sugerencias y adiciones, deben ser objeto de una campaña legislativa posterior. No es aquí y ahora, ni por este medio, donde debe buscar hacerse la inclusión sugerida.

También el artículo 7 aclara que cuando en el Estatuto de Roma se hace referencia a “reclusión” se va a entender que se hace referencia a la voz “prisión”. Esta última aclaración es especialmente enojosa pues el artículo 6 del Código Penal argentino contempla entre las penas también a la pena de reclusión. Pareciera entonces proponer esta interpretación nacional que, para el caso que se juzgue aquí a alguien por algunos de los delitos que abren la competencia de la CPI, la que teóricamente debe juzgar los crímenes internacionales más graves de acuerdo al primer párrafo del artículo 5 de su Estatuto, se aplicará la pena más leve de prisión y no la de reclusión. Ahora bien, el artículo 12 establece que la pena aplicable a los artículos 8, 9 y 10 –genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra– “en ningún caso podrá ser inferior a la que le pudiere corresponder si fuera condenado por las normas dispuestas en el Código Penal de la Nación”. Para el homicidio calificado, el artículo 80 del Código Penal establece la pena de prisión o reclusión perpetua mientras que el artículo 8 del Proyecto dice que la pena para el caso de genocidio con resultado muerte es de “prisión perpetua”. En consecuencia, un homicidio calificado por razón de odio racial reiterado por el número de víctimas puede importar una condena en derecho doméstico a reclusión perpetua, mientras que el más grave genocida de acuerdo al Estatuto de Roma, juzgado por los jueces federales argentinos podrá ser condenado sólo a la pena de prisión perpetua. Pero adviértase la siguiente afirmación del primer párrafo del artículo 2 donde ha sido resaltado las voces conflictivas:

“El sistema penal previsto en el Estatuto de Roma y la presente ley sólo son de aplicación para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente”.

Ante la conjunción copulativa “y” que une el concepto “el sistema penal previsto en el Estatuto de Roma” con “la presente ley”, queda claro que el texto no se refiere al sistema penal del Estatuto de Roma y al sistema penal previsto en la presente ley, sino al sistema penal del Estatuto por un lado, y al acto legislativo aprobado por la Cámara de Senadores por el otro. Ahora bien, afirmar que el sistema penal previsto en el Estatuto de Roma –que es la carta orgánica de la Corte Penal Internacional– es de aplicación para los crímenes (y delitos) sobre los que dicha Corte es competente, con seguridad no es ninguna novedad. Lo realmente interesante y

novedoso ha sido resaltar el hecho de que “la presente ley sólo es de aplicación para los delitos (y crímenes) respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente”. ¿Qué significa esto? En primer lugar, se entiende que los delitos tipificados en blanco por el Proyecto, esto es, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra serán delitos de aplicación en Argentina sólo cuando sea competente la CPI. Si la CPI no fuera competente, por ejemplo por razones temporales, la normativa del Proyecto no será aplicable. Como el delito de genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no han sido tipificados en el Código Penal, no siendo competente la CPI en razón de la complementariedad de su jurisdicción conforme al artículo 17 del Estatuto de Roma, habrá que recurrir a otros principios para analizarlos. Pero como simultáneamente el Proyecto anuncia, lo que de hecho era innecesario por pertenecer a la costumbre internacional, el principio *aut dedere aut iudicare* en el artículo 4, pueden darse algunas conflictivas circunstancias. Así, suponiendo que en un caso de genocidio³⁴, por ejemplo, la República Argentina deseara procesar al requerido y no extraditarlo quitándole la posibilidad de competencia a la CPI, interpretando la curiosa redacción del primer párrafo del artículo 2, alguien puede informar que no se podrá hacer uso del *aut prosequi* pues la figura penal no existe en la legislación penal, y su prosecución sería violatoria del principio de doble criminalidad³⁵, dado que la única ley que lo prevé sólo resulta aplicable para casos en que la Corte Penal Internacional sea competente y no para cuando los tribunales argentinos lo sean. No debe olvidarse que el principio de lo más favorable para el reo hace que, existiendo una antinomia interpretativa, deba aceptarse la que lo favorece.

Es cierto que se podría citar la doctrina del caso “Priebke”³⁶ y recurrir a la Constitución nacional y analizar la calidad de aquellos principios del derecho internacional público que alcanzaron la jerarquía de *ius cogens* o derecho imperativo, y como tales, por encontrarse en un plano superior y ser obligatorios, no precisan de su transcripción en derecho positivo. Pero si se afirmara esto, la siguiente pregunta sería para qué se precisa la ley que el Proyecto busca. En otras palabras, si se arresta a un genocida e invocando esos principios superiores se da por cumplida con la doble criminalidad que requiere la extradición (y aun sacarle la ciudadanía y

³⁴ Delito que no está previsto en nuestro Código Penal a pesar de haberse prometido tipificarse ya en 1948 cuando suscribió Argentina la pertinente Convención. Véase Decreto 6.286/56.

³⁵ Nadie puede ser extraditado a menos que la conducta alegada contra él constituya un delito en ambos países, el país requirente y el requerido.

³⁶ Fallos: 318:2148.

prohibir el reingreso al país como sucedió con Priebeke), los mismos principios servirán para procesarlo aunque, claro está, habrá finalmente un problema si se lo encuentra culpable y falta una escala penal acorde sin aplicar otra analógicamente, todo lo cual se hubiera evitado si en algún momento entre 1948 y el presente, se hubiera tipificado una previsión penal de genocidio como tantos otros países del mundo, .

Otro ejemplo de redacción extravagante aparece en el segundo párrafo del artículo 2 cuando anticipa que “todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina en la forma que esta ley prevé”. Este juego de futuro con el presente es paradójico. Si los delitos (y crímenes) en cuestión no han sido aún recogidos por el Estatuto (y obviamente tampoco por el proyecto de ley), ¿cómo se puede entender que serán punibles en la forma que el Proyecto prevé?

V. Competencia

El artículo 3 reproduce en parte en sus incisos a y b al artículo 1 del Código Penal. El inciso c ya trae algunos problemas al restringir la aplicación de la ley a la procedencia del principio de personalidad activa en una redacción diversa de la prevista en el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, que incluye además al principio territorial, especificando también a los delitos cometidos a bordo de barcos o aeronaves, y el principio de defensa, cuando los efectos del delito se hagan sentir en Argentina, situaciones que han sido omitidas sin ningún fundamento que pueda explicar la omisión ya que se será competente.

El inciso d, en cambio, explica que

“Esta ley se aplica: (...) d) En los casos previstos en convenios internacionales de los que la República Argentina es parte”.

Pero esta ley es la de implementación del Estatuto de Roma en derecho doméstico. ¿A qué casos se ha querido hacer referencia para justificar la norma? El 11 de septiembre de 1972, Argentina ratificó el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves³⁷ que prevé el principio *aut dedere aut iudicare* en su artículo 7³⁸. Este es un Convenio

³⁷ 860 U.N.T.S. 105.

³⁸ Art. 7: “El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado”.

internacional en el que Argentina es parte de los que perfectamente pueden entenderse comprendidos dentro del párrafo en cuestión y le otorga jurisdicción. Ahora bien, ¿qué se pretende hacer o decir? ¿Se va a extraditar a alguien a la Corte Penal Internacional por este delito aunque no sea competencia de la Corte? Sin una aclaración que justifique el sentido de este agregado el texto citado carece de sentido preciso.

El artículo 4 establece un principio que se estima adquirió nivel de *ius cogens* en el derecho internacional, y que se complementa con las expresiones *aut dedere aut prosequi* y *aut dedere aut punire*. Ahora bien, este principio ya está incluido en la mayoría de las convenciones y tratados internacionales que regulan los crímenes que habilitan la competencia de la Corte y siendo un principio de derecho imperativo hasta se podría afirmar que no sería preciso incluirlo en el Proyecto. La razón por la que se ha elegido incluir en el Proyecto al principio no resulta clara.

De acuerdo al artículo 6, “con carácter supletorio a la presente ley se aplican los principios y reglas de derecho penal internacional” y los de la legislación penal argentina. Ahora bien, ¿cuáles son los “principios y reglas de derecho penal internacional”? ¿Dónde aparecen recogidos? ¿Se está haciendo referencia a la Parte 3 del Estatuto de Roma (en cuyo caso al ratificarlo se ha incluido esa parte en legislación doméstica)? En la doctrina hay confusión sobre la correcta designación de la materia que regula los crímenes internacionales. Así, en primer lugar están los que han negado su existencia con anterioridad al establecimiento de la CPI³⁹. Luego, en segundo lugar, siguen los que distinguen entre dos diversas disciplinas, cada una de las cuales tiene principios y reglas propias: la primera es llamada el “derecho internacional penal” y la segunda es conocida como “derecho penal internacional”⁴⁰. La primera constituye las normas internacionales que reprimen las infracciones que afectan a más de un Estado. Derecho penal internacional en cambio, sería la parte del derecho interno que regula las relaciones entre el derecho penal y el derecho extranjero o lo que podría llamarse “derecho internacional privado penal”. Pero esta distinción no ha sido siempre tenida en cuenta por la doctrina internacional⁴¹. Están también los que las juntan, como Cassese, quien

³⁹ Schwarzenberger, George, *The Problem of an International Criminal Law*, en *Current Legal Problem*, 1950, p. 263.

⁴⁰ Mahiou, Ahmed, *Les processus de codification du droit international pénal*, en Ascencio, Hervé; Decaux, Emmanuel y Pellet, Alain, *Droit International Pénal*, Pedone, Paris, 2000, ps. 37-53, aquí p. 38.

⁴¹ Huet, André y Koering-Joulin, Renée, *Droit Pénal International*, Themis, Paris, 2001; Bantekas, Ilias y Nash, Susan, *International Criminal Law*, 2ª ed., Cavendish, Londres, 2003; Jittichaisaree, Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001; De Than, Claire y Shorts, Edwin, *Human Rights Law in the UK*, Sweet y

señala que las tradiciones española, germana, francesa e italiana asignan al derecho penal internacional todo lo que concierne al rol de los tribunales locales en relación con crímenes internacionales, y a la nueva disciplina la llama derecho internacional penal⁴².

Hans-Heinrich Jescheck, por ejemplo, entiende en el concepto de “derecho penal internacional” la aplicación del *ius puniendi* en una jurisdicción penal extranjera. No se trata aquí de derecho internacional público sino de derecho internacional privado. Sin embargo reconoce una aplicación adicional dentro de lo que llama “principio de derecho universal” (*Weltrechtsprinzip*) que habilita la jurisdicción universal, cuestión ésta de competencia del derecho de gentes⁴³. Wise y Podgor estiman que el término ha sido usado a veces indistintamente para señalar aspectos internacionales de derecho penal doméstico, aspectos penales del derecho internacional y la ley aplicable en una corte penal internacional, aunque el concepto debe referirse a todos estos aspectos en conjunto⁴⁴.

La incorporación al Proyecto de los mencionados principios, sean cuales fueren aquellos a los que se refiere el Proyecto, no sirve a la precisión que cabe esperar del mismo. Si se ha querido hacer referencia a los de la Parte 3 del Estatuto la mención es innecesaria, dado que ya fue ratificado por Argentina, pero la disciplina está en formación pues el día que la CPI empiece a dictar decisiones irá conformando una estructura sobre la que todos estos conceptos históricos, que han sido sus antecedentes, ocuparán un espacio residual.

VI. Las penas

Las penas aplicables a los delitos de genocidio (art. 8), crímenes de lesa humanidad (art. 9) y crímenes de guerra (art. 10) tendrán un máximo de 25 años, pero si ocurre la muerte la pena será de prisión perpetua. Curioso agregado esta referencia a si ocurriera la muerte, que se hubiera solucionado poniendo el mínimo y dejando la prisión perpetua para el máximo, habilitando al juez federal para aplicar esa pena. Se hubiera evitado la duda de saber si en el caso del genocidio del artículo 6 del Estatuto, la

Maxwell, Londres, 2003; Bassiouni, M. Cheriff, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational, New York, 2003 y también en su artículo *The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework*, en Bassiouni, M. Cheriff, *International Criminal Law - Crimes*, vol. I, 2ª ed., Transnational, New York, 1998, ps. 3-125.

⁴² Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 15.

⁴³ Jescheck, Hans-Heinrich, *Strafrecht, Internationales*, en Schlochauer, Hans-Jürgen, *Wörterbuch des Völkerechts*, vol. III, De Gruyter, Berlin, 1962, ps. 396-399.

⁴⁴ Wise, Edward M. y Podgor, Ellen S., *International Criminal Law: Cases and Materials*, Lexis, New York, 2000, p. 4.

idea de “muerte” hace referencia a la conducta del inciso primero únicamente. El bien jurídico protegido en este delito no es simplemente la vida sino la existencia total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso. De allí que la conducta del inciso e, trasladando por la fuerza a los niños de un grupo a otro, con la intención (dolo) de destruir total o parcialmente el grupo, constituye el delito de genocidio, y si es exitosa la conducta, habrá logrado la destrucción total del grupo, sin embargo no es la muerte del inciso 1, y a pesar de lo tremendo de la conducta tipificada no podrá merecer el máximo penal.

El artículo 10 que previene que tratará de “crímenes de guerra” aunque después aclara que se extenderá a los “conflictos armados de cualquier naturaleza”, por lo que podría haberse puesto esa referencia en el título también quizá. Pero el agregado era innecesario por la referencia que hace el artículo 8 del Estatuto al aludir a graves violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949, también se aplican a situaciones en las que el estado de guerra no ha sido reconocido, y aun hay un mínimo estándar que debe ser respetado para conflictos no internacionales. El Estatuto de Roma por su parte, extiende la conducta a dichos conflictos armados y algunas en particular cuando se carece del elemento internacional en el conflicto.

El Proyecto sugiere que la mención del art. 8.2.xxv del Estatuto de Roma –y únicamente ese inciso se supone– se estimará en Argentina extendido a conflictos armados de cualquier naturaleza. Las razones que lleva a hacer semejante afirmación dejarán intrigados a más de un lector del Proyecto en cuestión pero una sugerencia en este sentido aparece en el ya mencionado informe de Amnistía Internacional. Debe reiterarse lo ya afirmado, por mucha simpatía que merezca la idea de avanzar todo lo posible en la tipificación de crímenes internacionales, no es esa la función del Proyecto que implementa en derecho doméstico al Estatuto de Roma.

El artículo 11 que establece la imprescriptibilidad de estas conductas es redundante e innecesario pues amén que ya el 1 de noviembre de 1995 el Congreso Nacional había aprobado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (del 26 de noviembre de 1968 de la Asamblea General de la ONU), mediante la ley 24.584, el Estatuto de Roma establece la imprescriptibilidad de las conductas en el artículo 29.

La redacción del texto del artículo 13 relativo al principio de legalidad es confusa. Sostiene el artículo en cuestión que ninguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma puede ser aplicado (¿aplicar un delito?) en violación al principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución. “En tal caso [que quiere decir en caso de violarse el principio de legalidad] el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro derecho vigente”. Es de suponer que no serán juzgados “esos hechos” analógicamente, sino que, por violar al principio de legalidad, se juzgarán de acuerdo al derecho argentino vigente

que justamente no existe pues por ello se estimó violado el principio de legalidad, por lo que la frase es una perogrullada. Por otra parte, el propio Estatuto de Roma establece el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* en los artículos 22 y 23.

El Título III del Proyecto opta por tipificar conductas en lugar de usar la remisión que fuera explicada con relación al segundo párrafo del artículo 2, cuando se hizo una remisión a los artículos que prevén el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los de guerra. La explicación para esta transcripción debe buscarse en el artículo 70.4.a del Estatuto⁴⁵. Sin embargo, varias de las conductas descriptas ya se encontraban previstas en el Código Penal y hubiera bastado su extensión como lo requiere el Estatuto. De tal forma, cuando se podría haber usado la simplificación se ha elegido tipificar las conductas, mientras que en aquellas importantes que vienen a llenar un vacío en la legislación doméstica, el Proyecto elige remitirse al número del artículo del Estatuto.

VII. Conclusión

Implementar los crímenes que en la CPI serán juzgados no es complicado. Basta con reproducirlos. Se puede estar seguro de que su reproducción no generará errores ni aburrimiento. Implementar el Estatuto significa realizar los necesarios ajustes en la legislación local, teniendo en mira que el principio rector del Estatuto es el de la complementariedad. Si el hecho va a ser juzgado en Argentina, la legislación nacional debe tener en su Código Penal las conductas tipificadas que hoy no existen; si el hecho va a ser juzgado en La Haya, entonces el texto que debe ser adecuado y modificado es el de la Ley de Extradición y Cooperación Internacional.

También debe tenerse presente que desde el inicio de la carrera de leyes, en cualquier disciplina jurídica a la que el estudiante se oriente, se enseña a ser cuidadosos con los textos contractuales o legales, ya que lo que esté puesto de más será un estorbo o una complicación cuando llegue el momento de interpretar, sea el abogado de parte o el juez. También las frases altisonantes, los calificativos y los superlativos deben ser evitados y se suele decir que la función del letrado o del legislador no es la de escribir poesía sino contratos o textos legislativos claros, comprensibles y que no generen juicios o interpretaciones dispersas. Todo agregado inútil o injustificado en un texto legal es una complicación, un estorbo y una incógnita sobre las consecuencias que su interpretación, en forma diversa a lo que originalmente se quiso decir, puede acarrear a los interesados.

⁴⁵ “4: a) Todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales”.

Los convenios internacionales de trabajo. Su impacto en la Argentina

Adrián O. Goldín

I. Introducción

La creciente internacionalización de la economía parece plantear algunas de las más ominosas amenazas a la preservación de la vigencia efectiva de normas, técnicas y valores del Derecho del trabajo; entre otras de sus implicaciones, la internacionalización de los flujos del comercio, de las finanzas y de las inversiones directas tiende a limitar la capacidad autónoma de los Estados nacionales para fijar políticas que incidan sobre esas variables y vuelca sobre los mercados de trabajo y, en especial, sobre sus ordenamientos jurídicos, intensas presiones orientadas a someterlos a las exigencias de los mercados internacionales de productos.

Sostiene Supiot¹ que tras la profundización de ese proceso denominado de “globalización”, lo privado (y de allí lo económico) parece asumir un claro predominio sobre lo público, asimilado a su vez a la dimensión de lo social. Esa relación de predominio se sostiene sobre la hipótesis de que el mercado garantiza a nivel global una condición de igualdad formal expresada en el dinero como unidad universal de cambio, mientras que lo social hace prevalecer el interés colectivo y el del grupo sobre el del individuo, poniendo en tela de juicio aquella condición igualadora. Tras afirmar que esa concepción sintetizada carece de sustentabilidad científica, puesto que –como procura demostrarlo– no hay vínculo jurídico que no comparta una dimensión económica y otra de naturaleza social², conclu-

¹ Cfr. Supiot, Alain, en su conferencia *L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale. Vers un ordre social international? Observations liminaires sur les nouvelles régulations du travail, de l'emploi et de la protection sociale*, Annecy, 18-19 de enero 2001 (en mimeo). Del mismo autor y en el mismo sentido, *The dogmatic foundations of the Market* (Comments illustrated by some examples from labour law and social security law), en “Industrial Law Journal”, vol. 29, n° 4, Dec. 2000, ps. 321 y siguientes.

² El valor científico de la pretensión de aislar lo económico respecto de lo social es nula, pero su peso dogmático es enorme, sostiene Supiot en la obra citada.

ye en la necesidad de dar también en sede internacional una respuesta claramente social³.

Desde esa perspectiva, habrá que construir nuevos “arreglos” institucionales y alentar nuevas prácticas y comportamientos en los sistemas nacionales de relaciones industriales y, desde sus marcos jurídicos, diseñar nuevas técnicas regulatorias para neutralizar, en cuanto sea posible, los desequilibrios sociales que de tal modo se generan. Pero esto no alcanzará.

Como se ha dicho ya tantas veces, los problemáticos efectos sociales de la globalización de la economía sólo encontrarán compensación satisfactoria en una correspectiva internacionalización de la respuesta social. En el ámbito específico del Derecho del trabajo, de lo que se trata es de hacer posible el acceso a una renovada internacionalidad de los estándares de protección que los sustraiga de las formas más despiadadas de la competencia y torne menos accesible el ejercicio de diversas expresiones del “*dumping* social”.

Desde esa perspectiva, no parece aventurado afirmar que el Derecho del trabajo procura investirse de una nueva y más intensa internacionalidad de sus normas e instituciones y que la densidad de sus contenidos, así como la consistencia y grado de eficacia de sus técnicas, dependerán en el futuro en medida nada despreciable de los alcances de ese proceso de internacionalización⁴.

Si bien de ningún modo se trata sólo de lo que ya se hace o de lo que se pueda hacer en el futuro en el marco de la Organización Internacional del Trabajo⁵, tampoco cabe duda de que en ese cometido la OIT tiene una tarea fundamental a cumplir y un rol de liderazgo a ejercer. Ello justifica que impere en el nivel internacional una acentuada preocupación por saber de qué modo puede incrementarse el impacto de la acción de la OIT en el campo de la materialización de la idea del trabajo decente y de la

³ Ídem.

⁴ Así lo creemos y así lo hemos sostenido en *Las tendencias de transformación del Derecho del trabajo*, Serie Monografías Jurídicas, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

⁵ En esa lógica, considérense los emprendimientos de creación y armonización de normas, políticas e instituciones en los espacios de integración –Unión Europea, TLC, MERCOSUR, entre otros–, las demandas por el desarrollo e implantación de cláusulas sociales en los convenios comerciales y, en algunos casos, hasta de acciones unilaterales de las potencias comerciales (los “sistemas de preferencias”), las estrategias de organización y acción transnacional de los sindicatos y otros actores sociales, los códigos de conducta de las empresas multinacionales, los nuevos espacios internacionales de relacionamiento de esos actores, en términos de la negociación y el planteamiento de los conflictos, de la participación, la información y la consulta, la recíproca interpenetración, en los hechos y en el derecho, de los sistemas nacionales de relaciones industriales debida, entre otras razones, a las mismas que se vienen de enunciar.

protección social⁶ y debiera alentar una preocupación análoga en cada uno de los países miembros.

Desde luego, todo emprendimiento que se proponga profundizar la inclusión de un país en la esfera de influencia de esa renovada internacionalidad laboral y social exige, como modesto pero ineludible presupuesto, conocer su estado de situación en la materia. Es a este último objetivo, en relación a la Argentina, al que este trabajo se propone contribuir. De lo que se trata es de saber cuál ha sido en los últimos diez años el impacto de los convenios internacionales del trabajo sobre el sistema de protección del trabajo, desde las decisiones de ratificación, los requerimientos de los órganos de control y las respuestas legislativas y jurisdiccionales. Un capítulo especial se dedica a las cuestiones relativas al régimen legal de organización sindical y su relación con el Convenio 87 y, en general, con el principio de libertad sindical consagrado en él, por haber sido ése uno de los campos de más intensa e inquietante interacción entre la Argentina y la OIT.

La ejecución atinada de esta tarea no admite otro trayecto metodológico que el de la consideración, caso por caso, de las observaciones de los órganos de control, de las decisiones judiciales, de las acciones legislativas, reglamentarias y, en su caso, de otras propias de la política pública. Las razonables limitaciones de espacio impuestas a este trabajo obligarán, en todo caso, a hacerlo en esta oportunidad del modo más sucinto.

II. Los convenios ratificados por la Argentina⁷

La Argentina ratificó sus primeros convenios de la OIT el 30 de noviembre de 1933. En esa oportunidad lo hizo con los Convenios 1 (horas de tra-

⁶ Entre otras acciones en ese sentido, pueden mencionarse las actividades del *Groupe d'experts indépendants sur l'action normative et le travail décent* integrado por diez expertos provenientes de países y continentes diversos (entre ellos, el autor de este trabajo), coordinado por el profesor Supiot, cuyas conclusiones fueran presentadas en octubre de 2004 a un grupo de miembros del Consejo de Administración de la OIT.

⁷ Como se anticipara, esta contribución tiene por objeto estudiar el impacto que en la Argentina han tenido los convenios internacionales del trabajo sobre el sistema jurídico de protección laboral y no, por lo tanto, el tema de la condición, jerarquía y eficacia de los convenios de la OIT en el ordenamiento jurídico interno, cuyo tratamiento no insumiría menos que la totalidad del espacio del que se dispone en esta oportunidad y que, por otra parte, ha sido objeto de riguroso escrutinio en trabajos nacionales y extranjeros a los que conviene remitirse (entre los autores nacionales –pero con un amplísimo reconocimiento aun fuera de nuestras fronteras– se destaca Geraldo von Potobsky, que trató el tema en profundidad en numerosos trabajos; entre los más recientes, su *Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional* en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, BIT, Geneve, 2004 y, AA.VV., *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo:*

bajo en la industria), 2 (sobre el desempleo), 3 (sobre la protección a la maternidad), 4 (sobre el trabajo nocturno de mujeres), 5 (sobre la edad mínima en la industria), 6 (sobre el trabajo nocturno de los menores), todos ellos aprobados en 1919; y los convenios 7 (sobre la edad mínima en trabajo marítimo), 8 (sobre las indemnizaciones de desempleo-naufugio) y 9 (sobre la colocación de la gente de mar) estos últimos aprobados en 1929.

En el período en consideración (1994-2004), el Congreso de la Nación dictó las leyes de aprobación de siete convenios: Convenio 96 sobre agencias de colocación, ley 24.468, ratificado el 19/9/96⁸; Convenio 138 sobre

¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno? Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en Homenaje al Profesor Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Montevideo, 1997; entre los extranjeros, el propio Nicolas Valticos, *Conventions internationales du travail et droit interne*, en "Rev. Crit.", n° 2, 1955, ps. 251-288; ídem, *Les Conventions internationales devant le juge français*, "Rev. Crit.", n° 1, 1964, ps. 41-72; ídem, *Droit international du travail et droit interne français*, Travaux du Comité Français de Droit International Privé, 1973-1975, Paris, 1977, ps. 11-37; Leary, V., *International Labour Conventions and National Law*, The Hague, Boston, London, 1982; Racciatti, Octavio, *Los convenios internacionales del trabajo y las leyes posteriores a su ratificación*, Derecho Laboral Montevideo, enero-junio 1994; todos ellos citados por el propio von Potobsky en su obra recordada en primer término). De tal modo –y sólo con el objeto de facilitar la comprensión de este documento– he de recordar que hoy se admite de modo unánime que los convenios internacionales del trabajo pertenecen a la categoría de los tratados, aunque detentan características singulares, en razón del ámbito en que se les adopta (una asamblea tripartita y no sólo gubernamental), de las obligaciones que crean aun antes de su ratificación y su "elaborado sistema de control". En tanto tratados internacionales, su jerarquía es superior a la de las leyes; el art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional no ha dejado ya espacio para mayores dudas ni debates. Desde esa posición jerárquica, desplazará a las disposiciones legales menos favorables a los trabajadores (conforme el art. 19.8 de la Constitución de la OIT, las normas de los convenios y las recomendaciones no menoscabarán las mejores condiciones fijadas en cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo), sean éstas anteriores o posteriores a la ratificación. Rige en relación a ellos el principio de operatividad propia o directa de las normas *self executing*, condición esta última que la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitiera a partir del caso "Ekmekdjian c/Sofovich" sobre el cual se discurre en otros capítulos de esta obra. El hecho de que un convenio contenga alguna fórmula genérica que obligue a los Estados "a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento" de las disposiciones del convenio –fórmula abandonada a partir de 1927 con el fin de eludir la interpretación de que en todos los casos la operatividad de las cláusulas del convenio necesitaba de una intervención legislativa– no impide la operatividad propia de sus normas, en la medida en que se establezca su carácter autoejecutivo.

⁸ En relación con este convenio, el 26/4/2001 el Poder Ejecutivo Nacional emitió el Decreto 489/2001 mediante el cual se aprobara la reglamentación de la parte escogida en su ratificación (art. 1, Parte I, y arts. 10, 11 y 12, Parte III). En ese decreto se fijan las condiciones de habilitación de agencias de colocación retribuidas con fines lucrativos, se crea el Registro Único de Agencias de Colocación y se fijan límites a las retribuciones que esas agencias pueden percibir de los trabajadores a los que prestaren servicios.

convenios internacionales de trabajo

edad mínima de admisión al empleo, ley 24.650, ratificado el 11/11/96; Convenio 150 sobre administración del trabajo, ley 25.802, ratificado el 20/2/2004; Convenio 182 sobre las peores formas del trabajo infantil, ley 25.255, ratificado el 5/2/2001; Convenio 177 sobre trabajo a domicilio, ley 25.800, Convenio 135 sobre representantes de los trabajadores, ley 25.801; y Convenio 184 sobre la seguridad y la salud en la agricultura, ley 25.739. De estos tres últimos (Convenios 177, 135 y 184) no se registran aún en la Oficina Internacional del Trabajo constancias de su ratificación. En el período, además, se ratificó el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales (ratificación del 3/7/2000), que había sido aprobado por ley 24.071 del año 1992.

El total de convenios ratificados por la Argentina es de 72, de los cuales denunció nueve: los convenios sobre edad mínima de admisión al empleo (5, 7, 10, 15 y 33), reemplazados por el Convenio 138; el Convenio 34 sobre agencias retribuidas de empleo, reemplazado por el Convenio 96; el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, reemplazado por el Convenio 169; y los convenios sobre trabajo nocturno (4, sobre trabajo nocturno de mujeres, y 20 sobre trabajo nocturno en panaderías). El Convenio 31 (horas de trabajo en las minas de carbón) perdió vigencia. Quedan pues en vigor 62 convenios⁹. Si se hiciera efectiva la ratificación de los que, ya aprobados por ley, la tienen aún pendiente, reitero, los Convenios 184, 177 y 135, serían un total de 65 convenios en vigencia.

Cabe agregar que en el período en consideración, la ley 25.491, publicada en noviembre de 2001, aprobó –según proyecto del Poder Ejecutivo Nacional– el instrumento de enmienda al artículo 19 la Constitución de la OIT adoptado en Ginebra el 19 de junio de 1997, por el cual la Conferencia podrá, por iniciativa del Consejo de Administración, derogar por mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes, todo convenio respecto del cual se considere que ha perdido su objeto o que ya no representa una contribución útil a la consecución de los objetivos de la Organización. Como es obvio, la enmienda aprobada por el Congreso –que entrará en vigor una vez que reciba la aceptación de no menos de dos tercios de los miembros de la OIT– se inscribe en el proceso de actualización del sistema de normas internacionales del trabajo en curso desde hace más de una década.

III. Las observaciones de los órganos de control de la OIT y las respuestas del legislador

En el período en consideración, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR o “la Comisión”) y el

⁹ En este mismo momento, Brasil y Uruguay tienen en vigor 75 convenios cada uno de ellos; Paraguay, 35 y Chile, 49.

Comité de Libertad Sindical (CLS o “el Comité”) formularon respecto de la Argentina numerosas observaciones tanto acerca de diversas normas que no se habrían ajustado a los convenios internacionales ratificados, como de conductas que los habrían transgredido.

Tal es el caso del Convenio 9 (colocación de la gente de mar), en relación al cual la CEACR insistiera una y otra vez sobre la inexistencia de un sistema eficaz y adecuado de agencias gratuitas de colocación para la gente de mar.

En el marco del Convenio 29 sobre trabajo forzoso, en su informe para la 69ª conferencia, la Comisión de Expertos señaló, en referencia particular a la Argentina cuyo gobierno diera cuenta de un plan de política penitenciaria que contemplaba “la integración del trabajo penitenciario al conjunto de la producción nacional con participación de la industria privada”, que el trabajo penitenciario realizado para empresas privadas sólo sería compatible con el Convenio 29 en la medida en que se asegurara que las personas acepten el empleo sin estar sujetas a presiones o amenaza de sanciones y de que existan garantías de que el trabajo habría de realizarse en condiciones comparables a las de los trabajadores libres en materia de salarios, seguridad social, jornada, etc. Posteriormente, en su informe para la 92ª conferencia, la CEACR tomó nota con interés de las disposiciones de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad (ley 24.660, arts. 106 a 132) relativas al trabajo penitenciario, en particular al artículo 120 sobre la remuneración del trabajo de los internos, a tenor del cual “el trabajo de los internos será remunerado (...) si los bienes o servicios producidos se destinaran al Estado o a entidades de bien público, el salario del interno no será inferior a las tres cuartas partes del salario mínimo vital móvil. En los demás casos o cuando la organización del trabajo esté a cargo de una empresa mixta o privada, la remuneración será igual al salario de la vida libre correspondiente a la categoría profesional de que se trate”.

Se destaca, por cierto, la labor de la CEACR y, en especial, del CLS en relación con los incumplimientos del Convenio 87 sobre libertad sindical, cuestión a la que, por su significación, dedico el apartado V de este trabajo, al que me remito. Conviene, no obstante, anticipar que los requerimientos de los órganos de control de la OIT acerca de la necesidad de adecuar la legislación argentina en materia de organización sindical y negociación colectiva dio lugar a un proyecto legislativo que el gobierno elaboró en 1992 con la asistencia técnica de la OIT –una misión técnica con ese objeto tuvo lugar en esa oportunidad– proyecto que tuvo estado parlamentario pero que el gobierno terminó retirando ante la cerrada oposición de la central sindical (CGT).

Ante las recurrentes observaciones de la CEACR y del CLS, por Decreto 1.096/2000 el Poder Ejecutivo dispuso la creación de una Comisión Tripartita Mixta “integrada por todos los actores sociales involucrados en la

temática” que tenía por objeto analizar aquellas observaciones; en los considerandos del decreto mencionado se hacía referencia al “rango constitucional de la norma internacional aludida...” (Convenio 87). La labor de dicha Comisión Tripartita fue asistida por una nueva Misión de Contactos Directos presidida por el Director del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo e integrada por el jefe de su servicio de libertad sindical y otro alto funcionario de esa área. Como resultado de sus trabajos, el gobierno dictó una serie de Decretos 757/01, 758/01 y 760/01 (el segundo de los cuales fue luego derogado por el Decreto 922/01) sobre cuyo sentido y contenidos nos extenderemos luego en el acápite V.

En relación con el Convenio 95 de protección del salario, además de numerosas intervenciones de la CEACR vinculadas con la falta de pago, pago tardío, pago con bonos, etc., de salarios, particularmente en el sector público provincial, fuertes, constantes e infructuosas fueron las observaciones referidas a las violaciones del convenio implícitas en *la adjudicación de carácter no remuneratorio a los denominados tickets-canasta*¹⁰, concepto al que se pretende, en palabras de un representante del gobierno: “... un mecanismo de necesidad y urgencia impostergable para mejorar la situación alimentaria de los trabajadores y su familia”. Hay que decir que cuando el gobierno, cediendo a tan insistente cuestionamiento internacional, procurara recuperar su condición salarial (Decreto 773/96), la férrea resistencia empresaria y sindical le indujo a arribar a una transacción de más que dudosa compatibilidad con el convenio. Criterio transaccional que se vehiculizó en la ley 24.700 que mantuvo el carácter no salarial de los tickets-canasta y que en lugar de restablecer la procedencia de cotizaciones con destino a la seguridad social a su respecto, impuso un impuesto proporcional del 14% que se destinaría a la financiación del régimen de las asignaciones familiares. El gobierno justificó la derogación del Decreto 773/96, que restituía la verdadera naturaleza del concepto, invocando el rechazo de sindicatos y empleadores por el alza del costo de la mano de

¹⁰ El art. 103 *bis* de la LCT incluye a los tickets-canasta entre los allí denominados “beneficios sociales” y permite entregarlos “hasta un tope máximo de un 20% de la remuneración bruta de cada trabajador comprendido en un convenio y hasta un 10% en el caso de trabajadores no comprendidos”. Como se trata de “vales” destinados a la compra de alimentos –no distinto del que habitualmente tiene buena parte del salario– su “desalarización” tiene como evidente finalidad la de abaratar su costo; para ello, se consagra su carácter no remunerativo, que implica que en relación a su importe no se tributa a los diversos regímenes de la seguridad social ni se le tiene en cuenta para la determinación de los créditos de los trabajadores que tienen su base de determinación en el salario (v. gr., vacaciones, indemnizaciones por preaviso y despido, etc.). Es pues un artificio consistente en tratar a parte de la remuneración *como si no lo fuera*, lo que constituye una franca transgresión al Convenio 95 de la OIT.

obra para los empleadores y la reducción del ingreso para los trabajadores. Sabiamente, la CEACR expresó que una cosa es la base de aplicación de las cotizaciones y otra, el carácter salarial de un determinado concepto (quiso expresar, sin dudas, que no habría objeciones, en los términos del Convenio 95, en liberar de cotizaciones a un concepto salarial siempre que no se le prive de esa condición a los diversos efectos previstos en la legislación laboral y de la seguridad social).

En relación con el Convenio 98 y el principio de la autonomía colectiva, la CEACR cuestionó la expropiación de la atribución de los sindicatos de nivel inferior de negociar convenios colectivos, trasladada a favor de las entidades de grado superior. La ley 25.013 de octubre de 1998, en efecto, privaba de esa facultad a los sindicatos de niveles inferiores –sindicatos de primer grado o “de base”– aptitud que ponía en cabeza de las entidades sindicales de nivel superior.

Esa disposición –que fuera objeto de reproche por parte de la CEACR en su informe para la 88ª conferencia (2000)¹¹– fue derogada luego por la ley 25.250¹² que introdujo, además, otras reformas relacionadas con los Convenios 87 y 98, a saber:

a) se derogó la ley de arbitraje obligatorio (ley 16.936), figura ésta que los organismos de control de la OIT consideran contraria al derecho de huelga;

b) se garantizó el derecho de ambas partes de elegir en libertad el ámbito en el que se proponen negociar (la CEACR ha expresado que esa libertad es expresión inicial del ejercicio de la autonomía colectiva);

c) se estableció que el Ministerio de Trabajo debía ejercer sus atribuciones como autoridad de aplicación en materia de ejercicio del derecho

¹¹ Decía entonces la CEACR: “... la Comisión observa que la ley 25.013 de septiembre de 1998 dispone en su artículo 14 que ‘la representación de los trabajadores en la negociación de los convenios colectivos de trabajo en cualquiera de sus tipos estará a cargo de la asociación sindical con personería gremial de grado superior, la que podrá delegar el poder de negociación en sus estructuras descentralizadas’. En estas condiciones, la Comisión subraya que en base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del convenio, la posibilidad de negociar a nivel de empresa debería depender esencialmente de la voluntad de las partes en dicho nivel. Si bien una organización de trabajadores a nivel de empresa puede delegar voluntariamente el poder de negociación en una organización de grado superior, la legislación no debería establecer cuál debe ser el grado de la organización de trabajadores que tiene poder para negociar”.

¹² En su informe siguiente, esta vez para la 89ª Conferencia (2001), la Comisión expresó tomar nota “con satisfacción de que el artículo objetado de la ley 25.013 ha sido derogado en virtud de la adopción de la ley 25.250 de mayo de 2000 que prevé la posibilidad de negociar a todos los niveles y otorga la representación de los trabajadores en la negociación del convenio colectivo de empresa al sindicato cuya personería gremial los contenga”.

convenios internacionales de trabajo

de huelga en los servicios esenciales para la comunidad “conforme las normas y resoluciones de la OIT”¹³; y

d) se dispuso la creación del Servicio Federal de Mediación y Arbitraje que, de conformidad con los criterios sustentados por los organismos de control de la OIT, sería independiente “del poder político y de las representaciones sectoriales”¹⁴.

La ley 25.250, en cambio, no daba respuesta satisfactoria a otro de los sostenidos cuestionamientos que la CEACR formulara al texto histórico de

¹³ Pese a la declamada vocación de que las facultades del Ministerio de Trabajo se ejercieran conforme las normas y resoluciones de la OIT (art. 33, ley 25.250), en la misma norma se disponía la atribución del Ministerio de Trabajo de “disponer intimatoriamente la fijación de servicios mínimos (...) cuando las partes hubiesen agotado la instancia tendiente...” a la fijación de esos servicios. Para los órganos de control, el Ministerio de Trabajo no es un órgano independiente y, por lo tanto, no debiera tener a su cargo el ejercicio de atribuciones tales. El Decreto 843/00 reglamentó luego esas facultades del Ministerio de Trabajo de modo igualmente incompatible con principios enunciados por los órganos de control de la OIT. En uso de esas facultades, el Ministerio de Trabajo dictó la resolución 480/2000 que encuadró a la educación pública y a la de gestión privada en el período de escolaridad obligatoria, como servicios esenciales; esa resolución fue invalidada por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos “Sindicato Argentino de Docentes Particulares c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo”, fallo del 22 de abril de 2002, con sustento en los criterios de los órganos de control de la OIT, según los cuales sólo pueden considerarse servicios esenciales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o en parte de la población. En una comunicación dirigida a la CEACR, considerada por ésta en su informe publicado en 2003, el gobierno informa su intención de dar mayores garantías al sistema previsto en el Decreto 843/2000, incorporando la consulta a una comisión imparcial integrada por personas de reconocida solvencia técnica con la finalidad de determinar el carácter esencial de un servicio que no se encuentre dentro de los estrictamente definidos como tales (tal lo establecido posteriormente en la ley 25.877). La CEACR sugiere al gobierno que si prevé introducir modificaciones a ese decreto, estudie la posibilidad de que la determinación de los servicios mínimos a mantener durante la huelga, si las partes no llegan a un acuerdo, *no corresponda al Ministerio de Trabajo sino a un órgano independiente*; esta última cuestión no fue tratada en la ley 25.877.

¹⁴ Como se expresó en la nota anterior, tanto la CEACR como el CLS sostienen de modo invariable que sólo un organismo independiente es apto para intervenir en diversas cuestiones que se suscitan en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo. En el caso 1.899, referido en particular a diversas resoluciones del Consejo Provincia de Educación de la Provincia de Río Negro y del gobierno de esa provincia, el Comité de Libertad Sindical señaló una vez más que “la decisión final de declaración de ilegalidad de las huelgas no debería ser pronunciada por el gobierno, particularmente en aquellos casos en que éste es parte en un conflicto (...) sino por la autoridades judiciales o un *órgano independiente*”. En el mismo caso, el CLS pidió al gobierno que tomara las medidas necesarias para que se derogara una resolución del Consejo de Educación de la Provincia que permitía la contratación de trabajadores durante una huelga de los trabajadores docentes.

la ley 14.250. Se trata de la sumisión de los convenios colectivos de trabajo a controles de oportunidad y conveniencia prescriptos desde su propia sanción por esta última ley (para otorgar la homologación, el Ministerio de Trabajo había de verificar que el convenio del que se trataba no hubiera incurrido en violación de normas de orden público o dictadas en protección del interés general, en afectación “significativa” de la situación económica general o de determinados sectores de la actividad, en la producción de un deterioro grave en las condiciones de vida de los consumidores; normas posteriores exigieron, además, contrapartidas de productividad, inversiones, incorporación de tecnología y sistemas de formación profesional, etc.). Para la Comisión sólo es válido negar la homologación cuando no se cumplen ciertas exigencias formales o se contradicen normas laborales mínimas. Esa omisión de la ley 25.250 se agravaba por el hecho de que mediante ella se restablecía la necesidad de someter al proceso de homologación a los convenios de empresa, que normas anteriores habían dejado al margen de esa intervención estatal. Fue la ulterior ley 25.877, de abril de 2004, que terminara recogiendo, al menos en parte, estos cuestionamientos, al abandonar esos controles cuando de los convenios de empresa se trata –se homologan sólo a pedido de partes– y exigir para los convenios de nivel supra-empresarial, como única condición de homologación, la verificación de que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o que afecten el interés general (menos condicionante, sin embargo, esta fórmula –especialmente, en la exigencia de la *no afectación del interés general*– no suprime de modo pleno la alternativa de discrecional intervención estatal).

Siempre en el marco del Convenio 98, la CEACR y el CLS –este último en el caso 2117– habían llamado la atención sobre el Decreto 33/01 del Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que vetara un proyecto de ley provincial que regulaba la negociación colectiva de los empleados públicos de la provincia, insistiendo sobre la necesidad de garantizar el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos de la provincia de Buenos Aires, teniendo en cuenta que el Convenio 98 sólo permite excluir de dicho derecho a los funcionarios públicos que trabajan en la administración del Estado. El gobierno contestaría luego que la ley oportunamente vetada se refería, precisamente, a los funcionarios públicos que trabajan en la administración del Estado y que, por lo tanto, pueden ser objeto de exclusión.

Hay que decir que finalmente, también en relación con el Convenio 98, la CEACR y el CLS hubieron de formular reiterados cuestionamientos –antes del período considerado (1994/2004) y durante su transcurso– por la imposición de contingentes obstáculos normativos a la negociación que fueron asumiendo diversas formas (condicionamiento de toda negociación salarial al aumento de la productividad, Decreto 1.334/91, derogación de cláusulas de convenios “contrarias a la productividad y la eficacia

en las empresas públicas”, Decreto 1.757/90; pérdida de efectos de cláusulas convencionales que contuvieran “condiciones laborales distorsivas de la productividad en el sector del transporte marítimo y portuario”, Decreto 817/92¹⁵; posibilidad de revocación de la homologación, Decreto 1.553/96; intervención dirimente del Ministerio de Trabajo en favor del nivel inferior, en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel en que han de negociar, Decreto 1.554/96)¹⁶.

¹⁵ También el CLS había señalado que la suspensión de convenios colectivos de trabajo mediante decretos del Poder Ejecutivo violaba el principio de negociación colectiva libre y voluntaria, y pidió al Gobierno que en lo sucesivo respete esos principios. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en sentido contrario al que fuera expuesto por parte de los órganos de control de la OIT; paradójicamente, el Alto Tribunal invoca la Memoria del Director General de la OIT a la 79ª Conferencia Internacional del Trabajo (1992) para hacer excepción a la aplicación del Convenio 98 y justificar la emergencia. El director general había expresado entonces que “sólo por motivos económicos y sociales de peso e interés general podría justificarse una intervención de las autoridades públicas a efectos de modificar el contenido de los convenios colectivos libremente concertados”, situación excepcional, afirma la Corte, que es la que se ha señalado en la sentencia (*in re*, Cocchia, Fallos: 316:2624, caso que recuerdo nuevamente más abajo, cuando hago referencia al impacto de los convenios internacionales en la jurisprudencia de los tribunales). Otro caso de contradicción manifiesta entre la posición de los órganos de control y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el de la recomendación del CLS que en el caso 1.723/94 destacara la importancia de cumplir la ley 23.523 que dispusiera la reinstalación de sindicalistas bancarios despedidos por motivos políticos y gremiales, y pidiera al gobierno que promueva medidas conciliatorias y de arreglo entre las partes para encontrar una solución negociada; agregando que en caso de que el reintegro no fuera posible por motivos válidos, esos trabajadores debían obtener la indemnización legal lo antes posible. En el caso “Agnese”, 24/11/1998, Fallos: 321:3081, no obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de la ley 23.523 por entender que violentaba la libertad de contratar y el derecho de propiedad de los bancos. En el considerando 10 de esa sentencia se afirma que la búsqueda de fundamento en los tratados internacionales carece de sustento, pues se reduce a su mera invocación (referencia esta última extraída del Documento de Base para el Congreso sobre Igualdad de Oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, abolición del trabajo infantil y libertad sindical, elaborado por David Duarte en el marco del Programa Infocus para la Promoción de la Declaración, Proyecto OIT de apoyo a la Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo de la OEA).

¹⁶ La CEACR había cuestionado los Decretos 1.553/96 y 1.554/96. En relación con el primero, que facultaba al Ministerio de Trabajo a revocar total o parcialmente la homologación de una convención colectiva si sus cláusulas se oponían a normas legales dictadas con posterioridad a la homologación o si, habiendo vencido el término pactado se considerara que su vigencia no reunía ya los requisitos –también cuestionados por la CEACR– para otorgar la homologación, el órgano de control expresó que ese decreto “confirma y amplía la intervención de la autoridad administrativa en la negociación colectiva”. Sobre el Decreto 1.554/96, la CEACR subrayó que al establecer el Convenio 98, el principio de la negociación colectiva voluntaria, el nivel de la negociación no debería ser condicionado o impuesto por la legislación o por una decisión de la

En el marco del Convenio 100 sobre igualdad de remuneración entre al mano de obra masculina y femenina, la CEACR requirió a la Argentina, una y otra vez, que informara acerca de las medidas que se adoptan para suprimir la brecha salarial existente entre trabajadores y trabajadoras –que aumenta significativamente en detrimento de la mujer en los sectores de menores recursos, en tanto según el INDEC disminuye en los estratos medios y altos– así como acerca del impacto de la acción del Consejo Nacional de la Mujer y de la Comisión Tripartita para la Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Varones y Mujeres. En esta materia, y como manifestación de una acción igualitaria afirmativa, es pertinente recordar la ley 25.674, sancionada, promulgada y publicada en noviembre de 2002, en la que se estableció que cada unidad de negociación colectiva debe contar con la participación proporcional de representantes sindicales de sexo femenino, en función de la cantidad de trabajadoras de dicha rama o actividad. Análoga proporcionalidad reclama esa misma ley para la integración de los órganos directivos de los sindicatos.

En relación esta vez con el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, los requerimientos del período se refirieron fundamentalmente a los artículos 8 y 33 de la ley 22.140 (norma de la dictadura que usurpara el poder entre marzo de 1976 y fines de 1983), que prohibiera el acceso a la administración pública nacional y dispusiera la destitución de los agentes públicos por vinculación presente o pasada con grupos que abogaran por la negación de los principios constitucionales o por la adhesión personal a una doctrina de esa índole. Ese requerimiento quedó satisfecho en 1999 con la sanción de la ley marco de regulación del empleo público (ley 25.164) que derogó la norma cuestionada. Antes, el Decreto 1.363/97 (emitido el 16/12/1997), había ordenado la revisión de los regímenes que regulan la relación de empleo público a los efectos de incorporar las previsiones que permitieran garantizar el cumplimiento de los principios relativos a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la igualdad de oportunidades para los trabajadores con cargas de familia, la protección del rol paterno y de otras disposiciones que hacen a la protección de la familia y al ejercicio de las responsabilidades familiares. Resta destacar que en el artículo 4 de este decreto, confirmando su relación con el ordenamiento internacional del trabajo, se establecía que las disposiciones del mismo quedarían sujetas a “las pautas y modalidades que establezca la legislación que se dicte

autoridad administrativa, sino que debería depender esencialmente de la voluntad de las partes. Esos decretos fueron declarados inconstitucionales por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y luego dejados sin efecto por la ley 25.013 y derogados por el Decreto 50/99, informaciones de las que la Comisión tomara nota “con satisfacción”.

convenios internacionales de trabajo

como consecuencia de lo previsto para el ámbito de la administración pública nacional por el Convenio 154 sobre 'el fomento de la negociación colectiva' adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo...".

En materia de trabajo infantil, como se recordó antes, la Argentina ratificó en el período (el 11/11/96) el Convenio 138 sobre la edad mínima y el Convenio 182 relativo a la peores formas del trabajo infantil (ratificado el 5/2/2001). La actividad en esta área, en relación con la OIT, fue por demás intensa. En ese marco, el 5 de diciembre de 1996, la Argentina adhirió al Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la Organización Internacional del Trabajo (adhesión renovada en 2002 y con vigencia hasta el 2007)¹⁷ y, acto seguido, por medio del Decreto 719/2000 se creó la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI). A partir de 2000, la CEACR toma nota con interés del Anexo IV del Pacto Federal del Trabajo, ley 25.212, en cuanto crea el Programa Nacional de Acción en materia de trabajo infantil¹⁸ y de la creación de la CONAETI, ambas acciones íntimamente vinculadas con IPEC/OIT y los convenios internacionales mencionados¹⁹. En la misma materia, la CEACR es informada en 2003 de la existencia de un proyecto de ley para aumentar a 15 años la edad mínima de admisión²⁰, y pide información sobre el particular, así como de las condiciones en que los menores de 14 años pueden trabajar en empresas en las que sólo trabajan los miembros de la misma familia. También requiere información acerca de la edad mínima para que se conceda un permiso de trabajo a un menor antes de la finalización de la escolaridad obligatoria,

¹⁷ En ese marco se han puesto en marcha un número importante de programas y actividades que fueran prolijamente reseñados en el Documento de Base para el Congreso sobre Igualdad de Oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, abolición del trabajo infantil y libertad sindical, elaborado por David Duarte en el marco del Programa Infocus para la Promoción de la Declaración, Proyecto OIT de apoyo a la Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo de la OEA al cual, en homenaje a la brevedad, me remito.

¹⁸ Este programa se sustenta en la propuesta que se aprobara en octubre/noviembre de 1993 en el Seminario Nacional sobre Trabajo Infantil, organizado conjuntamente por la Organización Internacional del Trabajo, UNICEF y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y en su artículo 18 se invoca expresamente la ratificación reciente por parte de la Argentina del Convenio 138.

¹⁹ En el artículo 37 del Programa se prevé requerir la cooperación técnica de UNICEF y de la OIT.

²⁰ Véanse en la nota siguiente las condiciones a las que la Argentina sujetó la ratificación del Convenio 138.

cuando el trabajo es considerado indispensable para su supervivencia o la de su familia; la Comisión fue informada por el gobierno de que en tal caso, la edad mínima de admisión al empleo prevista por la Ley de Contrato de Trabajo es la de 14 años. Resta señalar que la CEACR hace un seguimiento regular de los informes que produce la CONAETI.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuya Constitución, artículo 43, se estableciera a texto expreso que “la ciudad protege el trabajo en todas sus formas (...) y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo”, es pertinente citar la ley 937, que tiene como objetivo el de la detección, prevención y erradicación del trabajo infantil, así como la atención de las niñas y los niños afectados por esta problemática y sus familias. Cabe destacar que en el artículo 2 de esta ley se define como trabajo infantil aquel que efectúa en forma remunerada o no, visible o no, *una persona de menos de 15 años de edad*. De ese modo, esta ley hace propio el criterio propiciado por el Convenio 138 que, como regla, fijaba en 15 años la edad de admisión al empleo; el gobierno nacional había ratificado ese convenio especificando inicialmente la edad de 14 años, como lo admitía el párrafo 4 de su artículo 2²¹. También conviene recordar que el artículo 6 de la citada ley 937 prescribe que “la Autoridad Administrativa del Trabajo de la Ciudad debe contar con inspectores especializados en trabajo infantil debidamente capacitados”; ya en el Programa de Acción en Materia de Trabajo Infantil, propiciado por la ley 25.212 (Pacto Federal del Trabajo) se hacía referencia al tema de inspección del trabajo, a la utilidad de la realización de tareas preventivas, y a la necesidad de la dotación de personal calificado, de recursos suficientes y de capacitación específica en materia de trabajo infantil, como elementos de fundamental importancia para una inspección eficaz (art. 21); también la ley 25.877 dispuso en su artículo 35 que, sin perjuicio de las facultades que en materia de inspección del trabajo tienen los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Ministerio de Trabajo de la Nación ha de realizar en todo el territorio nacional acciones coordinadas con las respectivas jurisdicciones para erradicar el trabajo infantil.

²¹ Los párrafos 3 y 4 del artículo 2 del Convenio 138 establecen sucesivamente que “la edad mínima fijada en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años”. Y luego que “no obstante las disposiciones del párrafo 3 de este artículo, el miembro cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados podrá, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, si tales organizaciones existen, especificar inicialmente una edad mínima de catorce años”. Esta última fue la opción hecha por la Argentina. Cabe señalar, no obstante, que la Ley Federal de Educación 24.295 establece que la educación básica obligatoria concluye a los 15 años, lo que implicaría –sostiene Carlos A. Etala– la elevación a ese piso mínimo de la edad de admisión en el empleo

En relación con el Convenio 156 referido a los trabajadores con responsabilidades familiares, que la Argentina ratificara en marzo de 1988, durante el período 1994-2004, el gobierno informa a la CEACR de la sanción de la ley 24.714, que deroga la ley 18.017, así como de los Decretos 770/96, 771/96 y 991/96 que igualan los derechos a asignaciones familiares de trabajadores y trabajadoras. Según aquella ley, reglamentada por el Decreto 1.245/96, cuando ambos padres trabajan, las asignaciones familiares han de ser percibidas por aquel a quien, en función de su monto, le resulten más beneficiosas. En solicitud directa, la CEACR pide al gobierno argentino que la licencia de la madre trabajadora que da luz a un hijo con síndrome de down pueda alternativamente ser gozada por el padre. Análoga extensión se pide en relación con las normas que reconocen derecho al uso y goce de salas maternas y guarderías. Como se expresó antes, también el Decreto 1.363/97, en relación en este caso con el empleo público, se había hecho cargo de la problemática de los trabajadores con responsabilidades familiares –igualdad de oportunidades para los trabajadores con cargas de familia, protección del rol paterno, otras disposiciones que hacen a la protección de la familia y al ejercicio de las responsabilidades familiares– en este caso en relación con los empleados públicos.

Fue también intensa la actividad de la CEACR en relación con el Convenio 169 sobre poblaciones indígenas y tribales, aprobado por ley 24.071 y ratificado el 3 de julio de 2000. En esta materia, la CEACR toma nota en 1996 acerca de que el nuevo artículo 75, inciso 17, de la Constitución nacional reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas de la Argentina y garantiza el respeto a su identidad, educación bilingüe e intercultural, propiedad de las tierras que tradicionalmente ocuparan y participación en la gestión de sus recursos naturales y a los demás intereses que les afecten. En años posteriores, la CEACR hace el seguimiento de diversas denuncias relativas al despojo de tierras, a la participación de las comunidades aborígenes en los organismos de gestión que atienden sus intereses y en las acciones tendientes a favorecer el mejoramiento de sus condiciones de vida. En junio de 2002, la ley 25.607 dispuso la realización de una campaña de difusión de los derechos de los pueblos indígenas consagrados en el citado artículo 75, inciso 17, de la Constitución nacional, campaña que no se llevó a cabo.

La CEACR formuló reiterados requerimientos a la Argentina en relación con el Convenio 81 sobre inspección del trabajo, respecto del cual le reclamara el envío de informes sobre la actividad de los servicios de inspección y se registraran informaciones relativas a su insuficiencia, particularmente en las provincias, la inadecuación de su número o de su remuneración y la falta de recursos para la tarea inspectiva. Hay que decir, finalmente, que tras la federalización de los servicios de inspección, la adjudicación al Ministerio de Trabajo de la Nación de la condición de autoridad central del Sistema Integrado de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social, dispuesta primero por la ley 25.250 y luego por la ley

25.877, se ajustó a las exigencias del Convenio 81 acerca de ese particular, como también lo hizo el régimen general de sanciones por infracciones laborales sancionado por la ley 25.212 (Pacto Federal del Trabajo) en el que el citado convenio es invocado de modo expreso.

IV. La jurisprudencia

IV. 1. De la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En los pocos caso en que la Corte invocó los convenios de la OIT, lo hizo de modo sólo subalterno, como en “ATE c/Pcia. de Corrientes”, *Fallos*: 322:1441, causa en la que en el dictamen del procurador general, para aconsejar la invalidación de una norma provincial que requiere la actualización de la voluntad de afiliarse para hacer lugar a la retención de cuotas sindicales, se citan los Convenios 87 y 98 sólo después de otras normas internacionales de contenidos menos específicos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombres, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles, la Carta Interamericana de Garantías Sociales y la Carta de la OEA²².

O sólo se les invoca en un voto de la minoría, como en “Estrella Fernández c/Sanatorio Güemes S. A.”, *Fallos*: 311:1602, en el que los ministros Petracchi y Bacqué, buscan sustento en el Convenio 100 sobre igualdad de remuneraciones entre la mano de obra femenina y masculina, haciendo particular referencia a los criterios de la evaluación objetiva del empleo para la fijación del salario en la realización del principio de igual remuneración por tareas de igual valor. En ese marco, se afirma que las diferencias salariales deben fundarse en circunstancias objetivas y demostrables de calificaciones y aptitudes.

En “Cocchia, Jorge Daniel c/Nación Argentina y otro”, *Fallos*: 316:2624, la invocación de los estándares internacionales tiene por objeto más bien sustraerse a la aplicación del Convenio 98, cuando se cuestionaran los excesos del Decreto 817/92 que determinara la pérdida de efectos de cláusulas convencionales que contuvieran “condiciones labora-

²² En “Ministerio de Trabajo c/Sindicato del Personal de Fabricaciones Militares Altos Hornos Zapla”, Sentencia de 9 de agosto de 2001, la CSJN, siguiendo el dictamen del procurador, se limita a evocar la posición tradicional de la OIT, para la que la negociación y el acuerdo constituyen las reglas a tener en cuenta en la instrumentación de los cambios estructurales (citado por Duarte, David y Amenta, María Adela en la página 36 de su contribución inédita al *Curso sobre normas internacionales del trabajo*, organizado por el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 2003, con el apoyo del Servicio de Libertad Sindical del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT).

les distorsivas de la productividad en el sector del transporte marítimo y portuario”. Antes que buscar fundamento en el citado convenio, la cita de la Memoria del Director General a la 79ª Conferencia Internacional del Trabajo (1992) sirve para hacer excepción a su aplicación y justificar la emergencia. El director general había expresado entonces que “sólo por motivos económicos y sociales de peso e interés general podría justificarse una intervención de las autoridades públicas a efectos de modificar el contenido de los convenios colectivos libremente concertados...”, situación excepcional, afirma el Alto Tribunal, que es la que se ha señalado en la sentencia.

En el marco de una sentencia por medio de la que se desestima la queja articulada contra la denegación del recurso extraordinario –en “Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/PEN, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” del 4 de diciembre de 1995– un voto en disidencia del ministro Boggiano que, en cambio, considera formalmente admisible el recurso, desestima no obstante la pretensión de que el Poder Ejecutivo notifique la aprobación legislativa del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales que había dispuesto la ley 24.071, con sustento en el criterio de que la ratificación es un acto complejo que comienza con la aprobación legislativa y concluye con el acto discrecional del Poder Ejecutivo que lo ratifica (la ley aprobatoria había sido sancionada en marzo de 1992 y a la sazón no había sido aún ratificada)²³.

En otros casos, la invocación de los convenios de la OIT por parte de la actora no merece consideración alguna por parte de la Corte²⁴ o, siendo pertinente la cita de esos convenios, se les ignora²⁵.

²³ El Convenio 169 fue finalmente ratificado –mediante la pertinente decisión y comunicación del Poder Ejecutivo– el 3 de julio de 2000.

²⁴ Así ocurrió en “Asociación Argentina de Actores c/Ministerio de Trabajo”, fallo del 31 de octubre de 2002, y en “Chichizola, Jorge Alberto c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, Fallos: 323:2117.

²⁵ Tales parecen ser los casos de “Sindicato de Obreros y Empleados de Educación y Minoridad (SOEME) c/Provincia de San Luis”, Fallos: 323:2967, “ATE c/Provincia de Entre Ríos”, fallo del 26 de marzo de 2002 y “Feole, Renata Rosa c/Arte Televisivo Argentina S. A. s/despido” del 5 de marzo de 2002; en este último, para dejar sin efecto un fallo del inferior que había invalidado un convenio colectivo que duplicara la indemnización por despido por embarazo, se cita el Tratado sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, pero no el Convenio 111 de la OIT. Cómo no advertir, por otra parte, que en las recientes sentencias de la CSJN en autos “Vizzoti” y “Aquino”, en las que se declararan sucesivamente las inconstitucionalidades del tope del art. 245 de la LCT y del art. 39 de la LRT con un notable despliegue fundado en convenios y declaraciones sobre derechos humanos, no se invocan, pese a su pertinencia, los convenios de la OIT (en “Aquino”, según se desprende del mismo fallo, la actora había invocado el Convenio 111 sobre discriminación).

IV. 2. De los tribunales inferiores

Algo más frecuente es la cita de los convenios de la OIT por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en particular por su Sala X y, a veces de modo menos pertinente, por su Sala VI. De ese modo, en “Central de los Trabajadores Argentinos (CTA) c/Alitalia, Líneas Aéreas Italianas s/juicio sumarísimo”, Expte. 29.687/97²⁶, la Sala X busca sustento en el Convenio 98, junto al artículo 14 *bis* de la Constitución nacional, para darle un sentido amplio a las normas de la ley 23.551 en materia de protección de los dirigentes gremiales contra las represalias del empleador, incluyendo en ese régimen a los dirigentes que fueron elegidos para desempeñar cargos ejecutivos en asociaciones sindicales con personería gremial que, sin embargo, no son las que tienen la representación de la categoría que integran los trabajadores de las empresas en la que prestan servicios. En esa decisión se menciona en particular: a) que según el Comité de Libertad Sindical la protección debe alcanzar a todos los trabajadores, siendo particularmente necesaria en relación a los delegados y dirigentes sindicales; b) que los convenios internacionales del trabajo *son tratados y, por lo tanto, tienen una jerarquía superior a las leyes* y c) que el empleador no puede cuestionar la decisión del trabajador de afiliarse al sindicato al que lo hizo, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una injerencia indebida en detrimento de la libertad sindical (art. 14 *bis*, CN, y Convenio 87). También, en este fallo la Sala X afirma que el Convenio 87 alcanza jerarquía constitucional, pues a él se remite el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷.

La misma Sala X vuelve a invocar convenios de la OIT –en este caso, los Convenios 87, 98 y, adicionalmente, el 151 (sobre la relaciones de trabajo en la administración pública)– en “Asociación Profesional Policial de Santa Fe c/Ministerio de Trabajo s/ley de asociaciones sindicales”, Expte. 28.958/02, para sostener el criterio de que es la legislación nacional la que

²⁶ El mismo criterio –para una situación análoga– sustentó la misma Sala X en “Guas, Néstor O. C/AFIP”, en “La Ley”, 2001-D-322, en el que se expresó que el trabajador que ejerce una representación sindical ajena a su encuadramiento tiene derecho a una licencia gremial sin goce de sueldo y reserva del puesto, en virtud del criterio amplio con que deben interpretarse los arts. 48 de la ley 23.551 y 217 de la LCT, como derivación de la protección sindical del art. 14 *bis* de la Constitución nacional y del art. 1 del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo, máxime –agrega– ante la extensa trayectoria como militante sindical en la organización que representa y la falta de perjuicio para el empleador.

²⁷ Tesis que la misma Sala había sustentado antes en “Sindicato de Conductores de Taxis de Córdoba c/Ministerio de Trabajo s/ley sindical”, fallo del 30 de marzo de 1998 en el que, además, se invoca ese Convenio 87 para invalidar una intervención del Ministerio de Trabajo sobre un sindicato.

convenios internacionales de trabajo

debe determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías de esos convenios (en el mismo sentido, son citados en ese fallo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); con ese fundamento, destacando que todas las normas, convenios o tratados apartan la situación particular de las fuerzas armadas y policiales, pues no son trabajadores independientes del Estado, sino que lo integran y representan y son depositarios exclusivos del monopolio de la fuerza y garantes de la seguridad interna, se convalida la decisión administrativa de rechazar la inscripción de un sindicato policial. En el mismo sentido, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en “Asociación Profesional de Policías de la Provincia de Buenos Aires c/Ministerio de Trabajo s/ley de Asociaciones Sindicales”, fallo del 12 de noviembre de 2002, en el Expte. 25.181/02, que sustenta su decisión en los mismos convenios de la OIT y en un criterio interpretativo integrado en la unidad sistemática de la Constitución y, por otra parte, en las facultades atribuidas por esta última a las autoridades de la Nación para proveer a la seguridad interior y de las fronteras y para dictar las normas para la organización y gobierno de las fuerzas armadas según las necesidades de la nación (art. 75, inc. 17 y 27, y art. 99, inc. 14, CN).

En autos “Sindicato Argentino de Docentes Particulares c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo”, fallo del 22 de abril de 2002, Expte. 17.974/01, con sustento en los criterios de los órganos de control de la OIT según los cuales sólo pueden considerarse servicios esenciales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o en parte de la población, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo invalidó la resolución 480/2000 del Ministerio de Trabajo que, haciendo aplicación del Decreto 843/00, había encuadrado a la educación pública y también a la de gestión privada en el período de escolaridad obligatoria, como servicios esenciales para la comunidad²⁸.

Esta vez en materia de accidentes del trabajo, la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en “Lizarraga, Juan Elías c/Streitfeld, Jorge s/accidente ley 9.688”, fallo del 31 de Julio del 2000, en el Expte. 18.318/98, expresó que según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la modificación o derogación de un tratado internacional por ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuestas por la Constitu-

²⁸ Véase la referencia a los requerimientos de la CEACR en esta materia y a su respuesta normativa antes, en la nota 13.

ción nacional, marco en el cual procede a valorar los lineamientos generales de los convenios de la OIT en la materia *que son tratados y prevalecen sobre las leyes nacionales y sus disposiciones concretas son aplicables inmediatamente por la autoridad administrativa y judicial, desplazando consiguientemente a las opuestas de las leyes*. En los términos de los Convenios 18 (ratificado por la Argentina) y 155 (aún no ratificado), se prescribe que las legislaciones nacionales deben establecer las disposiciones que, de acuerdo con las condiciones particulares de cada país, sean más adecuadas para garantizar en toda circunstancia el pago de la indemnización a las víctimas de accidentes de trabajo, y que esta reparación debe estar plenamente garantizada. En la misma materia, y con sustento –entre otras normas– en el Convenio 111 sobre la discriminación, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en “Bogado Espinola, Silvino c/Purissimus S. A. y otro” del 12 de febrero de 2001, declaró la inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley de accidentes del trabajo. También invoca los Convenios 111 y 100 sobre discriminación (en este caso, por el pago de salarios diversos para categorías también distintas a trabajadores que realizaban la misma tarea), la Sala VI de la misma cámara, en autos “Rodríguez, José A. c/Telefónica de Argentina S. A.”, fallo del 15 de marzo de 1999, registrado en LL, 2000-C-95; y el Convenio 111, la Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minas de San Fernando del Valle de Catamarca, pcia. de Catamarca, Cámara de Segunda Nominación, en autos “Hernández, Marcelo Fabián c/Neba S. A.”, Sentencia de 7 de febrero de 1997²⁹.

Otras citas relevantes de los convenios de la OIT pueden encontrarse en “Ruiz Díaz, Nora c/Instituto Cambridge s/despido”, fallo de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo del 25 de junio de 2004, en el que se invoca el Convenio 95 para invalidar el supuesto carácter no remuneratorio de un “adicional por exámenes”. Hay que decir, no obstante, que en “Corba, Omar Ángel c/APS S. A. y otro s/despido”, fallo del 15 de junio de 2004 (apenas 10 días antes) la misma Sala, por voto de los jueces Fernández Madrid y De la Fuente (que constituyen la mayoría) había admitido el carácter no remuneratorio de los denominados *tickets-canasta* del artículo 103 *bis* de la LCT –criterio cuestionado por la CEACR de modo recurrente–, argumentándose que “no es necesario incorporar al planteo el Convenio 95 de la OIT que, por lo demás, debe ser adaptado e integrado a la legislación nacional, en la medida en que ella no contraría dicho convenio *de manera flagrante...*”, atribuyéndole luego a la OIT haber dicho “reiteradamente (...) que sus convenios y recomendaciones deben ser adecuados a las circunstancias nacionales, en la medida en que ellos

²⁹ Este último citado por Florencia Teuly en la página 8 de su contribución inédita al *Curso sobre normas internacionales del trabajo*, citado en nota 22.

puedan ser de aplicación”³⁰. Huelga señalar que ese criterio, erróneamente atribuido “a la OIT” tiende, bien por el contrario, a violentar el principio de universalidad de los convenios internacionales sustentado por los organismos de control de la OIT, que no admite su relativización sino cuando el propio convenio contiene una cláusula de “flexibilidad” que reenvía –en diversas variantes textuales– a las condiciones nacionales. Nada de eso hay en el convenio 95³¹.

Ha de destacarse también un fallo de un tribunal no laboral, la Cámara Federal de la Plata, Sala II, que en “Caraballo, Luis E. c/YPF”, fallo del 18 de noviembre de 1999, que invalida el despido de un trabajador discapacitado con sustento en el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (menciona, además, la recomendación 168 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas), que obliga a formular, aplicar y revisar la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas, basado en el principio de igualdad de oportunidades; bien entendido –se agrega– que las medidas afirmativas que se adopten con tal objeto no deberán considerarse discriminatorias respecto de los trabajadores en general. La recomendación 168, en cuanto agrega que las personas inválidas deberían disfrutar de igualdad de oportunidades y de trato en cuanto al *acceso, la conservación y la promoción en un empleo*, es invocada para justificar e interpretar la ley nacional 22.431. Con esos fundamentos, se ordena la reincorporación del trabajador discapacitado despedido, pues no había otros en la empresa y, por lo tanto, no se encontraba cumplido el porcentaje del 4% de discapacitados requeridos por esa ley.

En diversos fallos pueden encontrarse citas y remisiones a los convenios de la OIT que se invocan con carácter *obiter dictum*. Entre ellos, en el de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos “Aloy, Jorge Ricardo Luis y otros c/Edesur Empresa Distribuidora Sur S. A. y otros s/accidente - acción civil”, del 25 de junio de 2004, se tiene en cuenta el Convenio 111 (convenio sobre la discriminación) en una acción que se

³⁰ La Sala VI de la CNAT había también considerado la cuestión relativa al discutido carácter remuneratorio de los tickets-canasta en “Pereyra, Walter Rolando c/Hospital Británico de Buenos Aires s/despido”, fallo del 14 de abril de 2004. En éste, el juez Capón Filas reivindica el carácter salarial de ese concepto con sustento en el Convenio 95 y, desde esa perspectiva, invalida la decisión discrecional del empleador de dejar de pagarlo. El juez De la Fuente vota en el mismo sentido, aunque insistiendo en que los ticket canasta *no son remuneración* –desestima, por tanto, la invocación del Convenio 95–, pero resuelve de todos modos que el empleador no puede disminuirlos unilateralmente porque la obligación de pagarlos se encuentra incorporada al contrato individual.

³¹ El voto de la minoría aplica, en cambio, el Convenio 95 y en su virtud sustenta el carácter salarial de ese concepto.

resuelve mediante la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley de riesgos del trabajo (inconstitucionalidad que posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación hiciera propia omitiendo toda cita de los convenios de la OIT). La misma Sala, en “Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina SRL s/juicio sumarísimo”, Expte. 33.975/02, resuelve una situación en que se discriminara a dos trabajadoras en razón de ser cónyuges de dirigentes sindicales en conflicto, limitándose a citar normas nacionales (leyes 23.592 y 23.551, art. 53), omitiendo toda invocación del Convenio 111 y mencionando –pero sólo *obiter dictum*– el Convenio 98 que contempla explícitamente la discriminación antisindical.

También para declarar la inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley de accidentes del trabajo, la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en “Olivares, Daniel Gastón c/Corzo, Jorge Manuel y otros s/accidente ley 9.688”, fallo del 31 de agosto de 2001 –donde, como en el ya citado fallo “Lizarraga”, invoca los Convenios 18 y 155– señala que *si los convenios internacionales del trabajo son tratados, entonces prevalecen sobre las leyes nacionales y sus disposiciones concretas son aplicables inmediatamente por la autoridad administrativa y judicial y consiguientemente desplazan a las opuestas por las leyes*. Criterio éste distinto al de la Sala VI que en “Cuitiño, Marcelo Alejandro c/Orígenes AFJP SA y otro s/despido”, del 27 de abril de 2001, por mayoría desestima la aplicación del Convenio 95 en su hipotética colisión con el artículo 103 *bis* de la LCT por no haberse planteado la inconstitucionalidad de la norma nacional.

Otras decisiones en las que aparecen citas *obiter dictum* de normas internacionales del trabajo son “CTERA c/Estado Nacional, Ministerio de Trabajo s/nulidad de resolución”, fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, del 7 de noviembre de 2002, en el que se convalida una disposición nacional –el Decreto 843/2000, reglamentario de la ley 25.250– que no incluyera a la educación entre los servicios esenciales para la comunidad, por su ajuste en ese sentido a los dictámenes de los órganos de control; “Pelloli, Carlos Guillermo c/Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo”, Expte. 17.351/98 de la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en la que se invoca la Recomendación 143 sobre los representantes de los trabajadores en la empresa, que aconseja la consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado, o de un organismo paritario, antes de que el despido de un trabajador sea definitivo, en respaldo de una sentencia en la que se cuestiona que la empleadora no hubiera solicitado oportunamente la exclusión de la tutela; “Unión Tranviarios Automotor y otros c/Estado Nacional, PEN”, fallo del 15 de agosto de 1996, en el que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo reconoce la aptitud de un sindicato para interponer un recurso de amparo contra decretos de necesidad y urgencia emitidos por el gobierno, sosteniendo el juez Capón Filas que la

denegación de ese beneficio implicaría la afectación del Convenio 87. A su vez, la Sala X, en “SOESG y P. de la pcia. de Buenos Aires c/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, fallo del 29 de abril de 2002, en “DT”, LXII-2168, argumenta *obiter dictum* en sustento del régimen sindical argentino, que la OIT admite el criterio de la mayor representatividad³².

Finalmente, la Cámara Nacional Civil Sala H, en los autos “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S. A.”, del 16 de diciembre de 2002³³, condenó a la empresa que durante años prefiriera la contratación de personal masculino, a contratar sólo mujeres hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. Entre muchas otras normas nacional e internacionales y variada jurisprudencia nacional y extranjera, el Tribunal invoca el Convenio 111 sobre la discriminación y la Recomendación 111, así como la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de 1975 de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), completada en 1985 también por la CIT mediante una resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo.

En algunos casos, la invocación minoritaria de convenios internacionales no fue admitida por la mayoría. Tal situación se presentó con alguna frecuencia en la Sala VI de la CNAT, en la que la proclividad del juez Capón

³² Como se pondrá de manifiesto más abajo, el régimen argentino de ningún modo es puesto en cuestión por recurrir al criterio del “sindicato más representativo”, sino por ciertas previsiones que, a juicio de la CEACR y del CLS, tienden a desnaturalizar ese criterio. De ese modo, la CEACR expresó que cuando el legislador confiere a los sindicatos reconocidos, de hecho los más representativos, ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales, la concesión de tales privilegios no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse para la determinación de la organización más representativa debería basarse en criterios objetivos, establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar toda decisión parcial o abusiva; además, las ventajas deberían limitarse de manera general al otorgamiento de ciertos derechos preferenciales, tales como la negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de los delegados ante los organismos internacionales (Estudio General sobre libertad sindical y negociación colectiva, 1994, párr. 97). En síntesis, la Comisión expresa compartir con el Comité de Libertad Sindical el criterio de que tal distinción —entre sindicatos más representativos y los restantes— no debería tener como consecuencia el privar a las organizaciones sindicales que no han sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para fomentar y defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previstos en los artículos 3 y 10 del Convenio 87 (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, 1996, párr. 309).

³³ En “La Ley”, 2003-B-969.

Filas a sustentar sus decisiones en convenios de la OIT –no siempre de modo atinado³⁴– no fue acompañada por los demás jueces del Tribunal.

En algunos otros casos que hemos podido identificar, la invocación de convenios de la OIT por parte de la actora no mereció acogida favorable por parte del Tribunal. Tal el caso de “Morali, Adolfo Ramón c/Ilansir S. A.”, fallo del 24 de septiembre de 2002, en el que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo rechazó la pretensión de responsabilizar al Estado por un crédito impago por la demandada en quiebra, con invocación del Convenio 173 ratificado por la Argentina y la ley 23.472 (Fondo de Garantía de los Créditos Laborales, no reglamentado y por tanto no operativa). El Tribunal destaca que el Convenio 173 permite optar entre un régimen de privilegios y una institución de garantía, por lo que, existiendo el primero, la falta de funcionamiento de esta última no implica violación del convenio. También el de “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/Provincia de Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, fallo del 3 de junio de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, en el que las actoras cuestionaran la ley de creación de Municipio de Villa Pehuenia, en cuyo ejido están asentadas las comunidades mapuches y, en particular, un acto eleccionario en el que se elegirían las autoridades de ese municipio; sostuvieron allí que la obligación de participar en ese proceso electoral es contraria a la preservación de su propia cultura, invocando en su favor el artículo 3.2 del Convenio 169. El Tribunal rechaza la acción, sin considerar siquiera la citada norma de la OIT.

V. Régimen legal de organización sindical y libertad sindical

Como lo anticipé en las primeras líneas de este estudio, he considerado conveniente tratar de modo especial y separado las cuestiones relativas al régimen legal de organización sindical y su relación con el Convenio 87 y, en general, con el principio de libertad sindical consagrado en el mismo,

³⁴ Es, a mi juicio, el caso de “Bulos, César Alberto c/Redes y Servicios SRL s/despido”, fallo del 7 de octubre de 2002, “Souza, Gonzalo c/Maitilasso, Lucía y otro s/despido”, fallo del 30 de abril de 2003, y “Velázquez, Arnaldo R. c/Tecno Wash SRL”, fallo del 10 de abril de 2002, este último en “Derecho del Trabajo”, LXII-120 y ss., en los que se invoca el Convenio 111 para tratar situaciones relativas a trabajadores “en negro”. En esos casos, la mayoría resuelve la cuestión con otro sustento. También el de “Niz, Griselda Eliana c/Panna SA s/despido” del 12 de noviembre de 2000, en el que el juez citado cuestiona un contrato de fomento del empleo disponible para mujeres trabajadoras por discriminatorio, en atención a su carácter precario, citando para ello los convenios 111 y 156. La mayoría desestima el carácter discriminatorio de esos contratos; a su criterio, su habilitación constituye un ejercicio de acción afirmativa concebido para favorecer a las mujeres, aunque se pueda estar en desacuerdo con su eficacia.

por tratarse del espacio temático que ha estado presente del modo más intenso e inquietante en la relación entre la Argentina, la Organización Internacional del Trabajo y sus órganos de control durante el período en consideración.

V. 1. La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones

Tan pronto tomó conocimiento de la por entonces nueva ley sindical 23.551 y de su Decreto reglamentario 467/88, la CEACR, en su informe publicado en 1989, expresó su satisfacción por su sanción y simultánea derogación de la ley “de facto” 22.105 de 1979. Sin embargo, procedió de inmediato a señalar varios puntos “que no parecen estar en conformidad con el Convenio”:

a) el artículo 28 que establece que para peticionar la personería gremial para actuar en la misma zona y actividad o categoría donde ya existiera otra asociación sindical que la detenta, la peticionante debe afiliarse a una cantidad “considerablemente superior” de afiliados cotizantes durante un período mínimo y continuado de 6 meses, término que el decreto reglamentario califica al establecer que la peticionante debe superar a la que posea la personería gremial en por lo menos un 10% de sus afiliados cotizantes. La Comisión entendió que ese porcentaje suplementario es excesivo;

b) el artículo 29, en cuanto dispone que “sólo podrá otorgarse personería gremial a un sindicato de empresa, cuando no obrare en la zona de actuación y en la actividad o en la categoría una asociación de primer grado o unión” y el artículo 30 que prescribe que “cuando la asociación sindical de trabajadores con personería gremial invista la forma de unión, asociación o sindicato de actividad y la peticionante hubiera adoptado la forma de sindicato de oficio, profesión o categoría, la personería podrá concedérsele si existieran intereses sindicales diferenciados para justificar una representación específica (...) y siempre que la unión o sindicato pre-existente no comprenda en su personería la representación de dichos trabajadores”. Para la CEACR, *ese tipo de disposiciones podrían tener por efecto restringir el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a éstas* (art. 2, Convenio 87); y

c) los artículos 38 y 39, que acuerdan a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial privilegios en materia de retención de cotizaciones sindicales y exenciones fiscales. El artículo 41, que limita a los sindicatos con personería gremial el ejercicio de la representación de los trabajadores en la empresa, y los artículos 48 y 52 que sólo benefician a los representantes de esas organizaciones con la protección especial contra las represalias del empleador. *La Comisión entiende que cuando el legislador confiere a los sindicatos reconocidos, de hecho los más representativos, ciertos*

privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales, la concesión de tales privilegios no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse.

Como consecuencia de esas observaciones –y como se anticipara líneas arriba– en 1992, el gobierno, con la asistencia de una misión consultiva de la OIT, procedió a elaborar un proyecto de reformas a la ley 23.551, sobre el que se pronunció la CEACR en su informe publicado en 1993. Dijo entonces la Comisión observar con interés la modificación de algunas disposiciones que se encontraban en contradicción con el Convenio 87, como los artículos 30, 28, 38 y 39 de la ley 23.551. Señaló, no obstante, su preocupación por el hecho de que ese proyecto no previera la modificación de otras disposiciones objetadas anteriormente por la propia CEACR así como por la misión consultiva: el artículo 29, que obstruye el otorgamiento de personería gremial a los sindicatos de empresa, los artículos que privilegian a las asociaciones sindicales con personería gremial frente a las restantes en materia de representación de intereses colectivos diferentes de la negociación colectiva (art. 31.a), y las disposiciones en materia de protección de representantes gremiales (arts. 48 y 52). En cualquier caso, la Comisión expresó la esperanza de la pronta adopción del proyecto de ley modificatorio de la ley 23.551, de modo en que se tengan plenamente en cuenta los comentarios de la Comisión.

La CEACR vuelve sobre el tema en su informe publicado en 1996. Evoca, entonces, el proyecto de ley de 1992, y toma nota de que el gobierno en su memoria manifiesta que ese proyecto había sido aprobado por la Cámara de Senadores en noviembre de 1992 y que se encontraba a la sazón en la Cámara de Diputados en estudio de la comisión específica. La Comisión de Expertos expresa entonces “la firme esperanza de que el proyecto modificatorio sería aprobado a la brevedad posible, con objeto de evitar toda posibilidad de parcialidad o abuso en la determinación y consecuencias de la mayor representatividad de las organizaciones sindicales”. Esa expresión de deseos se reiteraría en el informe del año siguiente (1997). *En verdad, se trataba de una esperanza vana: por entonces hacía ya varios años que el gobierno, ante la dura resistencia que la dirigencia sindical opusiera a aquel proyecto, había desistido de instar su aprobación.*

En su informe de 1998, la CEACR vuelve a puntualizar cuáles son las disposiciones de la ley 23.551 que se encuentran en contradicción con el Convenio:

- el artículo 28 de la ley, que requiere para poder disputar la personería gremial a una asociación, que la demandante posea una cantidad de afiliados “considerablemente superior”;
- el artículo 21 del Decreto reglamentario 467/88, que califica el término “considerablemente superior” al establecer que la asociación que

convenios internacionales de trabajo

pretenda la personería gremial deberá superar a la que la posea como mínimo en un 10 por ciento de sus afiliados cotizantes;

– el artículo 29 de la ley, que dispone “que sólo podrá otorgarse personería gremial a un sindicato de empresa, cuando no obrare en la zona de actuación y en la actividad o en la categoría una asociación de primer grado o unión”;

– el artículo 30, que requiere condiciones excesivas para la concesión de la personería gremial a los sindicatos de oficio, profesión o categoría;

– el artículo 31.a, b, d y e de la ley, que privilegia a las asociaciones sindicales con personería gremial frente a las demás asociaciones, en materia de representación de intereses colectivos diferentes de la negociación colectiva;

– el artículo 38, que sólo permite a las asociaciones con personería gremial, pero no a las simplemente inscritas, la retención en nómina de las cuotas sindicales;

– el artículo 39, que sólo exime a las asociaciones con personería jurídica, pero no a las simplemente inscritas, de impuestos y gravámenes;

– los artículos 48 y 52 de la ley que prevén que únicamente los representantes de las organizaciones con personería gremial se beneficien de una protección especial (fuero sindical).

En esa oportunidad, la Comisión habría de lamentar “una vez más” que el gobierno no haya aportado ningún nuevo elemento sobre las cuestiones planteadas, y que sólo se haya limitado a informar que el proyecto de ley modificatorio de la ley 23.551, elaborado con la participación de la misión consultiva de la OIT en 1992 y que se propusiera derogar y modificar algunas disposiciones (arts. 28, 30, 38 y 39 de la ley y 21 del Reglamento), continuara sin ser aprobado. En esta oportunidad *se invita al gobierno a que proporcione información completa en la 86ª reunión de la conferencia.*

Fue en la Comisión de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo que el gobierno argentino debió proporcionar esa información y someter el régimen sindical a nuevo escrutinio. A tal efecto, presentó en la oportunidad un informe en dos volúmenes y expuso una serie de argumentaciones en defensa de la ley 23.551. Sostuvo a esos efectos que esa norma había servido para derogar la ley sindical de la dictadura, que había sido producto de un amplio consenso político y social, que no establece condiciones que obstaculicen la constitución de sindicatos y la obtención de la personería jurídica, que no establece requisito abusivo o discriminatorio alguno para obtener la personería gremial, que establece procedimientos judiciales que garantizan el ejercicio regular de los derechos, que, en fin, procura evitar divisiones sindicales innecesarias y una fragmentación de la representación sindical. Se admite, no obstante, que la ley es perfectible, que el gobierno presta “particular atención e interés” a las observaciones de la CEACR, y que había procurado promover los puntos

de vista de esta última en el “proyecto de reforma de la ley presentado en su momento ante el Parlamento”³⁵.

El representante gubernamental agregó algunos datos cuantitativos, expresivos –a su juicio– de la legitimidad del texto legal: había por entonces 2.776 sindicatos con personalidad jurídica, de los cuales 915 se habían constituido en los últimos 10 años (es decir, desde que la ley entrara en vigencia). Unos 1.317 sindicatos contaban por entonces con personería gremial, y la habían solicitado otras 334 asociaciones, “lo que expresa una importantísima variedad de especificidades asociacionales de marcada pluralidad”. Había, por otra parte, 1.432 sindicatos simplemente inscriptos, “con facultades de representar los intereses individuales y plurindividuales de sus afiliados, el derecho de peticionar en resguardo de sus intereses colectivos y de desarrollar cualquier otra actividad propia de las asociaciones gremiales”. Ese conjunto de sindicatos –con y sin personería gremial– afiliaban a unos más de 4.400.000 afiliados declarados, lo que significaría “teniendo en cuenta las estimaciones disponibles sobre la población económicamente activa, que estamos entre una de las tasas de sindicalización más altas del mundo”.

La presentación en la Comisión de Normas de la Conferencia recibió observaciones de parte de los miembros trabajadores, que recordaron que en el último informe de la Comisión de Expertos, se lamentaba “una nueva vez, que el gobierno no aporte ningún elemento nuevo en respuesta a las cuestiones surgidas luego de numerosos años”. Tras intervenciones de diverso tono de los miembros empleadores, del miembro trabajador y del miembro empleador de Argentina, y de miembros trabajadores de diversos países, el representante gubernamental insistió en la esperanza del gobierno de que la CEACR examinara con detenimiento el informe detallado que se venía de presentar “con el fin de mostrar la manera en que en la práctica de la ley 23.551 se tenían en cuenta los puntos planteados por la observación de la Comisión de Expertos”. A modo de conclusión, la Comisión de Normas tomó nota de la información provista por el representante del gobierno, evocó la observación de la Comisión de Expertos que durante varios años solicitara la enmienda de algunas disposiciones de la ley 23.551, subrayó la importancia que atribuye al derecho de los trabajadores de constituir y de afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes, tomó nota de que el gobierno está dispuesto a recurrir a la asistencia técnica de la oficina, expresó la esperanza de que esta asistencia habría de facilitar la plena aplicación del Convenio, y dijo confiar en que el gobierno habría de consultar con las organizaciones de empleado-

³⁵ Es, recordemos, el que ya hacía varios años el gobierno había desistido de impulsar.

res y de trabajadores (incluso de aquellas que aún carecen de personería gremial) y en que la Comisión de Expertos pudiera muy pronto tomar nota de progresos sustanciales en la plena aplicación del Convenio 87.

La CEACR se pronunció sobre las informaciones suministradas por el gobierno en la Comisión de Normas en su informe publicado en 1999. Tras recordar los aspectos cuestionados de la ley (evocados líneas arriba), puntualizó que lo que la Comisión había cuestionado es el conjunto de requisitos para obtener la personería gremial y los privilegios de que gozan las organizaciones que poseen dicha personalidad³⁶. Dejó en claro que no se opone a que existan sindicatos reconocidos como más representativos ni tampoco a que gocen de ciertos privilegios. Recordó la posición invariable de la comisión en el sentido de que la determinación de la organización más representativa debería basarse en criterios objetivos, establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar toda decisión parcial o abusiva; además, las ventajas deberían limitarse de manera general al otorgamiento de ciertos derechos preferenciales, tales como la negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de los delegados ante los organismos internacionales (Estudio general sobre libertad sindical y negociación colectiva, 1994, párr. 97).

Acto seguido, la Comisión expresa que, a su juicio, el hecho de que del total de 2.776 sindicatos registrados, 1.317 poseen personería gremial y durante los últimos diez años hubieran sido registrados sólo 130 nuevos sindicatos con personería gremial y 915 asociaciones sindicales meramente inscriptas, implica que la necesidad de contar con un porcentaje “considerablemente superior” (art. 28 de la ley 23.551) constituye una dificultad en la práctica para que los sindicatos simplemente inscriptos puedan obtener la personería gremial. Insiste luego en que las condiciones adicionales requeridas para conceder la personería gremial a los sindicatos de empresa, profesión, oficio o categoría son excesivas y en la práctica impiden que tengan acceso a la personería gremial, privilegiando a las organizaciones sindicales de actividad.

Recuerda luego las disposiciones de la ley que otorgan a los sindicatos con personería gremial diversos privilegios (representación de intereses colectivos diferentes de la negociación colectiva, art. 31; retención en nómina de las cuotas sindicales, art. 38, exención de impuestos y gravámenes, art. 39, protección especial de los representantes sindicales, arts. 48 y 52), insistiendo en su tradicional criterio de que *ese cúmulo de privilegios puede influir indebidamente en la elección por los trabajadores de la organi-*

³⁶ Y no las que garantizan la libre constitución, registro y adquisición de la personería jurídica de las organizaciones sindicales, evocadas por el gobierno en su documento.

zación a la que desean afiliarse. La Comisión juzga que la información del gobierno en el sentido de que el 91% de los trabajadores sindicalizados están afiliados a organizaciones sindicales con personería gremial (contra un 9% a los sindicatos simplemente inscriptos) demuestra precisamente cómo el interés de los trabajadores de adherirse a organizaciones que puedan desarrollar una autentica actividad sindical –es el caso de los sindicatos con personería gremial– obra en perjuicio de las organizaciones simplemente inscriptas, que sólo pueden representar, a petición de parte, los intereses individuales de sus afiliados. En síntesis, la Comisión expresa compartir con el Comité de Libertad Sindical el criterio de que tal distinción –entre sindicatos más representativos y los restantes– no debería tener como consecuencia el privar a las organizaciones sindicales que no han sido reconocidas como las más representativas de los medios esenciales para fomentar y defender los intereses profesionales de sus miembros, ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previstos en los artículos 3 y 10 del Convenio 87 (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, 1996, párr. 309). Y agrega que cuando la legislación confiere a los sindicatos más representativos ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales en virtud de los cuales sólo ellos son capaces de ejercer útilmente, la concesión de tales privilegios no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influya indebidamente en la elección por parte de los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse (Informe de la Comisión de Expertos, 1989, ps. 138-139). Tal la síntesis de los fundamentos de la CEACR para sostener sus observaciones en relación con el régimen legal argentino.

Finalmente, la Comisión toma nota de que el gobierno ratifica su buena disposición para la búsqueda de entendimientos posibles, de *que se ha preparado un decreto reglamentario de la ley 23.551 en el que se han tomado en cuenta los comentarios de la Comisión*, de que se ha creado un equipo de trabajo que se avocaría al análisis de las disposiciones cuestionadas por la Comisión y de la voluntad del gobierno de recibir la asistencia técnica de la OIT en el marco de la aplicación del Convenio 87, y manifiesta que espera recibir el nuevo texto reglamentario de la ley 23.551 mencionado por el gobierno, una vez aprobado. *Huelga señalar que ese decreto nunca se sancionó.*

El siguiente informe de la CEACR sobre el régimen sindical argentino y su conflictiva relación con el Convenio 87 es el que se publica en 2001. En éste, tras recordar los puntos normativos cuestionados, la Comisión toma nota de que el gobierno³⁷ ratifica su disposición a convocar a todos los

³⁷ En este caso, de signo político distinto al precedente.

interlocutores sociales a fin de introducir las correcciones pertinentes a la ley 23.551, lo que había ya hecho mediante su Decreto 1.096 de noviembre de 2000, que creaba una comisión tripartita mixta con ese objeto³⁸.

El gobierno, en efecto, mediante el Decreto 1.096/00 había creado la Comisión Tripartita Mixta, con el objeto de analizar las observaciones realizadas por la CEACR respecto del régimen legal argentino. En ese marco, el Ministerio de Trabajo, a fines de 2000, convocó a los empresarios y a las tres centrales sindicales entonces existentes (CGT, MTA y CTA)³⁹ a una mesa tripartita con el declarado objetivo de formalizar acuerdos tendientes a reformar el régimen sindical argentino de modo de adecuarlo a los

³⁸ En el mismo informe se toma nota “con satisfacción” de la derogación del Decreto 2.184/90 de reglamentación de la huelga en los servicios esenciales para la comunidad, reemplazado por el Decreto 843/00 que garantiza el derecho de huelga en esos servicios. Decreto este, no obstante, también cuestionable en razón de las atribuciones acordadas al Ministerio de Trabajo, organismo no independiente, en la gestión de estos conflictos. Véanse en tal sentido las notas 13 y 14.

³⁹ Hay que decir que esa comisión tripartita fue una de las manifestaciones de *una novedosa experiencia de pluralidad sindical (de hecho, pues no legal) al más alto nivel organizativo*. En ella participó, en efecto, una segunda central sindical (Central de los Trabajadores Argentinos, CTA) integrada principalmente (pero no exclusivamente) por sindicatos del sector público, que enarbó la bandera de la autonomía sindical. El advenimiento de la CTA implicó, por el hecho de su misma existencia pero también explícitamente por su doctrina, un cuestionamiento activo –proveniente ahora del propio medio sindical– del modelo argentino del sindicato único, en cuya defensa se solía invocar (hasta la aparición del CTA) la ausencia de impugnaciones provenientes del campo de los trabajadores.

Es una novedad destacable el hecho de la aparición de una segunda organización de cúpula –la CTA– que toma distancia de la CGT, que reivindica su autonomía respecto del peronismo y los gobiernos, que cuestiona el modelo histórico del sindicato único (artículo de fe para el resto del espectro sindical) y que propone otros criterios de organización y acción sindical. Pero quizá más notable aún es el hecho de que la CGT –que nunca desde la instancia “refundacional” del modelo sindical había tolerado menoscabo alguno de su condición de sujeto *único* en la representación confederal– haya tenido que admitir coparticipar con MTA (autoconfigurada sólo como una escisión transitoria de la tradicional CGT, a cuyo seno se reintegró en el curso de 2004) y CTA, tanto en la organización de medidas de conflicto contra las políticas públicas (luego de la sustitución del gobierno peronista de Menem por uno de otra extracción) como en diversas actividades de diálogo tripartito como lo fuera en esa oportunidad la Comisión Tripartita Mixta y más recientemente el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil que el gobierno convocara durante el año 2004. *Tal vez quepa reconocer en estos fenómenos las primeras señales –de hecho– de un pluralismo sindical que desborda los confines hasta ahora monolíticos del modelo de la unidad impuesta* (en su comunicación a la CEACR que ésta recoge en su informe publicado en 2003, el gobierno resalta la participación de la CTA en todos los organismos sociolaborales del Mercosur y en la mesa de consulta tripartita prevista en el Convenio 144).

recordados requerimientos de la Comisión de Expertos. Tras varios meses de reuniones periódicas (lapso temporal durante el cual se recibió a una misión de contactos directos de alto nivel de la OIT que acompañó ese proceso), el Ministerio de Trabajo, la CGT, el MTA y los empresarios (con la única disidencia de la CTA) coincidieron en una estrategia claramente orientada a preservar el modelo sindical en su conformación histórica y en su consecuencia acordaron sustentar unas reformas que se ocuparon de unos pocos de los puntos cuestionados por la CEACR y lo hicieron de un modo que hizo evidente que la idea que prevaleció fue la de ahorrarle al régimen legal sindical cambio sustantivo alguno⁴⁰.

En efecto, recogiendo los acuerdos mayoritarios de la Comisión Tripartita, el gobierno emitió tres decretos:

a) El Decreto 757/2001, mediante el cual se puntualizó que las asociaciones sindicales simplemente inscriptas gozan del derecho de representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales de sus afiliados “con los mismos requisitos previstos por el artículo 22 del Decreto 467/88”, y que poco agrega, pues esa atribución de los “simplemente inscriptos” ya aparecía reconocida en el artículo 23, inc. a, de la ley 23.551 (“a. Peticionar y representar, a solicitud de parte, los intereses individuales de sus afiliados”). Esta norma, por lo tanto, no hace más que extender a los sindicatos simplemente inscriptos una disposición reglamentaria que había sido concebida exclusivamente para los que cuentan con personería gremial.

b) El Decreto 758/2001, mediante el que se hacía posible que los sindicatos simplemente inscriptos solicitaran a la entidad bancaria pagadora de los salarios de sus afiliados (mediante el consentimiento escrito por parte de estos), que practique la retención de la cuota sindical “acreditada por resolución de la autoridad de aplicación”; notable (e inexplicablemente) este decreto fue derogado mediante el Decreto 922/2001 emitido apenas un mes después.

c) El Decreto 760/2001 mediante el cual se facultó al Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos para que gestionara ante las jurisdicciones provinciales y municipales la incorporación en sus regímenes fiscales del principio de exención a favor de las asociaciones sindicales admitidas por la normativa nacional; la Subsecretaría de Relaciones Laborales y la Administración Federal de Ingresos Públicos habían dictado las resoluciones conjunta 102/2001 y general 1027, que estable-

⁴⁰ La estrategia sindical de impedir toda alteración en el modelo histórico había resultado en esa oportunidad nuevamente exitosa. *Estrategia que contó esta vez con el apoyo de los empresarios, en elocuente expresión de conformidad actual con el régimen sindical que algunos años antes habían impugnado.*

cían que gozan del mismo tratamiento tributario que las entidades sin fines de lucro, los actos y bienes de las asociaciones sindicales con inscripción gremial destinados al ejercicio de sus derechos sindicales.

A la vista de la derogación del Decreto 758/2001, la manifiesta irrelevancia del 757/2001 y la discutible significación del Decreto 760/2001, *el régimen sindical emergía de ese proceso una vez más inalterado.*

En su informe publicado en 2002, la CEACR, tras tomar nota de comentarios enviados por la CTA y pedir al gobierno sus propios comentarios al respecto, toma conocimiento de las actuaciones de la recordada Comisión Tripartita Mixta, declara su satisfacción por el contenido del Decreto 757/2001 y toma nota con interés de las resoluciones que dicen extender a los sindicatos simplemente inscriptos el tratamiento tributario de las entidades sin fines de lucro (sobre el que pide informaciones adicionales), así como del enunciado propósito del Poder Ejecutivo de modificar por ley el artículo 28 de la ley 23.551 y derogar el artículo 21 del Decreto 467/88 que requiere un número de afiliados superior en no menos de un 10% para desplazar en el goce de la personería gremial al sindicato que la detenta. *Esa ley no fue hasta hoy sancionada.*

La CEACR vuelve a tratar el régimen sindical argentino en su informe publicado al año siguiente. En esa oportunidad, recuerda sus recurrentes observaciones a ese régimen y acusa recibo de las informaciones provistas por el gobierno en relación con aquéllas. De ese modo, se toma nota de las manifestaciones de este último *en el sentido de que aquel proyecto de reforma del artículo 28 se encuentra en tratamiento en el Congreso* y de que el gobierno analiza la conveniencia y oportunidad de *dictar un decreto para modificar el artículo 21 del Decreto 467/88 reduciendo al 5% el porcentaje allí previsto en el 10.*

Sobre los cuestionados artículos 29 y 30 de la ley 23.551 (que a juicio de la CEACR problematizan el acceso de los sindicatos de empresa, profesión, oficio o categoría a la personería gremial), la CEACR recoge las explicaciones del gobierno y señala “una vez más” el desajuste de esas disposiciones con el artículo 2 del Convenio 87. Tampoco parece aceptar la Comisión las consideraciones del gobierno en relación con el artículo 38 de la ley que reserva a los sindicatos con personería gremial la posibilidad de obtener el descuento de las cuotas sindicales en la fuente. Toma nota, en cambio, de que el gobierno informa que en virtud de lo dispuesto en la legislación nacional, el alcance del artículo 39 –exenciones impositivas– se extiende a todas las asociaciones sindicales.

Finalmente, pese a las argumentaciones del gobierno en relación con los artículos 48 y 52 de la ley 23.551 –exclusividad de la protección de los representantes sindicales de las asociaciones con personería gremial– la CEACR considera que los dirigentes de las asociaciones sindicales simplemente inscriptas no gozan de la protección especial asignada a aquéllos (los de los sindicatos con personería), y que esta discriminación es incompatible con las exigencias del Convenio. Pide entonces al gobierno que tome medidas para modificar los artículos en cuestión.

En su informe publicado en 2004, la Comisión vuelve a recordar sus observaciones a la ley 23.551 aún no resueltas, y toma nota de manifestaciones del gobierno, que dice estar avanzando paulatinamente en un proceso para generar las condiciones políticas e institucionales que permitan profundizar las coincidencias con la Comisión de Expertos según el consenso con los actores sociales; el sistema normativo vigente, se sostiene, “es el resultado de una ecuación en la que se conjugan factores históricos, socioeconómicos y políticos y, por ende, la modificación de la norma presupone ponderar esos factores y su resultado afecta a los titulares de los derechos por ella consagrados”. La Comisión concluye su informe observando “con preocupación que desde hace numerosos años se refiere a las disposiciones de la legislación mencionada que plantean serias discrepancias con el Convenio...”, y expresando su esperanza “de que el diálogo con los interlocutores sociales, cuyo inicio anuncia el gobierno, se vea reflejado en un futuro próximo en la modificación de las disposiciones legislativas” cuestionadas.

V. 2. El Comité de Libertad Sindical

La relación del régimen sindical argentino con el Comité de Libertad Sindical no fue más afortunada. Baste señalar que desde su creación en 1951 tramitaron ante el CLS un total de 2.402 casos; de ellos, 117 se refirieron a la Argentina, que con ese número *se convirtió en el país que fuera objeto de más reclamaciones por ante el CLS en todo el mundo*⁴¹.

Varios de los casos relativos a la Argentina –consideramos sólo los que se sustanciaron a partir de comienzos de 1994– concluyeron en cuestionamientos a la ley sindical argentina análogos, cuando no idénticos, a los que formulara la Comisión.

⁴¹ Entre los 148 países que fueran objeto de quejas, después de la Argentina aparecen Colombia y Perú con 104 casos cada uno y Grecia con 100 casos. Ciertamente, no todas esas reclamaciones tuvieron por objeto cuestionar normas e instituciones del régimen sindical; pero esa singular primacía mundial que ostenta la Argentina obliga ciertamente a reflexionar acerca *de en qué medida nuestras instituciones suscitan proclividades no compatibles con los valores de la libertad sindical*. En particular, me parece pertinente llamar la atención acerca de que la notable frecuencia con la que se acude ante los organismos de control de la OIT en queja o reclamo respecto de actuaciones desviadas del Estado –unas veces del Ministerio de Trabajo de la Nación que es autoridad de aplicación del régimen sindical y de las relaciones colectivas, otras de dependencias diversas de los estados provinciales– confirma el acierto de la CEACR y del CLS que, amén de exigir un respecto escrupuloso de la autonomía sindical y colectiva, sólo admiten la intervención en las relaciones colectivas de trabajo de *órganos independientes*, quedando bien entendido que los ministerios de trabajo, agentes de políticas públicas que los actores colectivos tienden legítimamente a cuestionar, no invisten esa condición.

En efecto, poco después de la sanción de la ley 23.551, se presentaron ante el CLS sendos reclamos formulados por organizaciones empresarias (Unión Industrial Argentina y Cámara Argentina de la Construcción) y por la Coordinadora de Entidades Gremiales Jerárquicas de la República Argentina, que constituyeron, respectivamente los casos 1.455 y 1.456. En esos casos, las organizaciones querellantes sostuvieron que algunas disposiciones de las normas citadas violaban los Convenios 87 y 98, mencionando en particular los artículos 28 de la ley y 21 de su decreto reglamentario, relativo al número de cotizantes requerido para que una organización sin personería gremial pueda desplazar a otra con personería gremial que opere en el mismo ámbito, el artículo 29, que fija las condiciones para que un sindicato de empresa obtenga la personería gremial, el artículo 30, que establece condiciones para la concesión de la personería gremial a los sindicatos de oficio, profesión o categoría, así como otros artículos de la ley que otorgan derechos exclusivos a las organizaciones con personería gremial, como los de representación de intereses colectivos, negociación colectiva, administración de obras sociales, retención en nómina de las cotizaciones sindicales, exención de impuestos y fuero sindical privilegiado de sus representantes.

En noviembre de 1989, el Gobierno solicitó a la OIT una misión de contactos directos “a fin de considerar en profundidad los temas planteados” por las organizaciones querellantes en los casos mencionados. Sin embargo, cuando esa misión se constituyó en el país –19 al 23 de marzo de 1990– tomó conocimiento de que con fecha 16 de marzo de 1990 se había firmado un acta en cuyos términos la Unión Industrial Argentina requería al Comité de Libertad Sindical la suspensión de los términos y procedimientos en curso de las quejas que había presentado y el Ministerio de Trabajo se comprometía a dar apoyo a esta solicitud, para solucionar directamente entre las partes la cuestión oportunamente planteada⁴². Mediante otra acta, de fecha 15 de marzo de 1990, también la Coordinadora de Entidades Gremiales Jerárquicas de la República Argentina informaba que dejaba sin efecto sus quejas presentadas ante la OIT.

Con referencia también a disposiciones del régimen de la ley 23.551, en el caso 2.054 /2000 el CLS pidió al gobierno que tomase medidas para que la legislación no discrimine a las organizaciones simplemente inscriptas respecto de las que gozan de la personería gremial. En el caso 1.924/1998, se cuestionan los artículos 28, de la ley 23.551, y 21, del Decreto 467/88, en cuanto exigen que el sindicato peticionante de la per-

⁴² A partir de ese momento no se registrarían otros cuestionamientos empresarios a la ley sindical. Bien por el contrario, en la comisión tripartita convocada por Decreto 1.096/2001 –a la que me refiriera antes– la actitud empresaria apuntó más bien a preservar ese régimen legal (véase, en efecto, nota 39).

sonería gremial tenga un número de afiliados *considerablemente* superior al que posee el que previamente la detenta, y que ese número debe exceder el 10%. En el caso 1872/1997, se somete a crítica el artículo 29 de la ley 23.551, que restringe el otorgamiento de la personería gremial a los sindicatos de empresa y se solicita su derogación. En el caso 1.953/2000, el Comité pidió al gobierno que no se discrimine a los representantes y dirigentes de los sindicatos simplemente inscriptos en relación con la protección que se discierne a los que pertenecen a sindicatos con personería gremial⁴³. En los casos 1.832 y 2.054 se objetó un decreto provincial que reserva el acceso a la retención de las cuotas sindicales en nómina sólo para los sindicatos con personería gremial.

Varios casos fueron generados por las dificultades de sindicatos peticionantes para acceder a la personería gremial: el 2.130 (Sindicato de Trabajadores del Pescado y Afines), el 1.924 (Sindicato de Conductores de Generadores de Vapor y Afines Nacional, Provincial, Municipal y Privado) y el 1.872 (Unión de Trabajadores del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados). En el caso 1.741, el Comité trató la situación suscitada en la Casa de la Moneda, en la que ATE y UPCN –ambas con personería gremial– disputaban el ejercicio de la representación sindical; la cuestión fue resuelta por medio del procedimiento de encuadramiento sindical, en el que el Ministerio de Trabajo resolvió que UPCN era allí la entidad más representativa. El CLS pidió al gobierno que, tras un período razonable, la organización sindical que se estime perjudicada pueda solicitar un nuevo procedimiento para determinar cuál es la organización más representativa, *bajo el control de un órgano independiente*⁴⁴.

⁴³ La eventual ratificación del Convenio 135 (por el momento, dicho convenio ha sido aprobado por ley 25.801 sin que haya aún constancia de que el Poder Ejecutivo Nacional haya comunicado su ratificación a la OIT) podría dar fundamento adicional a este reproche del CLS (véase en ese sentido Etala, Carlos Alberto, *Incidencia de la ratificación del Convenio 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores*, en “DT”, LXIV-463).

⁴⁴ En el marco de un régimen de unicidad sindical como el que consagra la ley 23.551, en el sector público existe una cierta tendencia a reconocer fenómenos de pluralidad sindical: el simultáneo ejercicio de la personería gremial por parte de ATE y UPCN (ambos, sindicatos estatales de amplia base) y algunas disposiciones legales (arts. 4 y 6 de la ley de negociación colectiva en el sector público) son expresión de esa tendencia. En ese marco, la Resolución 255/2003 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, emitida el 22 de octubre de 2003, establece que la personería gremial que se otorgue a asociaciones sindicales representativas del sector público no desplazan “en el colectivo asignado” las personerías gremiales preexistentes. En tales casos, el número de delegados elegidos por cada asociación sindical será directamente proporcional a los afiliados cotizantes que posea, siempre que mantenga un mínimo del 10% de afiliados con relación al total de los trabajadores a representar. Esta resolución, valiosa en su orientación pluralista es, sin embargo, de dudosa validez, pues no se ajusta al régimen de la unicidad sindical consagrado por la ley 23.551.

convenios internacionales de trabajo

Otros casos se refirieron a la denegación de la simple inscripción. En el caso 1.777/1995, el Comité entendió que no cabía negar a la CTA el derecho a su simple inscripción por el hecho de que sus estatutos admitieran la afiliación directa de trabajadores a la propia central, entendiendo que tal decisión se encuentra en el ámbito de la autonomía estatutaria de la organización sindical. En función de esa conclusión, el CLS pidió que se efectúe “de inmediato” el trámite de inscripción gremial de esa central⁴⁵. También en el caso 2.168 se trató de la negativa ministerial a otorgar la simple inscripción gremial al Sindicato de Empleados y Obreros de la Administración Pública Provincial y Municipal de Salta. A su vez, en el caso 1.953/2000, el Comité entendió que la revocación de la inscripción por vía administrativa a una federación compuesta por cuatro sindicatos de base equivale a la desaparición legal de dicha asociación, y por lo tanto a una disolución de la organización por vía administrativa, contraria en tanto tal al artículo 4 del Convenio 87.

En dos casos –1.837 y 1.939– el CLS debió examinar alegatos sobre actos de violencia contra dirigentes sindicales y sindicalistas, lo que no sucedía desde el retorno del país a la democracia, ocurrido a fines de 1983. En ambos casos se alegaron muertes violentas (en las provincias de Tierra del Fuego y de Neuquén) y agresiones físicas de sindicalistas y trabajadores durante manifestaciones de protesta reprimidas por fuerzas policiales en las provincias de Buenos Aires, Corrientes y San Juan⁴⁶.

VI. Para terminar

Tras el anunciado examen de los espacios de influencia de los convenios internacionales del trabajo –decisiones de los órganos de control, jurisprudencia, acciones legislativas y reglamentarias, otras, instrumentos de la política pública– se recoge la impresión de que en los últimos diez años esos convenios han impactado sobre el sistema argentino de protección del trabajo de modo matizado y con muy diversa fortuna.

En algunos ámbitos, ese impacto ha sido interesante. Tal, por ejemplo, el de la eliminación del trabajo infantil, en especial de sus peores formas; la Argentina ratificó en el período los Convenios 138, sobre la edad mínima, y 182, sobre las peores formas del trabajo infantil, y emprendió

⁴⁵ Inscripción a la que CTA accedió casi dos años después.

⁴⁶ Cfr. Guido, Horacio y Odero, Alberto, *Libertad sindical y democracia en los países del Mercosur (1983/2003)*, en Gernigon, Bernard; Odero, Alberto y Guido, Horacio, *Biblioteca electrónica sobre libertad sindical y negociación colectiva*, OIT Internacional Training Centre, Turín, 2004, donde puede encontrarse una completa relación de los casos relativos a la Argentina correspondientes al período 1983/2003. Los casos 1.837 y 1.939 se refieren a los homicidios de los trabajadores Víctor Choque y Teresa Rodríguez, respectivamente, entre otros hechos de violencia.

numerosas acciones en la materia, bajo la advocación de la organización internacional.

También significativa ha sido en el período la influencia *conceptual* en materia de inspección del trabajo; en el marco de los Convenios 81, sobre la inspección del trabajo, y 129, sobre la inspección del trabajo (agricultura), ambos ratificados por la Argentina, se llevaron a cabo recurrentes actividades de asistencia técnica, se unificó el sistema de sanciones por infracción de las normas laborales (ley 25.212), se honró, en el marco de la lógica federal del sistema político argentino, el criterio de que la inspección del trabajo debe contar con una autoridad central (así se estableció, sucesivamente, en las leyes 25.250 y 25.877). Lamentablemente, esa valiosa influencia *conceptual* no ha tenido en sucesivos gobiernos los debidos correlatos presupuestarios y operativos, ausentes los cuales, el control del cumplimiento efectivo de las normas de protección del trabajo continúa siendo altamente deficitario.

En el orden de los impactos relevantes experimentados durante los últimos años, cabe mencionar también el tratamiento de las cuestiones relativas al género y las responsabilidades familiares. El modo en que variara el tratamiento de la protección del trabajo de las mujeres tras la Declaración sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato para las Trabajadoras de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT, 1975), complementada en 1985 por la Resolución sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato para los Trabajadores y las Trabajadoras en el Empleo, y la aprobación del Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (ratificado por la Argentina en marzo de 1988), tuvieron apreciable incidencia en la Argentina.

Todos esos impactos refieren, principalmente, el campo legislativo y el de otras políticas públicas⁴⁷. *No puede ocultarse el hecho de que, como quedara en evidencia en este trabajo, la aplicación judicial de los convenios internacionales del trabajo desde 1994 –año en el que la reforma constitucional les adjudicó una jerarquía superior a la de la ley– ha sido, cuanto menos, modesta.* En el

⁴⁷ No se advierte en cambio, que las normas internacionales del trabajo hayan logrado canalizar su influencia por medio del diálogo social. En efecto, el período en consideración (1994/2004) registra una única expresión de concertación social de alcance amplio (el denominado "Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad Social", suscripto el 25 de julio de 1994), en el que se consideraron temas de empleo, derecho de información, solución de conflictos, participación de los trabajadores, higiene y seguridad en el trabajo, formación profesional, asignaciones familiares, concursos y reforma de las relaciones laborales. En ese instrumento hay una única referencia a la OIT y sus convenios; se expresa allí que el Ministerio de Trabajo habría de convocar a las partes a constituir la comisión prevista en el Convenio 144 de la OIT para la atención y seguimiento del cumplimiento de las normas internacionales del trabajo. No ha trascendido registro alguno de sus deliberaciones.

período en consideración, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha aplicado los convenios de la OIT o lo ha hecho de modo sólo secundario o subalterno, cuando no ha evidenciado cierta proclividad a sustraerse a sus normas. En los tribunales nacionales inferiores del trabajo, la aplicación de los convenios de la OIT aparece de modo contingente o excepcional, salvo en el caso de unos pocos tribunales que exhiben –con diversa pertinencia– un compromiso más sistemático con las normas internacionales del trabajo; como quedara a la vista, en algunos jueces, por el contrario, se percibe cierta resistencia a reconocer la pertenencia plena de las normas internacionales al sistema jurídico nacional⁴⁸.

Hay que decir, por fin, que en ciertos campos la Argentina ha exhibido una actitud de franco y contumaz incumplimiento de sus obligaciones

⁴⁸ Para superar esas carencias, que de ningún modo son exclusivo patrimonio argentino, el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo y el Centro Internacional de Formación de Turín sostienen un programa mundial de actividades dirigido a sensibilizar a jueces, juristas y abogados en el conocimiento y aplicación de las normas internacionales del trabajo. En la Argentina, la organización internacional se asoció con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires para la realización de actividades de formación en la materia. Entre las últimas, se destacan los cursos de posgrado sobre normas internacionales del trabajo realizados en 2003 y 2004; el último de ellos, co-organizado además por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial en la Nación, de modo de asegurar la participación de magistrados y funcionarios de la justicia del trabajo. En esos cursos se manifestó un creciente interés en las normas internacionales del trabajo por parte de jueces laborales y docentes de Derecho del trabajo y se dio oportunidad para la elaboración de una interesante producción monográfica en la materia. La importancia de esas actividades ha sido destacada por Geraldo von Potobsky en *Eficacia jurídica de los Convenios de la OIT en el plano nacional*, en *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, BIT, Geneve, 2004, quien señaló que “el insuficiente conocimiento de los mismos (de los convenios de la OIT) en numerosos países contribuye a que sus usuarios potenciales (autoridades administrativas, jueces, trabajadores, empleadores, abogados) no los invoquen o apliquen aun cuando sus normas tengan vigencia y puedan haber derogado disposiciones de la legislación interna. Por este motivo, para evitar toda duda sobre la aplicación de los convenios, su relación con el derecho interno y los problemas derivados del desconocimiento de los convenios, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT recomendó hace tiempo ya ‘armonizar también formalmente la ley nacional con el convenio (derogando o modificando expresamente las leyes o códigos anteriores en los puntos cubiertos por el convenio), a fin de que no haya duda o incertidumbre en cuanto a la situación legal’; y ha insistido en ‘la utilidad de las medidas destinadas a señalar a la atención de todos los interesados (jueces, inspectores del trabajo, empleadores y trabajadores) las normas contenidas en los convenios que han sido incorporados de pleno derecho en la legislación nacional’ (Conferencia Internacional del Trabajo, 47ª reunión, 1963, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III, Parte 4A, p. 11, párr. 31)”.

internacionales. Entre otras cuestiones de dimensión algo menor⁴⁹, *es particularmente el caso del régimen sindical argentino y su ilevantable contradicción con el Convenio 87 de libertad sindical*; contradicción denunciada una y otra vez por la CEACR, el CLS y también por la CIOSL⁵⁰, tan clara y flagrante como lo es la resistencia política de gobiernos y actores sociales⁵¹ a adecuar el ordenamiento argentino al sistema internacional⁵².

⁴⁹ Entre ellas, como se expusiera más arriba, la de la atribución de carácter no salarial a los así llamados tickets-canasta, en flagrante violación al Convenio 95 de la OIT.

⁵⁰ Ver *Argentina: Informe anual sobre la violación de los derechos sindicales (2004)* y, en el mismo sentido, los informes de los años anteriores (www.icftu.org).

⁵¹ Enérgicamente defendido por la CGT, que cuenta hoy en el nivel internacional con el apoyo implícito de la representación empresaria argentina (véase notas 40 y 42), el régimen sindical es cuestionado en cambio por la Central de los Trabajadores Argentinos que ha promovido múltiples quejas y reclamos ante los organismos de control de la OIT y, junto con el Centro de Estudios Legales y Sociales, una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (marzo de 2004). Como quedara a la vista en el acápite V de este estudio, los sucesivos gobiernos expresaron una y otra vez su disposición a reformar las normas transgresoras y anunciaron la elaboración de proyectos legislativos y reglamentarios nunca sancionados o que, cuando por excepción lo fueron –es el caso de los Decretos 957/01 y 960/01 evocados más arriba– se ocuparon de cuestiones irrelevantes.

⁵² A esta altura, no obstante, conviene recordar que en los últimos años se registraron algunos progresos “libertarios”, particularmente en el campo del conflicto y, en menor medida (pues en esto se registran también algunos retrocesos) de la negociación colectiva. Se trata de la derogación del régimen del arbitraje obligatorio (ley 25.250) y de la gradual adecuación del régimen de la huelga en los servicios esenciales a los criterios de los órganos de control de la OIT (leyes 25.250 y 25.877). En materia de negociación colectiva se devolvió aptitud negocial a los entidades sindicales de nivel inferior, que le fuera expropiada por la ley 25.013 de 1998 (ley 25.250), se limitaron las atribuciones del Ministerio de Trabajo en el ejercicio del control de oportunidad para dispensar la homologación de los convenios colectivos (ley 25.877) y se consagró la necesaria participación de los representantes de los trabajadores (delegados de personal) en las comisiones negociadoras de los convenios de empresa (leyes 25.250, ratificada luego por la 25.877). Finalmente, en relación con el cuestionado régimen de organización sindical, se registró un cierto avance reglamentario –probablemente contra *legem*– en materia de pluralismo sindical en el sector público (Res. MT 255/03).

El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno

Guillermo Gianibelli

I

La relación entre el derecho argentino y el sistema de derechos de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) ha sido, por momentos indiferente, por momentos tempestuosa. Durante mucho tiempo se suponía que la generalidad de sus preceptos, su adopción tripartita y su aspiración universal, poco podían aportar a un conjunto normativo vigoroso, en constante desarrollo y marcadamente autorreferencial. Sin embargo, aquel rasgo de autonomía del derecho local, no impedía que fuera “reprendido” por su indolencia, desatención o desajustes con las normas, consolidadas o recientes, aprobadas por la OIT.

Esta primera caracterización requiere alguna precisión. El período inmediatamente posterior al Tratado de Versalles, que sentara las bases normativas a escala universal en los aspectos más sensibles a la explotación obrera –como la jornada de trabajo– encontró a la Argentina alineada y conteste a las decisiones de la OIT. Son manifestaciones de este período las primeras normas locales en materia de jornada, descanso, trabajo de menores, etcétera¹.

A partir de allí, durante varias décadas, coincidentes con el intento de sentar las bases de un incipiente estado de bienestar, en el que la legislación laboral y la actuación de los sujetos colectivos promovían y potenciaban su desarrollo, se evidencia un desacople con el influjo del derecho internacional del trabajo. De este período se origina lo que luego sería una recurrente objeción de la OIT a la legislación interna: el régimen sindical.

¹ Por leyes 11.726 (1933), 11.727 (1933), 12.232 (1935), 13.560 (1949) y 14.329 (1954) se aprobaron un total de 44 convenios. La ley 11.544 (1929), que refleja el convenio más paradigmático, el Convenio 1 sobre limitación de jornada, si bien es de fecha anterior a la ratificación formal, se inspiró en dicha convención de Washington que lo había aprobado en el año 1919.

Más recientemente, entrados ya en la etapa histórica de mayor regresión social, la indiferencia por superación es reemplazada por la violación por contrariedad. No sólo que se ralentiza el cumplimiento de la obligación de ratificación de los instrumentos de la OIT sino que se desconocen los términos de los vigentes, o se denuncian algunos².

Paradójicamente entonces, lo que aparecía como un sistema normativo lejano, abstracto y superfluo, se convierte en una referencia y sostén para ser invocado en el derecho local o habilitando a la denuncia del Estado por incumplimiento en sus obligaciones internacionales³.

No obstante esta genérica descripción, en función del recorte metodológico que corresponde efectuar, nos abocaremos a un desarrollo limitado —el que va desde la reforma constitucional a nuestros días— y con un enfoque preponderante: la garantía de los derechos provenientes del sistema de la OIT.

Para ello recorreremos los instrumentos más trascendentes y su reflejo o contraste en el derecho interno, señalando los desajustes, utilizando especialmente la propia doctrina interpretativa gestada por los órganos de control de los mismos; rastreamos la aplicación hecha por los tribunales locales para juzgar o interpretar normas; nos detendremos también en la recepción del derecho internacional del trabajo para la orientación y actuación de la administración del Estado, en especial la autoridad del trabajo; para orientar, por último, hacia las asignaturas pendientes. Tal recorrido permitirá efectuar un balance y vislumbrar sus perspectivas, de la aplicación de los tratados de derechos del hombre en tanto sujeto trabajador, en particular los elaborados por la OIT.

II

La potencialidad de tutela de los instrumentos internacionales de derechos humanos se ha venido ratificando paulatinamente. La fenomenal transformación que en el sistema de fuentes significó la reforma constitucional de 1994 permitió el desarrollo de teoría, prácticas e instrumentos que fueron dando una estructura de despliegue y soporte para la aplicación interna de los tratados, particularmente los constitucionalizados.

A riesgo de sobreabundante, aunque como principio de método, cabe re-expresar el sistema de ordenación de fuentes del derecho establecido en la nueva norma constitucional (art. 75, inc. 22): a) instrumentos de derechos humanos que han sido dotados de jerarquía constitucional inte-

² Por ejemplo, Convenio 154 sobre negociación colectiva y legislación de emergencia, denuncia del Convenio 4, de 1919, sobre el trabajo nocturno de las mujeres, etc.

³ Ver punto 6 en el presente trabajo.

gran el “bloque de constitucionalidad”⁴ y comparten con la Constitución la misma supremacía; b) otros tratados de derechos humanos que, sin estar enunciados en el inciso 22, segunda parte, pueden adquirir la misma jerarquía constitucional sin requerir de un nuevo proceso constituyente, bastando para ello la aprobación por el Congreso, con una mayoría calificada (2/3 de cada cámara); c) el resto de los tratados, celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales, que cuentan con jerarquía superior a las leyes.

Para situar al derecho internacional del trabajo en dicha estructura debemos efectuar algunas aclaraciones. El sistema de la OIT prevé especialmente la aprobación de dos tipos de normas: los convenios y las recomendaciones (art. 19, Constitución OIT). Los primeros adoptan la forma de tratados, y por tanto sujetos a ratificación de los Estados miembros, las recomendaciones, en cambio, constituyen una guía para la acción nacional y no exigen ratificación.

Indicado entonces el valor jurídico de los convenios de la OIT, señalemos cuáles son las obligaciones que asume todo Estado por el sólo hecho de ser parte de la organización. En primer lugar, adoptado un convenio por la Conferencia, el mismo se comunica a todos los Estados miembros para su ratificación; cada uno de los miembros se obliga a someter el convenio, en el término de un año, a las autoridades competentes según el ordenamiento interno al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas; obtenido el consentimiento de la autoridad competente, deberá comunicarse la ratificación formal al director general, debiendo adoptar las medidas necesarias para “hacer efectivas” las disposiciones de dicho convenio; hasta tanto ello no suceda, el Estado moroso deberá informar los motivos que impiden o retrasan la ratificación (art. 5, Constitución OIT).

El Convenio de la OIT es, en consecuencia, un tratado internacional, sujeto a las mismas obligaciones que cualquier tratado (Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados) pero, además, a las propias obligaciones que impone la pertenencia a la organización internacional que los adopta y establece los procedimientos de control a los que más adelante nos referiremos.

Siendo un tratado internacional, no queda duda que adquiere el rango de supralegalidad preceptuado en el primer párrafo del artículo 75, inciso 22, CN⁵.

⁴ Bidart Campos, Germán J., *El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional*, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, p. 78.

⁵ Pese a alguna vacilación inicial, la doctrina se orientó decididamente por ello. Cfr. Von Potobsky, Geraldo, *Los convenios de la OIT: ¿una nueva dimensión en el ordenamiento*

Con ello podríamos clausurar los efectos de la norma citada en relación a los instrumentos de la OIT. Sin embargo, dos aclaraciones adicionales, aunque sustanciales, corresponde efectuar. La primera, relativa a determinar el alcance objetivo de los convenios de la OIT y, particularmente, si es dable predicar de todos o alguno de ellos su consideración como tratados de derechos humanos. La segunda, si el rango jerárquico indicado en el párrafo anterior admite excepciones.

Existen diversas clasificaciones de los instrumentos internacionales⁶, sin embargo, a los fines que aquí interesan y por provenir específicamente de la propia OIT, debemos hacer referencia a aquella que determina una significativa gradación y distingue entre los “convenios de derechos humanos” y los “convenios técnicos”.

Refiriéndose a la función de la OIT, Valticos señaló que al proponerse la mejora de la condición obrera en su conjunto, las normas internacionales del trabajo ya hicieron entrar “todo un bloque de los derechos humanos en la esfera de la competencia internacional”⁷.

Dicha constatación se refuerza en tanto, al momento de adoptar la Organización de Naciones Unidas sus instrumentos fundantes de la protección de los derechos humanos, se reconoció que siendo que los pactos internacionales de derechos humanos (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966) establecen disposiciones relativas al campo del derecho del trabajo, deben considerarse a las mismas, por su generalidad frente al mayor particularismo o detalle de los convenios OIT, al igual que una “ley-marco”, susceptibles de reglamentación por la norma específica⁸.

jurídico interno?, en “Derecho del Trabajo”, 1997-A-457; Etala, Carlos A., *Los convenios de la OIT y su interpretación*, en “Derecho del Trabajo”, 2002-A-677.

Aunque citado en forma genérica, el precedente de la Corte sobre el cual giró la interpretación dualista en materia de tratado, fue justamente respecto de un Convenio de la OIT (Convenio 12, relativo a la indemnización de accidentes de trabajo en la agricultura). En el fallo “Alonso c/Haras Los Cardos” (CSJN, Fallos: 1826:258) la Corte sostuvo que la aprobación del convenio no significaba la modificación de la ley vigente de accidentes de trabajo (9.688) que excluía a los trabajadores agrícolas de su ámbito de aplicación. Tal interpretación ha quedado totalmente superada por la reforma constitucional de 1994 y así lo ha confirmado la CSJN en el caso “Milone”, del 26/10/2004, en “La Ley”, 29/10/2004.

⁶ Ver, por todos, Von Potobsky, Geraldo W. y Bartolomei de la Cruz, Héctor G., *La Organización Internacional del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 46.

⁷ Valticos, Nicolás, *Derecho Internacional del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 239.

⁸ Juvigny, *L’OIT et les droits de l’homme*, Rev. fr. Aff. Soc., 1968, cit. por Valticos, *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., p. 156.

sistema de protección de derechos de la oit

La interrelación entre ambos sistemas –ONU y OIT– se verifica mediante las remisiones concretas (arts. 8.3, PIDESC, y 22.3, PIDCP) y en el acuerdo concluido en 1946 entre ambas organizaciones por el que quedó reconocido el carácter de institución especializada de la OIT y se determinó como procedimiento de control de los derechos de libertad sindical previstos en los Pactos el propio de la OIT⁹.

Históricamente, la OIT había ido reconociendo algunos de sus instrumentos internacionales como de derechos humanos. Así, la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación¹⁰. La distinción, aunque indiscutible, se fue imponiendo más desde un punto de vista didáctico que normativo hasta que en 1998, en lo que fue un hito en la conformación normativa de los instrumentos de la OIT, se adoptó la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento¹¹.

La Declaración significó un cambio cualitativo de importancia por cuanto, a diferencia de la forma natural de hacer obligatorio un instrumento de la OIT, mediante la ratificación por los Estados, la misma –que no está sometida a ratificación– determina la obligatoriedad para todos los Estados miembros de respetar “de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales”.

En consecuencia, por la sola incorporación a la Organización y la aceptación de los principios y derechos enunciados en la Constitución y en la Declaración de Filadelfia, siendo que esos principios han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales, todos los Estados miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios respectivos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios: a) la libertad de asocia-

⁹ Conforme el art. 18 del PIDESC, la OIT informa al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) acerca de los progresos realizados en lo que concierne al cumplimiento de las disposiciones del Pacto relativas a su competencia. En 1950/1951 se creó un procedimiento especial para la protección de la libertad sindical, que complementa los procedimientos generales de control, a cargo de la Comisión de Investigación y de Conciliación en materia de Libertad Sindical y el Comité de Libertad Sindical, ambos de la OIT, mediante el cual se establece un refuerzo recíproco: resulta aplicable a miembros de Naciones Unidas y que no lo sean de la OIT o viceversa e, incluso, aunque no se hayan ratificado los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva (ver OIT, *La libertad sindical*, Recopilación de decisiones y principios del CLS, 4ª ed., 1996, p. 1).

¹⁰ Valticos, *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., p. 240.

¹¹ Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª Reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.

ción y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

De tal modo quedó definitivamente incorporada la categoría de derechos fundamentales al sistema de la OIT, dotada de un procedimiento especial de seguimiento, “que sea creíble y eficaz”, de periodicidad anual en la forma de las memorias solicitadas a los miembros en virtud del artículo 19, párrafo 5.e, de la Constitución, y mediante un “informe global”, a cargo del director general, que permita obtener una imagen “global y dinámica” de cada una de las categorías de principios y derechos fundamentales.

Más allá de las características de interdependencia y potenciación recíproca de los instrumentos de derechos humanos, a los que en materia de derechos del trabajo y la seguridad social luego nos referiremos, la jerarquización que supuso la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo ha aclarado, ahora normativamente, el rango de algunos de los instrumentos vigentes y las especiales obligaciones que respecto de los mismos recaen¹², en el derecho interno tiene una importancia adicional: estos derechos, que han sido reconocidos en los siguientes instrumentos, libertad sindical y negociación colectiva (Convenios 87, 98, 135, 141, 151 y 154), prohibición de trabajo forzoso (Convenios 29 y 105), abolición del trabajo infantil (Convenios 79, 123, 182) y eliminación de la discriminación (Convenios 100 y 111), además de resultar obligatorios aunque no estén ratificados¹³, son susceptibles –en este caso sí preveía ratificación en atención a la forma que ingresa al sistema interno– de elevar a la máxima jerarquía normativa, constitucionalizándose en los términos del último párrafo del inciso 22 del artículo 75, CN.

Además de ello, y en relación a un instrumento específico, el considerado norma básica de la libertad sindical, el Convenio 87, corresponde hacer una aclaración adicional sobre el estatus que le cabe en el sistema de fuentes argentino. En efecto, conforme lo disponen los artículos 22.3

¹² Puede parecer insignificante, en lo que a objeto normativo se refiere y, sin embargo, un repaso rápido nos permite observar, por ejemplo, que algunos de los convenios incluidos en la Declaración no tienen ratificación por numerosos Estados, por ejemplo, ni Brasil ni EE.UU. han ratificado el Convenio 87 sobre libertad sindical; éste último país tampoco lo ha hecho con el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, ni con el 100 sobre igualdad de remuneración; ni Francia ni México han aprobado el Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública; Alemania tampoco lo hizo hasta la fecha con respecto a este último ni al 154; etc.

¹³ Argentina ha aprobado por ley del Congreso el Convenio 135 (ley 25.801, del 2/12/2003) y aún no consta el instrumento de ratificación en la OIT.

del PIDCP y 8.3 del PIDESC, el Convenio 87 tiene una referencia explícita en dichos instrumentos constitucionales conforme el artículo 75, inciso 22, CN. Al referirse a los derechos de asociación en general y sindical en particular, dichos instrumentos incorporan al Convenio 87 como norma mínima en tal materia¹⁴. A partir de ello se ha venido aduciendo que el Convenio 87, en nuestro sistema, también tiene jerarquía constitucional por “incorporación” que de él hacen los señalados pactos¹⁵.

Llegados a este punto, y a modo de resumen, tenemos: a) que de los instrumentos normativos de la OIT son los convenios, en tanto tratados celebrados con organizaciones internacionales, los que una vez ratificados ingresan al sistema de fuentes argentino con jerarquía suprallegal; b) que algunos de estos convenios (incorporados en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de 1998), aún sin ratificación, resultan obligatorios y generan responsabilidad internacional para el Estado miembro de la OIT; c) que los convenios indicados en el punto anterior, considerados de Derechos Humanos Fundamentales, son susceptibles de adquirir rango constitucional mediante el procedimiento del último párrafo del artículo 75, inciso 22, CN; d) que el Convenio 87, de libertad sindical, por incorporación expresa que del mismo hacen el PIDCP y el PIDESC, constitucionalizados en los “términos de su vigencia”, tiene también la misma jerarquía constitucional.

III

Establecida la estructura normativa en la forma descripta, corresponde ahora detenernos en las claves interpretativas de los instrumentos de la OIT. Naturalmente, existiendo órganos propios de dicha organización encargados de efectuar el control de su aplicación, la interpretación que de los mismos éstos realicen parecería confinar sus alcances al ámbito específico y, por consiguiente, a los alcances de las obligaciones asumidas por los Estados miembros y, en su caso, a la responsabilidad internacional que por su incumplimiento se genere. Sin embargo, como veremos, la actuación de los órganos respectivos, en virtud de los procedimientos destinados al control en la aplicación de los convenios, resultarán de una

¹⁴ “Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Parte en el Convenio de la OIT de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”.

¹⁵ Cfr. Rodríguez Mancini, Jorge, *Las instituciones del Derecho colectivo del trabajo y la Constitución nacional*, en *Derecho colectivo del trabajo*, La Ley, 1998, p. 47; Etala, *Los convenios de la OIT y su interpretación*, cit.; Meguira, Horacio y García, Héctor, *La ley de ordenamiento laboral o el discreto retorno del Derecho del Trabajo*, en “La Ley”, Suplemento especial, marzo de 2004, p. 19.

importancia estratégica significativa también para su aplicación, en este caso por los propios tribunales de justicia locales, en el ámbito interno.

En consecuencia, a la inclusión en la estructura de derechos nacional de los instrumentos internacionales corresponde agregar ahora, como clave interpretativa y determinación de sus alcances, la forma con que dichos instrumentos son interpretados y aplicados por los órganos encargados en sede internacional.

Nos estamos refiriendo, que duda cabe, a la disposición del artículo 75, inciso 22, CN que, al incorporar los instrumentos internacionales “en los términos de su vigencia” y conforme lo ha venido indicando la CSJN ello importa su aplicación tal como dichas normas rigen en el derecho internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes, determina una guía interpretativa para los jueces locales que van a conocer respecto de dichos derechos.

Así como en el caso “Giroldi”¹⁶, la CSJN se refirió concretamente a la CADH y a uno de sus órganos, en este caso la CIDH, luego lo extendió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁷.

Por consiguiente, si bien inicialmente parecía que la interpretación internacional que obligaba a los tribunales locales estaba referida a los instrumentos constitucionalizados por la referencia explícita efectuada por el artículo 75, inciso 22, CN, luego se fue abriendo paso una interpretación más extensa que incluye a todo órgano que aplique o interprete un instrumento –sea constitucional o suprallegal– que obligue al Estado argentino.

Esta convicción no es más que lógica consecuencia de los efectos del *leading case* “Ekmekdjian”¹⁸ que expresamente reconoció tales alcances antes de la vigencia de la reforma constitucional con fundamentación en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Señalado el criterio general veamos ahora como cabe recoger dichos principios en particular para los derechos provenientes de la OIT. A este respecto, una primera aclaración cabe efectuar en torno a la estructura normativa indicada en el punto precedente. Si predicamos del Convenio 87 sobre la libertad sindical su carácter constitucional por incorporación que, como derecho mínimo, de él hacen el PIDCP y el PIDESC, las “condiciones de vigencia” de ambos instrumentos, en las que como hemos

¹⁶ CSJN, “Giroldi, H. s/recurso de casación”, 4/7/1995, en “La Ley”, 1995-D-462.

¹⁷ CSJN, “Bramajo, H.”, 12/9/1996, en “La Ley”, 1996-E-409; ídem, “Cavic Petrovic, P. y otros c/Báez, J.”, 28/5/2002, en “La Ley” 2002-E-262.

¹⁸ CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, G.”, 7/7/1992, *Fallos*: 315:1492, en “La Ley”, 1992-C-543; y en “ED”, 148-338.

dicho se incluye el Convenio 87 (art. 22.3, PIDCP, y art. 8.3, PIDESC), no sólo dan suficiente sustento para reconocerle tal carácter constitucional sino que, además, lo incluyen en la doctrina de “Girolodi” sin lugar a dudas. Como veremos inmediatamente, los órganos y procedimientos de control de la OIT son los mismos a los que remiten los instrumentos de la ONU en los casos de violaciones a la libertad sindical establecida como derecho en los artículos 22 del PIDCP y 8 del PIDESC.

Debemos entonces enunciar el sistema de control de las normas internacionales del trabajo. Según la Constitución de la OIT existen dos métodos: el procedimiento de control regular (art. 22) y el procedimiento de reclamaciones y quejas (arts. 24 y 26). Como su denominación lo indica, en un caso se trata de controles periódicos y en el otro a instancias de uno de los Estados miembros, o de organizaciones de trabajadores o empleadores.

El primero de los procedimientos, instrumentado como la obligación de los Estados de enviar memorias¹⁹ sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales haya adherido, es llevado a cabo por dos órganos: la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y por la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia (CACRC). La CEACR, integrada por juristas de reconocida versación, independientes e imparciales, constituye uno de los principales organismos de verificación de la adecuación de la legislación interna de los Estados por la que desarrollan, reglamentan u operativizan las normas de los convenios. La CACRC, de composición tripartita, tiene como función elaborar el informe que se elevará a la Conferencia (anual), el que se efectúa sobre la base del previo informe de la comisión de Expertos. En la práctica, las conclusiones de la Comisión de la Conferencia nunca modifican los comentarios de la CEACR²⁰.

El informe de la CEACR que luego considera la Conferencia consta de tres partes: la primera de carácter general sobre las actividades de la Comisión, con referencias a las formas de asistencia a los gobiernos y el examen de las memorias; en la segunda, que resulta la más significativa como forma de control de la legislación interna, constan las observaciones formuladas a cada país con respecto a la aplicación de los convenios ratifica-

¹⁹ Según la Constitución de la OIT anualmente (art. 22). Con posterioridad dicha obligación ha quedado establecida del siguiente modo: cada dos años para los convenios fundamentales o prioritarios y cada cinco para el resto, a no ser que la Comisión los pida antes.

²⁰ Von Potosbsky y Bartolomei de la Cruz, *La Organización Internacional del Trabajo*, cit., p. 107.

dos; en la tercera se incorpora un estudio sobre un tema específico que el Consejo de Administración selecciona para cada año.

Tanto en la segunda parte, cuando la Comisión se aboca al examen de las normas vigentes en cada país respecto de cada uno de los convenios, como en la tercera parte, cuando lo hace en relación a un determinado convenio, la CEACR está fijando la “jurisprudencia”²¹ sobre cada una de las normas internacionales. Las opiniones de la Comisión de Expertos deberán efectuarse como prescripciones constantes y uniformes para todos los países, determinando si se da cumplimiento a las estipulaciones de un convenio independientemente de las condiciones sociales o económicas imperantes en un país determinado²².

Por su parte, los comentarios de la Comisión de Expertos, bajo la forma de conclusiones siempre unánimes, pueden derivar en dos fórmulas mediante las cuales se objeta la legislación de un determinado país: las observaciones, utilizadas para los casos más serios o persistentes de incumplimiento, publicadas en el informe de la comisión, que pueden ser más severas aun cuando se añade una nota –pie de página– por la que se invita al gobierno a dar informaciones completas a la próxima reunión de la Conferencia o enviar una memoria detallada antes de lo que correspondería normalmente, o ambas²³; y las solicitudes directas, utilizadas para pedir informaciones aclaratorias, que no se publican sino se transmiten directamente a los gobiernos.

El procedimiento de reclamaciones y quejas, por su parte, está considerado como un control no periódico de la aplicación de los convenios ratificados. En el caso de las reclamaciones (arts. 24 y 25, Constitución OIT) el procedimiento sólo puede ser iniciado por una organización de empleadores o trabajadores que alegue que un país no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio ratificado. En el caso de la queja (art. 26, Constitución OIT), el que la promueve es un Estado miembro respecto de otro Estado miembro que, según el parecer del primero, no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que ambos hayan ratificado²⁴. Los dos procedimientos se

²¹ Von Potobsky, G., *Las normas sobre libertad sindical de la OIT y su aplicación en el orden interno*, Errepar, t. IV, p. 123; Von Potobsky y Bartolomei, de la Cruz, *La Organización Internacional del Trabajo*, cit., p. 104, Valticos, *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., p. 151.

²² CEACR, Informe 1977, Parte I, párr. 31.

²³ Von Potobsky y Bartolomei de la Cruz, *La Organización Internacional del Trabajo*, cit., p. 103. Como ocurre reiteradamente con las observaciones a la ley 23.551 y más adelante se trata.

²⁴ Las quejas también pueden iniciarse a instancias del Consejo de Administración bien de oficio, bien según la queja de un delegado a la Conferencia. Según Valticos cons-

desarrollan con intervención del Consejo de Administración, en el caso de las reclamaciones mediante la intervención de un comité constituido de su seno, en el caso de la quejas, mediante la designación de una comisión de encuesta, integrada por tres personalidades independientes, que deberá examinar la cuestión con una audiencia de partes y una visita al país según el caso, elaborando un informe final que es comunicado al Consejo.

Como seguidamente veremos, los procedimientos de reclamaciones y quejas, de carácter general, no han sido los más utilizados ni los que, en lo que nos atañe, hayan generado suficiente “jurisprudencia” dirigida a interpretar las normas de la OIT²⁵. Un organismo especial, creado con la función específica de protección de los derechos sindicales, sería con el tiempo el más importante mecanismo de control y el que de manera más intensa y persistente vigila el cumplimiento de las normas básicas de la libertad sindical en cada uno de los Estados miembros. Nos estamos refiriendo al Comité de Libertad Sindical (CLS) que tiene su origen mediato en el acuerdo entre la OIT y el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas tendiente a que aquella brindara los servicios vinculados al cumplimiento de los derechos previstos en los pactos internacionales. El antecedente inmediato fue la institución, en 1950, de la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical la que, por requerir el consentimiento del gobierno involucrado, por un lado, y por necesitar previamente de un examen de la queja y respuesta del gobierno por otro, determinó la apoyatura en otro órgano que actuaría como una instancia previa. En 1951, entonces, el Consejo decidió la creación del CLS que, en la práctica, se convirtió en el efectivo control de los derechos de la libertad sindical.

El CLS recibe las quejas presentadas por gobiernos u organizaciones de trabajadores o empleadores destinadas a examinar casos relacionados con la legislación sindical, de negociación colectiva y de huelga y, abundantemente, situaciones de hecho en las que en forma concreta se verifica una violación de los derechos de la libertad sindical. El primer tipo de intervención, al que podemos denominar control de adecuación normativa, examina la actuación, generalmente legislativa, aunque también en buena medida de carácter reglamentario o de ejercicio de poderes por la autoridad del trabajo. El segundo directamente opera sobre el caso concreto señalando por qué, según su opinión, se ha incumplido con las normas internacionales del trabajo aplicables. En uno y otro caso, el directo

tituyen el procedimiento contencioso más formal de la OIT (cfr. Valticos, *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., p. 519).

²⁵ Valticos, *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., ps. 518 y 520.

responsable, por acción, omisión o ausencia de intervención reparadora (conflicto entre particulares no subsanable por la vías regulares incluida la judicial), es el Estado miembro, quien a través de su gobierno debe dar explicaciones en sede internacional primero, y dotar de medidas que subsanen en su caso la inadecuación normativa o la violación particular, en el ámbito interno luego.

Efectuado el detalle precedente, de los órganos que en el sistema de la OIT efectúan el control de aplicación de sus normas, será preciso ahora indagar sobre sus alcances y, especialmente, respecto de los eventuales efectos normativos de su intervención. En la línea de desarrollo trazada, resultará significativo determinar la naturaleza de dicha actuación no tanto en términos de la obligación internacional asumida sino en cuanto a su repercusión en el orden interno.

Según el artículo 37 de la Constitución OIT, la interpretación de la propia Constitución y de los convenios corresponde a la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Sin embargo, el Consejo de Administración podrá formular y someter a la aprobación de la Conferencia reglas para establecer un “tribunal” encargado de solucionar cualquier cuestión relacionada con la interpretación de un convenio, el que quedará obligado por cualquier fallo u opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (art. 37.2, Constitución OIT). Aunque dicho procedimiento no ha sido puesto en vigor, en la práctica tanto la CEACR como el CLS, ambos órganos encargados del control de aplicación de las normas internacionales del trabajo, se han convertidos virtualmente en aquellos “tribunales” a los que alude el artículo 37 de la Constitución.

En efecto, tanto la labor de la CEACR, para la generalidad de los convenios, como la del CLS, para los relativos a la libertad sindical, han sido calificadas de “cuasijudiciales” en razón de las condiciones de imparcialidad, independencia y objetividad con que estos dos órganos realizan sus funciones²⁶.

La composición de la CEACR refleja que sus miembros, juristas designados por el Consejo de Administración, son elegidos en su carácter de personalidades independientes, totalmente imparciales y sobradamente competentes. En el caso del CLS, aunque de composición tripartita, se garantizan idénticas condiciones de solvencia²⁷.

²⁶ En palabras de José María Ruda (cfr. prólogo a la obra de Von Potobsky y Barolomei de la Cruz, *La Organización Internacional del Trabajo*, cit.). En similar sentido Valticos, *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., p. 525.

²⁷ Por caso, el presidente del CLS desde 1961 a 1995, el profesor Roberto Ago, fue a su vez juez de la Corte Internacional de Justicia.

sistema de protección de derechos de la oit

La experiencia adquirida por el CLS en examen de más de 20.00 casos en sus más de 50 años de existencia han permitido elaborar un cuerpo coherente muy completo y equilibrado de principios de libertad sindical y negociación colectiva sobre la base de las disposiciones de la Constitución de la OIT y de los convenios. Por provenir de un órgano internacional especializado, imparcial y de sólido prestigio, este cuerpo de principios ha adquirido una autoridad generalmente reconocida y utilizable en la elaboración de las legislaciones nacionales, en las diferentes instancias encargadas de la aplicación de las normas y en la solución de los conflictos colectivos²⁸, constituyendo un verdadero derecho internacional sobre la libertad sindical, una “especie de regla de derecho consuetudinario internacional”²⁹.

Pero como habíamos citado más arriba,, la norma constitucional de la OIT por la que la CIJ es el “único” organismo competente para dar una interpretación autorizada de los convenios y recomendaciones es menester profundizar en la cuestión. Pese a tal disposición y al extenso lapso de actuación de la OIT y la vigorosa capacidad normativa en tal decurso, sólo se encuentra una sola intervención de la CIJ en términos de interpretación oficial de una norma³⁰. Dicha carencia merece ser explicada.

La Memoria del director general de la OIT de 1984 aborda la cuestión: los informes de la CEACR si bien merecen la mayor atención y respeto no tienen la fuerza de una sentencia judicial autorizada y la Comisión no es un tribunal facultado para dictar decisiones obligatorias para los Estados miembros; sin embargo, no sería satisfactorio ni para la OIT, ni para el Estado que ha sido observado por aquélla, dejar pendientes importantes cuestiones relativas a la aplicación de los convenios ratificados. La Constitución de la OIT ofrece cauces para resolver estas situaciones: la CIJ tiene competencia para dictar “decisiones finales” en los casos en que un gobierno objeto de una queja no acepta las recomendaciones de una comisión de encuesta; ahora si dicho gobierno no acude ante el Tribunal debemos entender que ha consentido y aceptado los términos de dicha recomendación³¹.

En consecuencia, en las explicaciones dadas por los órganos de control (Informes de la CEACR, de la Comisión de Aplicación de Convenios y

²⁸ OIT, *La libertad sindical*, Recopilación de decisiones y principios del CLS, 4ª ed. revisada, Ginebra, 1996, p. 2.

²⁹ En expresión de Paul Ramadier, presidente del CLS (Cfr. OIT, Actas de la 121ª. Reunión del Consejo de Administración, 3-6 de marzo de 1953, p. 40).

³⁰ Véase Boletín Oficial OIT, vol. XVII (1932), p. 179.

³¹ Extracto de la Memoria del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo, 70ª Reunión, 1984, Ginebra.

Recomendaciones de la Conferencia, de las comisiones de encuesta nombradas en virtud del art. 26 de la Constitución OIT, del CLS y de la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical), pueden encontrarse directrices sobre el alcance y el significado de las cláusulas de los convenios³², lo que constituye una extensa “jurisprudencia” que da precisión al significado de los instrumentos³³.

Llegados a este punto cabe entonces distinguir entre el carácter de las decisiones de los órganos de control al momento de poner en evidencia una violación de las normas internacionales por parte de uno de los Estados, con sus particulares efectos en la esfera internacional, y la función que, en tanto interpretación de dichas normas, aquellos órganos cumplen. Si en el primer caso su actuación no puede cohonestarse estrictamente con la de un tribunal de justicia, la función interpretativa, sobre la base de las características y procedimientos del organismo internacional de que se trata, constituye sí una regla que evidencia, orienta o permite aplicar una norma al caso concreto.

Trasladada dicha interpretación al orden local, un señalamiento de la CEACR respecto de una determinada norma nacional en su inobservancia a la norma internacional, o una decisión del CLS respecto de la violación de los derechos sindicales, producen una indiscutida e indiscutible regla para que los tribunales apliquen la norma internacional desplazando la interna en virtud del régimen de prelación normativo estatuido por la reforma constitucional.

Aquí adquiere toda su dimensión la labor de los órganos de control de la OIT para el derecho local. Así queda integrado el sistema normativo del trabajo con la fuente internacional “en las condiciones de su vigencia” como el artículo 75, inciso 22, CN, lo impone.

Previo agregar algunos principios generales de carácter interpretativo que permean tanto lo que sostienen los órganos de control como lo que habrán de sostener los tribunales locales, corresponderá seguidamente transmutar la “jurisprudencia” internacional en relación a las normas del derecho del trabajo argentino, particularmente aquellas que controvierten a aquélla o a las normas en que se basa.

IV

En materia de interpretación de normas de derecho internacional o de los eventuales conflictos entre fuentes de dicha procedencia, existen dis-

³² OIT, *Manual sobre Procedimiento en materia de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo*, Departamento de Normas Internacionales, Ginebra, 1998, p. 29.

³³ Von Potobsky y Bartolomei, de la Cruz, *La Organización Internacional del Trabajo*, cit., p. 50; Valticos, *Derecho Internacional del Trabajo*, cit., p. 151.

tintos principios o reglas de aplicación utilizables en dicho ámbito. Sin embargo, en lo que aquí importa, nos detendremos especialmente en aquellos principios que trascienden a la esfera internacional y resultan pautas idóneas para también guiar al intérprete local.

La primera aclaración viene dada por los desarrollos efectuados en los puntos precedentes, a saber: uno, la supremacía de los convenios internacionales del trabajo en el derecho interno; y dos, la incidencia de la “jurisprudencia” de los órganos de control de la OIT en la aplicación de dichos instrumentos por los tribunales locales. Ambos recursos, de por sí, son suficientemente importantes para producir, como veremos más adelante, significativos movimientos en el sistema de fuentes del derecho del trabajo y en la tutela de los derechos individuales y colectivos de dicha rama.

A dicho marco general agreguemos ahora instrumentos específicos que puedan coadyuvar a una eficaz selección por el intérprete de los instrumentos normativos adecuados en un sistema que se caracterizará por la pluralidad de fuentes y de procedencia de las mismas. Recordemos para ello que el derecho del trabajo es, en términos de estructura jurídica, una técnica de limitación de la autonomía de la voluntad. Se vale para ello de dos medios característicos, la norma estatal como norma mínima indisponible, y la norma colectiva como norma superadora y generalmente suplementaria de los derechos provistos por la primera. Parte de la base de la desigualdad entre las partes de la relación contractual y, por ello, construye un entramado dirigido a proteger al sujeto trabajador. En consecuencia, el principio de protección al trabajo/trabajador (art. 14 *bis*, CN), primera referencia explícita para arbitrar en los conflictos laborales, encontrará su símil en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el principio *pro homine*³⁴. Si ante la coexistencia de diversos instrumentos internacionales que regulan una situación o un derecho deberá seleccionarse aquel que mejor asegure la vigencia del derecho o el mayor margen de tutela de la persona humana, partiendo de la misma finalidad tuitiva, los derechos del sujeto trabajador quedarán regidos por idéntico principio de determinación selectiva de la norma más favorable y con la interpretación más extensiva de los derechos protegidos o más restrictiva de toda limitación, restricción o suspensión de esos derechos³⁵.

³⁴ Ver Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 73 y 87; ídem, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 163; Moncayo, Guillermo, *Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino*, ibídem, p. 89.

³⁵ Valiña, Liliana, *El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno*, en Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., p. 173.

En el derecho internacional del trabajo dicho principio está presente en el art. 19.8 de la Constitución OIT³⁶ y en los artículos 5 del PIDESC o 29 de la CADH. Por lo tanto, el proceso inteligible que componen los artículos 7.8 y 7.9 de la LCT, o 7 y 8 de la ley 14.250 en el plano interno, y en relación a las fuentes por dichas normas consideradas, se completa y expande cuando la pluralidad normativa también incluye las fuentes internacionales.

Otros dos principios con aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tendrán idéntica recepción en el derecho del trabajo. Se trata de los principios de no discriminación y de progresividad. Ambos tienen anclaje positivo en los instrumentos internacionales de derechos humanos (arts. 2.1 y 2.2. del PIDESC por citar uno de ellos) y repercuten en el derecho interno, en particular en los derechos sociales.

En materia del derecho internacional del trabajo, como hemos visto, el derecho a la no discriminación ha sido incluido en el mayor rango de reconocimiento con la aprobación de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998. Previo a ello, los Convenios 100 y especialmente el 111, de 1958, habían configurado un estadio de tutela antidiscriminatoria en el trabajo.

El carácter “progresista”³⁷ del derecho del trabajo ha sido señalado reiteradamente. En los instrumentos de la OIT se reconoce dicho carácter en el Preámbulo de su Constitución y en distintos pasajes de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT, adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944 e incorporada como anexo³⁸. Ha adquirido vigencia posi-

³⁶ “En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”.

³⁷ Camerlynck y Lyon-Caen, *Précis de droit du travail*, París, Dalloz, 1975, p. 18.

³⁸ Señala el Preámbulo: “Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; (...) y que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones (...) es urgente *mejorar* dichas condiciones...”. La Declaración de Filadelfia por su parte indica: “La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los que está basada la Organización y, en especial, (...) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el *progreso constante*; (...) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concertado (...) todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo o credo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades (...) el logro de las condiciones que *permitan llegar* a este resultado *debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional*”.

tiva expresa, dentro del conjunto de los derechos sociales, en la disposición del artículo 2.1 del PIDESC³⁹.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos la pluralidad normativa se acompaña con la interdependencia de los textos y de los derechos⁴⁰. Trasladado ello al ámbito de los derechos sociales unos principios o unos derechos, provenientes de una determinada fuente, operan en conjunto, en coexistencia e interdependencia, con otros aunque originados en una fuente diversa.

El principio de progresividad entonces, tan claramente normatizado en el PIDESC, resulta aplicable en todos y cada uno de los supuestos normativos, de fuente internacional o de fuente local, en los que estén en juego derechos sociales en general o del trabajador en particular. Así ha quedado recepcionado recientemente por la Corte Suprema en el caso “Aquino”, sobre el que luego volveremos, al señalar que el principio de progresividad constituye un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del PIDESC en particular del que se siguen dos consecuencias: por un lado, los Estados deben proceder lo “más explícita y eficazmente posible” a fin de alcanzar la plena efectividad de los derechos; y por otro –lo que fue particularmente decisivo en el caso– determinando que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. Agregando que existe una “fuerte presunción” contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado⁴¹.

(...) La Conferencia reconoce la obligación solemne de la OIT de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan: a) lograr el *pleno empleo* y la *elevación del nivel de vida...*”.

³⁹ Ver, especialmente, Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002. También Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, *Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucional*”, en “Contextos”, Revista Crítica de Derecho Social, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 159.

⁴⁰ La Corte Suprema se ha referido a ello en relación a los derechos económicos, sociales y culturales y los civiles y políticos, considerando a los derechos provenientes de los distintos instrumentos como un “conjunto de derechos”. Ver CSJN, “Milone, Juan A. c/Asociart S. A. ART”, 26/10/2004, en “La Ley”, 29/10/2004.

⁴¹ CSJN, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S. A.”, 21/972004, en “La Ley”, 1/12/2004, TSS 2004-778, cons. 10, con citas del Comité DESC, intérprete autorizado del PIDESC, Observación General 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, párr. 1 del art. 2. del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev. 6, p. 18, y Observaciones Generales 14 y 15, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” y “El derecho al agua”, respectivamente.

V

Luego de efectuar las consideraciones de carácter general sobre el lugar que ocupan las normas internacionales del trabajo en la estructura jurídica argentina, su interpretación y principios aplicables, se abordará a continuación la legislación local del trabajo, efectuándose un examen de compatibilidad con aquélla y, en su caso, señalando las contrariedades que, en tanto la supremacía predicada de las primeras, resultaren evidentes o así lo hayan señalado los órganos de control de la OIT o los propios tribunales locales.

En términos de balance de la aplicación de la nueva estructura normativa dispuesta por la reforma constitucional de 1994, éste será el modo de mostrar las “luces y sombras” del ordenamiento laboral y, de similar modo, el arrojó o la debilidad de nuestros jueces en hacer aplicación de la norma internacional en tanto asegure mayor tutela del derecho en cuestión.

Aunque la forma más natural de constatar la vigencia de los derechos y su aplicación efectiva sea el repaso de los repertorios jurisprudenciales, no nos limitaremos a ello en la consideración de ser el sistema normativo de la OIT de aquellos que procuran desplegar su acción no sólo en tanto invocación directa de la norma sino por reflejo en las normas locales que la transponen, en la potestad reglamentaria de la autoridad administrativa, en sus prácticas y en la adopción de políticas concretas y determinadas.

En consecuencia, a la aplicación judicial le adosaremos, en una suerte de lectura del proceso histórico, acotado y reciente, el derrotero de las políticas públicas en materia de trabajo, sea como impulso emulador o receptor tardío de las adoptadas por OIT, sea como obligado ausente, moroso o remiso a cumplir con los convenios ratificados o esperando por ello.

El examen propuesto tiene como fundamento necesario el dispositivo de obligaciones que asumen los Estados miembros de la OIT: aprobado un convenio, los Estados se obligan a “someterlo” a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto “al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas”; en el caso de la recomendación, adoptada la misma debe ser comunicada a los Estados “para su examen, a fin de ponerla en ejecución por medio de la legislación nacional o de otro modo” (art. 19, Constitución OIT).

Por lo tanto, si bien el método apropiado y exigible en primer término, en materia de convenios será su aprobación por ley del Congreso y posterior ratificación, el rastro de la aptitud normativa de las normas internacionales de la OIT se verá en actuaciones más cotidianas y precisas que la sola ratificación. La compatibilidad o no de la norma local, o de su aplicación judicial o administrativa (de preponderante actuación en los derechos colectivos) quedará evidenciada tanto en relación a la norma internacional como a la interpretación que de ella han hecho los órganos de control del sistema de la OIT. Con la especial salvedad que, en nume-

rosos casos, la interpretación de dichos órganos estará destinada en términos directos y específicos a la propia actuación legislativa, administrativa o de hecho, del gobierno –federal, provincial o municipal y en sus tres poderes como veremos– del país. En tal caso, el Estado argentino será objeto de una observación del organismo internacional y pasible de las normas propias del derecho de los tratados (Convenio de Viena) pero, a su vez, pondrá en crisis el sistema normativo a su interior en tanto, como hemos señalado, las normas internacionales incumplidas son también normas locales violadas.

El criterio metodológico que aplicaremos consistirá en efectuar un seguimiento de las normas de la OIT a través de la Guía Clasificada de las Normas Internacionales del Trabajo⁴². Por razones de espacio prescindiremos de las recomendaciones y limitaremos nuestro examen a los convenios. Del mismo modo, tampoco incluiremos un detalle exhaustivo de cada uno de ellos sino que referiremos aquellos derechos más significativos, o más claramente violentados por el ordenamiento local o sobre los que se han expedido los órganos de control de la OIT o la jurisdicción interna.

VI

Conforme la Guía aludida en el punto anterior, el tratamiento de las normas será en el siguiente orden: I) derechos humanos fundamentales; II) empleo; III) política social; IV) administración del trabajo; V) relaciones profesionales; VI) condiciones de trabajo; y VII) seguridad social.

VI. 1.

Los *derechos humanos fundamentales* son, para OIT, aquellos que han sido incluidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998, que ya hemos citado: la libertad sindical –inclusiva de los derechos de autonomía o no ingerencia sobre el sindicato y tutela de toda actividad sindical individual o colectiva, a la negociación colectiva, y a la huelga–, la prohibición del trabajo forzoso y la igualdad de oportunidades y trato⁴³.

La libertad sindical, concepto sustantivo no sólo para las normas de la OIT sino incorporado en cada una de las normas constitucionalizadas por el artículo 75, inciso 22, CN⁴⁴, aparece normado esencialmente en los

⁴² OIT, 1988.

⁴³ En la categoría de convenios “fundamentales” la OIT incluye ocho convenios, todos los cuales han sido ratificados por Argentina (29, 87, 98, 100, 105, 111, 138, 182).

⁴⁴ Art 23.4, DUDH; art XXII, DADDH; art.16, CADH; art. 8.3, PIDESC, y art. 22.3, PIDCP.

Convenios 87 (1948), 98 (1949), 135 (1971) y 151 (1978)⁴⁵. Paradójicamente, siendo que Argentina ha cumplido adecuadamente con la obligación de sumisión de dichos convenios, aprobando los mismos por ley del Congreso, en el caso del 135 en fecha reciente lo que demuestra en este caso un afán de cumplimiento por parte del gobierno que remitió el proyecto de ley luego aprobado, han sido estos derechos de aquellos que más observaciones han recibido por parte de los órganos de control y en forma más enfática.

En efecto, el régimen sindical argentino, que casi sin variaciones se ha venido reproduciendo por más de cinco décadas, ha merecido severas objeciones por parte de la CEACR. Ha observado, por ser incompatibles con los principios de la libertad sindical –especialmente contemplados en el Convenio 87–, los artículos 28, 29, 30, 38, 48 y 52 de la ley 23.551 y el artículo 21 de su decreto reglamentario⁴⁶.

A pesar de la insistencia con que se formulan dichas observaciones por parte de la CEACR⁴⁷ en términos expresos a la regulación vigente y por el CLS en los casos concretos que se le han planteado⁴⁸, el régimen sindi-

⁴⁵ Se omiten los convenios particulares como los relativos a organizaciones de trabajadores rurales o el derecho de asociación en la agricultura o en territorios no metropolitanos (141, 11 y 84).

⁴⁶ CEACR, 2003, 74ª Reunión.

⁴⁷ Año tras año, la CEACR incluye a la Argentina entre los países respecto de los cuales resulta observable su legislación por no adecuarse a los términos del Convenio 87. La insistencia, además de las observaciones, ha incluido solicitudes directas, dos misiones de asistencia técnica y “pie de página” en sus informes. Ver CEACR, Observación individual sobre el Convenio 87, 2004, en la que luego de repasar las normas objetadas, señala: “La Comisión observa con preocupación que desde hace numerosos años se refiere a las disposiciones de la legislación mencionada que plantean serias discrepancias con el convenio”.

⁴⁸ CLS, casos: 1551 (Informe 286), presentado por la Coordinadora de Entidades Gremiales Jerárquicas de la R.A.; caso 1777 (Informe 300), presentado por la CTA frente a la negativa del gobierno de disponer su inscripción gremial; caso 1832 (Informe 304), presentado por ATE; caso 1924 (Informe 309), presentado por el Sindicato de Conductores de Generadores de Vapor; caso 1953 (Informe 320), presentado por la CTA, denunciando prácticas antisindicales; caso 2054 (Informe 320), presentado por el Sindicato de Trabajadores de Lockheed Aircraft Argentina por negativa a retención de cuota sindical; caso 2130 (Informe 330), presentado por la CTA frente a la negativa de otorgar personería gremial al Sindicato de Trabajadores del Pescado; caso 2157 (Informe 329), presentado por la CTERA por negativa a retención de cuota sindical y a permitir el desarrollo de actividad sindical; caso 2204 (Informe 333), presentado por la CTA denunciando atentados contra la vida y la libertad, y diversas formas de represión a dirigentes y trabajadores en situación de protesta pacífica; caso 2240 (Informe 332), presentado por el Sindicato Policial Buenos Aires por rechazo de solicitud de inscripción gremial.

cal ha permanecido siempre en un cono de sombra prácticamente inextinguible⁴⁹.

Conforme la interpretación de la OIT, podríamos enumerar como principios de adecuación exigibles a la legislación interna, los siguientes: a) necesidad de extender la protección contra los actos de discriminación antisindical a los dirigentes o representantes de las asociaciones simplemente inscritas⁵⁰; b) eliminación de la desigualdad de trato entre sindicatos con personería gremial y simplemente inscritos en materia de retención de cuota sindical⁵¹; c) si bien se ha señalado reiteradamente que OIT no se ha opuesto a que existan organizaciones sindicales más representativas, su determinación debería basarse en criterios objetivos, establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar toda decisión parcial o abusiva, limitándose las ventajosas de manera general al otorgamiento de ciertos derechos preferenciales tales como la negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de los delegados ante los organismos internacionales⁵²; d) eliminación del requisito de “considerablemente superior” para acceder al desplazamiento de la mayor representación, teniendo en cuenta que entre los requisitos para acceder a la personería gremial se exige una afiliación superior al 20% de los trabajadores que se intente representar⁵³; e) eliminación de las condiciones adicionales requeridas para la concesión de la personería gremial a los sindicatos de empresa, de oficio, profesión o categoría, las que en la práctica pueden restringir el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las de su elección, y el derecho de la organización de realizar sus actividades sin injerencia del poder público⁵⁴; f) en suma, que la distinción entre sindicatos no tenga como consecuencia privar a aquellos que no hayan sido reconocidos como más representativos, de los medios esenciales para fomentar y defender los intereses profesionales de sus miembros, ni del derecho de organizar

⁴⁹ En 2000 se constituyó una Comisión Tripartita Mixta (Decreto 1096/00), con la misión de analizar las observaciones formuladas por la CEACR, la que contó con la asistencia técnica de una misión de la OIT. Como resultado de ello sólo se dictaron dos decretos y una resolución tendientes a ajustar algunos detalles menores, uno (que establecía la obligación de retención de cuota para los afiliados a los sindicatos con simple inscripción) fue inmediatamente derogado (Decreto 758/01).

⁵⁰ CEACR, 2002, 73ª Reunión.

⁵¹ CEACR, ibídem.

⁵² CEACR, *Estudio general sobre libertad sindical y negociación colectiva*, 1994, párr. 97.

⁵³ CEACR, 1998, 69ª Reunión.

⁵⁴ CEACR, ibídem.

su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previstos en los artículos 3 y 10 del Convenio 87⁵⁵.

Además de los controles regulares de la OIT, y de las quejas particulares ante el CLS, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo lugar la celebración de una audiencia general en la que, ante un planteo conjunto del CELS y la CTA por violaciones al derecho de libertad sindical, la CIDH formuló una solicitud, tanto al Estado como a los peticionarios, de información adicional sobre diversos aspectos.

A falta de corrección normativa, quizá por la fuerza de los hechos, quizá por la presión de la organización internacional, donde cada año en oportunidad de celebrarse la Conferencia Internacional del Trabajo el gobierno argentino se apresta a dar cuanta explicación pueda para intentar subsanar su omisión de cumplimiento, las normas reglamentarias y las prácticas de la autoridad de aplicación han registrado algunos avances parciales. En el ámbito de las administraciones públicas, la resolución 255/03 ha determinado la aceptación de un sistema de pluralidad sindical, debilitando el sistema cerrado de la personería gremial, por caso; y en la participación en las diversas formas de consulta del Estado a las organizaciones de trabajadores y empleadores o en su participación institucional el gobierno ha venido reconociendo sucesivamente la existencia y legitimación de la Central de Trabajadores Argentinos, entidad de tercer grado que deliberadamente se constituyó por fuera de las estructuras y corsés del régimen tradicional cuestionando directamente el requisito de unicidad sindical⁵⁶.

En materia de protección de la actividad sindical desplegada por el trabajador individualmente considerado, la potencia normativa del Convenio 98 no ha recibido de parte de la legislación una adecuada correlación. El artículo 1, inciso 2.b, de dicha norma garantiza protección adecuada para todo trabajador que fuere objeto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo, especialmente frente al acto más autoritario, el despido. Nuestra legislación sólo dota de protección al representante electo de personal o a los miembros de órganos directivos de asociaciones sindicales con personería gremial con lo que no alcanza a cubrir el espacio predicado por la norma internacional –todo trabajador–. La jurisprudencia, mayoritariamente refractaria a la inclusión de otros trabajadores en su ámbito de tutela y más reacia toda-

⁵⁵ CLS, *Recopilación de decisiones y principios*, 1996, párr. 309.

⁵⁶ Ver caso 1777 del CLS. La CTA ha participado, por ejemplo, en la Mesa de Diálogo Social de 2002, ha sido consultada en la reforma de la ley 25.877 e integra actualmente el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil.

vía a aplicar la norma internacional en forma directa, ha admitido no obstante un planteo de nulidad de despido fundado en práctica antisindical para un trabajador que carecía de la representación formal⁵⁷.

El alcance de la norma indicada, tal como lo han sostenido sus órganos interpretativos, es claro: en caso de despido de trabajadores a causa de su afiliación sindical o actividades sindicales, deberán obtener el reintegro en sus puestos de trabajo, aplicándosele a las empresas las sanciones legales correspondientes⁵⁸.

La negociación colectiva, por su parte, se ha caracterizado por el alto grado de intervencionismo estatal, en uno y en otro sentido⁵⁹. Históricamente, mediante institutos como los de la ultraactividad o la homologación; más recientemente en un intento de descentralizar la negociación, imponiendo sujetos y determinando la norma aplicable⁶⁰; por último, modificando esta norma, y adecuando el sistema de solución de conflictos de normas según la más favorable⁶¹.

Subsiste una norma que, aunque dirigida a empresas en concurso, supone una lesión a la autonomía colectiva inadmisibles. En efecto, la ley 24.522, al disponer la suspensión de la norma colectiva vigente en empresas concursadas, atenta contra los principios del Convenio 98. Así fue declarado, en términos de inconstitucionalidad de la norma, con expresa referencia a dicho convenio y al 87⁶².

⁵⁷ Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala VI, "Balaguer, Catalina T. c/Pepsico de Argentina", 10/3/2004. En similar sentido el fallo de la primera instancia dictado por el titular del Juzgado n° 46, E. Arias Gibert.

⁵⁸ CLS, casos 1.693, 1.754, 1.757, 1.787. CLS, *Recopilación de decisiones y principios*, 4ª ed., Ginebra, 1996, p. 162, párrs. 756 y 757.

⁵⁹ La CEACR ha señalado que el principio de la negociación voluntaria y por ende de la autonomía de las partes constituye el segundo elemento esencial del artículo 4 del Convenio 98 y que la facultad discrecional de rechazar la homologación de un convenio colectivo, fundada en la falta de armonía del mismo con la política general o económica del gobierno, o a las orientaciones oficiales en materia de salarios configura una violación de aquel principio (cfr. CEACR, Informe III (Parte 4B) de la Conferencia, 81ª Reunión, Ginebra, 1994, párr. 251).

⁶⁰ Arts. 24 y 25, ley 14.250, texto ley 25.250, del año 2000. Esta norma, al fijar imperativamente un nivel de negociación, planteó problemas de incompatibilidad con el Convenio 98 (cfr. CEACR, Informe III, cit., párr. 249).

⁶¹ Ley 25.877, de 2004. En el nuevo texto del artículo 4 de la ley 14.250 se ha reformulado la capacidad de intervención al momento de homologar, adecuándola a los criterios de la CEACR (ver notas precedentes).

⁶² Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala VI, "Garay Benítez c/Agrest S.A.", 14/6/2004.

La negociación colectiva en el sector público ha merecido, aunque en forma pausada, una sucesiva adecuación a las normas de la OIT (Convenio 154 especialmente). La sanción de la ley 24.185, o su antecedente para los trabajadores docentes (ley 23.929), y la negociación del CCT para el sector público, con una inicial exclusión sindical luego superada, demuestra un fortalecimiento de las instancias de negociación en un sector naturalmente reacio a abandonar normas y prácticas cargadas de unilateralismo y autoritarismo regulador.

No sucede de igual modo en torno a las relaciones de trabajo en las administraciones públicas (Convenio 151), en donde el abuso de la posición dominante de las autoridades, en la doble condición de empleadores y autoridad pública, se evidencia fundamentalmente al momento de limitar el ejercicio de la actividad sindical⁶³.

Por último, en relación al derecho de huelga, supone uno de los acoples más fieles del régimen local al de la OIT. El derecho de huelga no aparece recogido, de forma expresa, por ninguna norma sustantiva de la OIT aunque el CLS ha estimado siempre que el mismo es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones y emana directamente de las normas del Convenio 87⁶⁴. La interpretación de este derecho fundamental ha sido regular y profusamente efectuada por los órganos de control de la OIT y, en tal carácter, ha observado legislación anterior de nuestro país luego derogada por la norma que expresamente reconoce la fuerza normativa de dicha organización internacional⁶⁵.

El texto del artículo 33 de la ley 25.250 merece destacarse en orden a la mencionada adecuación y seguimiento interno al derecho internacional del trabajo: "Las facultades del Ministerio de Trabajo (...) deberán ejercerse conforme las normas y resoluciones de la OIT". No obstante la modificación operada por el artículo 24 de la ley 25.877, el criterio de adecuación inaugurado por el artículo 33 permanece vigente con la siguiente redacción: "El Poder Ejecutivo Nacional, con la intervención del Ministerio de Trabajo y previa consulta a las organizaciones de empleadores y

⁶³ Es habitual que las administraciones provinciales, incluidas las del propio Poder Judicial, limiten el ejercicio de los derechos sindicales como, por ejemplo, la realización de asambleas. Ver CLS, caso 2223, presentado por la Asociación Gremial de Empleados Judiciales de Córdoba y la Federación Judicial Argentina y CLS, caso 2037, queja presentada por la CTA y ATE.

⁶⁴ CLS, Recopilación, cit., párr. 364.

⁶⁵ La CEACR había observado el Decreto 2.184/90 y luego saludó con beneplácito su derogación y regulación de la huelga por el Decreto 843/2000, aún vigente aunque en forma transitoria (art. 44, ley 25.877). Cfr. CEACR, 2000, 71ª Reunión. El CLS también había observado el Decreto 2.184/90 (caso 1679).

trabajadores, dictará la reglamentación del presente artículo (...) conforme los criterios de los organismos de control de la OIT”.

La jurisprudencia por su parte ha mostrado también cierta vitalidad para salvaguardar el derecho de huelga y reprimir las acciones estatales que lo intentan afectar. En tal caso se ha hecho mérito expreso de las disposiciones de soporte de la OIT en una manifestación de aplicación directa de la interpretación que efectúan sus órganos de control⁶⁶.

El juego normativo propuesto por las normas recientes de regulación de la huelga determina que dicho derecho esté garantizado en los siguientes términos: a) el principio básico es que el derecho de huelga es “uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales”⁶⁷; b) que no existiendo una definición de lo que cabe entender por huelga, en general cabe considerar como huelga toda suspensión del trabajo, por breve que sea, con lo que entran dentro de su ejercicio las denominadas como “trabajo a reglamento, huelga de celo, trabajo a ritmo lento, etc.”⁶⁸; c) la única restricción admisible al derecho de huelga sólo se justificaría si perdiese su carácter pacífico⁶⁹; d) la finalidad de la huelga, tal como se indicó en relación a su principio básico, abarca no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social⁷⁰; e) es legítima, en consecuencia, la huelga general y la huelga de solidaridad⁷¹; f) son aceptables, como requisitos para la licitud de la huelga, los siguientes: la obligación de dar un preaviso; la obligación de recurrir a los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje voluntario, en la medida de que sean adecuados, imparciales y rápidos; la obligación de respetar un determinado quórum y de obtener el acuerdo de una mayoría; la celebración de un escrutinio secreto para decidir la huelga; la adopción de medidas para prevenir accidentes; la garantía de la libertad de trabajo

⁶⁶ Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III, “SADOP c/PEN”, 28/9/1991, confirmando resolución cautelar del Juzgado n° 69, Sentencia de 13/9/1991, en ambos casos contra la resolución 480/2001 del Ministerio de Trabajo que estableciera como servicio esencial a la educación.

⁶⁷ OIT, *La libertad sindical*, cit., párrs. 473 a 475.

⁶⁸ Ídem, párr. 496.

⁶⁹ OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Informe de la CEACR, Ginebra, 1994, párrs. 173 y 174.

⁷⁰ OIT, *La libertad sindical*, cit., párr. 479.

⁷¹ Ibídem, párr. 494, y *La libertad sindical y negociación colectiva*, cit., párr. 168.

de los no huelguistas⁷²; g) con relación a los procedimientos de conciliación debe tenerse presente que los mismos tendrán como único objetivo facilitar la negociación por lo que no deberán ser tan complejos ni ocasionar retrasos tan largos que en la práctica resultase imposible la realización de la huelga o que ésta pierda toda su eficacia⁷³; h) no es admisible el arbitraje obligatorio⁷⁴; i) no resulta admisible la declaración de ilegalidad de la huelga por parte de las autoridades administrativas⁷⁵; j) cabe entender como restricción temporal de la huelga las cláusulas de “paz social” o pactadas en el convenio colectivo⁷⁶; k) los principios del Comité de Libertad Sindical consideran ilegítimos los actos de discriminación contra los dirigentes sindicales que organizan huelgas legítimas, y protegen asimismo a los sindicalistas y trabajadores que participan de las mismas⁷⁷; l) nadie podrá ser objeto de sanciones por realizar o intentar realizar una huelga legítima⁷⁸; ll) el despido de trabajadores a raíz de una huelga legítima constituye una grave discriminación en materia de empleo por el ejercicio de una actividad sindical lícita, contraria al Convenio 87; m) la legislación que permite a los empleadores, a condición de que se pague la indemnización prevista por la ley para los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador si el motivo real es su afiliación o participación sindical, no resulta mecanismo de protección contra la discriminación antisindical⁷⁹; n) resultan admisibles los piquetes de huelga, los que no deben ser objeto de trabas por parte de la autoridad pública. Su prohibi-

⁷² Gernigon, Bernard; Odero, Alberto y Guido, Horacio, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, OIT, Ginebra, 2000, p. 26.

⁷³ OIT, *La libertad sindical y la negociación colectiva*, cit., párr. 171.

⁷⁴ Sólo sería admisible con respecto a la huelga en los servicios esenciales en sentido estricto, cosa que nuestro derecho interno no ha incorporado por lo que constituye regulación más favorable que impide su consideración. Ver Gernigon, Odero y Guido, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, cit., p. 28.

⁷⁵ OIT, *La libertad sindical*, cit., párrs. 522, 523, 525; y especialmente caso I.777, informe 300, en que los querellantes fueron la CMT, el CTA y la UTA y el CLS adoptó la siguiente recomendación: “... el Comité pide al Gobierno que en el futuro se abstenga de declarar ilegales las huelgas que puedan tener por objeto protestar contra la política económica y social del Gobierno”.

⁷⁶ Aunque según la CEACR dicha restricción debería ser “compensada” con el derecho de recurrir a un procedimiento de arbitraje imparcial y rápido. OIT, *La libertad sindical y la negociación colectiva*, cit., párrs. 166 y 167.

⁷⁷ OIT, *La libertad sindical*, cit., párr. 592.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 590.

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 707.

ción sólo se justificaría si la huelga perdiera su carácter pacífico⁸⁰; y ñ) no resulta legítima la contratación de trabajadores en sustitución de los huelguistas⁸¹.

En relación a los otros dos derechos fundamentales indicados, la prohibición de trabajo forzoso y la igualdad de oportunidades y de trato, nuestro país ha ratificado todos los convenios a ellos referidos: 29 y 105, 100, 111 y 156, respectivamente. Respecto del primero de dichos derechos, la CEACR ha señalado recientemente su interés por las disposiciones de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad (ley 24.660, arts. 106 a 132) relativas al trabajo penitenciario y del mismo modo respecto del artículo 120 sobre la remuneración del trabajo de los internos a tenor del cual “el trabajo de los internos será remunerado...”⁸². En materia antidiscriminatoria, verdadera finalidad de las normas de igualdad de trato, el sistema legal general cuenta con una eficaz herramienta en la ley 23.592. Aunque no suficientemente aplicada por los tribunales locales, dicha norma es eficaz para proveer de tutela suficiente y, especialmente, como fórmula de desactivación de la discriminación mediante el restablecimiento de las condiciones o la nulidad del acto lesivo⁸³.

VI. 2

En el tópico de *empleo*, la guía que estamos utilizando incluye los rubros: “Política de Empleo”, “Servicios de Empleo y agencias retribuidas de colocación”, “Orientación Profesional”, “Readaptación y empleo de personas inválidas” y “Seguridad del empleo”, lo que involucra ocho convenios. Argentina ha ratificado, de los relativos a política de empleo el convenio sobre el desempleo (Convenio 2, de 1919) y no el relativo a la política del empleo (Convenio 122, de 1964)⁸⁴; de los de servicios de empleo, el Convenio 88, de 1948, y de agencias retribuidas de colocación ha denunciado el Convenio 34, de 1933 y ratificado el Convenio 96, revisado en 1949; los relativos a orientación y formación profesional y readaptación (Covenios 142, de 1975 y 159, de 1983) se encuentran ratificados; y no lo ha sido el Convenio 158, de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo.

⁸⁰ *Ibídem*, párrs. 583 y 584.

⁸¹ *Ibídem*, párrs. 570 y 574.

⁸² CEACR, *Observación individual sobre el Convenio 29*, 2004.

⁸³ Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo”, 15/9/2000, en “La Ley”, 2001-B-798.

⁸⁴ No obstante ser uno de los considerados por OIT como convenio “prioritario” en su ratificación y el único en tal categoría no ratificado por Argentina.

De dichas normas, sin un detenido examen, indudablemente surge que las relativas al desempleo han sido justamente las más postergadas en su cumplimiento, relevante con los datos objetivos por todos conocidos. El período que estamos analizando es justamente aquel en el cual la tasa de desempleo se disparó a números otrora desconocidos. Paralelamente se puso en evidencia la dispar respuesta de protección que el sistema legal tenía a disposición. El Convenio 2 establece no sólo la obligación de adoptar medidas para “luchar contra el desempleo” sino también la de establecer un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación, bajo el control de una autoridad central, con comités en los que estarán representados los trabajadores y empleadores, que deberán ser consultados respecto de su funcionamiento. Por su parte, el artículo 3 de dicha norma internacional alude al establecimiento de un sistema de “seguro contra el desempleo”. La Argentina ha instituido un sistema de seguro de desempleo previa cotización que en modo alguno satisface, ni cuantitativa ni cualitativamente, los requerimientos del convenio citado⁸⁵.

Respecto de las agencias retribuidas de colocación, la denuncia en 1996 del Convenio 34 subsanó la inconstitucionalidad de todo el régimen de empresas de servicios eventuales (arts. 76 y ss., ley 24.013, y Decreto 342/92), las que quedan ahora regidas por los términos del Convenio 96 el cual prevé la supresión en tiempo limitado de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos.

Por último en este apartado, cabe referirse a la falta de ratificación del Convenio 158 sobre terminación de la relación de trabajo. Este convenio constituye una norma de la mayor importancia dirigida a los derechos individuales del trabajador, la que se dirige específicamente al momento más acusado y más sensible a actos discriminatorios o lesivos de los derechos como es el del despido. El Convenio 158 prevé, como método de protección, la imposibilidad de acudir por parte del empresario al despido “sin causa”, impidiendo a su vez que sean invocadas como causales aquellos supuestos que evidenciarían una práctica discriminatoria explícita⁸⁶.

⁸⁵ Ley 24.013, con cobertura de no más del 10% de los trabajadores desempleados y con un plazo del beneficio de no más de 12 meses. El denominado “Plan Jefas y Jefes de Hogar desempleados”, que tomara forma a partir del año 2002, puede considerarse un sucedáneo, aun con sus limitaciones y también carente de universalidad.

⁸⁶ Art. 4, Convenio 158: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. No constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales, ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado como tal, presentar una queja o recurrir a la autoridades administrativas (art. 5).

Arbitra a su vez una suerte de procedimentalización⁸⁷ del despido, dotando de garantías de audiencia y revisión de la actuación del empleador y consulta a los representantes de los trabajadores en los despidos por causas económicas y, lo más importante, considera al reintegro en su puesto de trabajo del dependiente despedido como la preferente opción para los supuestos de decisión injustificada en la terminación del contrato (art. 10).

Además de dichas razones, de carácter estratégico, se suma como antecedente inmediato la reciente ratificación del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”⁸⁸, que en igual sentido que el Convenio 158 preceptúa la estabilidad en el empleo y la readmisión en caso de despido injustificado (art. 7, inc. d).

VI. 3

En materia de *política social*, Argentina no ha ratificado ninguno de los dos convenios vigentes (el 82, de 1947, y el 117, de 1962). Especialmente respecto del Convenio 117 sería deseable su ratificación por entroncarse con el precepto del artículo 75, inciso 19, de desarrollo humano, progreso económico y justicia social. El artículo 1 de dicho convenio estipula: “Toda política deberá tender en primer lugar al bienestar y al desarrollo de la población y a estimular sus propias aspiraciones para lograr el progreso social. Al elaborarse cualquier política de alcances más general se tendrán debidamente en cuenta sus repercusiones en el bienestar de la población”. El resto del articulado desenvuelve más pormenorizadamente diversos planos de la política social en materia de migraciones, urbanismo, acceso a la tierra⁸⁹, remuneraciones, educación y formación profesionales de manera de instituir en la norma un verdadero programa de actuación estatal.

VI. 4

En *administración del trabajo* se incluyen los Convenios 150, de 1978, como norma general, el 81 y 129, de inspección del trabajo, y el 144 sobre la consulta tripartita. El primero de ellos fue ratificado⁹⁰, los restantes lo están desde hace tiempo.

⁸⁷ Ver el Decreto 264/02 como una fórmula asimilable aunque bastardeada, en la práctica, por la “monetización” del despido con incremento indemnizatorio.

⁸⁸ Aprobado por ley 24.658.

⁸⁹ Por caso incluye entre las medidas que las autoridades deberán tomar la del “control de la enajenación de tierras cultivables a personas que no sean agricultores, a fin de que esta enajenación no se haga sino en beneficio del país” (art. 4, inc. b).

⁹⁰ Con fecha 20/2/2004.

En lo que hace a la inspección del trabajo, históricamente sindicada de ineficaz, lo que queda al descubierto con el sólo dato de la cantidad de trabajadores no registrados, la misma ha tenido distintos vaivenes conforme la reivindicación que han hecho las provincias en virtud de su poder de policía no delegado y el afán centralizador de la autoridad nacional. Más allá de dicha cuestión, propia del sistema federal argentino, las disposiciones del Convenio 81 son claras en cuanto a exigir la existencia de una autoridad central de la inspección del trabajo.

Tales reparos son contemplados y en la actualidad ha quedado unificado el régimen de infracciones y sanciones en virtud del Pacto Federal del Trabajo (ley 25.212) y mediante la ley 25.877 se crea un sistema integrado de Inspección del trabajo que desplaza la autoridad central que el Pacto Federal le había otorgado al Consejo Federal del Trabajo, que integran las autoridades del trabajo de todo el país, a la del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, quien será la autoridad de aplicación en todo el territorio, con facultades de coordinación con la provincias pero, también, de intervención directa en caso de falta de cumplimiento de parte de las autoridades del trabajo provinciales.

Es de señalar que, en algunas jurisdicciones, recaudos importantes como el carácter de funcionario público de los inspectores de trabajo, contrapartida necesaria de las facultades que se le confieren, no se encuentran cumplidos en su cuerpo de inspectores, lesionando la legitimidad y ejemplaridad del servicio⁹¹.

VI. 5

Las *relaciones profesionales* incluyen una serie de recomendaciones y en materia de convenios han sido tratadas en el punto I, al cual cabe remitir.

VI. 6

En el rubro *condiciones de trabajo* se incluyen: a) salarios: métodos para la fijación de salarios mínimos (Convenios 26 y 131), protección del salario (Convenio 95); cláusulas de trabajo (Convenio 94), b) condiciones generales de empleo: horas de trabajo (Convenios 1, 30, 47), trabajo nocturno (Convenios 20 y 171), descanso semanal (Convenios 14 y 106), vacaciones pagadas (Convenios 52, 132 y 140), y c) seguridad e higiene en el trabajo (Convenios 155, 161, y todos los vinculados a protección contra riesgos específicos).

⁹¹ Caso de la ciudad de Buenos Aires, en que pese a ser exigible tal condición en la ley 265, como el Convenio 81 lo establece, contrata a sus inspectores mediante locación de servicios.

sistema de protección de derechos de la oit

Argentina ha ratificado, de los enumerados, los siguientes Convenios: 26, 95, 1, 30, 14, 52. Ha denunciado, en el año 1981, el Convenio 20 sobre trabajo nocturno en panaderías. Por lo que se observa, existen numerosas normas, muchas de ellas de sobrada importancia, que no han merecido la atención del gobierno argentino y a su respecto no se ha cumplido la obligación de sumisión prevista en la Constitución de la OIT. Entre ellas, las relativas a la jornada de 40 horas semanales, lo que redundará en una reducción y redistribución del tiempo de trabajo, sin que ello implique una disminución del nivel de vida de los trabajadores (Convenio 47) o las normas relativas a seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo (Convenios 155 y 161).

Sin embargo en estos aspectos, tan caros a la labor de protección de condiciones de trabajo orientada por la OIT, lo que corresponde es señalar las divergencias más notorias. Particularmente nos dirigimos a uno de los aspectos más sensibles y sustanciales: la jornada de trabajo. En relación a la jornada adviértase que estamos en presencia del primer convenio internacional del trabajo, aquel que a principios del siglo pasado limitó la jornada al máximo de 8 horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales para las actividades industriales, luego reproducido para el resto de actividades en el Convenio 30. La recepción de ambos convenios por la ley 11.544 importó la sumisión a los mismos. No obstante, sin que fueran denunciados, en el año 1990, mediante la sanción de la ley 24.013⁹², denominada Ley Nacional de Empleo, se introdujo una modificación al régimen de jornada que, en línea con las políticas de flexibilización de la regulación laboral, desbarató el límite semanal para habilitar, por vía de la negociación colectiva, a calcular la jornada máxima en "base a promedio". Con tal sistema se han autorizado, homologación del CCT respectivo mediante jornadas diarias de 12 horas, sin consideración de jornada extraordinaria y sujeta a compensación en otros períodos del año. Resulta evidente la mayor disponibilidad de la mano de obra que confiere la norma y, a la vez, la violación de la norma internacional por un lado y, conforme el sistema normativo descripto, la inconstitucionalidad de la norma local dentro del propio sistema interno.

VI. 7

La *seguridad social* contempla, para la OIT, a los siguientes convenios principales: 102, 157, 24, 25, 130, 128, 17, 42, 121 y 103. Argentina ostenta en esta materia un notorio déficit de cumplimiento: sólo ha ratificado de los mismos, los Convenios 17 y 42. En consecuencia, la norma

⁹² Que modificó el art. 198 de la LCT.

mínima de la seguridad social (Convenio 102), seguro de enfermedad (Convenios 24 y 25), prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia (Convenio 128), asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad (Convenio 130) y prestaciones por accidente de trabajo y enfermedades profesionales (121) no han sido incorporadas al sistema normativo interno ni cumplido a su respecto con la obligación internacional. Podrá señalarse que buena parte de los derechos previstos en dichos instrumentos encuentra razonable acogida en normas legales vigentes. Sin embargo, como puede advertirse, en dos supuestos al menos existe un fuerte compromiso constitucional de las normas en cuestión: en materia del régimen general de seguridad social (ley 24.241) y en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (ley 24.557).

El régimen denominado Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, sancionado en 1993, por el que ingresan a la seguridad social entidades privadas que administrarán los fondos previsionales de los trabajadores, mereció oportunos cuestionamientos de los más diversos sectores. Sin embargo, la mayor parte de los reclamos, incluso ante la CIDH, se ha referido al reajuste de haberes por beneficios otorgados durante la vigencia del régimen anterior. La Corte Suprema resolvió en parte los mismos en el caso “Chocobar”, en una controvertida sentencia que no sólo limitó los alcances de los reajustes sino que interpretó regresivamente la norma de los artículos 22 de la DUDH y 26 de la CADH, haciendo mérito de la limitación a los recursos disponibles para cercenar un derecho ya adquirido⁹³.

La ley 24.557 de accidentes de trabajo del mismo modo mereció innumerables críticas al momento de su sanción y un persistente trabajo de cuestionamiento judicial durante más de ocho años. La inconstitucionalidad de la norma que impedía el acceso a la reparación integral fue una de las más invocadas. El más Alto Tribunal ha declarado su inconstitucionalidad con fundamentos que, por su trascendencia, se expanden a todo el ordenamiento laboral y, especialmente, al sistema de confluencia de fuentes del derecho internacional con el local.

En el precedente “Aquino”, ya citado, la Corte ha señalado, con abundantes citas de la CIDH y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, órganos encargados de aplicar la CADH y el PIDESC, ambas normas que dieran sustento a la decisión, que siendo el

⁹³ CSJN, “Chocobar, Sixto c/Caja Nac. de Prev. para el personal del Estado y Serv. Públicos”, 27/12/1996. Ver la nota crítica de Carnota, Walter, *Chocobar: una muy opinable doctrina en relación con los documentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional*, en “Contextos”, Revista Crítica de Derecho Social, Del Puerto, Buenos Aires, 1997. También, entre otras tantas que omiten el acatamiento a “Chocobar”, la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social en autos “González, Herminia c/ANSES”, del 20/11/1998.

trabajador “sujeto de preferente tutela constitucional”, resulta poco menos que impensable que las normas impugnadas puedan obrar válidamente para impedir el acceso a una justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales.

Luego, en el caso “Milone”, el máximo tribunal, al declarar inconstitucional el pago en renta de la indemnización por accidente de trabajo, invocando la norma del Convenio 17 de la OIT, la que reputa expresamente con jerarquía superior a las leyes, vuelve a recoger el principio de progresividad, fundándolo en el artículo 75 inciso 23 CN y en el PIDESC, artículo 2.1.

VII

Llegados a este punto se impone una suerte de balance y de posibles derrotos. Creemos haber demostrado que el complejo normativo de fuente internacional del trabajo, particularmente anclado en el sistema de la OIT, reúne una riqueza, un potencial y una capacidad de respuesta ante el incumplimiento que merece la mayor atención. En numerosas ocasiones, al igual como se ha pretendido hacer con las propias normas constitucionales u otras también de procedencia internacional, se ha sostenido la esterilizante tesis de la programaticidad de las normas de los convenios de la OIT o su falta de operatividad. Sin embargo, por un lado se ha podido observar que buena parte de dichas normas ostentan el carácter de *self executing*⁹⁴ y son provistas con suficiente claridad y normatividad como para impactar directamente y regular conductas en el ordenamiento interno; por otro, y a partir de lo sostenido por la Corte en “Ekmekdjian”, y de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución de la OIT, el modo de cumplir con la obligación de sumisión de las normas internacionales por parte de los Estados miembros no consiste sólo en la aprobación legislativa, siendo en su caso las sentencias judiciales un medio apto, como lo fue en el caso indicado, para operativizar el derecho de que se trate⁹⁵.

En tal caso, la inobservancia del Estado argentino en sus obligaciones de adoptar las normas internacionales o, de haber ello ocurrido, violen-tarlas internamente, puede encontrar un cauce reparador a través de la

⁹⁴ Ver Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno*, en “Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, n° 15, 1988.

⁹⁵ Así lo hizo la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Streitfeld, Jorge”, 3/7/2000, en “Derecho del Trabajo”, 2000-B-2066, invocando para su decisión el Convenio 155, sobre accidentes de trabajo, no ratificado por Argentina.

reclamación judicial particular: la invocación directa de la norma internacional y la consiguiente exclusión de la norma local que la controvierta.

El apoyo que presta la Organización internacional para adecuar su legislación puede cumplir una eficaz función, pero más aún los señalamientos que, regular y puntualmente, efectúan los órganos de control, los que deberán ser atendidos especialmente por los tribunales locales.

El desarrollo interdependiente de derechos y de jurisdicciones, en este caso respecto de los trabajadores, no puede más que acompañarnos en el largo camino por la exigibilidad de los derechos.

El Derecho internacional de los refugiados y su aplicación en la Argentina

Eugenia C. Contarini

I. Introducción

A partir de la reforma constitucional de 1994 y la incorporación expresa con jerarquía constitucional de una serie de instrumentos internacionales referidos a derechos humanos en el texto de su artículo 75, inciso 22¹, hemos presenciado en el ámbito interno el impacto del desarrollo de una rama del Derecho internacional: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su nacimiento, que puede ser ubicado históricamente el 10 de diciembre 1948 con la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración Universal de Derechos Humanos², no fue sólo la consecuencia de los horrores producidos por la Segunda Guerra Mundial, sino también el inicio del efectivo reconocimiento jurídico, plasmado en la Carta de las Naciones Unidas, del individuo como un sujeto de derecho³.

¹ Originariamente fueron once instrumentos internacionales, incluyendo dos declaraciones y nueve tratados internacionales. En la actualidad son trece los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo establecido en su art. 75, inc. 22.

² Declaración Universal de Derechos Humanos; Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/217 (III) del 10/12/1948.

³ La inclusión del desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales como uno de los propósitos de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (Carta, art. 1.3) y el establecimiento de órganos y organismos subsidiarios de la organización con competencias específicas en la materia (Carta, arts. 10, 66 y 68) sumado al compromiso de los Estados en tomar medidas conjunta o separadamente en cooperación con la Organización para realizar este propósito (Carta, art. 68) impulsaron el reconocimiento de la subjetividad del individuo en el derecho internacional positivo, independientemente de lo que los Estados realizaran en sus ámbitos internos. En este sentido, ver Gutiérrez Posse, H. D. T., *Moderno derecho internacional y seguridad colectiva*, Zavalía, Buenos Aires, 1995, ps. 307 y siguientes.

Es a partir de 1994 cuando los tribunales locales y la doctrina jurídica argentina encuentran de alguna forma saldado el problema de la relación jerárquica de las normas originadas en el plano internacional con aquellas generadas en el ámbito interno, en particular al momento de aplicar directamente instrumentos internacionales cuya integración y jerarquía habían generado una serie de interpretaciones divergentes⁴. La *jerarquización constitucional* de estos instrumentos permitió que ese debate se extendiera a otras cuestiones igualmente relevantes en materia de aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se enriqueciera con interpretaciones, entre otras, referidas a la interrelación y complementariedad de los diferentes ámbitos jurídicos de protección de la persona humana.

Sin embargo, a diez años de la reforma constitucional no es posible verificar el mismo impacto y desarrollo en el ámbito interno, de instrumentos internacionales igualmente vinculados a la protección internacional de los derechos humanos pero que en 1994 resultaron ajenos al interés del poder constituyente, y a la labor posterior del Poder Legislativo, al no haber sido incorporados en el listado de aquellos que gozan de jerarquía constitucional⁵. En este sentido, el Derecho internacional de los refugiados, cuyo momento fundacional podría ubicarse en el año 1950 con la creación del Alto Comisionado de los Refugiados⁶ o en 1951, con la aprobación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁷, ha permanecido prácticamente al margen de la agenda legislativa, judicial y académica en la Argentina.

Sería posible identificar una serie de razones políticas, históricas y coyunturales para explicar el escaso desarrollo que esta rama del Derecho

⁴ Cabe mencionar que si bien el debate sobre la relación jerárquica del derecho internacional e interno encontró su momento crucial a partir del conocido fallo "Ekmekdjian c/Sofovich" ("La Ley", 1992-C-543), la respuesta podría haberse resuelto con anterioridad, a partir de la ratificación (5/12/1972) y la entrada en vigor (27/1/1980) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo art. 27 establece la supremacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno.

⁵ La posibilidad de incluir a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en el listado de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional se ha planteado sin éxito en el Congreso nacional en varias ocasiones. El último proyecto en tal sentido, fue incluido en el Orden del Día n° 645 de la Cámara de Senadores, el 5 de septiembre de 2003.

⁶ Resolución 428 (V) de la Asamblea General de la Naciones Unidas del 14/12/1950.

⁷ Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas de Naciones Unidas, convocada por la Asamblea General en su Resolución 429 (V) del 14/12/1950.

internacional ha merecido en el Derecho interno argentino. Sin embargo, esas hipotéticas razones pueden resultar insuficientes para comprender sociológicamente la falta de interés general en la temática. Recordemos que la Argentina fue uno de los países que generó mayor número de refugiados, durante lo que lamentablemente se denominó *la crisis del Cono Sur* acaecida durante los años 70 a 80, en la que decenas de miles de sus nacionales recibieron acogida en diversos países del mundo en virtud de la existencia de los instrumentos internacionales diseñados para la protección de víctimas de persecución.

Ahora bien, la falta de recepción expresa en la Constitución nacional de 1994 de la normativa internacional sobre refugiados no significa, evidentemente, que el Estado argentino no haya dado pasos en la implementación de obligaciones asumidas hace décadas. En este sentido, el objeto del presente trabajo se centra en revisar sintéticamente cómo se ha dado en la Argentina el proceso de implementación de dichos instrumentos. No se trata de establecer juicios de valor sobre el mejor o peor mecanismo de implementación local de tratados internacionales, sino de describir un estado de situación con el fin de facilitar la reflexión sobre las herramientas adecuadas y disponibles.

En efecto, y como veremos a continuación, en este ámbito peculiar, el Estado argentino ha limitado prácticamente su labor a la intervención del Poder Ejecutivo regulando en forma asistemática y coyuntural una serie de cuestiones prácticas que significaron la adopción de medidas para la solución de problemas puntuales. Pero este accionar, que no deja de constituir un mecanismo válido de implementación local, no ha coadyuvado la adopción de una política pública consistente y clara con relación a las obligaciones asumidas internacionalmente. No se ha generado, ni antes ni después de la reforma constitucional, un compromiso institucional que involucre la gestión de todas las ramas del poder público destinado a avanzar en el cumplimiento de la normativa internacional.

Esperamos que con este trabajo se facilite el abordaje y la reflexión sobre una temática que se intuye como desconocida y ajena en los ámbitos de discusión tradicionales sobre derechos humanos.

II. El Derecho internacional de los refugiados. Los principales instrumentos universales y regionales

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue adoptada el 28 de julio de 1951, mucho antes que los principales pactos internacionales de derechos humanos, y entró en vigor con mayor rapidez y universalidad que la mayor parte de esos instrumentos, el 22 de abril de 1954; noventa días después de contar con el número mínimo necesario de 6 instrumentos de ratificación o adhesión, de acuerdo a lo establecido en su artículo 43.

Se trató del primer instrumento convencional de carácter general que unificó, con un mismo lenguaje, una serie de normas preexistentes que resultaban aplicables a determinados grupos de refugiados y que, al mismo tiempo, propuso una definición universal del concepto de refugiado contenida en el artículo 1.A⁸.

Tan sólo con leer la definición convencional, es posible observar que esa universalidad contuvo en su origen dos importantes limitaciones que dan cuenta del carácter eminentemente europeo del instrumento diseñado. Por un lado, la llamada *limitación temporal* establecida en el apartado 2 del artículo 1.A por la cual se estableció que el término sería aplicable a personas que entraran en esa categoría “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951”. Por otro lado, la llamada *limitación geográfica*, cuya adopción resultaba facultativa para los Estados, por la cual se podía optar por cualquiera de las dos fórmulas establecidas en el artículo 1.B, entendiéndose que esos acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 podían haber sucedido “en Europa” o “en Europa o en otro lugar”.

De esta forma, es fácil advertir que se trató originariamente de un instrumento diseñado para dar solución a un problema concreto generado por las secuelas de la Segunda Guerra Mundial, que dejó a más de un millón de personas sin hogar en Europa. Esta percepción se ve reforzada si tenemos en cuenta que el mandato otorgado por la Asamblea General al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR– en 1950, se trató de un mandato temporal limitado a la solución de una problemática peculiar que, erróneamente, se consideró encontraría solución en un plazo de tres años⁹.

Trece años después de la entrada en vigor de la Convención de 1951, la comunidad internacional debió reconocer que el problema de los refugiados no sólo no se había solucionado, sino que se había extendido en sus causas y consecuencias, por lo que se necesitaba de un instrumento internacional que pudiera brindar protección a muchas otras personas que huían de la persecución por situaciones generadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Es así que el 31 de enero de 1967 se logra

⁸ De acuerdo a los términos de dicha definición, *refugiado* es toda persona que debida a temores fundados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera de su país de nacionalidad o residencia y, a causa de dichos temores, no pueda o no quiera regresar a su país.

⁹ La Asamblea General de las Naciones Unidas originariamente asignó al ACNUR un mandato de tres años que fue renovado por períodos de 5 años hasta diciembre del 2003, momento en el cual se decidió revocar esa limitación temporal y extenderlo hasta dar solución a la problemática de los refugiados.

la adopción del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados que suprime la limitación temporal de la Convención de 1951 y mantiene la aplicación del resto de su articulado a los refugiados que resultasen reconocidos como tales.

En la actualidad son 142 los Estados Parte de la Convención de 1951, 139 los Estados Parte tanto de la Convención de 1951 como del Protocolo de 1967, y 145 los Estados Parte de uno o ambos instrumentos¹⁰.

Estos dos únicos instrumentos internacionales establecen con claridad las condiciones que deben verificarse para que el estatuto de refugiado de una persona pueda ser reconocido (art. 1.A), las condiciones por las cuales dicho estatuto puede cesar (art. 1.C), y las condiciones por las cuales una persona no puede y no merece ser reconocida como refugiado y gozar de esa protección internacional (art. 1.D, E, y F).

La Convención de 1951 constituyó, en su momento, un instrumento innovador al establecer un núcleo de derechos y deberes básicos de los refugiados y, al mismo tiempo, un relevante instrumento codificador al formular con claridad el contenido del principio de no devolución en su artículo 33¹¹.

Cabe mencionar que el principio de no devolución es hoy considerado no sólo la columna vertebral del sistema de protección de la persona humana sino una norma de *jus cogens* para la comunidad internacional, es decir una norma que no admite acuerdo en contrario. Fue con la Convención de 1951 cuando este principio rector se vio plasmado en un instrumento convencional de carácter universal.

Con relación a la enumeración de los derechos de los refugiados que establece la Convención de 1951, entre otros, es dable mencionar: la prohibición de discriminación (art. 3), libertad religiosa (art. 4), derecho de asociación (art. 15), acceso a los tribunales (art. 16), libertad de circulación (art. 26), derechos de propiedad intelectual e industrial (art. 14), empleo remunerado (art. 17), trabajo por cuenta propia (art. 18), ejercicio de profesiones liberales (art. 19), vivienda (art. 21), educación pública (art. 22), asistencia pública (art. 23), legislación de trabajo y seguros sociales (art. 24).

No puede desconocerse que, siguiendo la redacción originaria de la Convención de 1951, el acceso a esos derechos se encontraría no sólo

¹⁰ Las cifras corresponden al 15/2/2005. Se puede consultar la información actualizada sobre el estado de ratificaciones en www.acnur.org/index.php?id_pag=466.

¹¹ De conformidad con el art. 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados: "Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas".

limitado al reconocimiento de la condición de refugiado, sino también a la residencia legal en el territorio de un Estado y a una categoría diversa de estándares de disfrute de los derechos acordados¹². Sin embargo, la complementariedad del sistema de protección internacional de refugiados con las normas de derechos humanos, y en particular la aplicación del principio *pro homine*, exige integrar los derechos acordados en la Convención de 1951 con aquellas formulaciones más amplias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y por lo tanto se tornan obsoletas en gran parte las limitaciones impuestas originariamente en materia de acceso y goce de derechos¹³.

En la Argentina, el Congreso nacional aprobó la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados por ley 15.869¹⁴ el 13 de febrero de 1961, y se realizó el correspondiente depósito del instrumento de ratificación el 15 de noviembre de ese año. Por su parte, por ley 17.468¹⁵ del 3 de octubre de 1967 el Congreso nacional aprobó el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados entrando en vigor para Argentina el 6 de diciembre de 1967. A pesar de este rápido proceso de ratificación de ambos instrumentos internacionales, fue recién con el retorno de la democracia que la Argentina levanta la reserva geográfica optando por la fórmula del acápite b del artículo 1.B de la Convención de 1951¹⁶.

La Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 permitieron dar los primeros pasos en el ámbito universal para la protección internacional de los refugiados. Al igual que en el caso de los derechos humanos, muchas de sus limitaciones fueron complementadas con los desarrollos regionales. En este sentido, la llamada “definición ampliada” diseñada originaria-

¹² La Convención establece cuatro categorías de estándares en el disfrute de determinados derechos: a) el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente a los extranjeros en iguales circunstancias, b) el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de un país extranjero, c) el mismo trato que un nacional del país en el cual tenga su residencia habitual, y d) el trato que debe recibir un nacional.

¹³ En este sentido ver, entre otros, Cançado Trindade, Antonio A., *Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias*, en *Memoria del Coloquio Internacional 10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, IIDH-ACNUR, San José, Costa Rica, 1995.

¹⁴ BO 11/10/1961.

¹⁵ BO 10/10/1967.

¹⁶ El 23 de octubre de 1984 Argentina opta internacionalmente por aplicar la definición de refugiado a personas “que huyen por acontecimientos ocurridos en Europa u en otro lugar”. Ver ley 23.160, BO 1/11/1984.

mente en el ámbito africano¹⁷ fue recogida por los Estados de América Latina a través de la Declaración de Cartagena, en el año 1984.

En efecto, en América Latina hasta finales de los años 70, la protección internacional de los perseguidos se había desarrollado casi con exclusividad a través de instrumentos regionales de asilo diplomático o político, y fue recién con la crisis de refugiados de los años 70 en el Cono Sur, sumada a la crisis de refugiados centroamericanos de los años 80, que los instrumentos universales y el rol del ACNUR comenzó a ser más visible en la región. Así, primero en el Coloquio de México de 1981¹⁸ y luego en el Coloquio de Cartagena de Indias, Colombia, de 1984 se examinaron los problemas más relevantes del asilo y de los refugiados en América Latina. Es en este último encuentro, al cual asistieron representantes de Belice, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela donde, además de otras y relevantes conclusiones sobre la problemática de los refugiados en América Latina y la interrelación de los diferentes sistemas de protección de la persona humana y los derechos humanos, se amplía a nivel regional la *definición clásica* de refugiado con el fin de brindar protección a personas “que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”¹⁹.

Como veremos más adelante, si bien la Argentina no participó en este coloquio ni adoptó legislativamente la *definición ampliada* del concepto de refugiado, reconoció y en la práctica aplica, al menos desde 1998, la definición establecida en la Declaración de Cartagena.

De esta forma se ha construido el contenido normativo elemental del Derecho internacional de los refugiados. La interpretación y labor del ACNUR, y en particular las conclusiones que elabora anualmente su Comité Ejecutivo y el Departamento de Protección Internacional, reflejando en sus recomendaciones las mejores prácticas y estándares internacionales en la materia, constituyen un conjunto de *soft law* que los Esta-

¹⁷ Ver “Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África de 1969”, art. 1.2.

¹⁸ Las memorias de este coloquio fueron publicadas en *Asilo y Protección de los Refugiados en América Latina*, UNAM, México, 1982, y pueden ser encontradas, en la página del ACNUR en español, www.acnur.org/biblioteca/pdf/1430.pdf.

¹⁹ Las memorias de este coloquio fueron publicadas en *La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: problemas jurídicos y humanitarios*, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 1984 y pueden ser encontradas, entre otras, en la página del ACNUR en español, www.acnur.org.

dos, y en particular la Argentina, han incorporado en su práctica y normativa²⁰.

III. La adopción de normativa interna para la implementación de los instrumentos de protección de refugiados

En la Argentina, la primera normativa que podemos encontrar referida a la implementación de las obligaciones contraídas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo se remonta al Decreto 978/1973²¹. Allí, haciendo expresa mención en sus considerandos a la aprobación legislativa de esos instrumentos y, específicamente, a la obligación de emitir documentos de viaje a los refugiados –artículo 28 de la Convención de 1951–, se establece un mecanismo para que la Policía Federal Argentina expida esa documentación de acuerdo al modelo previsto en el anexo 1 de la Convención de 1951. Cabe señalar que este mecanismo se estableció aun antes de la creación de un organismo gubernamental encargado de la determinación de la condición de refugiado, lo que necesariamente hacía depender el goce efectivo de este derecho a la exclusiva certificación que de dicha condición pudiera realizar el ACNUR.

En el año 1979, el Poder Ejecutivo nacional se suma a una convocatoria realizada por el secretario general de las Naciones Unidas referida al problema de los refugiados y personas desplazadas del sudeste asiático y a través de los Decretos 2.073/79²² y 2.273/79²³ crea un mecanismo para la recepción y documentación de un número de hasta 1.000 familias provenientes del sudeste asiático, en el marco de un programa de reasentamiento implementado con colaboración del ACNUR²⁴.

En 1981, el Decreto-ley 22.439²⁵, que reguló la política migratoria argentina hasta la sanción de la reciente ley de Migraciones 25.871 en diciembre del 2003, no estableció ninguna disposición referida específica-

²⁰ Un ejemplo claro de esta incorporación es la utilización del Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de refugiado del ACNUR, citado frecuentemente como fuente válida de análisis e interpretación en la evaluación de las peticiones de reconocimiento de la condición de refugiado. Ver www.acnur.org/biblioteca/pdf/0626.pdf.

²¹ BO 24/1/1974.

²² BO 31/8/1979.

²³ Sin publicación en el Boletín Oficial.

²⁴ Este mecanismo se complementó con el Decreto 502/82 que autorizó la radicación definitiva y documentación de aquellos refugiados que quisieran optar por su permanencia en el territorio argentino.

²⁵ BO 27/3/1981.

mente a los refugiados ni a la aplicación de los instrumentos internacionales existentes. Sin embargo, previó en su artículo 25 un mecanismo de control sobre aquellas personas que gozaran de *asilo territorial* en el país. Cabe mencionar que no consideramos posible interpretar que dicha norma pudiera vincularse de alguna forma a los refugiados o al marco internacional de protección, toda vez que las limitaciones impuestas respecto al establecimiento del lugar de residencia de los asilados, determinación de sus actividades o funciones y consecuencias por incumplimientos, resultan incompatibles con el núcleo de derechos mínimos consagrados en el texto de la Convención de 1951.

Como se señaló precedentemente, al ratificar la Convención de 1951, Argentina había optado por la fórmula que contenía una limitación de alcance territorial al ámbito de aplicación del tratado, declarando que las disposiciones de la Convención sólo serían aplicables a personas que tuvieran el carácter de refugiado “como consecuencia de acontecimientos ocurridos en Europa”. Esa declaración no fue expresamente modificada al momento de ratificar el Protocolo de 1967²⁶. Es en 1984, con el retorno de la democracia, que el Congreso nacional aprueba la ley 23.160²⁷ y el Estado argentino adopta la fórmula prevista en el artículo 1.B.1, de la Convención de 1951, levantando definitivamente la limitación geográfica de aplicación del tratado y aplicando la definición de refugiado a personas que “huyen de sucesos ocurridos en Europa o en cualquier otro lugar”.

El 11 de marzo de 1985, el Poder Ejecutivo establece por Decreto 464/85²⁸ el único mecanismo, aún hoy en funcionamiento, encargado de determinar la condición de refugiado en el país de conformidad con los instrumentos internacionales vigentes: el Comité de Elegibilidad para los Refugiados –CEPARE–. Esta norma constituyó, sin dudas, el paso más importante tendiente a la aplicación interna de la normativa internacional. A partir de la creación del CEPARE, el Estado asumió como propias las funciones de determinar la condición de refugiado y aplicar la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, estableciendo la composición y competencia del organismo así como un procedimiento de apelación administrativa de sus resoluciones ante el Ministerio del Interior (art. 7 del Decreto 464/85).

²⁶ Es posible argumentar que al ratificar el Protocolo de 1967, ambas limitaciones de aplicación geográfica y temporal habrían quedado automáticamente levantadas ya que dicho instrumento las elimina, aunque deja subsistente la posibilidad de que los Estados, al ratificar o adherir, realicen restricciones geográficas a su ámbito de aplicación.

²⁷ BO 1/11/1984.

²⁸ BO 14/3/1985.

El 17 de junio de 1986, por resolución 528 del Ministerio del Interior²⁹, se incluyó en el procedimiento de apelación administrativa la intervención de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en aquel momento dentro de la órbita del Ministerio del Interior³⁰.

Vemos así que el retorno de la democracia impulsó las primeras medidas concretas destinadas a implementar en el ámbito interno el marco jurídico internacional de protección de refugiados. Al igual que con otros instrumentos internacionales, esa implementación necesitaba la creación de un mecanismo interno que hiciera efectivo su contenido, en particular de un mecanismo por el cual se determinara qué personas debían ser reconocidas como refugiadas en los términos de los instrumentos internacionales vigentes³¹.

Resulta interesante anticipar que con posterioridad a la creación del CEPARE, continuó siendo el Poder Ejecutivo nacional –y en particular la Dirección Nacional de Migraciones– quien se ocupó de continuar el desarrollo normativo para la implementación de cuestiones sustanciales sobre la protección de los refugiados en el país. Esta tarea, si bien discontinua y asistemática, surgió como respuesta a los problemas específicos que fueron surgiendo en la propia labor de ese organismo, y no como una política nacional tendiente a establecer un sistema sustentable y eficiente de protección de refugiados.

En agosto de 1987, cuando se dicta el primer reglamento ordenado del Decreto-ley 22.434 de migraciones, se regula en forma independiente el régimen migratorio aplicable a los refugiados reconocidos como tales. En los artículos 178 y 179 del Decreto 1.434/87³², se establece que las personas admitidas en el país como refugiados tendrán el carácter de residentes *permanentes*, sin perjuicio de la aplicación de las causas de cesación que pudieren corresponderles. Asimismo, se exime a los solicitantes de esa condición, de la aplicación de las inhabilidades de residencia estable-

²⁹ Sin publicación en el Boletín Oficial.

³⁰ Actualmente esta competencia de la Subsecretaría de Derechos Humanos se encuentra establecida por resolución conjunta del Ministerio del Interior n° 8 y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos n° 129 del 24/2/2000, quien continúa interviniendo en el trámite de los recursos que se deduzcan contra las resoluciones denegatorias adoptadas por el CEPARE.

³¹ En aquellos Estados en los cuales no se ha establecido aún un mecanismo de determinación de la condición de refugiado, es el ACNUR quien realiza esa actividad en virtud del mandato otorgado por la Asamblea General en 1950 y en ausencia de medidas de implementación interna de la Convención de 1951.

³² BO 17/9/1987.

cidas para la generalidad de los extranjeros, previstas en el artículo 23 de dicho reglamento.

En 1994 se mantiene esta misma regulación al reformarse el reglamento de migración por Decreto 1.023/94³³, aunque estableciendo en su artículo 172 que la residencia otorgada a los refugiados podría ser *permanente* o *temporaria*. Se mantuvo asimismo, de forma independiente a las categorías de residencia, el instituto del *asilo político territorial* por un lado (arts. 160 a 171) y del *refugio* por otro, en los dos últimos artículos de la referida norma³⁴.

Paralelamente, en 1990, por Decreto 251/90 del 2/2/1990³⁵, el Poder Ejecutivo nacional establece el procedimiento a seguir por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto para poder dar curso a un pedido de extradición de un extranjero. En esa oportunidad, nuevamente haciendo expresa referencia a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados en sus considerandos y, en particular, al principio fundamental de no devolución establecido en el artículo 33 de ese tratado, se crea un mecanismo *ad hoc* con el fin de armonizar las obligaciones contraídas por el Estado en materia de extradición, con las obligaciones asumidas respecto a la no devolución de refugiados reconocidos como tales hacia el país que motivó su reconocimiento (art. 3). A tal fin, se establece un complejo sistema de comunicación entre la Dirección Nacional de Migraciones y la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de las decisiones tomadas por el CEPARE, con el fin de facilitar la devolución inmediata de aquellas solicitudes de extradición referidas a refugiados reconocidos. Asimismo, se crea un mecanismo de información entre el Poder Ejecutivo nacional, las autoridades judiciales y el procurador general de la nación, en aquellas solicitudes de extradición que pudieran referirse a una persona cuya condición de refugiado se encontrara bajo análisis durante la sustanciación de un proceso de extradición (arts. 3, 4 y 6)³⁶.

³³ BO 5/7/1994.

³⁴ Para un análisis sobre el dualismo *asilo-refugio* se recomienda la lectura de Franco, Leonardo (coord.), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina. Análisis crítico del dualismo asilo-refugio a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ACNUR-UNLA-Siglo XXI Argentina, Buenos Aires, 2003.

³⁵ BO 13/2/1990.

³⁶ Resulta interesante mencionar que en el marco del referido decreto se incorpora parcialmente al derecho interno argentino un novedoso principio de derecho penal internacional –*aut dedere aut judicare*– para aquellos casos en los que se denegara la extradición de extranjeros y el pedido resultara comprendido en una norma en vigor de la que surge para el Estado argentino la obligación de juzgar el delito en cuestión (art. 5).

Estos mismos principios serían retomados por el Congreso nacional en 1996, al sancionar la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal –ley 24.767³⁷–, determinando en su artículo 20 la devolución de cualquier pedido de extradición de refugiados reconocidos por el Estado argentino en tanto provenga del país que motivó dicho reconocimiento.

En 1995 la Dirección Nacional de Migraciones autoriza por disposición 182 del 24/3/1995³⁸ a la Secretaría Permanente del CEPARE a expedir documentación válida para certificar la condición de refugiado, habilitándolos a trabajar, alojarse y transitar por el territorio nacional. En el mismo sentido, por disposición 267 del 3/4/1995³⁹ se autoriza a la Dirección de Migraciones y a sus delegaciones en el interior del país a otorgar residencia temporaria por el plazo de 3 años a los extranjeros que resultaran reconocidos como refugiados y se regula la posibilidad de otorgarles residencia permanente en caso de cumplir los requisitos migratorios requeridos para gozar de ella.

También en 1995, el Poder Ejecutivo nacional –haciendo mención expresa en sus considerandos a la aplicación del artículo 7 (exención de reciprocidad) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados– establece por Decreto 942, del 18/12/1995⁴⁰, la gratuidad de todos los trámites que los refugiados deban efectuar ante la Dirección Nacional de Migraciones.

En 1998, es el Ministerio de Cultura y Educación –resolución 2575 del 5/12/1998⁴¹– quien toma una iniciativa presentada por el ACNUR y, haciendo referencia expresa al artículo 25 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y al artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional para justificar la jerarquía superior de dicho tratado sobre las leyes nacionales, establece un mecanismo de tratamiento preferencial en los trámites administrativos de ingreso y egreso de los establecimientos educativos para aquellos estudiantes extranjeros que hayan sido reconocidos como refugiados en el país. Así, se crea nuevamente un mecanismo *ad hoc* tendiente a facilitar el ingreso y egreso en los establecimientos educativos exonerando de la exigencia de determinada documentación nacional y reconociendo la documentación provisoria expedida por la Dirección Nacional de Migraciones y el CEPARE como válida a tal fin.

También en 1998, el Registro Nacional de las Personas, por resolución

³⁷ BO 16/1/1997.

³⁸ Sin publicación en el Boletín Oficial.

³⁹ Sin publicación en el Boletín Oficial.

⁴⁰ BO 22/12/1995.

⁴¹ Sin publicación en el Boletín Oficial.

1192 del 29/12/1998⁴², se involucra directamente en la aplicación interna del artículo 27 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados referido a la expedición de documentos de identidad, eximiendo a las personas reconocidas como refugiadas de la presentación de la documentación generalmente exigida a los extranjeros para la obtención de su documento nacional de identidad. De esta forma se reconoce expresamente la imposibilidad que presentan los refugiados de acceder a cierta documentación personal a través de sus representaciones consulares y/o diplomáticas.

Por último, el 17/12/2003⁴³, el Congreso nacional sanciona la nueva Ley de Migraciones 25.871, que derogó el Decreto-ley 22.439. Aunque aún no ha sido reglamentada por el Poder Ejecutivo y no establece una regulación específica sobre la temática en cuestión, prevé dentro de las categorías de residencia temporaria renovables por plazos de 2 años tanto a los asilados como a los refugiados reconocidos (art. 23, inc. k), y ambas categorías de extranjeros cuentan con la posibilidad de obtener el documento nacional de identidad una vez que su estatuto haya sido reconocido por la autoridad competente (art. 31)⁴⁴. Por otra parte, se exime de las sanciones previstas para los medios de transporte internacional en caso de traslado irregular de personas que soliciten su reconocimiento como refugiados o asilados en el país (art. 42).

Resulta oportuno señalar que en los artículos 3.f y 12 de la nueva Ley de Migraciones, el legislador hace expresa mención a los derechos consagrados en los tratados y compromisos asumidos internacionalmente por el Estado argentino.

Vemos hasta aquí que la reforma constitucional de 1994, si bien no generó ninguna medida concreta referida específicamente al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de refugiados, en cambio sí incorporó en forma general a los tratados de derechos humanos dentro de las consideraciones referidas a jerarquía normativa y a integración del Derecho internacional en el Derecho interno.

Hasta aquí se ha reseñado cronológicamente cómo se han ido adoptando diversas normas que, si bien no específicamente, de alguna forma se vinculan con la implementación de los instrumentos internacionales sobre protección de refugiados. Como se puede observar, esta implementación

⁴² Sin publicación en el Boletín Oficial.

⁴³ BO 21/1/2004.

⁴⁴ Cabe señalar que el art. 23, inc. k, hace referencia a la legislación vigente en la materia, lo que constituye una deficiencia de técnica legislativa toda vez que no existe legislación específica sobre refugiados y asilados.

ha sido difusa y desordenada, dando solución en forma parcial a problemas enfrentados por distintos organismos con distintas competencias y funciones. No sólo no se ha diseñado aún una política general sobre la protección de refugiados en la Argentina, sino que se han tratado determinados problemas en forma asistemática y disfuncional (por ejemplo: documentación, acceso a la educación, residencia migratoria, extradición, etcétera).

Tal vez la característica uniforme que sea posible identificar en esta difusa normativa es el tratamiento de la excepcionalidad como rasgo común de la protección de refugiados frente al resto de los extranjeros. En efecto, o bien se ha procurado eximir la presentación de determinada documentación, o bien se han creado procedimientos *ad hoc* para facilitarles el acceso a determinados derechos. Y, aunque volveremos más adelante sobre esta idea, podemos adelantar que esta excepcionalidad en el tratamiento parece no haber permitido que la problemática de los refugiados en la Argentina sea abordada como una cuestión de exigibilidad de derechos fundamentales y cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas voluntariamente por el Estado. Tampoco parece haber facilitado el involucramiento de los distintos poderes públicos en el diseño de medidas de implementación de mayor complejidad y eficacia.

IV. La implementación del Derecho internacional de los refugiados por organismos administrativos

Como mencionamos anteriormente, el 11 de marzo de 1985, el Poder Ejecutivo nacional establece por Decreto 464/85⁴⁵ el único mecanismo, aún hoy en funcionamiento, encargado de aplicar en el ámbito interno las obligaciones asumidas en los instrumentos internacionales: el Comité de Elegibilidad para los Refugiados –CEPARE–. Ese ha sido un paso trascendental para la implementación interna del Derecho internacional de los refugiados ya que, como vimos, la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 regulan una serie de derechos y obligaciones mínimas cuyos titulares son aquellas personas que cumplan con determinadas características definidas en su artículo 1, características que deben ser verificadas por una autoridad nacional especializada.

El CEPARE es definido como un organismo administrativo interministerial, creado en la órbita del Ministerio del Interior, específicamente en el ámbito de la Dirección Nacional de Migraciones, integrado por 3 funcionarios de dicha Dirección (el director nacional de migraciones, el jefe del Departamento de Admisión de Extranjeros y el jefe del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Dirección de Migraciones) y un representante del

⁴⁵ BO 14/3/1985.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (art. 1). Asimismo, participa de las deliberaciones con derecho a voz pero sin voto, un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR– (art. 3).

El Decreto 464/85 establece que este organismo interministerial posee competencia no sólo para decidir sobre la calificación de refugiado de aquellos extranjeros que lo soliciten (art. 2, inc. b), sino también para recomendar la política a seguir en materia de refugiados en el orden nacional (art. 2, inc. a), dictar las normas de procedimiento aplicables (art. 5) y solicitar la colaboración, información o asesoramiento de los organismos públicos nacionales, provinciales y municipales (art. 6).

El CEPARE comienza sus funciones el 4 de julio de 1985, y ha continuado su labor en forma ininterrumpida hasta la fecha. De acuerdo a las estadísticas oficiales producidas recientemente, desde el inicio de sus funciones en 1985 hasta finales del 2004 se registran 9.238 expedientes iniciados, de los cuales 2.383 han sido reconocidos, y 4.501 han sido denegados.

Resulta interesante reseñar algunas resoluciones de carácter general que el Comité fue adoptando en sus primeros años de funcionamiento, y que dan cuenta de la forma en la que se fueron estableciendo algunos estándares mínimos de tratamiento de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado en la Argentina.

En las dos primeras reuniones celebradas en 1985, los integrantes del Comité señalaron no sólo la necesidad de establecer un procedimiento flexible para la tramitación de las peticiones de reconocimiento de la condición de refugiado, sino también la importancia de la confidencialidad en el tratamiento de dichas solicitudes y en la toma de las declaraciones a los solicitantes.

También por la misma época, el Comité mencionó en varias oportunidades la importancia de su funcionamiento como parte integrante de la política general de derechos humanos del país. Así, estableció como principio rector en su labor el *beneficio de la duda* por el cual en cualquier caso de duda sobre la decisión de una solicitud, se resolverá en forma favorable al peticionante.

Asimismo, también desde la creación del Comité, se le brindó al ACNUR un alto grado de participación en el análisis de los casos, comprometiéndolo a compartir los antecedentes que pudiera obtener para la mejor evaluación de las peticiones bajo análisis.

Poco tiempo después de la creación del Comité, la Dirección Nacional de Migraciones aprobó por resolución 1.672 del 26 de julio de 1985⁴⁶ el primer procedimiento interno para la tramitación de las solicitudes de la

⁴⁶ Sin publicación en el Boletín Oficial.

condición de refugiado y reguló el otorgamiento de residencias migratorias para los refugiados reconocidos.

En junio de 1987, el CEPARE estableció directivas tendientes a que los delegados de la Dirección Nacional de Migraciones en el interior del país brindaran un espacio adecuado a aquellas personas que se presentaran solicitando su reconocimiento como refugiados, con el fin de ser escuchadas y para que puedan prestar declaración detallada con un conocimiento adecuado sobre el trámite.

En una segunda etapa, en 1995, el Comité reguló la aplicación de la cláusula de cesación general recomendada por el ACNUR para refugiados de nacionalidad chilena. Este grupo constituía el mayor número de refugiados en el país y al momento de aplicar esta cesación automática por cambio de las circunstancias, el Comité lo hizo con un espíritu generoso, estableciendo la posibilidad de exceptuar de esta medida general a aquellos refugiados que demostraran se mantenían impedimentos de orden legal para su retorno seguro. De esta forma, el Comité confirmó el reconocimiento de estatuto realizado –incluso por el ACNUR bajo su mandato y con anterioridad a la creación del CEPARE– en casos de refugiados chilenos donde se verificó que no se podía asegurar un retorno en condiciones acordes al respeto de principios básicos de derechos humanos.

En la misma época, el Comité estableció plazos para el archivo provisorio de actuaciones que no fueran impulsadas en un tiempo razonable por los peticionantes, y la obligación de mantener actualizados ante las autoridades migratorias los domicilios denunciados en las solicitudes.

En noviembre de 1996, el Comité se involucró directamente en la aplicación interna de los artículos 22 (educación pública) y 25 (ayuda administrativa) de la Convención de 1951. En este sentido, haciendo mención al rango superior de las normas convencionales por sobre la legislación interna con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, el Comité recomendó tomar todas las medidas que resultaran necesarias con el fin de facilitar la reválida de los títulos profesionales de los refugiados sin exigirles documentación que implicara algún contacto con sus autoridades consulares o diplomáticas, en el entendimiento que ello podría poner en riesgo su seguridad o la de sus familiares en el país de origen. Como fundamento de esta medida se mencionó expresamente la necesidad de facilitar el acceso efectivo al desempeño de actividades lucrativas en el país, de conformidad con lo establecido en los artículos 17 (empleo remunerado), 18 (trabajo por cuenta propia) y 19 (profesiones liberales) de la Convención de 1951.

El 24 de febrero de 1998, el Comité resolvió intervenir en aquellos casos de refugiados titulares de residencia temporaria, con el fin de evaluar y proponer el otorgamiento de residencias definitivas en el país.

Por otra parte, en la misma fecha, el Comité decidió adoptar las medidas necesarias con el objeto de integrar la *definición ampliada* de la Declaración de Cartagena a la definición de refugiado contenida en el artículo 1 de la Convención de 1951. De esta forma, el Comité receptó en la normativa interna un instrumento internacional no convencional, es decir, una declaración que en sí misma no resultaba vinculante para el Estado argentino, pero que reflejaba el espíritu humanitario que otros Estados de América Latina consideraron trascendental en la tarea de brindar protección a los perseguidos. Así se posibilitó que en la Argentina se reconocieran refugiados no sólo por las causales previstas originariamente en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 sino también por otras razones no previstas convencionalmente por la comunidad internacional.

En marzo de ese mismo año, el Comité decidió establecer el carácter reservado de todas las actuaciones administrativas referidas al reconocimiento de la condición de refugiado, con el fin de proteger el derecho a la intimidad y seguridad de los solicitantes en la Argentina.

De esta reseña no exhaustiva de varias resoluciones generales adoptadas por el Comité en el desempeño de sus funciones, podemos observar que en su labor este organismo administrativo estableció internamente muchos de los estándares internacionalmente recomendados por el ACNUR para el tratamiento de las peticiones de reconocimiento de la condición de refugiado, sobre todo en materia de procedimiento⁴⁷.

También, podemos observar que a partir de 1994 con la reforma constitucional y la jerarquización de los principales instrumentos de derechos humanos, se generó un mayor interés en el seno del Comité de facilitar la implementación de derechos consagrados en la Convención de 1951 lo cual posibilitó, por ejemplo, que se avanzara sensiblemente en la incorporación normativa de instrumentos regionales con una fuerte impronta de complementariedad e interrelación con el mundo de la protección internacional de los derechos humanos, como lo es la Declaración de Cartagena de 1984.

Es de resaltar que, a pesar de no contar con una ley específica que estableciera la política estatal destinada a establecer las pautas de aplicación de los instrumentos internacionales, este organismo administrativo no dejó de avanzar en su práctica estableciendo estándares relevantes para facilitar la protección jurídica de los refugiados en la Argentina. Sin embargo,

⁴⁷ En este sentido cabe señalar que en la labor del Comité Ejecutivo del ACNUR se ha hecho referencia en varias ocasiones a los estándares mínimos que los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado deben tener. Ver, en particular, Conclusiones 8, 28 y 30 del Comité Ejecutivo del ACNUR que pueden ser encontradas en www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=959#995.

esos avances no se reflejaron en igual medida en actividades relacionadas con la integración sociocultural de las personas reconocidas como refugiadas. Si bien la composición del Comité, sin la presencia de otros ministerios más que los de interior y de relaciones exteriores, pudo no haber facilitado esta tarea, lo cierto es que tampoco se exploró en formas de cooperación con otros organismos y agencias gubernamentales para poder hacerlo.

De esta forma, el único mecanismo estatal creado en la Argentina con el fin de implementar los instrumentos internacionales de protección de refugiados ha limitado su accionar básicamente a la determinación de la condición de refugiado, dejando prácticamente de lado cualquier herramienta que pudiera facilitar la integración sociocultural en la comunidad de acogida, y por lo tanto la búsqueda de soluciones duraderas para los refugiados.

V. El papel del Poder Legislativo en la implementación interna del Derecho internacional de los refugiados

Como se puede observar de la descripción realizada previamente de la normativa interna existente, en el ámbito específico del Derecho internacional de los refugiados, el involucramiento del Poder Legislativo se ha limitado a la mínima intervención legislativa en el proceso de aprobación de los tratados internacionales, omitiendo cualquier pauta de establecimiento de una política estatal sobre este tema.

El tangencial tratamiento legislativo que se ha hecho de esta temática, sólo con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 y a través de leyes no específicas como la Ley de Cooperación en Materia Penal, de 1996, y la reciente Ley de Migraciones, de 2003, no ha aportado ningún elemento novedoso que no hubiera sido previamente regulado a través de la dispersa normativa emanada del Poder Ejecutivo central y/o de sus organismos descentralizados. Incluso en algún sentido, ese tratamiento legislativo ha reducido estándares más generosos de protección, previamente establecidos a través del conjunto asistemático de normas infralegales.

No cabe duda que, al menos con relación a la implementación interna de los instrumentos internacionales relativos a la protección de refugiados, la actividad desarrollada por Poder Ejecutivo frente a la inacción del Poder Legislativo ha sido cuantitativa y cualitativamente mucho más relevante.

Es cierto que el papel asumido por el Poder Ejecutivo se ha manifestado a través de un núcleo de regulaciones dispersas en normas de diversa naturaleza (decretos, reglamentos, resoluciones ministeriales, disposiciones, etc.) que fueron surgiendo como respuesta concreta a problemas específicos presentados en la medida que un número creciente de extranjeros solicitaron su reconocimiento como refugiados en la Argentina (documentación de identidad, documentos de viaje, solicitudes de extra-

dición, trámites migratorios, ingreso y egreso en establecimientos educativos, cobro de tasas, etcétera)⁴⁸.

Pero es sorprendente que, cuarenta años después del compromiso internacional asumido por el Estado, el Poder Legislativo no haya establecido los lineamientos mínimos de la política nacional en esta materia.

Desde el retorno de la democracia, decenas de proyectos de ley sobre refugiados han sido presentados en diversas comisiones tanto en la Cámara de Senadores como en la Cámara de Diputados. Sin embargo, ni el impacto de la reforma constitucional de 1994 en materia de derechos humanos, ni los distintos recambios legislativos han generado el interés y consenso necesario para impedir que esos proyectos fueran sucesivamente perdiendo estado parlamentario por falta de tratamiento. Cabe señalar que la labor del ACNUR en este sentido ha sido particularmente intensa en los últimos cinco años, insistiendo públicamente en la necesidad de adopción de una normativa específica, elaborando modelos de leyes, compartiendo con actores gubernamentales y no gubernamentales experiencias en otros países y regiones, y presentando sugerencias y comentarios específicos a cada una de las iniciativas legislativas presentadas⁴⁹.

El derecho *a solicitar y recibir asilo* se encuentra específicamente consagrado en varios de los instrumentos que han gozado de la *jerarquización constitucional* en 1994⁵⁰. Sin embargo ello tampoco ha incentivado ni la incorporación de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 al listado de instrumentos internacionales enumerados en el artículo 75, inciso 22, ni la adopción de una ley específica sobre el tema.

Paralelamente, como veremos a continuación, esta inacción legislativa se vio acompañada por la casi absoluta inexistencia de antecedentes judiciales en los tribunales locales, circunstancia que nos brinda algún indicio sobre las posibles estrategias de implementación de estas normas internacionales.

⁴⁸ Como se reseñara anteriormente se estima que existen en la Argentina alrededor de 2.500 refugiados reconocidos por el CEPARE desde 1985, provenientes de más de 40 países distintos. Sin embargo, también se estima que alrededor de 20.000 personas gozaron de ese estatuto desde el inicio de la labor del ACNUR en Argentina en 1965.

⁴⁹ Se encuentra actualmente pendiente de tratamiento en plenario de la Cámara de Senadores un proyecto de Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado, aprobado por la Comisión de Derechos y Garantías de la Cámara de Senadores e incluido en el Orden del Día 1745, del 26 de noviembre de 2004. Cabe mencionar que en los últimos años, diversos países de América Latina han adoptado legislaciones específicas sobre refugiados, tales como Paraguay, Perú y Venezuela.

⁵⁰ Ver art. 14, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XXVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y art. 22, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

VI. La aplicación e interpretación del Derecho internacional de los refugiados por los tribunales locales

A diferencia de países donde los tribunales locales participan en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado⁵¹, en la Argentina, el Poder Judicial no ha tenido aún oportunidad de intervenir en casos donde se debata o interprete la aplicación de los instrumentos internacionales existentes.

Para poder comprender la falta de casos judiciales, en primer lugar habría que reflexionar sobre el efectivo acceso a los tribunales y al asesoramiento jurídico con que los extranjeros en general cuentan en nuestro país. Sin pretender ahondar en la gravedad de esta situación ni en la multiplicidad de causas de este problema, lo cierto es que resulta llamativo el escaso número de antecedentes jurisprudenciales en los que se cuestione la aplicación de normas, procedimientos migratorios y vulneración de derechos de los extranjeros. Los escasos antecedentes que en los últimos años llegaron a conocimiento de los tribunales locales, y en particular a la Corte Suprema, se relacionan en general con restricciones ilegítimas en el acceso igualitario al goce de determinados derechos básicos. En este sentido, podrían mencionarse casos referidos a cláusulas discriminatorias en el acceso a cargos públicos, a títulos y honores, al ejercicio de determinadas profesiones liberales, acceso a la salud, educación y vivienda de personas carentes de documentación, etcétera⁵².

Sin embargo, compartiendo las mismas dificultades con la población nacional de bajos recursos para acceder efectivamente a los tribunales nacionales, los extranjeros se encuentran en una situación de especial desventaja al no contar con asesoramiento jurídico gratuito, efectivo y especializado que permita cuestionar judicialmente la aplicación de normas y procedimientos migratorios y administrativos locales. Cabe recordar que hasta la reciente modificación de la Ley de Migraciones, la interposición de recursos administrativos ante las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones, requisito exigido para poder agotar la vía administrativa y acceder a la revisión judicial de los actos de la administración, se encontraba normativamente tarifada, lo cual constituía un obstáculo ilegítimo que vulneraba gravemente la posibilidad de acceder a la justicia⁵³. A ello

⁵¹ Por ejemplo, Canadá, Estados Unidos, Francia, etcétera.

⁵² Ver en el caso de la Corte Suprema, por ejemplo, "Inés M. Repetto c/Pcia. de Buenos Aires", CSJN, *Fallos*: 311:2272, del 8/11/1988 y "Hooft, Pedro Cornelio c/Pcia. de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", del 16/11/2004 (H 172 XXXV originario).

⁵³ Recordemos que por Decreto 322/95 la posibilidad de interponer recursos administrativos contra las resoluciones de la Dirección Nacional de Migraciones se encontra-

debe sumarse que no existen aún en el ámbito nacional ni local, servicios jurídicos gubernamentales destinados a brindar orientación, asesoramiento e información especializada a la población migrante, sean refugiados o no.

En el caso de los refugiados y solicitantes de asilo, como hemos visto, la excepcionalidad parece ser la regla y, al menos desde 1995, quedó establecida la gratuidad de todos los trámites migratorios necesarios, incluyendo la interposición de recursos administrativos. En cuanto al asesoramiento jurídico, el ACNUR directa o indirectamente a través de las organizaciones no gubernamentales con las que trabaja, ha suplementado en forma parcial la falta de provisión de servicios jurídicos gratuitos especializados y brinda orientación jurídica en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado.

En este punto, es necesario tener en cuenta que la temática que abordamos, a pesar de lo que instintivamente nos aparece como una deuda histórica, no parece haber ingresado no sólo en la agenda del Poder Legislativo y de Poder Judicial, sino tampoco en los distintos ámbitos académicos, profesionales y de la sociedad civil organizada. A diferencia de los sensibles avances y el mayor involucramiento de estos sectores en la temática de los derechos humanos, el Derecho internacional de los refugiados no parece aún haber generado el interés suficiente como para que los distintos actores del mundo jurídico se involucraran en la misma medida. De esta forma, la falta de antecedentes jurisprudenciales constituye probablemente tan sólo una consecuencia de esa situación. Es notorio, por ejemplo, que el Derecho internacional de los refugiados no se haya incluido en los programas de formación profesional de las universidades nacionales, y que no encuentre un espacio propio como sí lo ha hecho, al menos después de la reforma constitucional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o, en menor medida, el Derecho internacional humanitario.

Por otra parte, no es posible desconocer que el bajo número de peticionantes de asilo y de refugiados reconocidos en la Argentina no facilita ni la percepción pública del problema, ni el desarrollo jurídico y académico de la materia. Ni siquiera en los años 1999 y 2000, cuando el CEPARE registró el mayor incremento en el número de peticiones, se registraron iniciativas que dieran cuenta de una reacción adecuada capaz de revitalizar los mecanismos existentes para dar respuesta efectiva a este aumento de demanda de protección internacional.

Ahora bien, si se realiza una búsqueda de antecedentes jurisprudenciales que indirectamente involucren cuestiones vinculadas a la temática

ba limitada al pago de un arancel obligatorio de \$300, sin excepciones, lo cual impedía en la práctica, que la mayor parte de los extranjeros agotaran la vía administrativa para poder cuestionar el accionar de esta dirección en sede judicial.

que nos ocupa, encontramos que la labor de los tribunales locales se restringió casi exclusivamente a su análisis tangencial en un ámbito mucho más complejo jurídica y políticamente, que es de los trámites de extradición de extranjeros, donde el Poder Judicial debe necesariamente intervenir.

En efecto, son varios los casos en los que ambos institutos –extradición y asilo– han confluído. Esto no resulta extraño si se tiene en cuenta que el instituto de la extradición puede llegar a constituir una herramienta no sólo para facilitar la cooperación interestadual en la persecución penal legítima de la delincuencia, sino también, llegado el caso, como forma de persecución ilegítima más allá de las fronteras territoriales del Estado.

En nuestro país esa confluencia ha generado un interesante debate jurídico con posterioridad a la aprobación de la Ley de Cooperación en Materia Penal en 1997. Como fuera mencionado anteriormente, la ley 24.767, en su artículo 20, regula la devolución de cualquier pedido de extradición solicitado con relación a refugiados reconocidos como tales por el Estado argentino, en tanto la solicitud provenga del país que motivó dicho reconocimiento.

El artículo 8 de la norma en cuestión impide asimismo la extradición, cuando el delito que motiva el pedido fuese: a) un delito político de los definidos en forma negativa en el artículo 9; b) un delito previsto exclusivamente por la ley penal militar; c) un delito sancionado con pena de muerte en el estado requirente y éste no diere seguridades de su no aplicación; o el proceso que motiva el pedido fuese: a) tramitado por una comisión especial de las prohibidas por el artículo 18 de la Constitución nacional; b) evidencie propósitos persecutorios por razón de opiniones políticas, nacionalidad, raza, religión o hubiese motivos fundados para suponer que esas razones pueden perjudicar el ejercicio del derecho de defensa en juicio; o existan motivos fundados para suponer que el requerido pueda ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁵⁴.

Si bien la ley 24.767 regula adecuadamente la situación de refugiados reconocidos, guarda silencio respecto al criterio a seguir con aquellos extranjeros cuya solicitud de asilo se encuentre en trámite. Lo que sucede en la práctica es que en esas situaciones conviven simultáneamente dos procedimientos con varios puntos de confluencia y divergencia, uno en sede administrativa y otro en sede judicial. El primero, tendiente a verifi-

⁵⁴ Cabe resaltar la utilización de términos propios de la Convención de 1951 como la expresión “motivos fundados para considerar” o las causales establecidas como razón del reconocimiento de la condición de refugiado previstas en el art. 1.A de la Convención de 1951 (raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas).

car si la persona cumple los requisitos para ser reconocido como refugiado y, consecuentemente, si necesita ser protegido contra la devolución forzada hacia su país de origen, y el otro tendiente a verificar si están dadas las condiciones de fondo y forma para efectivizar la devolución de una persona acusada de la comisión de un delito fuera del país y que se encuentra bajo la jurisdicción territorial del Estado argentino.

En abril de 2002, en el único caso que conocemos que ha llegado hasta el momento a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de un recurso ordinario de apelación presentado por el Estado requirente contra la resolución judicial que declaró abstracta la cuestión al haber sido reconocido el requerido como refugiado por las autoridades administrativas competentes⁵⁵, el Tribunal no llegó a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión a resolver, considerando que la sentencia apelada no constituía sentencia definitiva en los términos de los artículos 32 y 33 de la ley 24.767.

Sin embargo, del dictamen del procurador fiscal surgen algunas cuestiones de especial interés, ya que se trataba de una persona cuya condición de refugiada fue reconocida con posterioridad a la resolución del juez interviniente que había previamente resuelto conceder la extradición solicitada.

A diferencia de la mayoría del Tribunal, el procurador fiscal consideró que se trataba de una sentencia definitiva y por ello avanzó sobre algunas cuestiones de fondo, reconociendo como legítimo el accionar del Poder Ejecutivo, con competencia para implementar la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, al crear un mecanismo de aplicación interna del tratado internacional y reconocer como refugiada a una persona en el marco de un trámite judicial de extradición. Ello había sido cuestionado con argumentos vinculados a la violación de la independencia judicial y división de poderes, por el Estado requirente.

Por otra parte, el procurador fiscal reconoció el derecho de todo refugiado reconocido como tal, a no ser devuelto hacia un país donde su vida, seguridad y libertad se vean amenazadas y afirmó que el principio de no devolución consagrado en el artículo 33 de la Convención de 1951, constituye un principio de *jus cogens* del Derecho internacional. A tal fin, no sólo mencionó una serie de conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, sino expresamente el artículo 22 de la Convención Americana y la Declaración de Cartagena.

Por último, manifestó que no correspondía al ámbito judicial cuestionar las razones por las cuales el Poder Ejecutivo había concedido la condición de refugiado al solicitante, considerando que constituía un acto del

⁵⁵ “Mera Collazos, Julio César y otra s/extradición”, del 16/4/2002 (M 127 XXV RO).

poder político que sólo debe ser revisable en las oportunidades previstas por el Derecho administrativo, correspondiendo a tal fin la interposición del correspondiente recurso jerárquico ante el Ministerio del Interior.

Consideraciones similares se verifican en uno de los votos en disidencia, el de Boggiano, que desarrolla extensamente el contenido normativo del principio de no devolución y estima apropiado integrar lo que considera es una laguna normativa de la ley 24.767, ampliando la garantía de no devolución para aquellas persona cuyas peticiones de reconocimiento de la condición de refugiado se encuentren pendientes de resolución.

Con posterioridad a este antecedente se dieron otros casos similares que aún no han llegado hasta el Tribunal Superior pero en los cuáles se verifica que la intervención de los jueces competentes en el pedido de extradición consideran apropiado o bien rechazar la extradición por causales independientes a la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, o bien esperar a que el organismo administrativo competente se expida antes de fallar. Este proceder, que a veces demora innecesariamente los plazos de detención, hace recaer sobre los funcionarios administrativos integrantes del CEPARE una responsabilidad aún mayor de análisis y evaluación jurídica compleja sumada a las cuestiones políticas que la sensibilidad y publicidad de estos casos suele acarrear⁵⁶.

Resulta interesante mencionar que en noviembre de 2003, se debatió nuevamente en sede judicial esta cuestión no resuelta, pero esta vez en el marco de un hábeas corpus presentado en favor de un ciudadano cuya extradición se encontraba concedida y su traslado estaba a horas de ejecutarse⁵⁷. En este caso se verificó que según la interpretación presentada por el representante del Ministerio de Relaciones Exteriores en la audiencia convocada por el juez interviniente, ese organismo consideraba que la condición de peticionante no podía ser equiparada al reconocimiento como tal y por lo tanto la no devolución no era una garantía aplicable para solicitantes de la condición de refugiado sino para personas que ya estuvieran reconocidas como tales. Esta interpretación, que difería de la presentada por el CEPARE en la misma audiencia, fue finalmente rechazada por el juez quien, en resguardo del derecho de libertad del peticionante frente a lo que podía llegar a constituir una persecución ilegítima por parte del Estado requirente, habilitó el hábeas corpus como un meca-

⁵⁶ Ver, a título de ejemplo, el tratamiento dado por la prensa de los pedidos de extradición y asilo de Jesús Lariz Iriondo en "La Nación" del 30/9/2004, y de Leonardo Bertulazzi en "La Nación" del 05/11/2002.

⁵⁷ "Gallardo Susanibar s/hábeas corpus", n° 70.395/03 del Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 44, Secretaría n° 115, Sentencia de 12/11/2003.

nismo válido de protección y ordenó que la extradición no se efectuara hasta que la solicitud presentada ante el CEPARE se encontrara resuelta.

Como vemos, incluso en este puntual problema de aplicación del principio de no devolución, piedra fundamental de la protección internacional de refugiados, el debate judicial no ha establecido reglas de interpretación definitivas y unánimes.

Tampoco es posible dejar de mencionar un polémico y relevante fallo que dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 14 de octubre de 2004⁵⁸ y que, indirectamente, se refiere a la temática que nos ocupa.

En este antecedente, confirmando por unanimidad la opinión del procurador fiscal, la Corte reconoce al exilio padecido como consecuencia de la persecución ejercida contra la familia de la peticionante durante la última dictadura militar en la Argentina, como una vulneración al derecho de libertad ambulatoria y por lo tanto equiparable a la *detención ilegal* utilizada al definir el ámbito de aplicación de la ley 24.043. De esa forma, la Corte Suprema reconoció el derecho a reclamar una reparación financiera por parte del Estado a aquellos que se vieron obligados a hacer abandono del país en aquel momento, en los mismos términos y condiciones que quienes fueron ilegítimamente detenidos a disposición del Poder Ejecutivo nacional. También en este ámbito, diversos proyectos de leyes se han venido debatiendo sin éxito en el Congreso nacional en los últimos años⁵⁹.

Sin dudas, es notable este primer reconocimiento a nivel regional del exilio como una violación de derechos humanos, más allá del debate que se pueda plantear sobre lo acertado o no de la utilización de un mecanismo de reparación financiera. Lo que resulta interesante de observar es que, a diferencia de lo que ha sucedido respecto a la sanción de una ley específica sobre protección de refugiados que llegan a la Argentina diariamente, al tratarse del exilio padecido por nacionales pareciera que el Máximo Tribunal avanzó en forma mucho más decidida sobre la labor pendiente del Poder Legislativo, lo que probablemente repercutirá en la pronta aprobación de una legislación que establezca la política general en este sentido.

Podríamos entonces observar que la participación del Poder Judicial con relación a la aplicación interna de las normas internacionales sobre

⁵⁸ “Yofre de Vaca Narvaja, Susana c/Ministerio del Interior”, CSJN, 14/10/2004, Expte. 443.459/98 (“La Ley”, 21/10/2004).

⁵⁹ Actualmente cuenta con estado parlamentario en Cámara de Senadores el “Proyecto de Ley s/beneficio extraordinario para exiliados políticos para el período comprendido entre el 1/11/1974 y el 10/12/1983”, Expte. 21/03 presentado por el senador Marcelo López Arias y otros.

protección de refugiados ha sido también muy limitada y que, por diversas razones, los casos no llegan al ámbito judicial, salvo en excepcionales situaciones, en el marco de procesos de extradición. Incluso en esos casos, las pautas de interpretación judicial ante la omisión legislativa no han sido aún claramente establecidas.

No caben dudas sobre lo acertado de reconocer al exilio como una violación de derechos humanos y sobre la relevancia del precedente en términos de aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional. Sin embargo, resta aún avanzar en la contracara de esta argumentación, generando un mayor compromiso de gestión institucional en la implementación de las normas internacionales que brindan protección a aquellos extranjeros que hoy la solicitan en la Argentina por circunstancias similares a las que generaron el exilio de argentinos en el pasado.

VII. Desafíos en la aplicación del Derecho internacional de refugiados en la Argentina

Se han cumplido más de diez años desde la reforma constitucional y la incorporación a su texto y con su misma jerarquía de un número no menor de instrumentos internacionales de derechos humanos. Tal vez sea posible observar que en estos doce años el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha permeado, con mayor o menor dificultad, la labor de los distintos poderes del Estado y que, en alguna medida, ese efecto ha sido una consecuencia derivada de la norma constitucional o de la labor posterior del Poder Legislativo y del Poder Judicial.

Sin embargo ese empuje no ha incentivado el desarrollo de mecanismos de implementación interna de tratados no enumerados en el artículo 75, inciso 22, y que, sin embargo, también están relacionados con la protección internacional de la persona humana.

No es cierto que el derecho al asilo haya sido olvidado por el constituyente ni que estemos hablando de algo distinto a la protección de los derechos humanos. Cabe recordar que, entre otros, el derecho a buscar y recibir asilo se encuentra regulado en el artículo 14 de la Declaración Universal y en el artículo 22 de la Convención Americana –ambos instrumentos de jerarquía constitucional desde 1994–. Tampoco parece cierto que esta temática haya sido dejada de lado en el establecimiento de las relaciones internacionales del Estado, y en particular en la labor del órgano principal encargado de su manejo. El Poder Ejecutivo ha manifestado su interés en la materia aun mucho antes que en otros ámbitos de los derechos humanos, y con mucha mayor eficiencia en términos de regulaciones y normativas establecidas para la implementación de los instrumentos internacionales.

Sin embargo, mediante la suscripción y ratificación de tratados, el

Estado no sólo asume internacionalmente una serie de obligaciones, sino que compromete la gestión de todas las ramas del poder público en ello. Lamentablemente, con relación a la protección de refugiados, entendemos que ese compromiso ha quedado relegado al establecimiento de algunas pautas operativas, pero que no se ha llegado a establecer una política pública destinada a su protección.

Como dijimos al introducir este trabajo, resulta llamativo que esto sea así en un país que vivió la expulsión de decenas de miles de sus ciudadanos hacia remotos países en busca de protección. Resulta aún más llamativo cuando los propios tribunales locales reconocen al exilio como una violación de derechos humanos, o cuando por décadas se debaten proyectos de leyes sobre la materia, por lo que la inacción de los distintos ámbitos del poder público no puede imputarse al desconocimiento del tema.

En este sentido, es posible extraer de lo dicho las siguientes reflexiones, que proyectan a su vez desafíos para una implementación consecuente de los compromisos internacionales asumidos con relación a la protección de refugiados:

1. Con el retorno a la democracia, se experimentó un avance importante en la materia: la creación de un mecanismo administrativo de implementación de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Sin embargo, ese impulso inicial parece haberse empantanado, y poco se ha hecho desde entonces para mejorar la implementación del marco jurídico internacional de protección de refugiados en el ámbito interno.

2. Si bien la reforma constitucional de 1994 no generó ninguna medida concreta en materia de refugiados, al menos asignó jerarquía constitucional a un número importante de tratados internacionales de derechos humanos, con lo que posibilitó la solución de diversas cuestiones de jerarquía normativa e integración de esas normas en el Derecho interno. Aunque la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados no esté incluida en ese conjunto de tratados con jerarquía constitucional, la mayor vocación por la interpretación conforme del Derecho local a partir del Derecho internacional generó la inclusión de criterios de avanzada en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado por parte del CEPARE –práctica que, desde ya, debe ser bienvenida–.

3. La jerarquización de los tratados de derechos humanos por la reforma constitucional de 1994 no ha supuesto una atención similar a todos los derechos reconocidos en aquellos instrumentos. Para el tema que nos ocupa, el derecho a solicitar y recibir asilo –incluido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre– ha recibido un tratamiento deficitario por parte de los poderes locales.

4. En materia de refugiados, fue paradójicamente el Poder Ejecutivo quien desarrolló una normativa *ad hoc* como respuesta a los problemas específicos, aunque sin abordarlos en forma completa y sistemática. El efecto de este abordaje ha sido, sin embargo, la carencia de una política nacional consistente, tendiente a establecer un sistema sustentable y eficiente de protección de refugiados. La labor del Poder Legislativo en términos de implementación de las obligaciones internacionales en materia de asilo ha sido notoriamente deficitaria: no sólo no ha logrado articular una política coherente en la materia, sino que –cuando ha intervenido en el tema– disminuyó los estándares fijados por el Poder Ejecutivo.

5. Es dable reconocer la tarea del CEPARE, a partir de 1994, en la fijación de estándares sobre determinación de la condición de refugiado más acordes a la jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, la consideración del plexo de derechos humanos involucrados en la implementación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados ha sido parcial. La noción de derechos humanos adoptada por el CEPARE tiene en cuenta casi exclusivamente derechos civiles, con poca o nula referencia a derechos económicos, sociales y culturales –relacionados directamente con la integración sociocultural de los refugiados en el país de acogida, y con los motivos de desplazamiento de un número importante de solicitantes–.

6. El abordaje *ad hoc* del Poder Ejecutivo en materia de asilo genera algunas paradojas. Si bien gran parte de los problemas coyunturales que han ido surgiendo obtuvieron alguna forma de respuesta, el rasgo que caracteriza a casi todas estas soluciones ha sido la excepcionalidad y el diseño de medidas particulares, sin un patrón consistente o una justificación basada sobre principios. Este enfoque pragmático permite albergar algunas dudas acerca de la consistencia de estas soluciones con la noción de obligación jurídica que emana de instrumentos internacionales. La excepcionalidad, el empleo de facultades discrecionales para establecer soluciones particulares o la invocación de motivos humanitarios parecen inspirarse, más que en un modelo de derechos, en una noción asistencial, contingente y meramente solidaria, que ofrece una base poco sólida para consolidar una situación de derechos o exigirlos en caso de incumplimiento o de modificación arbitraria de la situación dada.

7. La labor del Poder Judicial ha sido escasa y temerosa. Cuando ha avanzado en la temática del asilo, lo ha hecho en un caso de ciudadanos argentinos. Es difícil concebir una utilización generalizada del Poder Judicial como mecanismo de protección de los solicitantes y refugiados si el tema está ausente en la agenda de las organizaciones de la sociedad civil, si no existen garantías de asesoramiento jurídico público y gratuito que efectivice el acceso a la justicia de los interesados, y si faltan iniciativas de sensibilización y capacitación de los operadores involucrados.

Parte II

**Los estándares internacionales sobre
algunos derechos y su aplicación
por los tribunales locales**

Capítulo IV

Deber de juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos

Obligación de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos

María José Guembe

I. Introducción

En los últimos años se ha revertido la situación de impunidad que establecía el marco normativo y jurisprudencial argentino, en relación con los crímenes de la última dictadura militar (1976-1983). Este cambio se inscribe en una tendencia a nivel mundial de criminalizar las violaciones a los derechos humanos, pero obedece, en particular, a factores propios de la escena local. Entre estos factores podemos identificar la persistencia y crecimiento de los temas del pasado en la opinión pública; la constancia del reclamo de las víctimas; la fortaleza de las organizaciones de derechos humanos; y la asunción en el gobierno de autoridades convencidas de la necesidad de revertir la impunidad.

El primer paso en la actuación del Poder Judicial, luego de varios años de inactividad iniciados con la sanción de las leyes de Punto Final¹ y Obediencia Debida², fue el reconocimiento del derecho a la verdad y el derecho al duelo³. La apertura de procesos judiciales para garantizar esos derechos alentó la actuación de los tribunales en relación con los crímenes del pasado y les devolvió en alguna medida el protagonismo que habían

¹ Ley 23.492, sancionada el 23 de diciembre de 1986, promulgada el 24 de diciembre de 1986, publicada en el Boletín Oficial el 29 de diciembre de 1986.

² Ley 23.521, sancionada el 4 de junio de 1987, promulgada el 8 de junio de 1987, publicada en el Boletín Oficial el 9 de junio de 1987.

³ En el año 1995, la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal hizo lugar, por primera vez, al reclamo de familiares que solicitaban se les reconociera su derecho a conocer acabadamente lo ocurrido a sus hijos, desaparecidos durante la dictadura militar. Los primeros casos que se reabrieron fueron los de Alice Domoni, Leonnie Duquet, Mónica C. Mignone, Claudia Lapacó y Rodolfo Walsh, integrantes de las causas judiciales “Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada” y “Hechos ocurridos en el ámbito del Primer Cuerpo de Ejército”. Actualmente se desarrollan juicios por la verdad en todas las regiones del país.

tenido durante la transición a la democracia. Desde allí se recorrió el camino que llevó a la declaración de nulidad de las leyes que impedían el castigo a los culpables.

La intención de este artículo es repasar el comportamiento de los tribunales locales frente a la demanda de verdad y justicia y la utilización del derecho internacional como sostén fundamental para el reconocimiento de esos derechos. Nos centramos en las decisiones previas a la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, puesto que ésta será abordada separadamente. La estructura del artículo está determinada cronológicamente, ya que ese modo permite apreciar la evolución paulatina de las decisiones judiciales, al compás del proceso social y político en el que se encuadran. El orden cronológico, sin embargo, dificulta la apreciación de la evolución de ciertos temas en la jurisprudencia, cuya descripción de cualquier manera está presente en las páginas que siguen.

II. Una larga tradición de utilización del derecho internacional

Una constante en las acciones del movimiento de derechos humanos (en adelante, MDH) argentino ha sido la utilización de los instrumentos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus organismos de protección. Éstos se convirtieron en una de las herramientas fundamentales de resistencia frente a la dictadura⁴ y para enfrentar las medidas de impunidad en democracia⁵. Desde que se dictaron las leyes de

⁴ Si bien los tratados de derechos humanos entraron en vigor para Argentina una vez terminada la dictadura militar, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), firmada en 1948, permitió la realización de una visita *in loco* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1979. Como resultado de esa visita, la Comisión elaboró un informe en el que expuso detalladamente la situación de graves violaciones a los derechos humanos y formuló recomendaciones para las autoridades de facto. Ver, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina, OEA/Ser.L/V/II.49, Doc. 19 corr.1, 11 de abril de 1980. La pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas permitió exponer la situación de Argentina en la Comisión de Derechos Humanos y bregar por la creación de un grupo de trabajo que estudiara la desaparición forzada de personas.

⁵ Caído el régimen militar, una de las primeras decisiones adoptadas por el gobierno democrático fue la ratificación de los tratados de derechos humanos. Entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (Nº 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976, ratificado por Argentina el 8 de noviembre de 1986, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (Nº 16) p. 49, ONU Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada en vigor 3 de enero de 1976, ratificado el 8 de noviembre de 1986, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, Nº 36, 1144, Serie sobre Tratados

Punto Final y Obediencia Debida, los reclamos a los tribunales nacionales fundaron el derecho de las víctimas de manera central en los pactos internacionales ratificados por Argentina. En primer momento se invocaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Basándose en dichos instrumentos se argumentó la obligación del Estado argentino de investigar, perseguir y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, y la prohibición de amnistiar o establecer limitaciones al derecho a la jurisdicción. Estos argumentos no tuvieron acogida hasta transcurridos diez años de la sanción de las leyes de impunidad. Esas normas socavaron la independencia del Poder Judicial, que no atinó sino a convalidarlas y aplicarlas a todos los casos que se le presentaron.

La inactividad del Poder Judicial no desalentó, sin embargo, el reclamo del MDH contra la impunidad, cuyas acciones y estrategias variaron aprovechando la estructura de oportunidades de cada momento. La constante en esa lucha fue la utilización de los recursos disponibles en el ámbito internacional para lograr cambios en el orden local⁶.

El vigésimo aniversario del golpe militar sorprendió con una reacción diferente de la sociedad frente a los temas del pasado, que se manifestó en una reapertura del debate público. Esta disposición a revisar lo ocurrido durante la dictadura se tradujo rápidamente en nuevos reclamos del MDH a los jueces. Poco a poco, algunos sectores del Poder Judicial demostraron una voluntad de cambio que produjo avances en la búsqueda de verdad y justicia⁷. La apertura de los jueces se alimentó de los argumentos pro-

de la ONU, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, reimpresso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6. rev. 1 p. 25 (1992), ratificada el 14 de agosto de 1984; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A.G. res. 39/46, anexo, 39 U.N.GAOR Supp. (Nº 51) p. 197, ONU Doc. A/39/51 (1984), entrada en vigor 26 de junio de 1987, ratificada el 26 de junio de 1987.

⁶ Uno de los primeros resultados obtenidos fue la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, plasmada en el Informe 28/92, que estableció la incompatibilidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida y los indultos a los comandantes de las juntas militares con la CADH y la DADDH y recomendó la investigación y sanción de los responsables y la reparación de las víctimas. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas cuestionó también las medidas adoptadas por contradecir lo dispuesto en el PIDCP. Sin embargo, estos pronunciamientos no tuvieron repercusión inmediata en el comportamiento de las instituciones locales. Es posible sostener que los pronunciamientos de los organismos internacionales contribuyeron junto a otros factores a cambios producidos muchos años después de emitidos.

⁷ Estos avances no se han producido sólo en Argentina, sino que se han manifestado a nivel mundial. Se trata del fenómeno que Sikkink y Lutz han denominado “casca-

venientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del derecho penal internacional. De igual manera, hechos producidos fuera de las fronteras nacionales, tales como los juicios contra militares argentinos en tribunales extranjeros, contribuyeron a los avances locales⁸.

Analizaremos a continuación algunas decisiones judiciales que, fundadas en normas internacionales, abrieron paulatinamente, a lo largo de los últimos diez años, la posibilidad de garantizar la justicia a las víctimas del terrorismo de Estado.

III. Una apertura incipiente

Las leyes de impunidad representaban un fuerte obstáculo para la persecución penal de los acusados de graves crímenes, pero no el único. Además, los acusados alegaban que la acción penal se encontraba prescripta; que ya habían sido juzgados por los mismos delitos; que crímenes como la desaparición forzada no estaban tipificados en la legislación interna; y que la competencia para resolver estas cuestiones correspondía exclusivamente a los tribunales militares. La mayoría de estos planteos se resolvieron por primera vez en casos en los que se investigaba el robo de niños en el marco del terrorismo de Estado. Éste fue uno de los pocos delitos exceptuados de los beneficios de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Las denuncias de estos hechos, presentadas casi en su totalidad al comienzo de la democracia, comenzaron a activarse recién a mediados de la década del 90, producto de la nueva actitud de los jueces frente a los temas de la dictadura. Al decidir sobre estos casos, los tribunales debieron resolver por vía jurisprudencial algunos de los planteos arriba mencionados y se basaron para ello, principalmente, en normas de derecho internacional.

III. 1. *Ne bis in idem* y los derechos de las víctimas

En ocasión de analizar el planteo de doble incriminación, formulado por Jorge R. Videla y Eduardo E. Massera⁹, los jueces de la Cámara Federal

da de justicia”, como referencia a un rápido cambio en normas y prácticas, que redundan en una creciente responsabilidad frente a graves violaciones a los derechos humanos. Ver, Lutz, Helen Y Sikkink, Kathryn, *The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America*, en “Chicago Journal of International Law”, vol. 2, n° 1 (Spring 2001). El caso de Argentina, según las autoras, se destaca en su contribución a tal cambio.

⁸ La iniciación de juicios contra militares argentinos en otros países tuvo gran repercusión en los medios de prensa y los pedidos de detención y extradición cursados al gobierno argentino activaron también la actuación de los jueces.

⁹ En el año 1998, Jorge R. Videla y Emilio E. Massera fueron procesados y detenidos en el juicio en el que se investiga el plan sistemático de apropiación de niños duran-

obligación de investigar y sancionar

en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal analizaron si se trataba de los mismos hechos de apropiación de niños que habían sido objeto de declaración indagatoria durante el juicio a las juntas y llegaron a la conclusión de que tal identidad no existía¹⁰. Sin embargo, la respuesta no se quedó sólo en esta cuestión, sino que se fundó en el derecho de las víctimas, de particular trascendencia en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, reconocido por los tratados internacionales. Los jueces afirmaron:

“... si se pretendiera asignar al proceso pretérito un efecto oclusivo respecto de la persecución de hechos que no fueron objeto de indagatoria ni de persecución específica y que incluso fueran desconocidos en ese momento al menos para las autoridades encargadas del juzgamiento, mal podría calificarse a la presente actuación judicial como un proceso adecuado a las exigencias y estándares que hemos transcripto *supra* en relación con los derechos de las víctimas, ya que claramente se estaría violando el derecho a una efectiva protección judicial que consagran los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, amén de la obligación que pesa sobre el Estado nacional en orden a la investigación seria, sanción y reparación de hechos como los aquí investigados (cf. arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de julio de 1988, Caso Velázquez Rodríguez)”¹¹.

No se trata de la simple mención de un artículo, sino que la decisión trasluce una orientación muy firme en cuanto al reconocimiento y plena vigencia de los derechos humanos, así como una comprensión integral de sus postulados y del espíritu general de efectiva protección de las víctimas.

III. 2. Imprescriptibilidad de la acción penal

La prescripción de la acción penal fue otro de los problemas cuya superación se fundó casi exclusivamente en normas de carácter internacional. Los jueces recordaron que se trataba de un caso de delitos permanentes, cuya comisión no había cesado puesto que los niños robados no habían sido restituidos a su familia biológica ni su identidad recuperada. Sin

te la dictadura. Videla fue procesado con prisión preventiva por el juez federal de San Isidro, Roberto Marquevich. Massera fue arrestado por orden de la jueza María Servini de Cubría. Ambos cumplen detención en su domicilio porque así lo permite la ley para los mayores de 70 años.

¹⁰ CFCC, “Videla *s/*excepción de prescripción y Massera *s/*excepciones”, Expte. 30.514. Ambas resoluciones fueron dictadas el 9 de diciembre de 1999.

¹¹ CFCC, “Massera *s/*excepciones”, Expte. 30.514, resolución del 9 de septiembre de 1999.

embargo, eludieron el análisis profundo de tal circunstancia porque en esta materia el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno:

“La evolución del derecho (...) lo cual ocurre particularmente con el derecho internacional, ha implicado una sensible modificación del panorama jurídico en base al cual debe decidirse el presente caso. Es que, de acuerdo con el derecho internacional público, los hechos imputados, además de ostentar *per se* el carácter de permanentes hasta tanto la suerte y el paradero de la persona desaparecida se ignoren, resultan imprescriptibles por tratarse de delitos contra la humanidad, cualquiera sea la fecha de su comisión (...) la desaparición forzada de personas, en cuyo concepto se inscriben los hechos aquí investigados, constituye un crimen contra la humanidad, como tal imprescriptible, y esa característica se impone por sobre las normas internas que puedan contener disposiciones contrarias, independientemente de la fecha de su comisión”¹².

Tal conclusión se fundó en la aplicación directa de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos vinculantes para Argentina. La resolución aludió a la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas¹³ que considera que la práctica sistemática de la desaparición representa un crimen de lesa humanidad y establece como principio general su imprescriptibilidad¹⁴. También a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁵ que considera que su práctica sistemática constituye un crimen de lesa humanidad. Igualmente, reconocieron los jueces que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece la competencia en relación a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”¹⁶ e incluye entre ellos los crímenes de lesa humanidad, dentro de los cuales el artículo 7 ubica a la desaparición forzada de personas. Como conclusión del recorrido normativo y jurisprudencial trazado¹⁷, los jueces afirmaron que “la indudable

¹² CFCC, “Videla s/ excepción de prescripción”, cit. nota 10. En el mismo sentido ver, “Massera s/ excepciones”, cit. nota 11.

¹³ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1992.

¹⁴ Art. 17.

¹⁵ Aprobada por la República Argentina por ley 24.566, sancionada el 13/9/95, promulgada de hecho el 11/10/95 y publicada en el BO el 18/10/95. La jerarquía constitucional se asignó a través de la ley 24.820, sancionada el 30/4/97, promulgada de hecho el 26/5/97 y publicada en el BO el 29/5/97.

¹⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ONU, Doc. A/CONF.183/9 (1998), entrada en vigor el 1 de julio de 2002, art. 5.

¹⁷ Si bien la base fundamental para establecer que la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad fueron las normas internacionales recién mencionadas, los jue-

condición de tratarse de delitos contra la humanidad trae aparejada como consecuencia la indiscutible imprescriptibilidad¹⁸.

El carácter de imprescriptible de la desaparición forzada fue sustentado en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes contra la Humanidad de 1968¹⁹, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Sin embargo, sin perjuicio de la existencia de tales normas, los jueces reconocieron

“que la noción de crímenes contra la humanidad es indisociable de la necesidad de su persecución más allá de cualquier barrera temporal, y que se ha generado lo que podríamos llamar una ‘costumbre internacional’ al respecto, a la que convergen las múltiples manifestaciones a través de las cuales el derecho internacional se exterioriza y desarrolla en el sentido considerado. (...) Los crímenes de lesa humanidad y las normas que los regulan forman parte del *jus cogens* (derecho de gentes). Como tales, son normas imperativas del derecho internacional general que, tal como lo reconoce el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden ser modificadas por tratados o leyes nacionales...”²⁰.

ces se apoyaron también en decisiones previas adoptadas por tribunales extranjeros e internacionales. Entre las primeras, recordaron el fallo “Forti v. Suárez Mason”, (nº C-87-2058-DLJ, United States District Court of the Northern District of California, 694 F. Supp. 707; 1988 U.S. Dist. Lexis 9480; decisión del 6 de julio de 1988) y aquel dictado por la Cámara de los Lores del Reino Unido en el caso “Pinochet” (“La Reina c. Evans y otro” y “el Comisionado Metropolitano de Policía y otros”, 25 de noviembre de 1998). Entre los pronunciamientos de organismos internacionales, los jueces se refirieron al voto del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Cançado Trindade, en la sentencia dictada en el caso “Blake”, que afirmó: “estamos, en definitiva, ante una violación particularmente grave de múltiples derechos humanos. Entre éstos se encuentran derechos fundamentales inderogables, protegidos tanto por los tratados de derechos humanos como por los del Derecho Internacional Humanitario. Los desarrollos doctrinales más recientes en el presente dominio de protección revelan una tendencia hacia la ‘criminalización’ de violaciones graves de los derechos humanos, como las prácticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas. Las prohibiciones de dichas prácticas nos hacen ingresar en la *terra nova* del *jus cogens* internacional. La emergencia y consagración de normas imperativas del derecho internacional general estarían seriamente amenazadas si se pasase a descaracterizar los crímenes de lesa humanidad que recaen bajo su prohibición” (Corte IDH, “Blake”, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C, Nº 36, cons. 15).

¹⁸ CFCC, “Videla s/exceptión de prescripción”, cit. nota 10. En el mismo sentido, ver “Massera s/exceptiones”, cit. nota 12.

¹⁹ G.A. res. 2391 (XXIII), annex, 23 U.N. GAOR Supp. (Nº 18) at 40, U.N. Doc. A/7218 (1968).

²⁰ CFCC, “Videla s/exceptión de prescripción”, cit. nota 10. En el mismo sentido ver, “Massera s/exceptiones”, cit. nota 11. La resolución recordó que la Corte Suprema

En virtud de esta extensa gama de consideraciones, la Cámara afirmó que

“La supremacía del derecho de gentes y la inoponibilidad de las normas de derecho interno imponen declarar que la acción penal se halla expedita en las presentes actuaciones so riesgo de generar la responsabilidad internacional del Estado argentino por la inobservancia de las normas internacionales apuntadas supra”²¹.

Y en una interesante cita que resume el espíritu que inspira la decisión concluyeron:

“... allí donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia”²².

Es interesante destacar que la resolución que comentamos atendió a una eventual afectación del principio de legalidad, establecido en el artículo 18 de la Constitución nacional, al declarar la imprescriptibilidad de los crímenes. En este sentido, los jueces consideraron:

“No existen obstáculos, por tanto, derivados del principio de legalidad (...) toda vez que el derecho internacional general no prohíbe la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva, lo que adquiere trascendencia particularmente frente a la creación de nuevos delitos internacionales (cf. Kelsen, H., *Principios de Derecho Internacional Público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, p. 117). (...) A criterio de esta Cámara, las precedentes consideraciones deben conducir a una exégesis del artículo 18 de la Constitución nacional que morigere su alcance respecto de la prescripción de la acción penal en materia de crímenes contra la humanidad (...) Esta exclusión de la prescripción de la acción penal de los crímenes contra la humanidad de lo normado por el artículo 18 de la Constitución nacional resulta por cierto la exégesis que se adecua más plenamente a la trascendencia del derecho de gentes reconocida por el artículo 118 del mismo texto fundamental. Y también de la doctrina de sus publicis-

de Justicia de la Nación había reconocido anteriormente la calificación de delitos contra la humanidad, afirmando que este carácter no depende de la voluntad de los Estados sino de los principios del *jus cogens*. Según la Corte, tales delitos no prescriben. Cfr. *Fallos*: 318: 2148.

²¹ CFCC, “Videla s/excepción de prescripción”, cit. nota 10. En el mismo sentido, ver “Massera s/excepciones”, cit. nota 11.

²² CFCC, “Videla s/excepción de prescripción”, cit. nota 10. En el mismo sentido, ver “Massera s/excepciones”, cit. nota 11. La cita corresponde a Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951, p. 44.

obligación de investigar y sancionar

tas, que han circunscripto el artículo 18 de la Constitución nacional al Derecho Penal Interno pero lo han considerado inaplicable en la órbita del Derecho Penal Internacional”²³.

Esta interpretación de la Cámara no fue confirmada por la Corte Suprema, que se manifestó en sentido contrario al resolver esta cuestión en el caso “Prats”²⁴. En dicha ocasión, si bien estableció la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, la Corte expuso “que el instituto de la prescripción de la acción penal está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado”²⁵. Más adelante, en este mismo artículo, analizaremos este fallo de la Corte Suprema.

III. 3. Exclusión de la jurisdicción militar

La solicitud de declinatoria de jurisdicción planteada por Videla y Massera, a favor de los tribunales castrenses, también fue resuelta por la Cámara Federal en aplicación de reglas provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los jueces afirmaron que desde la reforma de la Constitución nacional de 1994 –que incorporó a su texto los tratados de derechos humanos– y la entrada en vigor y posterior atribución de jerarquía constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se alteró el panorama normativo a partir del cual debía resolverse la controversia. La norma establece que “los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar”²⁶; y también deja sentado que “los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares”. De acuerdo con los jueces de la Cámara Federal:

“... esta norma, de rango constitucional, resulta de aplicación a los casos que se investigan, a la luz de la descripción contenida en el artículo II de la misma, y por tanto altera la atribución legal de competencia de la presente investiga-

²³ CFCC, cit. nota 11.

²⁴ En el que se investiga el asesinato del general chileno Carlos Prats y su esposa, en Buenos Aires en 1974.

²⁵ CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, causa 259, resolución del 24 de agosto de 2004, cons.19.

²⁶ Art. IX.

ción, modificando profundamente la exégesis más reciente del artículo 108 del Código de Justicia Militar. (...) Hay una imposibilidad insalvable para que la justicia militar juzgue en el presente caso, ya que hay una norma constitucional que lo prohíbe expresamente y cuya inobservancia acarrearía la responsabilidad internacional del Estado argentino. Estamos, precisamente, ante uno de los casos en que el legislador ha considerado la necesidad de introducir reformas en la jurisdicción a raíz de la magnitud de derechos en juego, en cuya trascendencia, amplitud y consecuencias respecto de la jurisdicción han convergido los Estados que han suscripto el tratado interamericano que se cita, en el marco de la Organización de Estados Americanos, es decir una parte más que apreciable de la comunidad internacional..."²⁷.

La jurisprudencia de la Cámara Federal que rechazó la jurisdicción militar fue ratificada, con argumentos similares, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁸.

III. 4. La falta de tipificación de los delitos en el ámbito interno

Los militares también argumentaron que la falta de tipificación y penalización de la desaparición forzada de personas en la legislación interna constituía un obstáculo para la aplicación de la Convención Interamericana. En relación con esta cuestión el juez Petracchi de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Nicolaidis Cristino y otro s/sustracción de menores", afirmó que

"la propia convención en su art. 2 define la desaparición forzada de personas en términos de una precisión tal que resulta más que suficiente para imponer su operatividad, en particular, en lo atinente a la negación de la competencia militar para hechos como los que se investigan en estos autos"²⁹.

Según los argumentos expuestos por el procurador general de la nación en la causa "Videla, Jorge Rafael s/incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada":

"Aun cuando se interpretara que las conductas se encuentran pendientes de tipificar, entiendo que ello no dificulta la aplicación de la normativa convencional internacional, pues el Estado mediante el uso de figuras penales existentes en la legislación sanciona los hechos considerados como desaparición forzada. Lo contrario llevaría al absurdo de que el país, ante la ausencia de una

²⁷ CFCC, resolución del 9 de septiembre de 1999, cit. nota 11.

²⁸ "Nicolaidis, Cristino y otro s/sustracción de menores", causa 10.326/96, resolución del 2 de agosto de 2000.

²⁹ "Nicolaidis, Cristino y otro s/sustracción de menores", cit. nota 28.

obligación de investigar y sancionar

figura legal concreta llamada ‘desaparición forzada de personas’ en el orden interno, no incrimine las conductas descritas en la Convención en clara violación de los compromisos internacionales asumidos. O de igual manera, que dejase impune los delitos de privación ilegítima de la libertad, torturas, sustracción, ocultación y retención de menores...”³⁰.

Las decisiones hasta aquí mencionadas –dictadas respecto de delitos que quedaron exceptuados de las leyes de impunidad– tuvieron gran trascendencia en la escena político-judicial. Como hemos visto, uno de los tribunales que en mayor medida propició este cambio fue la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, el mismo tribunal que había llevado adelante el histórico juicio a las juntas militares y que había reconocido el derecho de las víctimas a la verdad y al duelo. Estas decisiones judiciales permitieron que los máximos responsables del terrorismo de Estado fueran nuevamente encarcelados³¹ y conformaron un panorama propicio para avanzar en el juzgamiento del resto de los crímenes sí beneficiados por las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. A partir de la apertura demostrada por los jueces en estos casos, se multiplicaron los reclamos y se produjeron importantes resoluciones hasta llegar a la declaración de nulidad de las leyes de impunidad.

IV. Hacia la declaración de nulidad de las leyes de impunidad

La jurisprudencia de los tribunales locales sobre los crímenes del terrorismo de Estado evolucionó gracias a la incorporación progresiva de normas del derecho internacional. Sin embargo, constituyó también un importante avance la reinterpretación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida realizada por la Cámara Federal de la Capital Federal en un caso en el que se investigaba la desaparición forzada y el robo de los bienes del empresario Conrado Gómez³². En esa oportunidad, el tribunal estableció que era necesario analizar la aplicación de las leyes caso por caso, en lugar de aplicarlas de manera automática e irreflexiva, como habían hecho los jueces desde su sanción:

“... se advierte que el primer problema para desarrollar una acción penal contra aquellas personas sobre las que el presentante dirige su pretensión resultan

³⁰ Dictamen del 14 de noviembre del 2000, causa “Videla, Jorge Rafael s/incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada”.

³¹ En realidad, debido a la edad de los imputados, en la mayoría de los casos el arresto se cumple en el domicilio.

³² Conrado Higinio Gómez se encuentra desaparecido desde el 10 de enero de 1977. Estuvo detenido en la Escuela de Mecánica de la Armada. Era abogado y miembro de una sociedad cuyas tierras y bienes fueron robados por los mismos represores que lo secuestraron bajo las órdenes del E. E. Massera.

las leyes 23.492 (...) y 23.521 (...) Como puede observarse, ambas se remiten a los delitos a que se refiere el art. 10 de la ley 23.049, cuales son los cometidos (...) con el alegado motivo de reprimir el terrorismo. Resulta evidente que frente a tal previsión, no puede constituir una solución razonable la mera invocación de las leyes de ‘punto final’ y ‘obediencia debida’ para rechazar, sin más, la pretensión punitiva y la civil resarcitoria contra aquellos que aún no hubieran sido juzgados por los hechos denunciados. Las circunstancias de los acontecimientos (...) no permiten sostener justificadamente que los hechos respondieran, necesariamente, a motivaciones de reprimir el terrorismo³³.

No cualquier delito debía ser exonerado de responsabilidad sino sólo aquellos cometidos con el propósito de reprimir el terrorismo. Quedaban también fuera del alcance de las leyes por disposición explícita –como ya dijimos– los delitos de sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil. La Ley de Obediencia Debida excluyó además los delitos de apropiación extorsiva de inmuebles y violación³⁴.

De este modo, los jueces comenzaron a relativizar el alcance de las leyes de impunidad. Resulta difícil argumentar que el robo de bienes o de niños tenga esa motivación y es posible sostener que en algunos casos los asesinatos o desapariciones se cometieron con el objeto de apropiarse de los hijos o de los bienes de las víctimas. La decisión estableció entonces que era necesario emprender una investigación y determinar fehacientemente que los hechos hubieran sido cometidos con la motivación que habilitaba la exculpación, y en caso contrario continuar el proceso hasta establecer una sanción. Otro avance lo constituyó la conclusión de que la

³³ Causa 16.071, “Astiz, Alfredo s/nulidad”, resolución del 4 de mayo de 2000. Los jueces citaron el caso “Sivak”, en el que los secuestradores del empresario habían logrado el amparo de las leyes de impunidad, pero la Corte determinó que su conducta “sólo resulta concebible en provecho de un interés particular, y de ninguna forma vinculado con las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo”. El mencionado artículo 10 de la ley 23.049 se refiere a las acciones que “resulten imputables al personal militar de las Fuerzas Armadas, y al personal de las fuerzas de seguridad, policial y penitenciario bajo control operacional de las Fuerzas Armadas y que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo (...)”. En forma concordante con la decisión del caso “Gómez” se pronunció el Dr. Schiffrin, miembro de la Cámara Federal de La Plata, en la causa “Falcone, María Claudia s/hábeas corpus”, donde manifestó: “La única cuestión a resolver, pues, consiste en la propuesta de llamar a prestar declaración indagatoria a Miguel Osvaldo Etchecolatz, para lo cual el Dr. Durán ve obstáculo en el artículo 1 de la ley 23.521. Empero, dicha norma de fondo establece un concepto o categoría especial de la obediencia debida como causa de exclusión de la culpabilidad que constituye una defensa de derecho material que habrá de considerarse si fuese deducida por los interesados” (CFCC La Plata, resolución 140/99).

³⁴ Arts. 5 de la ley 23.492, y 2 de la ley 23.521.

aplicación de las normas sólo se realizaría si eran invocadas por el imputado y, en cualquier caso, su implementación debía ser restrictiva. Por último, el transcurso del tiempo ya no planteaba problemas respecto de la persecución penal puesto que se trataba de delitos de lesa humanidad o conexos con éstos, que eran imprescriptibles³⁵.

IV. 1. La inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida

Las decisiones que comentamos hasta aquí conformaron un escenario propicio para solicitarle al Poder Judicial que revisara la constitucionalidad de las leyes de impunidad, y declarara su nulidad por contradecir la Constitución y los tratados de derechos humanos a ella incorporados. A fines del año 2000, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) –una de las organizaciones no gubernamentales que conforma el MDH³⁶– y la familia de las víctimas solicitaron a la justicia la investigación de los delitos de desaparición forzada y torturas cometidos contra José Poblete y Gertrudis Hlaczik de Poblete³⁷ y demandaron para ello la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida.

En marzo de 2001, el juez a cargo de la causa dictó una resolución de importancia histórica en la que declaró la inconstitucionalidad de ambas

³⁵ En la misma resolución, los jueces incorporaban argumentos de derecho internacional para sostener una vez más que los crímenes investigados –aun el delito de robo de bienes– son crímenes de lesa humanidad y que por ello no prescriben: “... en la denuncia por delitos contra la propiedad que realiza el presentante, subyace la desaparición forzada de su padre. Y en este contexto, sólo el examen prevalente de la normativa internacional puede dar una respuesta justa a este tipo de situaciones. Al respecto, debe señalarse que hechos de la naturaleza de los denunciados constituyen delitos contra la humanidad, y como tales imprescriptibles” (causa 16.071, cit. nota 33).

³⁶ La intervención del CELS en la causa se efectuó en calidad de parte querellante, producto de una interpretación amplia de las normas del Código Procesal Penal de la Nación por parte de los jueces. Esta intervención fue autorizada en primer lugar por el juez de primera instancia y cuestionada por los militares frente a la Cámara Federal de Apelaciones que ratificó lo dicho por el juez. Frente a esta segunda decisión, recurrieron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que aun no se ha expedido. Sin embargo, el expediente cuenta con dictamen favorable del procurador general de la nación.

³⁷ José Poblete y Gertrudis Hlaczik de Poblete fueron secuestrados el 28 de noviembre de 1978, junto a su hija Claudia de ocho meses y tres días de edad, por un grupo que declaró pertenecer a las “Fuerzas Conjuntas”. Claudia fue entregada ilegalmente a un matrimonio que la inscribió como hija propia, alterando su verdadera identidad. La familia biológica logró hallarla luego de una extensa búsqueda y que se condenara a los apropiadores en juicio oral y público.

leyes³⁸. La base de la resolución fue el reconocimiento de que los delitos –en tanto fueron cometidos en el marco del plan sistemático de represión llevado a cabo por el gobierno de facto y en virtud de su gravedad– constituyen crímenes contra la humanidad. “Tal circunstancia impone que deban ser juzgados incorporando a su análisis jurídico las reglas del derecho de gentes que son vinculantes para nuestro país y forman parte del ordenamiento jurídico interno”³⁹, afirmó el juez. Las leyes de impunidad “se oponen a principios jurídicos reconocidos universalmente desde hace siglos y trastocan gravemente el sistema de valores en el que se apoya nuestro sistema jurídico. La contradicción de esas leyes con dicha normativa lleva, como se verá oportunamente, a que deban ser declaradas inválidas”⁴⁰.

La resolución judicial analiza pormenorizadamente las obligaciones del Estado argentino surgidas frente a la comunidad internacional que se han visto incumplidas con la sanción de estas normas: especialmente se trata de su obligación de investigar y sancionar penalmente las violaciones a los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad. En este sentido, las leyes de impunidad se oponen a aquellas disposiciones incluidas en tratados internacionales de los que Argentina forma parte. Esta contradicción y el hecho de que los tratados internacionales de derechos humanos tienen primacía frente a las leyes nacionales, obligan a declarar la invalidez de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. La Corte Suprema de Justicia de la Nación –recordó el juez– ha sostenido la primacía de los tratados por sobre las normas internas, aun antes de la reforma de la Constitución del año 1994 que incorporó al texto constitucional los tratados de derechos humanos. Ahora bien, la posibilidad de declarar la invalidez de una ley que sea incompatible con un tratado resulta indiscutible desde la entrada en vigencia de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Es decir que ya al momento de sancionarse las leyes de Punto Final y Obediencia Debida el orden jurídico argentino otorgaba primacía a los tratados por sobre las leyes del Congreso.

Reconoce el juez que a la fecha en que las leyes de Punto Final y Obediencia Debida fueron sancionadas, se encontraban vigentes para Argentina varios instrumentos internacionales, entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, estos dos últimos tratados obligan a los

³⁸ Gabriel Cavallo, entonces a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 4 de la Capital Federal. Causa n° 8686/2000, “Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años”.

³⁹ Causa n° 8686/2000, cit. nota 38.

⁴⁰ Causa n° 8686/2000, cit. nota 38.

obligación de investigar y sancionar

Estados Parte a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a los ciudadanos que estén bajo su jurisdicción. De esta obligación deriva la de prevenir, investigar y sancionar todas las violaciones a los derechos reconocidos por los convenios. También imponen a los Estados Parte la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos, lo que significa que los Estados deben revisar la legislación vigente para adecuarla a los compromisos asumidos. No pueden, entonces, dictar leyes contrarias a las disposiciones de los tratados y si lo hacen incurrir en responsabilidad internacional.

La obligación de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y el Pacto y el deber de adoptar medidas en el orden interno para hacer efectivas las disposiciones en ellos contenidas, implica, para la Argentina, un mandato que incumbe a todos los poderes, incluido el Poder Judicial. En cumplimiento de esa obligación es que el juez evaluó la contradicción normativa existente entre las leyes 23.492 y 23.521 y los citados tratados.

Con relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el juez afirmó:

“Como ha quedado demostrado, la posibilidad de los damnificados de acceder a la justicia para que se investiguen delitos cometidos por integrantes de las fuerzas armadas o de seguridad del Estado se ve pulverizada por las disposiciones de las leyes 23.492 y 23.521. En tal sentido, se suprime la posibilidad de que un tribunal independiente e imparcial conozca sobre un caso de violación a los derechos humanos, lo que convierte a dichas leyes en ilícitos para el derecho derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En consecuencia, la sanción y la vigencia de las leyes 23.492 y 23.521, en tanto impiden llevar adelante las investigaciones necesarias para identificar a los autores y partícipes de las violaciones a los derechos humanos perpetradas durante el gobierno de facto (1976-1983) y aplicarles las sanciones penales correspondientes, son violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Verificado entonces que la sanción y vigencia de las leyes 23.492 y 23.521 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se impone declarar inválidas a las leyes de ‘Punto Final’ y ‘Obediencia Debida’⁴¹.

Con similares argumentos, el juez afirmó que

“las leyes de ‘Punto Final’ y ‘Obediencia Debida’ son contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dado que implican una valla que

⁴¹ Causa 8686/2000, cit. nota 38.

imposibilita llevar a cabo el cumplimiento del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por este tratado en los artículos 2 (2,3) y 9 (5). Por lo tanto, dada esta contradicción, estas leyes deben ser declaradas inválidas a la luz de lo estipulado por este tratado internacional⁴².

Pocos días después de sancionada esta resolución, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “Barrios Altos”⁴³, en el que analizó la validez de las leyes de amnistía dictadas por el gobierno de Alberto Fujimori con el objeto de garantizar la impunidad de los graves crímenes que afectaron a la sociedad peruana. En su resolución, la Corte se pronunció sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte afirmó que el Estado está obligado a privar a dichas leyes de efectos jurídicos en el derecho interno, y proceder a investigar, procesar y juzgar las graves violaciones de derechos humanos y sancionar a los responsables. La decisión de la Corte en “Barrios Altos” marcó una nueva etapa en la jurisprudencia de la región. Hasta ese momento, sólo la Comisión Interamericana había marcado la incompatibilidad de las leyes de impunidad con la CADH, no así la Corte. Por ello, su importancia es innegable para el avance en la lucha contra la impunidad.

El 9 de noviembre de 2001, la Sala II de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal confirmó por unanimidad la

⁴² Causa n° 8686/2000, cit. nota 38. La resolución invocó también argumentos de derecho interno. Así, analizó la validez de las normas en relación a la Constitución nacional, que en su artículo 29 prescribe la nulidad insanable de los actos o disposiciones que impliquen el ejercicio de facultades extraordinarias por parte de cualquiera de los poderes del Estado. La Junta Militar asumió la suma del poder público y se arrogó facultades extraordinarias. En ejercicio de tales facultades, los militares avasallaron todas las garantías constitucionales hasta el punto que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaron a merced de la voluntad del gobierno ilegítimamente constituido. Los delitos investigados en la causa “constituyen hechos que importan una manifestación del ejercicio de la suma del poder público que llevó adelante la dictadura militar...”. Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son disposiciones asimilables a amnistías que consagran la impunidad de hechos que constituyen delitos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público. De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución, hechos que implican la concesión o la propia asunción de la suma del poder público no son amnistiables, como tampoco lo es el ejercicio de la suma del poder público o de facultades extraordinarias. “Por lo expuesto –afirmó el juez– se declarará la nulidad de las leyes 23.492 y 23.521 de acuerdo con las previsiones del artículo 29 de la Constitución nacional”.

⁴³ Corte IDH, “Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú”, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

obligación de investigar y sancionar

resolución dictada por el juez Gabriel Cavallo y declaró inconstitucionales las leyes de Punto Final y Obediencia Debida en el caso “Poblete-Hlaczik”.

Una vez más, los jueces dictaminaron que los delitos denunciados constituyen crímenes contra la humanidad y no pueden ser amnistiados. Sostuvieron:

“Nos encontramos ante un delito de lesa humanidad, como crimen de derecho internacional, cuya imprescriptibilidad, contenido, naturaleza y condiciones de responsabilidad son establecidas por el derecho internacional con independencia de los criterios que puedan establecerse en el derecho interno de los Estados”⁴⁴.

La obligación de juzgar los delitos de esa gravedad, afirmó la Cámara, se encuentra en el artículo 118 de la Constitución en tanto reconoce el derecho de gentes. Por otra parte, los tratados internacionales incorporados a la Constitución obligan al Estado argentino a juzgar y castigar las graves violaciones a los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentenciado que las leyes de amnistía son contrarias al Pacto de San José de Costa Rica y que por ello son inválidas. Las decisiones de ese órgano, competente para la interpretación y aplicación del Pacto, deben ser contempladas por los tribunales argentinos en sus resoluciones.

La Cámara citó textualmente los párrafos salientes de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”. En particular, remarcó que

“es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía...”⁴⁵.

El orden internacional, entonces, de acuerdo con la resolución de la Cámara Federal, obliga a imponer sanciones a los responsables de crímenes de lesa humanidad. Por ello, el tribunal afirmó que “fuera de las leyes de ‘punto final’ y ‘obediencia debida’, no existe impedimento normativo alguno para cumplir con esas exigencias. Pero, en tanto esas normas se oponen a la operatividad de esos mandatos constitucionales, corresponde declararlas inválidas y privarlas de cualquier efecto”⁴⁶.

⁴⁴ CFCC, causa 17.889, “Incidente de apelación de Simón, Julio”, Sentencia de 9 de noviembre de 2001.

⁴⁵ CFCC, causa 17.889, cit. nota 44.

⁴⁶ CFCC, causa 17.889, cit. nota 44.

A su vez, los jueces expresaron que

“es indudable que la Corte Suprema posee una especial obligación de hacer respetar los derechos humanos fundamentales, pues, en la esfera de sus atribuciones, el Tribunal representa la soberanía nacional (...) En ese carácter, es cabeza de uno de los poderes del gobierno federal, al cual indudablemente corresponde el arreglo de las cuestiones que pueden comprometer la responsabilidad internacional de la República Argentina, como las que den lugar a la intervención de los mencionados organismos supranacionales previstos en la Convención Americana...”⁴⁷.

Luego de una extensa y fundada resolución, el tribunal concluyó que “en el contexto actual de nuestro derecho interno, la invalidación y declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no constituye una alternativa. Es una obligación”.

Las decisiones del caso “Poblete” se reprodujeron en otros similares y en varios puntos del país⁴⁸. En el mes de septiembre de 2003, el Congreso Nacional anuló las leyes de Punto Final y Obediencia Debida que habían sido anteriormente derogadas⁴⁹.

⁴⁷ CFCC, causa 17.889, cit. nota 44.

⁴⁸ Otros juzgados y cámaras de diversos puntos del país han dictado resoluciones declarando la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad: Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n° 3, causa n° 16.441/02 (“Masacre de Fátima”), resolución del 22/7/2004; Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n° 3, causa n° 14.216/2003 (ex-causa N° 450 de la Excma. Cámara Federal), caratulada “Suárez Mason, Guillermo y otros s/homicidio agravado, privación ilegal de la libertad agravada...”, resolución del 16/9/ 2003; Juzg. Fed. n° 2 de La Plata, causa n° 7/7768, caratulada “Crous, Felix Pablo s/su dcia”, resolución del 19/9/2003; Cámara Federal de Salta, causa 027/03, caratulada “Cabezas, Daniel Vicente y Otros s/denuncia - Palomitas - Cabezas de Buey”, resolución del 29/7/2003; Juzg. Fed. de Chaco, caratulada “Verbitsky, Horacio- C.E.L.S. s/inconstitucionalidad de las leyes 23.521 y 23.492”, resolución del 6/3/2003; Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n° 11, causa n° 6.859/98, caratulada “Scagliusi, Claudio Gustavo y otros s/privación ilegal de la libertad”, resolución del 12/9/2002; Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n° 11, causa n° 7694/99, caratulada “Astiz Alfredo y otros s/delito de acción pública”, resolución del 1/10/2001. Por último, el 19 de marzo de 2004, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 3 declaró la nulidad de los decretos de indulto 1002/89 y 2746/90, en la causa n° 14.216/2003 (ex-causa 450 de la Excma. Cámara Federal), caratulada “Suárez Mason, Guillermo y otros s/homicidio agravado, privación ilegal de la libertad agravada”. Esta decisión aún no ha sido revisada por instancias superiores.

⁴⁹ La anulación fue dispuesta por ley 25.779, publicada en el Boletín Oficial el día 3 de septiembre de 2003. La derogación había sido dispuesta por ley 24.952, publicada en el Boletín Oficial el día 17 de abril de 1998. La derogación fue el resultado de la acción de un grupo de diputados que presentaron un proyecto de ley que planteaba anulación de las leyes. Esta iniciativa generó un fuerte debate sobre la posibilidad de

obligación de investigar y sancionar

Finalmente, el 14 de junio de 2005, por mayoría de 7 a 1, con una abstención, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso “Poblete”, declarando la inconstitucionalidad de las leyes. La Corte Suprema de Justicia tardó varios años en resolver la cuestión. Esta demora hizo que al momento de dictar sentencia, la composición del tribunal hubiese variado. Varios miembros del Alto Tribunal fueron removidos o renunciaron para evitar el juicio político, y debieron ser reemplazados a través de un procedimiento que garantizó la participación de la sociedad civil.

La Corte tuvo en cuenta el Informe 28/92 de la Comisión Interamericana, interpretado a la luz de lo establecido por la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos”. Con base en su jurisprudencia anterior, el más Alto Tribunal argentino resolvió que debía acatar el fallo del caso “Barrios Altos”, y lo interpretó de modo amplio, en los siguientes términos:

“... a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de ‘irretroactividad’ de la ley penal sea

anular las leyes y los efectos que tendría, así como sobre los motivos que habrían llevado en su momento a su sanción. Las voces más conservadoras alertaron sobre los efectos institucionales de la anulación legislativa y la necesidad de preservar la seguridad jurídica. Desde el lado opuesto se proclamó la obligación de investigar, perseguir y sancionar, proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como justificación de la anulación. El resultado de este debate fue una resolución que se quedó a mitad de camino y que no conformó a las víctimas ni a las organizaciones de derechos humanos. La derogación no eliminaba los efectos ya cumplidos por las leyes, sino sólo aquellos que se cumplieran de allí en más. Rápidamente los sectores conservadores de la opinión pública tranquilizaron a los militares con la aclaración de que la decisión era sólo simbólica y que no tendría efectos reales. Esta afirmación era parcialmente cierta. La derogación también podía ser interpretada válidamente como una señal, una luz verde, para que los jueces avanzaran en el camino de la justicia que lentamente habían empezado a recorrer.

invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos”.

La Corte resolvió en consonancia con las decisiones de organismos internacionales, y declaró la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida y decidió que no tendría efecto ningún acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación argentina. Resolvió también declarar válida la ley del Congreso de la Nación que había anulado las leyes de impunidad⁵⁰.

La decisión de la Corte Suprema se analiza en extenso en otro artículo de este volumen.

V. Otros temas presentes en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

V. 1. Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó la jurisprudencia sentada por la Cámara Federal en cuanto a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Lo hizo en el expediente en el que se investiga el asesinato del general chileno Carlos Prats y su esposa en Buenos Aires en 1974, cometido por agentes de la DINA –Dirección de Inteligencia Nacional chilena⁵¹– por órdenes de Augusto Pinochet⁵².

Por su participación en el homicidio y su pertenencia a una asociación ilícita, Enrique Arancibia Clavel fue condenado por un tribunal argentino⁵³ a la pena de reclusión perpetua. La sentencia condenatoria dio por probado que Arancibia Clavel formaba parte de un grupo destinado a perseguir, reprimir y exterminar sistemáticamente a opositores políticos de la

⁵⁰ El Congreso Nacional había anulado las leyes en el mes de septiembre de 2003 por medio de la ley 25.779, publicada en el Boletín Oficial el día 3 de septiembre de 2003. Esta norma había sido tachada de inconstitucional por los militares imputados en la causa.

⁵¹ Cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina.

⁵² CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, cit. nota 25. El fallo fue firmado por los jueces Raúl Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco. En el mismo sentido, pero según sus votos, por Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Antonio Boggiano. Votaron en disidencia Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt y Adolfo Vázquez.

⁵³ Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 de la Capital Federal.

obligación de investigar y sancionar

dictadura instaurada en Chile el 11 de septiembre de 1973. Llegado el caso a la Cámara Nacional de Casación Penal, ésta declaró prescripta la acción penal por lo que el gobierno de Chile, que actuaba como parte querellante, recurrió en queja a la Corte Suprema de Justicia argentina. El máximo tribunal resolvió que por tratarse de crímenes de lesa humanidad la acción penal es imprescriptible⁵⁴.

La Corte afirmó que participar de una asociación ilícita destinada a cometer crímenes de lesa humanidad es en sí mismo un crimen de lesa humanidad. Ello así puesto que

“la agrupación de la que formaba parte [Arancibia Clavel] estaba destinada a perseguir a los opositores políticos de Pinochet, por medio de homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos (sobre cuyo carácter [de crímenes de lesa humanidad] no caben dudas) con la aquiescencia de funcionarios estatales. En efecto, de acuerdo con el texto del Estatuto de Roma (...) queda alcanzada toda forma posible de intervención en esta clase de hechos”⁵⁵.

Tratándose de un delito de lesa humanidad, el instrumento que naturalmente debería aplicarse para establecer su imprescriptibilidad sería la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁵⁶, sin embargo, ésta fue ratificada e incorporada a la Constitución nacional con posterioridad a la comisión de los delitos por los que se condenó a Arancibia Clavel. Por ello, la Corte debió analizar si la regla que establece la imprescriptibilidad existía al momento de los hechos, o si por el contrario su aplicación retroactiva vulneraba el principio *nulla poena sine lege*. Según el tribunal, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad sólo afirmó la imprescriptibilidad,

“lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos. Desde esta perspectiva, así como

⁵⁴ El fallo fue firmado por los jueces Raúl Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco. En el mismo sentido, pero según sus votos, por Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Antonio Boggiano. Votaron en disidencia Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt y Adolfo Vázquez.

⁵⁵ CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, cit. nota 25.

⁵⁶ Aprobada por ley 24.584 y ratificada por Decreto 579/2003; adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778.

es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la Convención al derecho interno⁵⁷.

En consecuencia, la Corte resolvió que

“los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la Convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del 60, a la cual adhería el Estado argentino (...) Las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁵⁸.”

Es interesante señalar que la Corte recurrió entre sus argumentos a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”, en tanto afirmó:

“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”⁵⁹.

Recordaron igualmente los jueces argentinos que –de conformidad con la doctrina de la Corte Interamericana en el caso “Velásquez Rodríguez”⁶⁰– el Estado está obligado a estructurar el aparato gubernamental para asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana. “Desde este punto de vista, –afirmaron los jueces– la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y

⁵⁷ Ídem, cons. 28-29.

⁵⁸ Ídem, cons. 36.

⁵⁹ Corte IDH, “Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú”, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, Nº 75, citado en CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, cons. 35.

⁶⁰ Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, Nº 4.

sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional⁶¹.

Estas referencias a las sentencias de la Corte Interamericana, vertidas por la Corte Suprema en ocasión de analizar la imprescriptibilidad, ratifican la tendencia de incorporar las normas del derecho internacional en las decisiones locales y de respetar las decisiones dictadas por los organismos internacionales.

V. 2. Los derechos de las víctimas en el proceso

El caso “Hagelin” llegó a la Corte Suprema de la Nación debido a una resolución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (CONSUFa), confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal, que le negó al padre de Dagmar Hagelin⁶² la posibilidad de participar en calidad de particular damnificado⁶³ en el proceso penal por la desaparición de su hija. Según el CONSUFa, Hagelin habría perdido el “interés directo”, requisito necesario para participar en el proceso⁶⁴, al suscribir un acuerdo de reparación de daños con el gobierno nacional que había sido condenado en juicio a resarcir a Hagelin⁶⁵. Dicho acuerdo contenía una cláusula en la que se estipulaba la renuncia de Hagelin a todo otro reclamo por cualquier concepto, cualquiera fuere el ámbito y con ocasión de los mismos hechos. Fundado en esta cláusula y en una norma del Código Civil que establece que en casos de renuncia a la acción civil o suscripción de convenios sobre el pago de daños se tendrá por renunciada la acción criminal, el CONSUFa dispuso que Hagelin no podía participar en el proceso penal.

Al resolver el caso, la Corte Suprema estableció que la tesis del tribunal militar que afirmó su falta de interés directo carecía de sentido, a la vez que frustraba el control judicial de las resoluciones del tribunal militar⁶⁶. Interesa destacar lo expuesto por los ministros Petracchi y López en su voto, al afirmar que la decisión que se cuestionaba no reconocía en

⁶¹ CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, cons. 36, cit. nota 25.

⁶² Desaparecida el día 27 de enero de 1977.

⁶³ Prevista en el art. 100 *bis* del Código de Justicia Militar.

⁶⁴ Establecido en el Código Civil, art. 432.

⁶⁵ Dicho acuerdo se firmó el 17 de marzo de 2000 –Decreto 345/2000 del Poder Ejecutivo Nacional– como resultado de una solución amistosa en el caso 11.308 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁶⁶ Cfr. CSJN, “Hagelin, Ragnar E.”, resolución del 8 de septiembre de 2003. Dictamen del procurador general de la nación, punto III 3, al que remite el fallo de la Corte. Firman el fallo Augusto C. Belluscio, Eduardo Moliné O’Connor; según su voto Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López y Juan C. Maqueda. En disidencia: Adolfo R. Vázquez, al que remite el fallo de la Corte.

toda su amplitud el derecho de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Expusieron los jueces que “un reconocimiento amplio de los derechos de las víctimas (...) no se compadece con una interpretación restrictiva de las facultades de éstas para intervenir en las causas en las que se investigan violaciones a los derechos humanos”⁶⁷. Los derechos de las víctimas deben ser interpretados a la luz de las reglas de protección de los derechos humanos vigentes en el ámbito interamericano, donde

“el derecho a la reparación aparece separado del derecho de reclamar al Estado el cumplimiento de sus deberes de investigación y sanción de los responsables. Si bien es cierto que tales deberes incumben al Estado como una carga propia y no como una mera gestión de intereses particulares, no es posible desconocer que excluidas las víctimas de intervenir e impulsar la investigación, se corre un serio riesgo de que, finalmente, su pretensión quede insatisfecha. Por otro lado, resulta difícil invocar razones que permitan justificar que un Estado verdaderamente interesado en la persecución de las violaciones a los derechos humanos no les permita a las víctimas impulsar y controlar en el proceso mismo el cumplimiento de las obligaciones asumidas frente a la comunidad internacional”⁶⁸.

En consecuencia, entendieron los jueces que la interpretación realizada por la Cámara de Casación de la indemnización recibida por Hagelin, al cerrarle el acceso a la causa en la que se investiga la desaparición de su hija era contraria a los derechos que la Convención Americana le reconoce para reclamar la sanción de los culpables. Con base en estos argumentos, la Corte revocó la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal.

VI. Conclusión

En la última década se ha desarrollado una vasta jurisprudencia sobre las obligaciones estatales frente a las graves violaciones a los derechos humanos. Esta jurisprudencia se forjó en la interacción del derecho doméstico y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El camino que conduce al juzgamiento de los responsables, comenzó con el reconocimiento de que los hechos que se denuncian constituyen crímenes de lesa humanidad y que esta categoría de crímenes se encontraba establecida en el derecho internacional en el momento en que fueron cometidos. Es decir que su posterior incorporación en tratados específicos importó un reconocimiento, y no la creación de un nuevo instituto. En tal sentido, los crímenes cometidos en Argentina durante la última dictadura militar deben ser investigados y juzgados respetando especiales

⁶⁷ CSJN, “Hagelin, Ragnar E.”, cons. 5, cit. nota 66.

⁶⁸ CSJN, “Hagelin, Ragnar E.”, cons. 6, cit. nota 66.

obligación de investigar y sancionar

condiciones, como la imprescriptibilidad, porque así lo impone el derecho internacional.

Esta jurisprudencia fue reconocida inicialmente por los tribunales federales de la ciudad de Buenos Aires, y extendida posteriormente a todos los puntos del país. Hoy permite que se desarrollen investigaciones sobre casi la totalidad de las violaciones a los derechos humanos del pasado reciente.

Sin menoscabar los derechos de los acusados, los tribunales han comenzado a resolver los casos con un profundo sentido de justicia, teniendo en cuenta la especial relevancia de los derechos de las víctimas de esta clase de delitos.

Los avances producidos en esta materia demuestran una profunda integración de las normas del derecho internacional en las decisiones judiciales. Este fenómeno es parte de uno mayor, que se manifiesta en una estrecha interacción entre los niveles nacional e internacional y un eficaz aprovechamiento por parte de los actores de las oportunidades legales y políticas en ambas esferas.

En ese marco, los jueces argentinos se demostraron abiertos a la demanda del movimiento de derechos humanos y renovaron la jurisprudencia, adaptándola a estándares internacionales en la materia. De este modo se colocaron a la vanguardia en la región de América Latina.

Desarrollos recientes de las instituciones de la justicia de transición en la Argentina*

Carolina Varsky y Leonardo G. Filippini

I. Presentación

Desde el primer momento, el fortalecimiento de las instituciones vinculadas a la justicia de transición parece haber estado presente en la agenda del presidente Néstor Kirchner. Si bien ésta no había sido una cuestión debatida durante la campaña de 2003, el Ejecutivo activó, de modo manifiesto, numerosas medidas en relación con las violaciones a derechos humanos de la última dictadura militar. Aquí presentamos una síntesis de los principales acontecimientos ocurridos durante el ejercicio de la actual administración. Nuestra intención es ofrecer una exposición ordenada que sirva para nutrir el debate que debe acompañar este proceso. No se trata de una reseña exhaustiva, sino que está centrada en la actividad de las autoridades nacionales. En los tres primeros capítulos, analizamos las medidas adoptadas en la esfera de cada uno de los poderes de Estado nacional, Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En este último, además, incluimos la actividad del Ministerio Público. El capítulo cuarto señala algunos desarrollos relevantes del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento. Finalmente, ofrecemos algunas observaciones críticas sobre el proceso en curso. En el apéndice se incluye una línea de tiempo en la que están referidos los hechos mencionados en el cuerpo del trabajo.

II. Poder Ejecutivo Nacional

El Poder Ejecutivo ha mantenido un discurso público fuertemente emparentado con la justicia y la memoria, y ha promovido de modo con-

* Esta es una versión resumida y actualizada del trabajo que, con el mismo título, los autores publicaron en "Nueva Doctrina Penal", 2005-A, Del Puerto, Buenos Aires, ps. 115-168.

sistente las políticas de transición¹. Las actividades desplegadas en su esfera pueden ordenarse alrededor de cuatro áreas principales de intervención: la construcción de espacios para la memoria, el establecimiento de procedimientos de selección de cuadros gubernamentales que contemplan la vinculación con la dictadura de los candidatos, la promoción del enjuiciamiento penal de los responsables por violaciones a derechos humanos y la coordinación internacional en estas áreas².

II. 1. Políticas para la memoria

A pocos meses del inicio del mandato presidencial, un primer acontecimiento importante fue la creación del Archivo Nacional de la Memoria en el ámbito de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, el 17 de diciembre de 2003. Las actividades de ese archivo son la de obtención, de análisis, de clasificación, de duplicación, de digitalización y de archivo de informaciones sobre el quebrantamiento de los derechos humanos en que esté comprometida la responsabilidad del Estado Argentino y sobre la respuesta social e institucional ante esas violaciones³. El archivo cuenta con el acervo de la CONADEP y desde su creación se abocó principalmente a la digitalización de las causas judiciales vinculadas a los crímenes de la dictadura militar.

¹ Cuando el presidente asumió, recibió a las Madres de Plaza de Mayo y a otros organismos de derechos humanos. En su discurso inaugural, señaló que formaba parte “de una generación diezmada, castigada con dolorosas ausencias”. En la comida central de camaradería de las Fuerzas Armadas, el 7 de julio de 2003 siguiente, dijo: “no podemos hacernos cargo de los momentos dolorosos de la historia reciente de nuestra patria sin contribuir a la verdad”, en www.presidencia.gov.ar/prensaoficial/discursos_show.php?id=147.

² En términos generales, el Ejecutivo no encontró mayores inconvenientes en el desarrollo de estas iniciativas si bien todas ellas recibieron, de una u otra forma, cuestionamientos francos por parte de quienes se encontraban abiertamente en contra y críticas matizadas de algunos sectores afines que han disentido con algunos aspectos.

Según “Diario Judicial”: “A tal fin, los organismos integrantes de la administración centralizada y descentralizada del Poder Ejecutivo, incluyendo las Fuerzas Armadas y de Seguridad deberán enviar al Archivo Nacional de la Memoria, de oficio y en forma global, las informaciones, testimonios y documentos relacionados que posean. El decreto 1259/2003 de creación estableció también ‘carácter intangible’ al material testimonial, documental e informativo que integre el Archivo Nacional de la Memoria, por lo que el mismo deberá conservarse sin cambios que alteren las informaciones, testimonios y documentos custodiados”.

³ Convenio 8/04, Acuerdo entre el Estado Nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la Construcción del Espacio para la Memoria y para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos en el predio de la ESMA (BO 26/03/2004).

El 24 de marzo de 2004, en el primer aniversario del golpe de Estado bajo su presidencia, Néstor Kirchner suscribió un acuerdo con la Ciudad de Buenos Aires para la construcción de un Espacio para la Memoria y para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos en el predio de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (ESMA)⁴. El mismo día encabezó un acto en la sede de la institución⁵. Sin embargo, aún sigue siendo muy debatido cuál debe ser el destino final del predio y de las dependencias militares que hoy lo utilizan, así como el contenido de las futuras actividades en ese espacio. El 6 de octubre de 2004, se firmó un acuerdo entre el Estado nacional y la Ciudad que contiene un cronograma de desalojo paulatino que culminaría en diciembre de 2005⁶; sin embargo, dicho plazo no se cumplió y se prorrogó hasta el 1 de octubre de 2007.

Un tercer aspecto de la gestión del Ejecutivo con relación a las políticas de memoria está dirigido a la recuperación de sitios y predios donde funcionaron centros clandestinos de detención. En octubre de 2004, por ejemplo, el Gobierno traspasó a la Ciudad de Buenos Aires el predio donde había funcionado el centro clandestino detención El Olimpo, en el barrio de Floresta⁷.

Las iniciativas del Ejecutivo recibieron dos líneas de críticas principales. Por un lado, algunos sectores —entre ellos, los más cercanos a las autoridades militares— reclaman constantemente que las acciones destinadas a preservar la memoria incluyan también los hechos de violencia cometidos por las organizaciones armadas no estatales. En este sentido, exigen del Ejecutivo “memoria completa”⁸. También en tono crítico La Nación destacó que era “indispensable que las autoridades se sitúen por encima de las antinomias y los odios del pasado”⁹, y un documento de la Conferencia Episcopal Argentina del mes de mayo de 2003 decía que “a los argentinos el pasado nos sigue pesando demasiado”¹⁰.

⁴ Durante el acto, el presidente dijo que venía a “pedir perdón de parte del Estado nacional por la vergüenza de haber callado durante 20 años de democracia por tantas atrocidades”, y que “los que hicieron este hecho tenebroso y macabro de tantos campos de concentración, como fue la ESMA, tienen un solo nombre: son asesinos repudiados por el pueblo argentino”, en www.presidencia.gov.ar/prensaoficial/discursos_show.php?id=1082.

⁵ Acta de Ejecución del acuerdo suscripto el 24 de marzo de 2004, entre el Estado Nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁶ “La Nación”, 4 de octubre de 2004.

⁷ “Argentinos por la Memoria Completa” es una agrupación que reúne a uno de los grupos más críticos de las políticas del Ejecutivo que aquí se mencionan.

⁸ *El museo de la memoria*, “La Nación”, 18 de febrero de 2004.

⁹ *Necesitamos ser Nación*, en www.cea.org.ar.

¹⁰ *Rechazaron el prólogo kirchnerista del Nunca Más*, “Río Negro”, 20 de mayo de 2006, en www.rionegro.com.ar/arch200605/20/n20f07.php.

Una segunda línea crítica, claramente distinguible de la anterior, es presentada por aquellos que coinciden en la condena al terrorismo de Estado, pero exigen del Ejecutivo la consideración de matices y la búsqueda de consensos más amplios. Fueron numerosos, por ejemplos, los entredichos con funcionarios del gobierno radical de Raúl Alfonsín. Con motivo del trigésimo aniversario del golpe de Estado de 1976, el gobierno editó una nueva versión del informe *Nunca Más* en la que agregó un prólogo adicional, criticado por los integrantes de la CONADEP¹¹. La discusión en torno a esta inserción resume las principales diferencias. A juicio del gobierno y de los organismos de derechos humanos, es indispensable erradicar de la reconstrucción histórica cualquier idea afín a la teoría de los dos demonios¹². El prólogo original de Ernesto Sábato, por su parte, comenzaba por destacar que “durante la década del 70 la Argentina fue convulsionada por un terror que provenía tanto desde la extrema derecha como de la extrema izquierda...”. Tal vez, como criticó con lucidez la ensayista Beatriz Sarlo, parte de la explicación de estas diferencias sea debido al “rasgo personalista con que el Presidente decidió inaugurar una nueva etapa”¹³.

II. 2. Nombramientos y remociones

El Poder Ejecutivo Nacional también ha tenido un activo interés en la consideración de la vinculación a la pasada dictadura militar de los candidatos a ocupar cargos públicos. Por ejemplo, a poco de asumir y, entre las medidas más llamativas, se pasó a retiro a 27 generales del Ejército, 12 brigadieres de la Fuerza Aérea y 13 almirantes de la Armada¹⁴, lo que fue

¹¹ Madres de Plaza de Mayo, Línea Fundadora, Memoria Verdad y Justicia, *Nunca Más: Un prólogo en debate*, 4 de julio de 2006, en www.madresfundadoras.org.ar/opinion.shtml?x=51838.

¹² Beatriz Sarlo, *Debate: Kirchner, el peronismo y la política de derechos humanos, Nunca más el discurso único*, “Página/12”, 28 de marzo de 2004. Desde otra vertiente, aunque igualmente crítico, Joaquín Morales Solá escribió: “El Presidente parece por momentos llevado a tientas por la impronta de las organizaciones de derechos humanos más sectarias. No todas esas organizaciones son iguales. Pero sólo dos (Abuelas de Plaza de Mayo y Madres de Plaza de Mayo-Línea Fundadora) han logrado esquivar con suerte la tentación de la intolerancia y la parcialidad. No puede ser casual que tales organizaciones hayan estallado ellas mismas en mil pedazos, enfrentadas entre sí, cada cual más decidida a imponer sin concesiones su propio punto de vista”, *Retorno a los setenta*, “La Nación”, 25 de marzo de 2004.

¹³ *Kirchner relevó a toda la cúpula militar y adelantó los cambios*, “Clarín”, 28 de mayo de 2003.

¹⁴ *La casa se reserva el derecho de admisión*, Nora Veiras, “Página/12”, 25 de mayo de 2003; *Voz de mando*, Horacio Verbitsky, “Página/12”, 1 de junio de 2003.

interpretado por algunos observadores como una maniobra para desvincular del servicio activo a varios militares de jerarquía considerando, de alguna manera, su compromiso con la pasada dictadura¹⁵. La cantidad de relevos comprendió al 75 por ciento del generalato y al 50 por ciento de las conducciones de la Armada y de la Fuerza Aérea¹⁶.

Otra importante oportunidad para discutir las políticas de designación se presentó durante el procedimiento de ascenso del jefe del Estado Mayor General del Ejército, Roberto Bendini, a fines de 2003, a raíz de la difusión de algunas declaraciones en las que habría reivindicado los crímenes de la dictadura. El Ministerio de Defensa, por Resolución 395 del 15 de septiembre ordenó investigar los supuestos dichos y creó una comisión *ad hoc* que concluyó rápidamente que las versiones eran falsas, aunque nunca dio a conocer su informe¹⁷. En este marco, el CELS solicitó a la Comisión de Acuerdos que accediera al informe del Poder Ejecutivo para hacerlo público y que llevara a cabo su propia investigación. La Comisión de Acuerdos suspendió el tratamiento del pliego de ascenso, solicitó al Poder Ejecutivo copia del expediente tramitado en el Ministerio de Defensa y citó a declarar al presidente de la comisión *ad hoc*. A juicio del senador opositor Rodolfo Terragno, no obstante, las dudas respecto de

¹⁵ El jefe saliente del Ejército, Ricardo Brinzoni, que había sido cuestionado por su participación en la masacre de Margarita Belén, confrontó abiertamente la decisión presidencial en su discurso de despedida. En respuesta, el 29 de mayo de 2003, el presidente defendió públicamente su decisión en un acto en el Colegio Militar de la Nación: “Nadie puede sorprenderse o pedir explicación o calificar una situación como inexplicada cuando se han puesto en ejercicio facultades constitucionales y legalmente regladas (...). Analizar y caracterizar las conductas del poder político no es función que le corresponda a un militar (...). [Y] sorprende que después de lo que ha vivido nuestra patria se le pida a la sociedad o se pretenda agradecimiento por respetar la Constitución. La democracia no se ratifica por discursos, sino por conductas” (*Dura respuesta de Kirchner a las críticas del ex Jefe del Ejército*, “Clarín”, 30 de mayo de 2003). No obstante, y más allá del ámbito de lo que pueda discutir un militar respecto de la orden decisión de su superior, la profunda remoción en la cúpula militar no dejó en claro al grueso de la ciudadanía cuál había sido el interés del Ejecutivo, ni si en esa decisión se había considerado algún tipo de política de descalificación.

¹⁶ El 12 de septiembre de 2003, el diario “Infobae” señaló que el general Bendini dijo: “‘Pequeños grupos israelíes’ detrás de la ‘cortina’ del turismo y algunas organizaciones no gubernamentales tienen pretensiones sobre la Patagonia y el Litoral por las reservas de agua potable y de petróleo”, y “No existió el robo sistemático de bebés. Los actuales juicios contra militares que participaron en la represión ilegal obligarán a las fuerzas armadas a participar de un ‘gran circo’”, entre otras afirmaciones.

¹⁷ Cfr. los fundamentos del voto contrario del senador Rodolfo Terragno al ascenso del general Bendini, sesión del 17 de noviembre de 2003, 33ª Reunión, 18ª Sesión Ordinaria, en www.terragno.org.ar/vernota.asp?id_nota=316.

las declaraciones no habían sido disipadas ni por “el Presidente de la Nación, Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, que guardó silencio al respecto y, a finales de octubre, envió a este H. Senado el pliego (...). [Ni] por la Comisión de Acuerdos, que no consideró el testimonio dado el 4 de noviembre por el Teniente General (R) Carlos María Zabala, quien ratificó parte de las informaciones periodísticas”¹⁸. El CELS, que había formulado el pedido de informes opinó de modo similar sobre la actuación del Congreso¹⁹. El jefe del Ejército finalmente fue ascendido.

Durante el período hubo otras decisiones en materia de descalificación. Al igual que en los casos anteriores, si bien el interés por la vinculación del candidato con el pasado autoritario parece presente, tampoco ha quedado claro cuál es el procedimiento o en qué casos esa relación es evaluada, ni de qué modo. El 18 de julio de 2003, Kirchner solicitó la renuncia del procurador general del Tesoro, Sánchez Herrera. Según explicó el vocero presidencial Miguel Núñez, “el Presidente tomó la decisión luego de enterarse que este abogado había defendido hasta su nombramiento, al ex militar Sasiaiñ”. El 10 de octubre de 2003, el presidente ordenó el relevo del agregado militar en Roma, coronel Horacio Losito, quien anteriormente había sido detenido en la causa por la masacre de Margarita Belén²⁰. A fines de 2003, el ministro de Defensa, José Pampuro, removió al general Jorge Tereso del cargo de secretario general del Ejército a raíz de que éste había trasladado a la justicia la solicitud de seis militares detenidos para pasar las fiestas de fin de año en sus domicilios²¹. En marzo de 2004, fue pasado a situación de retiro el coronel Eduardo Cardozo, cuestionado por su intervención en el secuestro de Marie Anne Erize²². El 22

¹⁸ Cfr. nota 17.

¹⁹ Cfr. CELS, Informe Anual 2004. Según “Diario Judicial”, “Sánchez Herrera, quien defendió a Sasiaiñ, acusado de ser autor mediato del robo de bebés nacidos en cautiverio en la última dictadura, fue el abogado que obtuvo un fallo favorable a la provincia de Santa Cruz en una causa contra el Estado nacional por regalías petroleras que superan los 600 millones de pesos convertibles, que hoy se encuentran depositados en dólares en el exterior. El vocero presidencial dijo que Kirchner no conocía en detalle la trayectoria del abogado, nombrado el pasado 4 de junio como Procurador del Tesoro y manifestó, que se enteró de la actividad de Sánchez Herrera como defensor del ex militar, a partir de una publicación periodística”.

²⁰ *Kirchner ordenó el regreso del agregado militar en Italia*, “La Nación”, 11 de octubre de 2003.

²¹ El ministro también retiró la nominación de Tereso como representante del Ejército en el programa “La Defensa Nacional en la Agenda Democrática”. Cfr. “Página/12”, 3 de mayo de 2004.

²² *Pasan a retiro a un coronel cuestionado*, “La Nación”, 17 de marzo de 2004. La nota informa asimismo que Cardozo era hijo del fallecido general Cesario Cardozo, asesina-

de abril de 2004, también fue separado de su cargo el Jefe del Servicio de Hidrografía Naval, Miguel Clements, hasta tanto la justicia se expidiera en relación con la denuncia en su contra por su actuación en el centro de detención de la ESMA²³. En marzo de 2006 fueron removidos de sus cargos el vicealmirante Eduardo Avilés, jefe de Operaciones Navales, y contralmirante Pablo Rossi, director de Inteligencia Naval, luego del escándalo en el que fueron denunciados por ordenar tareas de espionaje político desde la base aeronaval de Trelew²⁴. Recientemente fue desplazado el capitán de fragata de Infantería de Marina, Jorge Domingo Chitarrini, edecán naval, luego de que descubrieran su amistad con el teniente coronel Nanni.

Por otro lado, en el marco del profundo recambio en la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del nuevo procedimiento para la designación de jueces fijado por el Decreto PEN 222/03, el Ejecutivo propuso candidatos con posiciones públicas favorables, en principio, al despliegue de mecanismos de transición²⁵. El nuevo procedimiento de selección prevé además un mecanismo de consulta pública que habilita la impugnación de candidatos. En todos los casos, además de las impugnaciones y avales que espontáneamente fueron ofrecidos, el gobierno requirió expresamente a organismos de derechos humanos su opinión sobre los candidatos²⁶. El valor del nuevo procedimiento de selección tuvo un amplio reconocimiento. Con todo, el Ejecutivo no ha dado cabal cuenta de todas las observaciones presentadas, lo que en parte ha comprometido la eficacia misma de la discusión. El caso de Zaffaroni presentaba algunas aristas interesantes para la definición de las políticas de selección del Ejecutivo. Fue el primer candidato postulado y sumaba a la novedad del procedimiento la singular calidad de su afinado pensamiento jurídico. La postulación de Zaffaroni generó todo tipo de reacciones a favor y en contra y uno de los muchos aspectos señalados –aunque no el más destacado– fue su condición de juez de sentencia entre 1976 y 1984. La objeción permitía al Eje-

do el 18 de junio de 1976 en un atentado con una bomba colocada bajo la cama de su habitación. Para entonces Cesario Cardozo era jefe de la Policía Federal.

²³ Cfr. “La Nación”, 23 de abril de 2004.

²⁴ *Espiando como en los viejos tiempos*, “Página/12”, 19 de marzo de 2006.

²⁵ Por ejemplo, a Eugenio Raúl Zaffaroni y a Carmen Argibay como jueces de la Corte y a Esteban Righi como procurador general de la Nación. Zaffaroni es un académico con una pública actividad en defensa de los derechos humanos. Carmen Argibay era jueza del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia al momento de su nominación y fue detenida durante la dictadura militar, y Esteban Righi era un abogado ligado al peronismo de izquierda durante la década del 70 y fue ministro del gobierno de Cámpora.

cutivo delinear un estándar explícito, al menos, respecto de los lineamientos generales para las prácticas de descalificación de funcionarios, sin embargo el problema, al igual que otros que planteaba su candidatura, no recibió una respuesta acabada.

Un panorama similar existe en otras instancias, por ejemplo en relación con las vacantes cubiertas en la justicia federal porteña donde también es posible la impugnación de los candidatos. Entre los designados está el ahora camarista Eduardo Freiler, quien anteriormente fue uno de los fiscales que postuló la invalidez de las normas de impunidad. En la esfera del Ejecutivo, varios nombramientos sugieren también que ha habido, en ciertas áreas, una consideración activa de la actuación durante la dictadura militar de las personas elegidas. Por eso, Eduardo Duhalde fue nombrado secretario de Derechos Humanos, Jorge Taiana y Alicia Oliveira en cargos relevantes de la Cancillería, Héctor Timerman en el consulado argentino en Nueva York, y Carlos Bettini como embajador en España²⁷. Luego de que el oficialismo triunfara en las elecciones legislativas de 2005 esta tendencia se mantuvo, o incluso se acentuó. Jorge Taiana fue nombrado canciller y Nilda Garré, ministra de Defensa²⁸.

Los criterios sustantivos de descalificación y los procedimientos adecuados para la consideración de los casos, sin embargo, siguen siendo imprecisos y se prestan a la discrecionalidad del Ejecutivo. Recientemente, por ejemplo, se hizo pública la actuación del diputado Juan José Álvarez en la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) durante la dictadura militar. El procedimiento a través del cual se dio a conocer esta información fue cuestionado por algunos sectores que han señalado que el Poder Ejecutivo permitió la filtración de esa información a la prensa a fin de perjudicar a Roberto Lavagna, posible rival electoral del oficialismo,

²⁶ En el sitio del Centro de Estudios Legales y Sociales, www.cels.org.ar, pueden encontrarse sendos comunicados institucionales de apoyo a las candidaturas de Zaffaroni y de Argibay.

²⁷ Eduardo Duhalde fue abogado de presos políticos durante los años setenta. Jorge Taiana fue secretario de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Secretario de Derechos Humanos en la Provincia de Buenos Aires. Alicia Oliveira, trabajó como abogada en el CELS y representó a muchos familiares y víctimas de la dictadura. Toda la familia Bettini sufrió fuertes persecuciones durante la dictadura militar. La hermana del embajador declaró recientemente en la audiencia del juicio a Adolfo Scilingo como testigo de cargo. Jacobo Timerman, padre de Héctor, estuvo detenido durante la dictadura militar.

²⁸ En 1973, Nilda Garré integró el bloque de diputados de la Juventud Peronista (JP). Antes de asumir como ministra, Kirchner la había nombrado embajadora argentina en Venezuela.

a quien Juan José Álvarez se había acercado políticamente²⁹. El gobierno, en cambio, negó su responsabilidad por la circulación de dicha información. En cualquier caso, quedó en claro que no existe una política definida en la materia y que, como mínimo, la información sensible que debería fundarla no se encuentra debidamente resguardada³⁰.

II. 3. Persecución penal

Con relación a la persecución penal de los crímenes en el país, la iniciativa más relevante del Ejecutivo ha sido, sin dudas, la remisión del proyecto de nulidad de las leyes de amnistía, en sintonía con los primeros anuncios del presidente. En la misma línea, el 9 de junio de 2004, el Decreto 715/2004 estableció la creación en el ámbito de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad de la Unidad Especial de Investigación de la desaparición de niños como consecuencia del accionar del terrorismo de Estado, bajo la presidencia del secretario de derechos humanos y el presidente, también propició la adhesión a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por ley 24.584³¹.

En el momento de concluir este trabajo existe gran consternación por la suerte de uno de los testigos en el juicio contra Miguel Etchecolatz, el albañil Julio López. Ello sumado a las amenazas que han sufrido los jueces del proceso llama la atención sobre las cuestiones pendientes en mate-

²⁹ Más aún se ha indicado que dicha filtración fue orquestada por el titular de la agencia oficial de noticias Telam y por medio de uno de los medios de prensa gráfica que reciben proporcionalmente mayor publicidad oficial, por ejemplo, *Los Archivos estatales de la SIDE*, "Revista Noticias", 16 de septiembre del 2006.

³⁰ A raíz de este episodio, el CELS solicitó al presidente de la Nación la desclasificación y el acceso a la nómina de integrantes de la SIDE en el período 1974-1983, y la información sobre la cantidad de integrantes de la actual Secretaría de Inteligencia de Presidencia que cumplieron funciones en el mismo período, además de las medidas que se tomaron para evaluar su idoneidad ética como integrantes de un organismo del Estado.

El 13 de agosto de 2003, fue publicado en el Boletín Oficial el Decreto 579/2003 del PEN. Según "Diario Judicial", "Señalan los considerandos que de esta manera se ha decidido concluir con los trámites necesarios de adhesión ya que si bien su aprobación data del año 1995, aún no se ha hecho el depósito del instrumento respectivo de adhesión. Expresa también que la República Argentina ha dado inicio a una nueva etapa en la que el respeto a los derechos esenciales del hombre, a las instituciones de la democracia y a la justicia social se han convertido en los pilares fundamentales de la gestión de gobierno".

³¹ *Righi preocupado con las amenazas y con la seguridad de los testigos*, "Diario Judicial", 2 de octubre de 2006.

ria de persecución penal. La gestión de Kirchner impulsó con vigor un cambio de concepción respecto de la persecución de los crímenes de la dictadura. La reapertura de los juicios y las dificultades concretas que ello conlleva enfrenta ahora al gobierno con el complejo dilema de implementar una política de persecución eficaz.

La desaparición del testigo Julio Lopez, por otra parte, generó movimiento al interior de varias áreas del Estado. Así, la Corte Suprema de Justicia conformó una Comisión Permanente de Protección de la Independencia Judicial y el procurador general de la Nación instruyó a todos los fiscales para que formulen las denuncias en forma inmediata en caso de recibir amenazas (vinculadas a la actuación en alguna de las causas en las que se investigan violaciones a los derechos humanos cometidas en la dictadura). Asimismo, el procurador instruyó al fiscal a cargo de la "Unidad de Asistencia para Causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado" para que elabore y mantenga actualizado el listado de testigos convocados a estos juicios³².

II. 4. Relaciones internacionales

En materia internacional, el Ejecutivo ha parecido concentrar sus esfuerzos principalmente en la promoción del enjuiciamiento penal internacional. Poco después de su asunción, Kirchner derogó el Decreto 1581/01 del ex presidente De la Rúa que obstaculizaba la extradición de habitantes requeridos por jurisdicciones extranjeras en relación con la comisión de crímenes contra la humanidad durante el período 24 de marzo de 1976 y 10 de diciembre de 1983³³. La posibilidad de extradición de ciudadanos argentinos a jurisdicciones extranjeras fue quizá una de las iniciativas más fervientemente debatidas³⁴, aunque la discusión parece haberse atemperado no tanto por el consenso como por la reanudación de los juicios en la Argentina.

En septiembre de 2006, el canciller Jorge Taiana y su par francés, Philippe Douste Blazy, presentaron en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas el proyecto de Convención Internacional sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada de Personas, una ini-

³² Decreto 420/03. BO 28/7/2003.

³³ Para una exposición de los distintos puntos de vista, ver los artículos *Extradiciones y derecho nacional* por Ricardo Gil Lavedra, *La decisión, en manos de la justicia*, por Víctor Abramovich y *Un ataque a las garantías constitucionales*, por Miguel M. Padilla, todos en "La Nación", 15 de julio de 2003.

³⁴ *Human Rights Council concludes First Session*, 30 de junio de 2006, www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/13C5B111105739B5C125719F0077680D?opendocument.

instituciones de la justicia de transición

ciativa conjunta que ya recibió la aprobación del Consejo de Derechos Humanos de la ONU³⁵.

El gobierno también ha tenido algunos gestos hacia terceros países, en respaldo a la persecución penal de las violaciones a derechos humanos. El 15 de enero de 2004, por ejemplo, el Gobierno formuló una denuncia relativa a la desaparición de la nuera del poeta uruguayo Juan Gelman. En febrero de 2004, el Ejecutivo presionó al gobierno de Ecuador, en razón de que el embajador de ese país en la Argentina había prestado asistencia a Guillermo Suárez Mason, detenido por entonces en prisión domiciliaria para violar las condiciones de su arresto³⁶. En consonancia con ello, aparece también la omisión de intervención respecto de la solicitud de extradición formulada por España a México del militar argentino Miguel Cavallo³⁷ o de la prosecución misma en el caso Scilingo. Recientemente, Kirchner expuso junto al flamante presidente uruguayo Tabaré Vázquez la voluntad de trabajar en conjunto para investigar el destino de los desaparecidos en uno y otro país³⁸ y recibió una felicitación de Jacques Chirac por la acción de las autoridades argentinas en contra de la impunidad de los crímenes de la dictadura³⁹.

Durante el 2006, Argentina ha solicitado la extradición de varios militares uruguayos con el fin de juzgarlos en nuestro país. Dichas solicitudes provienen de tres magistrados diferentes en tanto la actuación de los uruguayos se investiga en tres grandes causas: Plan Cóndor, centro clandestino de detención "Automotores Orletti" y apropiación de menores.

³⁵ Denunciaron que Suárez Mason violó su arresto domiciliario, "La Nación", 3 de febrero de 2004; Ecuador aceptó retirar a su embajador, "La Nación", 4 de febrero de 2004; Se disculpó Molina, ex embajador de Ecuador, "La Nación", 6 de febrero de 2004.

³⁶ El gobierno no objetará la extradición de Cavallo, "La Nación", 19 de junio de 2003.

³⁷ Trabajo conjunto sobre los crímenes de las dictaduras, "Página/12", 14 de enero de 2005.

³⁸ Jacques Chirac loue le redressement économique de l'Argentine, "Le Monde", 20 de enero de 2005.

³⁹ Recientemente, y entre las más llamativas, se encuentra el proyecto de amnistía presentado por el diputado Jorge Reinaldo Vanossi. En septiembre de 2004, el diputado Jorge Reinaldo Vanossi presentó un proyecto de ley para amnistiar en forma amplia y general a todos aquellos que hubieren sido imputados o procesados por delitos militares, políticos y comunes conexos con aquéllos, cometidos desde el 1º de enero de 1960 hasta la fecha. Fecha de presentación: 3/9/2004. Número de Expediente 5636-D-04. Una opinión sobre el proyecto en Filippini, Leonardo, *Para olvidar: el Proyecto de Ley de Amnistía del diputado Vanossi*, en ElDial.com, Suplemento Penal, editorial de diciembre de 2004.

III. Poder Legislativo Nacional

El Poder Legislativo parece haber acompañado las propuestas presidenciales y no se advierte una fuerte voluntad autónoma de la del Ejecutivo en esta materia. El Congreso contribuyó al desarrollo de una serie de medidas de transición, incluso de enorme envergadura, como la anulación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, aunque parece más bien haber instrumentado políticas del Ejecutivo antes que haber liderado tales transformaciones. Ciertamente, ha habido voces críticas en el Congreso, incluso abiertamente antagónicas a la política mayoritaria⁴⁰. Sin embargo, promediando el tercer año de gestión, resulta casi imposible advertir fisuras serias en el acompañamiento legislativo mayoritario al Ejecutivo.

III. 1. Anulación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final

Indudablemente, la desarticulación de las leyes de impunidad fue la decisión más significativa del Congreso en este período. El 12 de agosto de 2003, la Cámara de Diputados declaró “insanablemente nulas” las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, y el 21 de agosto siguiente lo hizo la Cámara de Senadores. El 2 de septiembre de 2003 fue promulgada como ley 25.779. A pesar de la trascendencia institucional de la anulación, el proceso deliberativo que prologó su sanción presentó severas debilidades, pues la cuestión se debatió con una rapidez ajena a la participación mayoritaria de la ciudadanía en la discusión. Dado que las bancadas mayoritarias del Congreso aún pertenecen a las mismas agrupaciones políticas que decidieron tanto la anulación de la autoamnistía militar a poco de restablecida la democracia⁴¹, como la sanción de las leyes de impunidad en 1986⁴² y 1987⁴³, o su derogación en 1998⁴⁴, es complejo hallar coheren-

⁴⁰ Ley 23.040 de 27 de diciembre de 1983. Nulidad de la Ley de Pacificación Nacional 22.924.

⁴¹ Ley 23.492 de Punto Final. BO 29/12/1986.

⁴² Ley 23.521 de Obediencia Debida. Sancionada el 4 de junio de 1987. Promulgada el 8 de junio de 1987. BO 9/6/1987, Suplemento Especial.

⁴³ Ley 24.952. Derogación de las leyes 23.492 de Punto Final, y 23.521 de Obediencia Debida. Sancionada: marzo 25 de 1998. Promulgada de Hecho: abril 15 de 1998. BO 17/4/1998.

⁴⁴ Decretos 1.002/89, 1.003/89, 1.004/89 y 1.005/89. BO 10/10/1989. Decretos 2.741, 2.742, 2.743, 2.744, 2.745 y 2.746. Indulto a condenados en la causa 13/84. BO 3/1/1991.

Según “Diario Judicial” de 24 de marzo de 2004: “El proyecto 0906-D-2004 aprobado (...) facultó al presidente de la Cámara de Diputados, Eduardo Camaño, a reque-

cia en todo el proceso. También es notable que hayan sido las mismas fuerzas mayoritarias que aceptaron los indultos de Carlos Menem⁴⁵. No es casual, luego, que la nulidad del legislativo haya sido recibida de modo muy diverso y que incluso se haya cuestionado duramente la potestad que el Congreso tenía para anular un acto propio.

III. 2. Iniciativas con relación a los indultos

Los indultos del ex presidente Carlos Menem no fueron alcanzados por la anulación legislativa. Sin embargo, el 24 de marzo de 2004, la Cámara de Diputados aprobó un proyecto impulsado por la bancada del partido justicialista que autoriza al presidente de la Cámara a requerir y arbitrar las medidas judiciales pertinentes para la anulación. Con ello, como señalaron algunos observadores, la decisión final queda en manos de la Corte Suprema de Justicia y no en el Congreso⁴⁶.

III. 3. Reparaciones

El 28 de noviembre de 2003, el Congreso sancionó la ley 25.814 que establece un nuevo plazo para acogerse a los beneficios de las leyes 24.043 y 24.411 sobre reparaciones por desaparición forzada de personas⁴⁷. El 16 de diciembre de 2004 el Congreso sancionó la ley 25.985 —promulgada el 5 de enero de 2005— que dispone un nuevo plazo de dos (2) años “para acogerse a los beneficios establecidos por las leyes 24.043 y 24.411, sus complementarias y modificatorias, y presentar la solicitud requerida por las mismas”. Asimismo, el 24 de agosto de 2004 fue sancionada la Ley 25.914⁴⁸ que prevé beneficios para las personas que hubieren nacido

rir y arbitrar los medios para impulsar las acciones judiciales a fin de declarar la nulidad de los decretos de indultos que el 28 de diciembre del 1990 firmó el entonces presidente Carlos Saúl Menem. De esta manera, se neutralizó el proyectos de ley donde se buscaba que sea el propio Parlamento quien derogue esos decretos que beneficiaron, entre otros, al ex dictador Jorge Videla, al ex jefe de la Marina de Guerra Emilio Massera y al ex general Carlos Guillermo Suárez Mason.”

⁴⁵ BO 1/12/2003.

⁴⁶ BO 30/8/2004.

⁴⁷ *La Justicia electoral avaló a Patti y el Congreso apelará a la Corte, “Clarín”,* 15 de septiembre de 2006.

⁴⁸ Como una consecuencia bien discutible derivada del problema de la tipificación doméstica de los crímenes internacionales, la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley de tipificación del delito de desaparición forzada. Sin embargo, el proyecto parece estar más bien generado por el problema doméstico de los secuestros y la salida legislativa parece generar una igualación discutible en el trato otorgado a la criminalidad ordinaria.

durante la privación de la libertad de sus madres, o que siendo menores hubiesen permanecido detenidos en relación con sus padres, siempre que cualquiera de éstos hubiese estado detenido y/o desaparecido por razones políticas, ya sea a disposición del Poder Ejecutivo nacional y/o tribunales militares. Finalmente, el Congreso también analizó otras iniciativas con especial atención a la situación de los exiliados.

III. 4. Otras Iniciativas

Durante el período también fueron discutidos proyectos para la regulación de la extracción compulsiva de sangre en casos de personas apropiadas y una diputada solicitó que el juez federal Abel Cornejo fuera sometido a juicio político por haber hecho lugar a un hábeas data y en consecuencia quitar del listado de la CONADEP los datos de un abogado que habría participado en la dictadura. Por otro lado, el ex intendente de Escobar, Luis Abelardo Patti, resultó electo diputado nacional. Sin embargo, en diciembre de 2005 no pudo asumir como tal. La Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamentos de la Cámara de Diputados fue la encargada de evaluar la idoneidad de Patti, quien está acusado de cometer graves violaciones a los derechos humanos (162 votos a 64). Sin embargo, en septiembre de 2006 la Cámara Electoral sostuvo que lo ampara el principio de inocencia⁴⁹.

III. 5. Instrumentos internacionales

El Congreso también impulsó la adopción y reglamentación de varios instrumentos internacionales concernientes a la investigación y sanción de violaciones a derechos humanos. El mismo día en que se sancionó la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, la Cámara de Diputados otorgó rango constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. El 21 de agosto siguiente, el Senado también prestó su acuerdo y la inclusión fue finalmente consagrada por ley 25.778. El 8 de septiembre de 2004, por ley 25.932, el Congreso también aprobó el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura.

⁴⁹ Dicho artículo quedó redactado en los siguientes términos: "Artículo 13. Ninguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En tal caso, el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro derecho vigente". Para una descripción general del proyecto aprobado ver el trabajo de Pablo Parenti, *Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el ámbito nacional: el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Senadores*, en ELDial.com, Suplemento Penal.

instituciones de la justicia de transición

Paralelamente, la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado trató sendos proyectos de implementación del Estatuto de la Corte Penal de Roma de los senadores Jorge Yoma, Eduardo Menem y Cristina Fernández de Kirchner. Reabrió así una discusión paralizada desde que perdiera estado parlamentario el proyecto de implementación preparado por la Comisión Interministerial de las administraciones de De la Rúa y Duhalde. El 23 de junio de 2004, el Senado aprobó por unanimidad un proyecto de implementación y lo remitió a Diputados. Aquel proyecto –casi exacto al reeditado en marzo de 2006– establece las nuevas conductas tipificadas así como las reglas que se deben aplicar en su juzgamiento, el mecanismo interno para tratar cuestiones de competencia con la Corte Penal Internacional, la elección de candidatos para magistrados, la ejecución de penas en nuestro territorio y temas de presupuesto. Con relación a las conductas prohibidas, el proyecto remite a la tipificación del Estatuto de Roma⁵⁰. También prevé que en el juzgamiento de este tipo de delitos, se utilizarán de manera supletoria las reglas del derecho penal internacional y del derecho penal argentino, que estos delitos son imprescriptibles y que el principio de legalidad en el juzgamiento de este tipo de delitos deberá ser interpretado de acuerdo a las pautas tanto del derecho penal argentino como el derecho penal internacional⁵¹. Aquel proyecto perdió estado parlamentario y fue reintroducido a principios de 2006 por la senadora Fernández de Kirchner. Así, esta nueva edición del proyecto para implementar el Estatuto de Roma nuevamente obtuvo media sanción de los senadores (6 de septiembre de 2006) y fue remitido para su tratamiento a la Cámara de Diputados⁵².

IV. Poder Judicial de la Nación y Ministerio Público de la Nación

Durante los primeros tiempos de la gestión del presidente Kirchner, el Poder Judicial mostró mucha más diversidad en relación con los desarrollos de transición que los otros poderes de Estado. La Corte había aumen-

⁵⁰ Senado de la Nación, Expte. 2078/06.

⁵¹ El fallo fue aplaudido por el periodista Mariano Grondona, quien señaló que la Corte había dado una “lección de derecho” (*Los derechos humanos son para todos*, “La Nación”, 5 de octubre de 2003). A la vez, motivó un pedido de juicio político contra la mayoría por parte de Estela Carlotto, presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo.

⁵² Estos datos fueron obtenidos de diversas fuentes a partir de un relevamiento realizado por el CELS, por lo tanto cabe advertir que no son datos oficiales y que pueden variar según información de la causa. Las personas que se encontraban detenidas y en actividad pertenecen al Ejército, ellos son: Horacio Losito, Germán Emilio Riquelme, Ricardo Guillermo Reyes, Rodolfo Sergio Mujica, Guillermo Enrique Bruno Laborda y Julio Rafael Manuel Barreiro.

tado el número de casos tratados con relación a las violaciones a derechos humanos, pero sus decisiones parecían reflejar cierta disparidad de criterios, quizá fruto de la actitud expectante del tribunal, antes de decidir la invalidez de las leyes. En “Evelyn Vázquez”, por ejemplo, donde se discutió la posibilidad de extraer compulsivamente sangre a una persona presuntamente apropiada a fin de establecer su identidad, tiene votos dispares y una marcada disidencia⁵³. También han aparecido fuertes discrepancias en “Arancibia Clavel”, respecto de la aplicación del derecho internacional en la persecución nacional de los crímenes, o en “Jofré” respecto de la libertad personal de los imputados. Ello contrastaba con el entusiasmo del Ejecutivo y la celeridad de la anulación legislativa. A pesar de esos vaivenes iniciales, la consolidación de la nueva Corte y, probablemente, el aval electoral recibido por el oficialismo en las elecciones legislativas de 2005 contribuyeron a homogeneizar las decisiones judiciales a favor de la reapertura de estos procesos luego de la declaración de invalidez de las leyes en el caso “Simón”.

Al mismo tiempo, hubo gran actividad en los casos por el derecho a la verdad y la reapertura de los procesos penales no parece haber implicado un obstáculo para su desarrollo. Los procesos nacionales tampoco parecen haber detenido completamente la actividad internacional y así, por ejemplo, en Italia fue confirmada la condena a Guillermo Suárez Mason, en España comenzó el proceso a Adolfo Scilingo y prosigue el de Ricardo Miguel Cavallo, Francia ha reiterado las solicitudes de extradición de Alfredo Astiz y Alemania ha solicitado la extradición de Jorge Rafael Videla, Emilio Massera y Guillermo Suárez Mason.

IV. 1. Reapertura de las causas judiciales

El 14 de junio de 2005, finalmente, la Corte Suprema declaró la nulidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida en el proceso seguido contra Julio Simón y marcó un camino jurisprudencial claro que consolidó la persecución penal de las violaciones a los derechos humanos. Hoy, los principales procesos fueron reabiertos. Alrededor de 670 personas están imputadas en procesos penales vinculados al terrorismo de Estado a mediados de 2006. De ellas, 236 están procesadas y 59 prófugas, respecto de 39 se dictó la falta de mérito, 97 personas imputadas fallecieron, 4 fueron declarados incapaces para estar sometidas a juicio y 5 fueron conde-

⁵³ Causa 8686/2000, “Simon, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años”, del registro de la Secretaría 7 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 4; rta. 6 de marzo de 2001.

nadas. Sólo 7 se encontraban en actividad. En su gran mayoría, son integrantes de las Fuerzas Armadas o de seguridad en situación de retiro⁵⁴.

En los demás tribunales, las tendencias tampoco presentaron la homogeneidad de las decisiones de los poderes políticos. Algunos jueces federales de instrucción, junto a la Cámara Federal porteña, lideraron de algún modo un proceso más o menos generalizado de reapertura de los procesos penales. Varios *leading cases* de estos tribunales continuaron el camino iniciado por el primer fallo del juez Gabriel Cavallo que anuló las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida⁵⁵. En esa línea, se destacan las decisiones de la Cámara Federal porteña de reabrir los procesos, luego de la anulación legislativa de las leyes, así como la declaración de nulidad de los decretos presidenciales de indulto en la primera instancia de la Capital Federal. En sentido inverso y contemporáneamente, algunas cámaras federales, en especial la Cámara Federal de San Martín y la Cámara Nacional de Casación Penal han expresado la tendencia opuesta. Ya sea a través de la inacción, al menos en términos relativos frente a la actividad de los demás tribunales, o de la adopción de criterios, diversamente fundados, pero contrarios al impulso de la acción.

La decisión de la Corte Suprema en “Simón”, con todo, parece haber consolidado la línea del Poder Judicial nacional. La Cámara Nacional de Casación Penal, por ejemplo, aceptó la reapertura de los procesos, una vez resuelta la cuestión por la Corte. Más aún, Julio Simón y Etchecolatz ya recibieron sentencia de condena después de la reapertura de sus respectivos procesos penales. El interrogante hoy ya no es el criterio en materia de persecución penal de los crímenes de la dictadura, sino su efectivo alcance.

IV. 2. Las condenas a Julio Simón y a Miguel Osvaldo Etchecolatz

Dos de los principales acontecimientos judiciales del período en examen son, sin duda, las condenas a Julio Simón y a Miguel Osvaldo Etchecolatz luego de que, tras la anulación de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, se reabrieran los procesos penales en su contra.

El 4 de agosto Julio Simón, conocido como el “Turco Julián”, fue condenado por el Tribunal Oral Federal n° 5 de la Capital Federal a veinticinco años de prisión por la privación ilegal de la libertad de José Poblete y Gertrudis Hlaczik, las torturas a las que fueron sometidos ambos en el centro clandestino de detención “El Olimpo” y el ocultamiento

⁵⁴ Cfr. TOF I La Plata. “Miguel Osvaldo Etchecolatz” Registro NE 2251/06. Voto del juez Carlos Alberto Rozanski, puntos IV a y IV b.

⁵⁵ CSJN. “Videla”. V. 34 XXXVI (21/8/2003).

miento de su hija, Claudia Victoria, que fue recuperada en el 2000. La sentencia enmarcó los hechos dentro de las prácticas del terrorismo de Estado ocurridas durante la última dictadura militar y basó sus conclusiones a este respecto en los fallos de las causas 13 y 44, así como en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, luego de su visita al país, y de la CONADEP.

Por otra parte, el 19 de septiembre de 2006, el Tribunal Oral en lo Federal n° 1 de La Plata condenó a Miguel Osvaldo Etchecolatz a la pena de reclusión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua, con accesorias legales y costas. De un modo inédito hasta entonces, el juez Carlos Alberto Rozanski entendió en ese fallo que no había impedimento para categorizar los hechos sucedidos en nuestro país como genocidio, “más allá de la calificación legal que en [la] causa se haya dado a esos hechos a los efectos de imponer la condena y la pena”⁵⁶.

IV. 3. Otros desarrollos judiciales

Durante el período se produjeron muchas otras decisiones judiciales relativas a los mecanismos de transición. Al igual que respecto de la discusión con relación al fondo del asunto, los jueces asumieron posiciones diversas respecto de un amplio rango de cuestiones que van desde el alcance de las leyes de reparación hasta la posibilidad de obtener prueba compulsivamente en los casos de apropiación de menores durante la dictadura.

Por ejemplo, la Corte Suprema se expidió respecto de algunos aspectos de la cosa juzgada y la jurisdicción militar en “Videla”⁵⁷; negó la posibilidad de extraer compulsivamente una muestra de sangre a Evelyn Vázquez Ferrá⁵⁸, hija presunta de una pareja desaparecida para comprobar su identidad; aclaró algunos puntos procesales para el tratamiento del pedido de extradición de Alfredo Astiz a Francia⁵⁹; reenvió a la Cámara de Casación el pedido de Ricardo Miguel Cavallo para ser juzgado en la Argentina a fin de que ese tribunal se expida⁶⁰; declaró la imprescriptibi-

⁵⁶ CSJN. “Evelyn Vázquez Ferrá”. Extracción compulsiva de sangre. “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación”. V. 356. XXXVI (30/9/2003).

⁵⁷ CSJN. “Astiz, Alfredo Ignacio s/extradición”. A. 1553. XXXIX. (11/12/2003).

⁵⁸ CSJN. “Cavallo, Miguel”. C. 3689. XXXVIII. (23/3/2004).

⁵⁹ CSJN. “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros - causa n° 259”. A. 533. XXXVIII. (24 de agosto de 2004).

⁶⁰ CSJN “Mastronicola, Teresa s/retención y ocultamiento de un menor de diez años de edad sustraído del poder de sus padres -causa n° 284”. M. 163. XXXVII. (16/3/2004).

lidad de la acción penal en *Arancibia Clavel*⁶¹ por la actuación de la DINA chilena en Buenos Aires, aplicando un criterio que había insinuado ya en “Mastronicola”⁶²; resolvió varias peticiones de excarcelación en los casos “Nicolaides”⁶³, “Massera”⁶⁴ y “Jofré”⁶⁵; definió algunos aspectos procesales para el trámite de los juicios por la verdad en “Olivencia”⁶⁶, “Rivarola”⁶⁷ y “Defensor Oficial de Mendoza”⁶⁸, así como respecto de los derechos de los familiares a la búsqueda de la verdad en “Hagelin”⁶⁹. A su vez, en “Oharriz”⁷⁰, “Zabaleta”⁷¹, “Yofre de Vaca Narvaja”⁷², “Lewinger”⁷³ y “Tamburrini”⁷⁴, flexibilizó los criterios de aplicación de las leyes sobre reparaciones y analizó algunos de sus límites. Muchos tribunales inferiores enfrentaron cuestiones semejantes. Basta con mencionar aquí que las tendencias diversas verificadas respecto de la validez misma de la persecución, se han reproducido más o menos simétricamente también en cada una de los casos en los que la solución se vinculaba de algún modo con la posibilidad de la persecución penal, o del esclarecimiento de la verdad. El análisis más detallado de esta jurisprudencia reciente se incluye en un apéndice al final de este trabajo.

En el campo de los juicios parece que hubo más consistencia por la verdad. La Corte, en general, flexibilizó los criterios de interpretación en esos casos, y emitió una señal a favor de la prosecución de esos juicios. En Mar del Plata, Mendoza, Corrientes y La Plata, por ejemplo, hubo una intensa actividad. Entre los resultados más salientes, sin dudas, debe mencionarse la identificación de los restos de tres fundadoras de las Madres de

61 CSJN. “Nicolaides, Cristino s/excarcelación”. N. 473. XXXVIII (16/3/2004).

62 CSJN. “Massera, Emilio s/excarcelación”. M. 960. XXXVII (15/4/2004).

63 CSJN. “Jofré, Teodora s/denuncia”. J. 46. XXXVII (24/8/2004).

64 CSJN. “Olivencia”. O. 172. XXXVII (27/5/2004).

65 CSJN. “Rivarola”. R.392. XXXIX (27/5/2004).

66 CSJN. “Defensor Oficial de Mendoza”. D. 256. XXXVII (5/10/2004).

67 CSJN. “Hagelin, Ragnar Erland s/recurso art. 445 bis C.J.M.”. H. 17 XXXVII (8/9/2003).

68 CSJN. “Oharriz”. O. 158. XXXVII (26/8/2003).

69 CSJN. “Zabaleta”. Z. 99. XXXVII (26/8/2003).

70 CSJN. “Yofre de Vaca Narvaja”. Y. 43. XXXVIII (14/10/2004).

71 CSJN. “Lewinger, Juan Pablo c/M° J. y DD.HH. Ley 24.411 (resol. 42/01)”. L. 27. XXXVIII (14/10/2004).

72 2004 Oct. 14. CSJN. “Tamburrini, Claudio Marcelo c/E.N. Mtrio. del Interior. Art. 3° Ley 24.043”. T 254 XXXIX (14/10/2004).

73 *Destituyeron al juez federal Marquevich*, “La Nación”, 9 de junio de 2004.

74 Decreto PEN 202/2004 (20 de febrero de 2004).

Plaza de Mayo: Esther Ballestrino de Careaga, María Ponce de Bianco y Azucena Villafior de De Vicenti, en el proceso por la verdad de la Sala II de la Cámara Federal porteña. En agosto de 2005, en el mismo proceso, se identificaron los restos de Leonie Duquet.

V. Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento

El Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento no han jugado un papel importante en la definición de una política de Estado en las áreas de su incumbencia. Dadas sus funciones, podría esperarse de estos órganos un papel activo en el diseño de la selección y remoción de miembros de la judicatura. Sin embargo, el Consejo pareció más bien empantanado en riñas de competencia con la Corte y en el proceso de su propia reforma mientras que el Jurado de Enjuiciamiento estuvo fuertemente cuestionado en el contexto de las críticas al Máximo Tribunal.

El 11 de diciembre de 2003, el plenario del Consejo de la Magistratura suspendió al juez federal Markevich, acusado de cometer graves irregularidades y presuntas arbitrariedades al detener a la empresaria periodística Ernestina Herrera de Noble, en diciembre de 2002, en el marco del proceso en el cual se investiga la posible apropiación de sus hijos adoptivos durante la dictadura militar. El 8 de junio de 2004, el Jurado de Enjuiciamiento finalmente lo destituyó, por la causal de mal desempeño fundada en dos cargos: haber detenido a la señora Ernestina Herrera de Noble en forma arbitraria y haberle denegado arbitrariamente la excarcelación⁷⁵.

El 20 de febrero de 2004, el Poder Ejecutivo Nacional aceptó finalmente la renuncia del juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Ricardo Lona⁷⁶. Lona había presentado su renuncia a fines del año pasado pero no fue aceptada por el presidente Kirchner a pedido de los consejeros Marcela Rodríguez y Beinusz Szmukler, quienes llevaban adelante la acusación en el marco del juicio político que se siguió en su contra por la actuación del juez en relación con la masacre de "Las Palomitas". El *jury* de enjuiciamiento, no obstante, no destituyó al magistrado, en razón de que la votación fue de 5 votos en contra y 4 a favor, porque son necesarios por lo menos 6 votos en contra, es decir los votos condenatorios de los dos tercios del jurado compuesto por 9 miembros.

En julio de 2005, renunció el juez Guillermo Madueño, a cargo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5 de la Ciudad Autónoma de Bue-

⁷⁵ Resolución PGN 116/5 (Procurador General de la Nación), del 19 de septiembre de 2005.

⁷⁶ Cfr., por ejemplo, las referencias al funcionamiento de la justicia federal que señala Ileana Arduino en su editorial de ElDial.com de noviembre de 2004.

nos Aires, quien había sido denunciado por el CELS ante el Consejo de la Magistratura por su responsabilidad en el encubrimiento de los delitos de lesa humanidad cometidos por el terrorismo de Estado entre 1976 y 1983. También durante el 2005, el procurador general de la Nación, Esteban Righi, resolvió exonerar a la fiscal *ad hoc* Ana María Torres por su actuación en un expediente de hábeas corpus en el que dictaminó de manera irregular que se otorgara la libertad a 10 militares imputados por la masacre de “Margarita Belén”, ocurrida en diciembre de 1976⁷⁷.

En abril de 2006, el Jurado de Enjuiciamiento confirmó en sus cargos a los camaristas Tomás Inda y María Fernández, cuya moción fue solicitada por el CELS, con apoyo de la agrupación HIJOS-Regional Chaco, ante el Consejo de la Magistratura, por mal desempeño en sus funciones, a raíz de su actuación irregular en la causa que investiga la masacre de “Margarita Belén”. Estos jueces habían resuelto cuestiones de competencia y sobre la libertad de los imputados mediante una vía no apropiada como el hábeas corpus, perjudicando intencionalmente, a criterio de los peticionantes, la marcha del proceso.

Los hechos narrados llaman la atención también sobre la relación que existe o se genera entre el poder político y aquellos jueces que poseen pedidos de enjuiciamiento político y que a la vez se encuentran al frente de procesos penales por violaciones a derechos humanos (el juez federal de Resistencia, Carlos Skidelsky, por ejemplo). La cuestión es altamente sensible y merece un análisis separado y detallado. En cualquier caso, es evidente que la legitimidad última de las decisiones vendrá dada también por el grado de independencia del Poder Judicial. En el marco del profundo interés del Ejecutivo por fomentar la persecución penal, es crítico para la calidad institucional del proceso que las condiciones generadas desde el poder político no afecten en modo alguno la separación de poderes.

VI. Evaluación

La impronta más importante de este período parece ser la anulación de las leyes y la consecuente reapertura de los procesos. Cientos de personas se encuentran hoy procesadas. Sin embargo, la tasa de condenas es muy baja, y sería altamente preocupante que la justicia federal ratificara en una materia tan sensible el pobre desempeño de otras de sus áreas de intervención⁷⁸.

Los dos desarrollos principales respecto de la reconstrucción de la verdad durante el período tienen que ver con la reactivación de los juicios

⁷⁷ 2004 Oct. 14. CSJN. “Tamburrini, Claudio Marcelo c/E.N. Mtrio. del Interior. Art. 3° Ley 24.043”. T 254 XXXIX (14/10/2004).

⁷⁸ “Destituyeron al juez federal Markevich”, “La Nación”, 9 de junio de 2004.

por la verdad en el ámbito del Poder Judicial y con el impulso a la creación de museos y archivos desde el Ejecutivo. Probablemente, todo el episodio relacionado con el destino de la sede de la ESMA figure, en pocos años, entre los acontecimientos más salientes. Es uno de los temas más sensibles y en los cuales se hacen evidentes las fisuras de los procedimientos previos a las decisiones. Es notable la ausencia de un debate anterior amplio y serio. Varias de las medidas emprendidas, aunque coinciden en general con las aspiraciones de grupos importantes de la sociedad, en ocasiones parecen olvidar la necesidad de consultas extendidas en ámbitos sensibles. Por otro lado, el reavivamiento de la actividad judicial sin dudas participa del fenómeno general de incremento en las políticas de transición ya que se trataba de una actividad que no era debatida desde su reconocimiento por la Corte en “Urteaga”⁷⁹.

Asimismo, hubo una fuerte marca en los mecanismos de descalificación, aunque las acciones se desarrollaron de un modo altamente informal. Los procedimientos de descalificación, en general, no fueron claros, ni los criterios sustantivos. De allí que resulta complejo llegar a una afirmación rotunda acerca del valor del camino emprendido. Resulta saludable que el Estado considere datos relevantes de la foja de servicios de cada postulante a un cargo público, pero es criticable que este procedimiento no tenga la claridad que merece. El riesgo es que el procedimiento de descalificación pierda su sentido y se transforme en un mecanismo difuso de ejercer discrecionalidad, bajo la invocación de una dudosa razón de Estado. También debería discutirse con mayor amplitud cuánta importancia debería tener el comportamiento de un funcionario durante la pasada dictadura para fundar una preferencia positiva.

En el ámbito de las reparaciones, hubo extensiones tanto en el plano económico como simbólico. En general, los tres poderes han tendido a expandir las políticas de reparaciones económicas. En el Legislativo existieron proyectos y leyes en este sentido, y la Corte ha tenido pronunciamientos relevantes sobre la materia. En general, parece que hubo cierta sintonía respecto de la necesidad de mantener una intervención amplia. Quizá el pago en bonos de algunas de las reparaciones generó una sensación ambigua, desde que la crisis económica despreció su valor, pero es difícil fundar una crítica fuerte al respecto, en atención al cuadro generalizado de la economía argentina.

Finalmente, la reforma de las instituciones abusivas no pareció estar en la agenda de ninguno de los poderes estatales, a excepción del procedimiento llevado adelante respecto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque parece de todas formas ligado a otras razones. En mate-

⁷⁹ Decreto PEN 202/2004 (20 de febrero de 2004).

instituciones de la justicia de transición

ria de reforma institucional no hubo cambios sustantivos. Las discusiones en torno a las funciones de seguridad interior y exterior revelaron, antes bien, que a pesar del tiempo transcurrido algunos temores respecto del avance de las Fuerzas Armadas en materia de seguridad interior siguen siendo interpretados como resabios del terrorismo de Estado. Las policías y los servicios penitenciarios siguen estando en la agenda de instituciones problemáticas y lamentablemente las prácticas de abuso institucional no han mejorado sensiblemente. El proceso en la Corte parece una excepción, tanto por su trascendencia como por su envergadura. No obstante, algunas deficiencias de procedimiento del Decreto 222 son importantes, al tiempo que ni el Ejecutivo ni el Senado han considerado adecuadamente las impugnaciones.

Línea de tiempo

2003

- may. 25. Presidencia de Néstor Kirchner.
- jul. 8. PGN. Dictamen en “Ríos Ereñú Héctor c/D’Andrea Mohr José Luis y otros”. R. 723, I. XXXVII.
- jul. 25. PEN. Decreto 420/2003. Derogación del Decreto 1581/2001. Establecimiento de la necesidad del trámite judicial en caso de solicitudes de colaboración o extradición requeridas en el marco de la Ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal y Extradición.
- jul. 29. CF Salta. “Cabezas, Daniel Vicente y otros s/denuncia-Palomitas-Cabeza de Buey”. Inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida.
- ago. 12. DIP. Nulidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.
- ago. 12. DIP. Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.
- ago. 20. PLN. Ley 25.778. Jerarquía constitucional de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU. Sancionada: agosto 20 de 2003. Promulgada: septiembre 2 de 2003.
- ago. 21. SEN. Ley 25.779. Declaración de nulidad insanable de las Leyes 23.492 de Punto Final y 23.521 de Obediencia Debida. Sancionada: Agosto 21 de 2003. Promulgada: septiembre 2 de 2003.
- ago. 21. CSJN. “Videla”. V. 34 XXXVI (21/8/2003). Cosa juzgada.
- ago. 26. CSJN. “Oharriz”. O. 158. XXXVII (26/8/2003). Reparaciones.
- ago. 26. CSJN. “Zabaleta”. Z. 99. XXXVII. (26/8/2003). Reparaciones.
- sep. 1. CNACCF CF. Reapertura de los procesos.
- sep. 2. PEN. Promulgación ley 25.779 de nulidad de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida.
- sep. 8. CSJN. “Hagelin, Ragnar Erland s/recurso art. 445 bis C. J. M.”. H. 17 XXXVII (8/9/2003).
- sep. 8. CNCP. Sala IV “F, C. H.”. Extracción de sangre. Anulación del fallo de la Sala II de la CF.

- sep. 19. JF LP Arnaldo Hugo Corazza. "Crous, Félix Pablo s/denuncia". Causa 7/7768 de la Secretaría 7. Invalidez e inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 23.492 y de los arts. 1.3 y 4 de la ley 23.521. Orden de detención contra Christian Federico Von Wernich.
- sep. 20. JF BB Alcindo Alvarez Canale. "Astiz, Alfredo s/extradición" Rechazo del pedido de extradición del gobierno francés.
- sep. 30. CSJN. "Evelyn Vázquez Ferrá". Extracción compulsiva de sangre. "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación". V. 356. XXXVI (30/9/2003).
- sep. 30. CSJN. "Simón, Julio y del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años, causa 8686/2000)". S. 2746 XXXVIII. Nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Remisión a la CNCP.
- nov. 28. PLN. Ley 25.814. Nuevo plazo para acogerse a los beneficios de las leyes 24.043 y 24.411 sobre desaparición forzada de personas. BO 1/12/2003.
- dic. 11. CSJN. "Astiz, Alfredo Ignacio s/extradición". A. 1553. XXXIX (11/12/03).
- dic. 16. JCCF CF. Rodolfo Canicoba Corral. "Suárez Mason, Guillermo y otros s/homicidio agravado, privación ilegal de la libertad agravada..." del registro de la Secretaría n° 6. "Causa n° 14.216/2003 (ex-causa n° 450 de la Cámara Federal). Constitucionalidad de la ley 25.779".
- dic. 16. PEN. Decreto 1.259/2003. Creación del Archivo Nacional de la Memoria. BO 17/12/2003.
- dic. 23. CNCP. Sala I. "Del Cerro, Juan A." (23/12/2003). Remisión a la Sala II de la CFCC CF para el examen de la ley 25.779.

2004

- mar. 16. CSJN. "Nicolaidis, Cristino s/excarcelación". N. 473. XXXVIII. (16/3/2004). Interpretación del artículo 1 de la ley 24.390 sobre la duración de la prisión preventiva.
- mar. 16. CSJN. "Mastronicola, Teresa s/retención y ocultamiento de un menor de diez años de edad sustraído del poder de sus padres - causa n° 284". M. 163. XXXVII. (16/3/2004).
- mar. 19. JCCF CF. Rodolfo Canicoba Corral. Nulidad de los decretos del presidente Menem.
- mar. 23. CSJN. "Cavallo, Miguel". C. 3689. XXXVIII (23/3/2004). Extradición.
- mar. 24. PEN. Convenio 8/04. Acuerdo para la Construcción del Museo de la Memoria en el predio de la ESMA.
- abr. 15. CSJN. "Massera, Emilio s/excarcelación". M. 960. XXXVII (15/4/2004). Ley 24.390.
- abr. 28. Italia. Confirmación de la condena a Guillermo Suárez Mason.
- may.10. CNCP. Sala IV, "Scheller, Raúl A. s/rec. de queja" (10/5/2004).
- may. 27. CSJN. "Olivencia". O. 172. XXXVII (27/05/2004). Juicios por la verdad.
- may. 27. CSJN. "Rivarola". R.392. XXXIX (27/05/04). Juicios por la verdad.
- jun. 9. PEN. Decreto 715/2004. Creación en el ámbito de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad la Unidad Especial de Investigación de la desaparición de niños como consecuencia del accionar del terrorismo de Estado, que será presidida por el Secretario de Derechos Humanos.
- jun. 9. Jurado de Enjuiciamiento. Destitución del juez federal Markevich.
- jun 10. JF 3 CBA. Cristina Garzón de Lascano. "Brandalís, Humberto Horacio y otros s/averiguación de ilícito (Expte. 13.172)". Validez de la ley 25.779.

instituciones de la justicia de transición

- jun. 29. CSJN. “Ríos Ereñú, Héctor c/D’Andrea Mohr José Luis y otros”. R. 723, I. XXXVII.
- jul. 13. CNACCF, CF, Sala I. “Crespi”. Constitucionalidad de la ley 25.779.
- ago. 4. PLN. Ley 25.914. Beneficios para las personas que hubieren nacido durante la privación de la libertad de sus madres, o que siendo menores hubiesen permanecido detenidos en relación a sus padres, siempre que cualquiera de estos hubiese estado detenido y/o desaparecido por razones políticas, ya sea a disposición del poder ejecutivo nacional y/o tribunales militares. BO 30/8/2004.
- ago. 24. CSJN. “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros - causa n° 259”. A. 533. XXXVIII (24/8/2004). Imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.
- ago. 24. CSJN. “Jofré, Teodora s/denuncia”. J. 46. XXXVII (24/8/2004). Excarcelación.
- ago. 31. CSJN. “Beroch, Néstor s/recurso de casación”. B. 609. XXXVII. (31/8/2004).
- sep. 8. Ley 25.932. Aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptado en Nueva York, Estados Unidos, el 18 de diciembre de 2002. Sancionada: septiembre 8 de 2004. Promulgada de Hecho: septiembre 30 de 2004.
- oct. 5. CSJN. “Defensor Oficial de Mendoza”. D. 256. XXXVII (5/10/2004). Juicio por la verdad. Legitimación activa del Defensor Oficial.
- oct. 14. CSJN. “Yofre de Vaca Narvaja”. Y. 43. XXXVIII (14/10/2004). Reparaciones para personas exiliadas.
- oct. 14. CSJN. “Lewinger, Juan Pablo c/M° J. y DD. HH. Ley 24.411 (resol. 42/01)”. L. 27. XXXVIII (14/10/2004).
- oct. 14. CSJN. “Tamburrini, Claudio Marcelo c/E.N. Mtrio. del Interior. Art. 3° Ley 24.043”. T 254 XXXIX (14/10/2004).
- nov. 22. CFA SM. Sala I. “Incidente de inconstitucionalidad planteado por el Dr. Florencio Varela”. Causa 7231. Inconstitucionalidad de la ley 25.779.
- nov. 10. PGN. Res. 163/04. Creación de la Unidad de Asistencia para causas por violaciones a los Derechos Humanos durante el terrorismo de Estado.
- dic. 15. CFA TU. “Incidentes de prescripción y cosa juzgada n° 46.082 y n° 46.094, de nulidad n° 45.746 y los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de fechas 7 de octubre de 2003, 29 de octubre de 2003 y 1° de diciembre de 2003”. Inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Validez de la ley 25.779.
- dic. 16. CFCC CF. Sala II. “Incidente ordenado por la C. Nac. Casación Penal en la causa N° 868/00” (16/12/2004). Validez de la ley 25.779.

2005

- feb. 3. CF SM. Sala I. “Riveros, Santiago O.” (3/2/2005). Validez del Decreto 1.002/89.
- mar. 8. CSJN. “Recurso de hecho deducido por la defensa de Enrique Lautaro Arancibia Clavel en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio y asociación ilícita –causa n° 259–”. A. 869. XXXVII (8/3/2005).
- abr. 1. CFCC CF. Sala I. “Suárez Mason, Guillermo y otros s/inconstitucionalidad de indultos decreto PEN 1.002/89 y 2.746/60 (1/4/2005).
- abr. 19. Condena a Adolfo Scilingo por la Audiencia Nacional de España.

- jun. 14. CSJN. Nulidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.
- jul. 8. CFCC CF Sala II. Juicio por la verdad. Identificación de los restos de tres fundadoras de las Madres de Plaza de Mayo: Esther Ballestrino de Careaga, María Ponce de Bianco y Azucena Villaflor de De Vicenti.
- ago 29. CFCC CF Sala II. Juicio por la verdad. Identificación de los restos de Leonie Duquet.
- oct. 14. CNCP Sala I. Causa 3977. Registro 8163. “Del Cerro, Juan Antonio s/recurso de casación” (14/10/2005). Convalidación de la ley 25.779 e inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida.
- oct. 26. CFCC CBA. “Incidente de Nulidad e Inconstitucionalidad planteado por el Sr. Horacio Verbitsky y la Dra. María Elba Martínez en contra de las leyes 23.492 y 23.521”. Expte. 4-I-03).

2006

- ago. 11. Tribunal Oral Federal n° 5, 11/8/2006, autos “Del Cerro, Antonio y Simon, Julio s/Infracción Art.146 del CP” y “Del Cerro, Antonio y Simon, Julio s/Infracción Art.144 bis inc. 1° y último, en función del 142 inc. 1° y 5° y Art. 144 ter pfs. 1° y 2° del CP”.
- sep. 6. El proyecto de la Senadora Fernandez de Kirchner (S2078/06) pasó al recinto de la Cámara de Senadores fue aprobado.
- sep. 29. TOF 1 La Plata. “Miguel Osvaldo Etchecolatz”. Registro NE 2251/06.

Siglas

- BO Boletín Oficial de la Nación
- CF Cámara Federal (CC Criminal y Correccional; BB Bahía Blanca; CBA Córdoba, CF Capital Federal; LP La Plata; Mdp Mar del Plata; MZA Mendoza; SM San Martín; RES Resistencia; TU Tucumán)
- CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- CNCP Cámara Nacional de Casación Penal
- CP Código Penal
- CSJN Corte Suprema de Justicia de la Nación
- DIP Cámara de Diputados del Congreso de la Nación
- JCCF Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal
- PEN Poder Ejecutivo de la Nación
- PGN Procurador General de la Nación
- PLN Poder Legislativo Nacional
- SEN Cámara de Senadores del Congreso de la Nación

Capítulo V

Derecho a la protección judicial

La Constitución y el acceso a la justicia para la defensa de los derechos de incidencia colectiva

Daniel A. Sabsay y Andrés M. Nápoli*

I. Introducción

En el presente capítulo se aborda el análisis de las herramientas que la Constitución nacional provee para la tutela de los derechos colectivos.

El mismo se presenta como una revisión del trabajo efectuado en la anterior edición de esta obra, en donde estudiamos la figura del amparo a la luz de los cambios operados en la reforma constitucional de 1994¹.

En esta ocasión retomamos parte de ese análisis, considerando particularmente la evolución de la jurisprudencia en la materia, en especial de aquellos institutos que tienden a facilitar el acceso a la justicia en defensa de los derechos colectivos, señalando además los desafíos que se encuentran pendientes para hacer efectiva la vigencia de los derechos humanos.

II. El amparo colectivo como herramienta del acceso a la justicia

El acceso a la justicia por parte de ciudadanos, ya sea individualmente u organizados en asociaciones, se presenta como un instrumento sumamente importante de participación pública en el control de las acciones de autoridades públicas o de particulares que afectan a los derechos humanos².

* Los autores agradecen muy especialmente a Daniel Perpiñal y Juan Martín Vezzulla por los aportes efectuados para la realización del presente artículo.

¹ Sabsay, Daniel A., *El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos*, en Abregú, Martín y Courtis, Cristian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, ps. 229-245.

² Ryan, Daniel, *Democracia participativa, ambiente y sustentabilidad. Ecología de la información: escenarios y actores para la participación en asuntos ambientales*; FLACSO/Chile, Nueva Sociedad, 2001.

Hasta la reforma constitucional de 1994, la legislación nacional ostentaba un notable vacío en lo relativo a la protección jurisdiccional de los llamados intereses difusos o colectivos, por lo que el acceso a la justicia para la tutela de este tipo de intereses se justificaba desde la perspectiva de la protección de los derechos subjetivos o intereses legítimos del reclamante.

Indudablemente, esta concepción no resultaba suficiente para abarcar aquellos intereses que desbordaban notoriamente la esfera de los puramente individuales del sujeto. La protección del ambiente, de la salud pública, de la estética urbanística, del patrimonio histórico, de los consumidores, son ejemplos de situaciones que exceden la dimensión subjetiva y encuadran en un plexo axiológico propio de la colectividad toda³.

En respuesta a este tipo de problemas, la reforma constitucional de 1994 consagra la figura del amparo colectivo como garantía para el efectivo cumplimiento de estos derechos de incidencia colectiva, reconociendo legitimación para interponer acciones en su defensa al afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones registradas, sobre los que volveremos más adelante.

Se trata de una ampliación del amparo individual o clásico, que involucra a dos elementos de la relación susceptibles de originar el ejercicio del amparo; ellos son: los derechos afectados o restringidos y los sujetos legitimados para su interposición⁴.

En relación con el primer punto nos encontramos frente a los llamados derechos de tercera generación o de incidencia colectiva, que son aquellos que no se sitúan en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad, o inclusive de varias, y que por ende pertenecen a todos ellos a modo de grupo, categoría, clase o género⁵.

Estos caracteres plantean una seria dificultad de tipo procesal en lo que hace a su defensa jurisdiccional. Se trata de determinar quién está habilitado para accionar ante la justicia, cuando no se puede invocar un interés legítimo o un derecho subjetivo para ello, es decir que no se puede demostrar un daño actual y real o inminente sobre la persona o el patrimonio del amparista.

De este modo nos introducimos en la consideración del segundo elemento invocado al comienzo: el problema de la legitimación activa, que ha sido el aspecto que mayor evolución ha tenido en los últimos años en relación con la temática que nos ocupa.

³ Ryan, *Democracia participativa*, cit., p. 6.

⁴ Sabsay, *El amparo como garantía*, cit., p. 234.

⁵ Morello, A., *La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal*, en "Jurisprudencia Argentina", 1078-III. En coincidencia con Flah, L. y Smayevsky, M., *La regulación del derecho ambiental americano*, en "La Ley", 1993-E, p. 935.

III. Los legitimados para interponer las acciones en defensa de los derechos colectivos

III. 1. El afectado

Tradicionalmente y tal como lo hemos manifestado, el acceso a la jurisdicción se encontraba limitado a los individuos que fueran titulares de un derecho subjetivo, individual, en donde primaban criterios que, de hecho, descalificaban cualquier intento de representación procesal de intereses difusos o colectivos.

En materia de amparos, tanto la Corte Suprema como los tribunales inferiores habían sentado un criterio restrictivo en materia de legitimación activa en donde, la mayor parte de las veces, las cuestiones de fondo puestas a consideración no eran abordadas en su fondo, so pretexto de la inexistencia de legitimación procesal suficiente⁶.

De esta forma, quedaba en claro que sólo estaban habilitados para obrar aquellas personas que pudieran demostrar un grado directo y propio de afectación de sus derechos.

Es evidente que la cuestión relativa a la llamada *legitimatio ad causam* se constituía en una verdadera e infranqueable barrera para las acciones en estudio. Así, todas las tesis que entendían que el amparo podía ser planteado por cualquier persona, resultare o no afectado directo, quedaron relegadas y fueron claramente superadas por otras de carácter más restrictivo que, basadas en los casos “Lumelli” y “Echegoyen”⁷, señalaban que, contrariamente al tratamiento que recibe el hábeas corpus, en el amparo debe estarse al principio según el cual el actor debe ser el titular del derecho que se dice perjudicado⁸.

Tal como lo adelantamos, el nuevo texto constitucional en su artículo 43, segundo párrafo, circunscribió la legitimación activa al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

⁶ En materia de amparos, luego de la consagración jurisprudencial de la figura en los casos “Siri” y “Kot”, se sucedió un largo período pretoriano que concluyó con la sanción de la ley 16.986. En dicha etapa, el texto de esta norma puso un límite concreto y puntual a la legitimación activa. Su carácter restrictivo quedó evidenciado en la redacción del art. 5 que expresaba: “La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderados, que se considere afectada conforme los presupuestos establecidos en el art. 1°”.

⁷ CSJN, Fallos: 242:302 y 248:580.

⁸ Kravetz, Diego, *Aspectos jurídicos de las acciones colectivas en materia ambiental. El control ciudadano del derecho a un medio ambiente sano en la Ciudad de Buenos Aires y su área metropolitana. Aspectos ambientales y jurídico-institucionales*, cap. II, FARN, 2001, p. 41.

Hemos expresado en reiteradas ocasiones nuestra crítica a la redacción del mentado artículo 43, fundamentalmente en lo que hace a la inclusión del término afectado porque el mismo resultaba enigmático y daría lugar a numerosas interpretaciones⁹.

Parte de la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por considerar que el afectado es quien, en forma directa, recibe el efecto del hecho dañoso o la amenaza de daño que de él deriva. Otras interpretaciones, han colegido que el afectado puede serlo tanto en forma directa cuanto indirecta, pretendiendo con ello significar que la legitimación activa definida por el nuevo texto era amplia e irrestricta.

Quienes adhieren a una tesis restrictiva, entienden que la correlación del primer párrafo del artículo 43 que remite a “toda persona” como legitimado activo para interponer amparos contra actos u omisiones de autoridad pública o de particulares que lesionen o amenacen otros derechos (no colectivos), es claramente contradictoria con la legitimación atribuida al “afectado” para esos intereses difusos¹⁰. Así, si el convencional hubiera pretendido extender la legitimación no tendría sentido alguno el haber diferenciado los conceptos en los párrafos aludidos. Si esa hubiera sido la intención, todos los derechos conculcados, resulten o no colectivos, hubieran considerado legitimada a “toda persona” para la interposición de las acciones de amparo.

El panorama se ve agravado aún más por el hecho de que pese al tiempo transcurrido desde la sanción de la nueva Constitución, aún hoy continúa vigente el texto de la ley 16.986, reglamentaria del amparo. Ello implica que cualquier intento de ampliación jurisprudencial de la legitimación activa podría colisionar no sólo con la letra del artículo 43 de la ley fundamental, sino además con los límites que esta ley impone que, como ya vimos, son por demás restrictivos.

En cambio, quienes sostenemos una tesis más amplia consideramos que los términos “afectado” y “derechos de incidencia colectiva” deben ser interpretados conjuntamente, o sea, no es necesario que la afectación recaiga en una única persona de manera directa, sino que puede abarcar a más de una persona y hasta de un modo reflejo¹¹. Esta interpretación ha tenido una importante acogida en la jurisprudencia y en la doctrina.

En este sentido, creemos que hubiera sido mucho más efectivo haber

⁹ Sabsay, Daniel A., *Las acciones de interés público. Argentina, Chile, Colombia y Perú*, Ed. Universidad Diego Portales, Chile, p. 398, y *La problemática ambiental y del desarrollo sostenible en el marco de la democracia participativa*, en “Aportes”, año 5, n° 12, 1998, p. 91.

¹⁰ Kravetz, *Aspectos jurídicos de las acciones colectivas en materia ambiental*, cit., p. 43.

¹¹ Sabsay, *Las acciones de interés público*, cit., p. 237.

establecido una legitimación activa claramente amplia e irrestricta, que admitiera sin cortapisas la acción popular, de la forma en que hoy se encuentra consagrada en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

En nuestra anterior obra mencionamos una serie de pronunciamientos judiciales¹² que, en los años inmediatamente posteriores a la reforma constitucional, fueron marcando una tendencia en favor del reconocimiento de una amplia legitimación a los afectados para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva, la cual, según la jurisprudencia surgida en el último quinquenio, parece haberse consolidado.

En un reciente caso resuelto por la justicia de Mar del Plata¹³, en que un vecino solicitó la clausura de una “tosquera” que funcionaba sin contar con los correspondientes certificados de aptitud ambiental, el tribunal, al analizar la legitimación del peticionante sostuvo que “dado que el accionante es un vecino que reside en la zona, es dable considerar que su círculo vital de intereses, jurídicamente protegidos, puede ser lesionado o afectado, aun de manera mediata, con la actividad y omisiones de la Municipalidad, por lo cual debe tenérselo por uno de los legitimados contemplados en el artículo 43 de la Constitución Nacional”. Asimismo, dejó sentado el principio según el cual en casos como éstos, la valoración de la calidad de legitimado no puede ser encuadrada dentro de las construcciones clásicas del proceso y que fueran elaboradas para otro tipo de realidad.

En el caso “I. M. c/Impsa y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”¹⁴, el Superior Tribunal de Jujuy reconoció la legitimación activa de una vecina de San Salvador de Jujuy, que interpuso una acción de amparo, solicitando a la Municipalidad que disponga el traslado de una planta de disposición final de residuos, invocando para ello la defensa de los derechos a la salud, la calidad de vida y el medio ambiente. El Tribunal resolvió la cuestión formulándose la siguiente pregunta: “¿Cabe privar del acceso a la justicia al sujeto individual que invocando su condición de ciudadano denuncia la contaminación del medio en el que viene y, por el contrario, reconocerles legitimación a los grupos organizados en asociaciones colectivas?”.

En otro fallo, por contaminación de un curso de agua, el tribunal interviniente, al tratar la legitimación de los accionantes, determinó que “los actores, residentes de un barrio contiguo a un canal colector de desa-

¹² “Schroeder Juan c/PEN s/amparo”; “Seiller, María c/MCBA s/amparo” y “Moro, y otros c/Municipalidad de Paraná s/amparo”.

¹³ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 4 de la Ciudad de Mar del Plata, “Yane Salvador c/Municipalidad de Gral. Alvarado s/amparo”, 2004.

¹⁴ Superior Tribunal de Jujuy, “I. M. c/Impsa y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”, 1995.

gües, independientemente de la regularidad de los títulos bajo los cuales habiten en el lugar, son titulares de la acción de amparo, por cuanto para ser titular del derecho al medio ambiente sano y equilibrado que consagra la Constitución nacional, no se requiere que quien se vea afectado en su lugar de residencia necesite ser además titular en algún grado, directo o indirecto, de derechos de dominio sobre los inmuebles polucionados, toda vez que el derecho protegido recae sobre la persona en su calidad de afectado”¹⁵.

Confirmando lo expuesto, Quiroga Lavié sostiene que “lo que debe justificar el titular del derecho público subjetivo afectado, no es la materialidad de su derecho, sino a qué título se presenta para poder poner en movimiento el aparato del poder público judicial. Cuando se le exige al titular de la acción procesal tener un derecho subjetivo afectado, por la violación del derecho objetivo, el mismo no debe probar la materialidad de su derecho sino sólo que formalmente pertenece a la categoría de aquellos sujetos que la ley ha tenido en cuenta al regular sus efectos”¹⁶.

Asimismo, Mosset Iturraspe afirma que en el titular de un interés difuso debemos ver al titular de un derecho subjetivo, que únicamente tiene de difuso lo relativo a su titularidad extendida, por lo que el afectado no necesita justificar un “derecho subyacente”, ni una afectación de carácter personal para hacer operativo su derecho, simplemente porque el reconocimiento de una prerrogativa de goce y la consagración de un poder de acción para su defensa no pueden atribuirse a una persona determinada en forma “diferencial”, propia, exclusiva y excluyente. Se trata, en definitiva, de una titularidad y legitimación que le compete a “todos los habitantes” y no solamente a los “afectados”.

No obstante lo expuesto, debemos tener en cuenta que en autos “Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c/AFIP s/amparo”¹⁷, la Corte dejó claramente delimitado el alcance de la mentada legitimación, al sostener que “admitirla en un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno, deformaría las atribuciones del Poder Judicial, y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares. Tal supuesto, al decir del Máximo Tribunal, equivaldría admitir las acciones populares, cuestión que no está prevista en nuestro ordenamiento federal”.

¹⁵ Cámara Laboral, de Apelaciones y en lo Contencioso Administrativo, Sala Civil y Contencioso Administrativa, de la IV Circunscripción Judicial, “Figuroa Eusebio y otros s/ amparo”, 8/7/2004.

¹⁶ Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 35.

¹⁷ CSJN C1: 592.

III. 2. El defensor del pueblo

El nuevo artículo 86 de la Constitución nacional, en su versión reformada de 1994, creó la figura del defensor del pueblo como un órgano independiente en el ámbito del Congreso de la Nación, cuya misión es la defensa de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución, ante hechos, actos u omisiones de la administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

Asimismo, cuenta con legitimación procesal para actuar frente a cualquier forma de discriminación y ante la violación de los derechos a un ambiente sano, a la competencia, al usuario y al consumidor, y en general a los derechos de incidencia colectiva.

En este sentido, la jurisprudencia ha ido delimitando a través de sucesivos pronunciamientos el alcance de la competencia del *ombudsman*.

Un primer fallo de la Cámara Nacional Civil dispuso que “cuando se trata de la protección de intereses difusos o colectivos, no caben mayores dudas de que el ‘ombudsman’ puede promover las acciones judiciales tendientes a resguardarlos. En cambio, cuando el acto de la autoridad pública afecta en forma particularizada a un sujeto determinado o a un grupo de personas también determinadas, pero sin interesar a la comunidad en su conjunto, no corresponde que el Defensor del Pueblo ejerza esta suerte de mandato en representación del individuo damnificado, ya que dicho funcionario no está llamado a ejercitar los remedios o acciones dejados de utilizar por la persona cuyo derecho habría sido vulnerado, sino a intervenir en aquellos casos en que se afecten derechos subjetivos públicos o intereses generales...”¹⁸. Igual criterio sostuvo nuestro Máximo Tribunal en el caso “Frías Molina”, en donde se objetó la posibilidad de que el defensor del pueblo incurriera en actuaciones judiciales cuando las mismas no sean tipificables como de incidencia colectiva¹⁹.

Dicha tendencia también se manifestó en otras actuaciones en donde el Supremo Tribunal dispuso que la legitimación procesal del *ombudsman* debiera ser valorada en cada oportunidad en que fuese requerida, y que la misma no sería procedente “cuando se procure la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes”²⁰.

¹⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, “Ombudsman de la Ciudad c/MCBA”, 4/5/1995.

¹⁹ “Frías Molina, Nélide Nieves c/INPS-Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/reajustes por movilidad”.

²⁰ Ver autos: “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional –Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos– (monotributo) Dto. 885/98 s/Amparo ley 16.986”, 21/8/2003 y “Mondino, Eduardo Rene (Defensor del Pueblo de la Nación) s/solicita urgente suspensión de plazos”, 23/9/2003.

En el caso “Mondino”²¹, en donde el defensor solicitó la suspensión de los remates judiciales por la emergencia económica, la CSJN reitera el criterio antes mencionado al sostener que el defensor carece de legitimación “cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (...) máxime cuando se requiere que la Corte intervenga directamente y dicte una resolución de alcance general apartándose de las reglas establecidas por los arts. 116 y 117 de la Constitución nacional” por existir controversias pendientes sobre la materia.

III. 3. Las asociaciones

Las asociaciones, el tercer sujeto al que el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución confiere habilitación para actuar en defensa de los intereses difusos, han obtenido un amplio y progresivo reconocimiento para accionar en defensa y representación de intereses colectivos.

En este sentido, y aun cuando no se ha sancionado la norma reglamentaria prevista constitucionalmente, tendiente a reglar la legitimación de las citadas asociaciones, se han sucedido una serie de fallos en donde los tribunales han reconocido la legitimación a este tipo de asociaciones.

En esa dirección se inscribe el fallo “Aguerra c/Pcia. de Buenos Aires s/acción Declarativa”, en el que la CSJN sostuvo que las asociaciones que propendan a proteger derechos de incidencia colectiva, registradas conforme a la ley, no sólo se encuentran habilitadas para interponer acciones de amparo, sino que dicha facultad debe extenderse además a otras que revisten analogía con la misma, lo cual incluye las acciones de inconstitucionalidad²².

Similar criterio mantuvo en “Asociación Benghalensis”²³, en el que un grupo de organizaciones promovieron acción de amparo destinada a que el Estado nacional cumpla con los deberes de asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos de SIDA a través del suministro de medicamentos, de conformidad con lo establecido por la ley 23.798. El Máximo Tribunal sostuvo en esa instancia que las asociaciones se encontraban habilitadas para accionar frente a omisiones del Estado, toda vez

²¹ “Mondino, Eduardo René (Defensor del Pueblo de la Nación) s/solicita urgente suspensión de plazos”, 23/9/2003.

²² En estos autos, la actora pretende la declaración de inconstitucionalidad de dos normas cuya aplicación provocaría gravámenes a los usuarios industriales de energía eléctrica de la provincia de Buenos Aires.

²³ CSJN, “Asociación Benghalensis c/Ministerio de Salud (Estado Nacional) s/amparo”, 1/6/2000.

que fundan su legitimación “no sólo en el interés difuso que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud”²⁴. El citado criterio también fue sostenido en otros fallos en diferentes instancias, en los que se habilitó la legitimación para el ejercicio de los restantes derechos de incidencia colectiva, llegando incluso a reconocerse tal legitimación a simples asociaciones que se encontraban inscriptas en dependencias del Estado, mas no en la Inspección de Personas Jurídicas.

IV. Amparo y sociedad civil

En nuestra obra anterior sostuvimos²⁵ que los nuevos mecanismos de acceso a la justicia, consagrados en la reforma constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos, eran instrumentos que estaban destinados a fortalecer el accionar de la sociedad civil.

Esta proyección se transformó en una sólida realidad, en tanto y en cuanto hacia fines de la década del 90, un grupo importante de organizaciones no gubernamentales²⁶ fue incorporando la práctica del litigio colectivo como una herramienta válida para alcanzar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Según afirman Bohmer y Saba, la utilización del derecho y del escenario judicial para el fortalecimiento de ciertos derechos constituye una estrategia de participación ciudadana que está siendo explotada con éxito en la Argentina²⁷.

De esta manera y mediante la judicialización de ciertos conflictos, las organizaciones de la sociedad civil pudieron dirimir en el escenario judicial cuestiones que, hasta antes de la reforma constitucional, debían encontrar otros canales de solución²⁸.

Dicha estrategia produjo precedentes judiciales de gran importancia, tales como:

²⁴ Citado por Néstor Cafferata en *Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo. Ley General del Ambiente 25.675: compendio de reformas sustantivas y formales*.

²⁵ Ob. cit., p. 244.

²⁶ Entre las más destacadas se encuentran: la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Poder Ciudadano, la Unión de Usuarios y Consumidores, la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad de Palermo, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), entre otros.

²⁷ Bohmer, Martín y Saba, Roberto, *Rompiendo la indiferencia*, Fundación Ford, p. 124.

²⁸ *Justicia y sociedad civil. El papel de la sociedad civil en la reforma judicial. Estudio de casos*, Ed. del Instituto, 2003, p. 97.

– “Viceconte M. c/Estado Nacional s/amparo”²⁹. La sentencia obligó al Estado a cumplir con un cronograma dirigido a la construcción de un laboratorio destinado a la fabricación de la vacuna contra la fiebre hemorrágica (Candid I). El caso fue patrocinado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

– “Labatón, c/Estado Nacional s/amparo”³⁰. La sentencia del caso recogió la demanda de una abogada con discapacidad motriz, y ordenó al Estado la construcción de rampas en los edificios de Tribunales. El caso fue patrocinado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

– “Adecua c/Telefónica de Argentina SA s/amparo proceso sumarísimo”³¹. El caso logró transparentar la información relacionada con el costo de las llamadas de la telefonía pública y también la reducción del costo efectivo de las mismas. Fue tramitado por la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad de Palermo.

– “García Elorrio, J. y March, c. s/acción de amparo (art. 14, CCA BA)”³². El fallo ordenó a la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires dar tratamiento de los proyectos legislativos destinados a la creación de las “comunales”, atento a la expiración del plazo otorgado por la Constitución local para su puesta en marcha. El caso fue interpuesto por dos ciudadanos y contó con el patrocinio del Programa Control Ciudadano del Medio Ambiente de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).

– “Verzeñassi, Sergio y otros c/Gobierno de Entre Ríos s/acción de amparo ambiental”. El fallo del tribunal interviniente ordenó al gobierno provincial abstenerse de otorgar permisos de desmontes del bosque nativo, hasta tanto se lleven adelante los estudios de impacto ambiental, que confieran certidumbre respecto de las consecuencias que la tala del mismo puede acarrear y/o se dicten las normas pertinentes. La acción fue llevada a cabo por el Foro Ecologista de Paraná y un grupo de abogados que actúan en causas de interés público en la citada provincia.

La utilización de las herramientas de acceso a la justicia por parte de las organizaciones de la sociedad civil no sólo permitió la exitosa defensa de los derechos de personas y grupos de personas, sino también impulsar

²⁹ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 2/6/1998.

³⁰ Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 3. Cfr. Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I. El caso aún se encuentra en la etapa de ejecución de sentencia.

³¹ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 14/9/1999.

³² Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 1, Expte. 3586/01.

fuerres cambios en las políticas públicas, lo cual contribuyó a expandir la presencia de estas organizaciones en la defensa de los derechos colectivos.

V. Los desafíos pendientes

Hasta aquí hemos repasado la evolución del amparo colectivo, acenruando nuestro análisis en aquellos aspectos que, según señalamos, han tenido un mayor desarrollo en la doctrina y jurisprudencia en los años posteriores a la reforma constitucional.

Sin embargo, creemos que a este análisis deben añadirse otros elementos que integran también la problemática del litigio colectivo. Nos referimos específicamente a temas tales como las cuestiones procesales, los efectos de las sentencias, los marcos normativos vigentes, que resultan importantes para encauzar este tipo de litigio y que sin embargo han quedado pendientes de regulación luego de la reforma constitucional.

Todos estos factores, que por lo general se encuentran interrelacionados, en la práctica judicial actúan como verdaderas barreras que impiden el acceso a la justicia.

La tutela de los intereses difusos debe reflejarse en el derecho, que debe dar respuesta a los problemas existentes, tornándolos operativos a través de los medios procesales adecuados para su defensa en juicio³³.

De esta manera, tal como lo señalan Morello, Hitters y Berizonce³⁴, “la irrupción de los problemas que traen consigo las sociedades modernas nos obligan a ‘repensar’ varias instituciones y principios, como la extensión de la responsabilidad civil, los alcances de la cosa juzgada, la entidad del principio de contradicción en el proceso, que parecían definitivamente desarrollados a la luz de la concepción individualista del siglo XIX”³⁵.

Estos autores destacan que a la luz de la problemática de los intereses difusos, ciertos institutos procesales deben ser revisados³⁶:

- los principios de defensa en juicio o de contradicción no pueden concebirse actualmente con un criterio individualista;
- deben redefinirse los legitimados activos cuando se trata de tan peculiar categoría de intereses;

³³ Pereira Campos, S., *Intereses difusos y colectivos. Marco conceptual, legitimación y efectos de la cosa juzgada*, p. 23.

³⁴ Morello, A.; Hitters, J. C., y Berizonce, R., *La defensa de los intereses difusos*, en “Jurisprudencia Argentina”, Doctrina (4), marzo 1982, ps. 700 y siguientes.

³⁵ Esta problemática ha implicado un cambio revolucionario, ya que los nuevos derechos que están en juego no pueden protegerse a través del sistema clásico —tradicional— del “proceso de dos partes”, donde cada una de ellas busca solucionar “su” problema particular.

³⁶ Morello, Hitters y Berizonce, *La defensa de los intereses difusos*, cit., p. 701.

– se impone revisar el concepto clásico de la cosa juzgada en cuanto a sus efectos vinculantes;

– debe reanalizarse la temática de la reparación del perjuicio (teniendo en cuenta no tanto el daño “producido” sino el daño “sufrido”);

– conviene replantear el sistema de la responsabilidad civil buscando “prevenir”, más que “curar”.

Todos los instrumentos requieren ser revisados y actualizados, incluso aquellos que han registrado progresos significativos como ha sucedido con el ya analizado instituto de la legitimación, en la medida en que aún resultan insuficientes para asegurar una efectiva protección de los derechos colectivos. En este sentido se necesitan herramientas procesales capaces de combinar el ejercicio simultáneo de acciones individuales y colectivas, y que ofrezcan garantías similares de las que actualmente disponen los procesos individuales.

Los modelos comparados nos ofrecen soluciones, que además de incluir los mecanismos procesales previstos en nuestro texto constitucional, agregan otros tales como: las acciones públicas delegadas (*relator action* o *public interest action*), motorizada por un denunciante o fiscal privado (*private attorney general*)³⁷, las *class actions*³⁸, que resultan muy adecuadas para la defensa de los derechos colectivos.

Otro de los problemas de especial importancia lo constituye la ausencia relativa de un marco jurídico congruente con la naturaleza de los derechos cuya tutela se persigue judicialmente³⁹.

En efecto, al igual que lo sucedido en la mayoría de los países de nuestra región, el reconocimiento de los derechos colectivos y de las garantías para su defensa han sido incorporados fundamentalmente en los textos constitucionales, pero no ha sucedido lo propio en el nivel infraconstitu-

³⁷ Son de uso frecuente en el Reino Unido, en virtud de ellas una persona o asociación con autorización y bajo el control del “Attorney General”, pueden llevar a cabo acciones en nombre de un colectivo de personas, en casos de interés público, aunque carezcan de representación.

³⁸ Las acciones de clase son muy utilizadas en Estados Unidos, a través de las cuales una o varias personas pueden intentar una acción judicial en representación de un grupo, cuyos miembros comparten un mismo interés, sin necesidad de recibir en forma previa poderes u otros instrumentos que acrediten dicha representación. En estos casos corresponde al juez determinar si el actor se corresponde con la “clase” de persona cuyo interés invoca.

³⁹ Brañes, Raúl, *El acceso a la justicia ambiental en América Latina y la legitimación procesal en los litigios civiles de naturaleza ambiental en los países de la región. Justicia ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*, Universidad Externado de Colombia, p. 322.

cional. Esto indica que los cambios sucedidos en el vértice superior de la pirámide jurídica no han encontrado aún su correlato en el resto del ordenamiento legal, lo cual provoca una suerte de incongruencia jurídica que afecta el ejercicio de los derechos.

La ausencia de este marco jurídico ha generado en la práctica una situación de inaccesibilidad a la justicia que, aunque ha podido ser suplida con suficiente éxito por medio del ejercicio de las acciones constitucionales, requiere de cambios que remuevan estos obstáculos y que posibiliten el cumplimiento del mandato que emana de la Constitución nacional.

Finalmente queremos señalar la cuestión de la cosa juzgada, que es uno de los temas más complejos que presenta el fenómeno de los intereses difusos.

El cambio de orientación de los conceptos tradicionales de cosa juzgada y de defensa en juicio parece lógico, en la medida en que si la norma constitucional ha establecido una amplia legitimación para accionar, resulta necesario entonces que, en paralelo, la sentencia pueda extender o expandir sus efectos *erga omnes* a las partes o sujetos que no estuvieron presentes en el litigio.

El replanteo del alcance de la cosa juzgada, o la oponibilidad de la condena para la defensa de los derechos colectivos, tiene su razón de ser en que la sentencia que resuelva estas cuestiones deberá contar con la potencia expansiva suficiente para hacer efectivo el contenido de la tutela jurisdiccional⁴⁰.

Dicho tema tuvo tratamiento expreso en algunos fallos judiciales. En el caso “Copetro”, y haciendo referencia al efecto que debería tener la sentencia en tratamiento, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, expresó: “... cuán absurda podría ser una sentencia que, amparada en el carácter individual de las acciones y que tras comprobar los efectos contaminantes denunciados, pretendiera limitar los alcances de su mandato, a la relación jurídica procesal bilateral nacida de cada proceso individual y mandara, por caso, que los efectos contaminantes cesaran tan sólo –cual si fuera posible– para con los actores, mas no para el resto de la comunidad afectada”⁴¹.

No obstante lo expuesto en el citado fallo, entendemos que este tipo

⁴⁰ En Estados Unidos, la exigencia de una eficacia “ultra partes” de la sentencia como forma de evitar el riesgo de la proliferación de litis sucesivas posiblemente ha sido el factor determinante del favor demostrado por los tribunales para el uso del instrumento de las *class actions*.

⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, “Almada c/Copetro, Irazu c/Copetro, Klaus c/Copetro”, Ac. 60.094, 60.251, 60.254, 19/5/1998, del voto del juez Roncoroni.

de limitaciones deben ser paulatinamente establecidas a través de la ley⁴², en virtud de la importancia que adquiere para el Estado de derecho el principio *res inter alios judicata*⁴³.

En definitiva, los elementos expuestos no hacen más que señalarnos algunos de los problemas que nuestro ordenamiento jurídico deberá enfrentar, para poder garantizar a la ciudadanía el pleno ejercicio de los derechos constitucionales.

VI. Consideraciones finales

1. Transcurridos ya más de diez años desde la reforma constitucional de 1994, es posible afirmar que el acceso a la justicia en defensa de los derechos de incidencia colectiva se ha ampliado de manera notable en la Argentina, lo cual ha contribuido a hacer más operativo el contenido de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

2. Los avances registrados han sido fruto en gran medida, de los numerosos pronunciamientos judiciales, que transformaron al amparo colectivo en una de las herramientas de mayor utilidad para asegurar el acceso a la justicia.

3. Se ha consolidado, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, una tendencia favorable a reconocer una amplia legitimación para accionar en defensa de los derechos colectivos a favor de los sujetos constitucionalmente habilitados, tal cual se había manifestado en los años inmediatamente posteriores a 1994.

4. La utilización de las herramientas constitucionales de acceso a la justicia se ha transformado en una estrategia de participación y de incidencia en las políticas públicas, que ha sido explotada con notable éxito por parte de las organizaciones de la sociedad civil.

5. No obstante lo expuesto y aun cuando el balance pueda resultar sumamente alentador en relación con la evolución de la figura del amparo colectivo y su potencialidad para el ejercicio de la defensa de los derechos consagrados constitucionalmente, persisten todavía una serie de factores que, en la práctica judicial, actúan como verdaderas barreras que impiden el acceso a la justicia y que resulta necesario superar de manera definitiva.

6. Por último, vale destacar que la justicia ha sido el más veloz de los tres poderes del Estado a la hora de implementar los derechos e intereses colectivos contemplados en el capítulo "Nuevos Derechos y Garantías" y

⁴² Ver ley 25.675, su art. 33 dispone que la sentencia favorable en esta materia hará "cosa juzgada y poseerá efecto *erga omnes*, a no ser que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias".

⁴³ "Lo juzgado entre dos personas no aprovechar o perjudicar a terceros".

derechos de incidencia colectiva

en tratados internacionales. Sin embargo, más allá del innegable avance que esto significa, para el logro de efectos a largo plazo, la actividad jurisdiccional debe completarse con el diseño de políticas y la toma de decisiones que sólo pueden provenir de los poderes políticos. Ello así, debemos convenir que las decisiones judiciales sólo pueden dar una respuesta rápida a situaciones acuciantes como así también actuar como disparadores de la actividad administrativa, pero de ningún modo pueden ni deben reemplazarla. Sirva esta reflexión como contribución a la construcción de esas tan ansiadas políticas que deberían tornar sustentable el desarrollo de nuestro país.

El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos

Christian Courtis

I. Introducción

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establecen el derecho de toda persona a una garantía judicial específica, destinada a protegerla de manera efectiva frente a la violación de los derechos humanos reconocidos por los respectivos instrumentos. Este breve ensayo explora algunas de las obligaciones estatales que genera este derecho cuando la violación denunciada tiene alcance colectivo.

II. El contenido del derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo

El artículo 25 de la CADH estipula que

“Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Parte se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Por su parte, el artículo 2.3 del PIDCP dispone que

“Artículo 2

3. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto

hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Como puede advertirse fácilmente, ambos artículos están relacionados –de hecho, el artículo 2.3 del PIDCP, de 1966, ha servido como fuente del artículo 25 de la CADH, adoptada en 1969–. Veamos cuáles son los elementos comunes a ambas disposiciones, y en qué se diferencian. En cuanto a los elementos comunes, en ambos casos:

- se establece una obligación estatal de crear un recurso primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos;

- se exige que el recurso sea efectivo –veremos qué significa esto más adelante–;

- se estipula la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo;

- se exige al Estado asegurar que el recurso será considerado;

- se señala que el recurso debe poder dirigirse *aun* contra actos cometidos por autoridades públicas –esto parece significar que también puede dirigirse contra actos cometidos por sujetos privados–;

- se establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso;

- se compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial.

Dos son las diferencias más notorias entre las respectivas cláusulas. La primera es que la CADH agrega, a la exigencia de “efectividad” del recurso, otras dos calificaciones: la “sencillez” y la “rapidez” –aunque la redacción del art. 25.1, no demasiado afortunada, parece implicar que el recurso rápido y sencillo debe ser a la vez efectivo, pero que puede haber recursos efectivos no necesariamente rápidos y sencillos–. La cuestión es importante, y la trataremos después.

La segunda diferencia es el campo de cobertura de la acción: mientras el PIDCP se limita a los derechos consagrados por el propio Pacto, la CADH se refiere a “derechos fundamentales” contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley –es decir, se extiende bastante más allá del propio texto de la Convención–.

Cabe señalar que, amén de la distinta redacción, la lista de derechos de la CADH se superpone en gran parte con la del PIDCP, pero que existen algunas diferencias importantes. La CADH incluye, por ejemplo, el dere-

cho de rectificación o respuesta del artículo 14, el derecho al nombre del artículo 18 y a la nacionalidad del artículo 20 (que en el PIDCP sólo están previstos para los niños), el derecho a la propiedad privada del artículo 21, y los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el artículo 26. Por su parte, el PIDCP agrega, entre otros aspectos, la prohibición de experimentación médica o científica sobre seres humanos sin su consentimiento (como componente de la prohibición de tortura o trato cruel, inhumano o degradante, art. 7) y el derecho al respeto de la vida cultural, las prácticas religiosas y el empleo del idioma de las minorías religiosas, étnicas o lingüísticas (art. 27).

En todo caso, es importante tener en cuenta que, para países que, como la Argentina, son parte de los dos instrumentos, procede una integración hermenéutica *pro homine*, es decir, aquella que conceda el alcance más amplio a los derechos y a su protección¹. Para ello colabora la concesión de jerarquía constitucional a estos dos tratados, y al resto de los enumerados por el artículo 75, inciso 22. En este sentido, la interpretación de mayor amplitud consiste en la aplicación del artículo 25 de la CADH a todo derecho contenido en la Constitución y en los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional. Aunque es complejo saber qué alcance conceder a la protección de los derechos fundamentales reconocidos “por la ley” (cfr. art. 25.1, CADH), parece razonable interpretar la expresión en el sentido de ampliar la protección al menos a aquellos derechos establecidos en las leyes destinadas justamente a reglamentar los derechos fundamentales².

Una última observación se dirigirá a la redacción ciertamente alambicada del artículo 25.1 de la Convención Americana: la expresión “recurso sencillo y rápido o (...) cualquier otro recurso efectivo” no es un dechado de claridad. Puestos a asignarle algún sentido inteligible, uno podría reconstruir las relaciones entre “sencillez”, “rapidez” y “efectividad” de la siguiente manera:

- el ideal de la norma es, claro, que el recurso sea sencillo, rápido y efectivo;
- el artículo parece reconocer que puede haber “recursos efectivos” que, sin embargo, no sean “sencillos y rápidos”. Es dable suponer que se

¹ Ver, por ejemplo, Albanese, Susana, *La primacía de la cláusula más favorable a la persona*, en “La Ley”, 1996-C-518; Pinto, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, ps. 163-171.

² Ciertamente, ésta no es la única interpretación posible, pero es suficientemente abarcativa a efectos de este trabajo.

trata de recursos frente a situaciones de gran complejidad fáctica o probatoria, o de situaciones que requieran un remedio complejo. En estos casos, el sacrificio de la rapidez y sencillez se correlaciona con las necesidades de la efectividad. Aunque la jurisprudencia del sistema interamericano no ha explorado demasiado este problema, tentativamente se podría pensar que el compromiso entre “rapidez y sencillez” y “efectividad” requiere al menos, en estos casos, la no consumación de un daño al derecho de que se trate y la perspectiva de un remedio suficiente en relación con la violación denunciada.

A continuación revisaremos algunos desarrollos jurisprudenciales del derecho a un recurso efectivo –interesa, en particular, saber qué alcance han otorgado los órganos internacionales de interpretación de los respectivos tratados a la noción de “efectividad”–.

III. La jurisprudencia de los órganos internacionales sobre el derecho a un recurso efectivo

Desde el inicio de sus funciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido en numerosas ocasiones acerca del alcance del artículo 25, tanto en casos contenciosos como en opiniones consultivas. La práctica de la Corte ha sido ir cristalizando en párrafos los estándares hermenéuticos producidos a través de distintos casos y opiniones consultivas, de modo que las mismas frases se emplean una y otra vez. Así, la Corte ha dicho, entre otras cosas que

“el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Parte”³.

³ Cfr. Corte IDH, caso “Castillo Páez”, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, párrs. 82-83; caso “Suárez Rosero”, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 65; caso “Blake”, Sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 102; caso “Paniagua Morales y otros”, Sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 164; caso “Castillo Petrucci y otros”, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 184; caso “Durand y Ugarte”, Sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 101; caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 112; caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros”, Sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 150, entre otros.

afectaciones colectivas de derechos humanos

“... la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”⁴.

“... para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”⁵.

“... no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos”⁶.

“... los recursos deben ser idóneos para proteger la situación jurídica infringida y capaces de producir el resultado para el que fueron concebidos”⁷.

“... para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención”⁸.

⁴ Cfr. Corte IDH, caso “Tribunal Constitucional”, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 89; caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 111; caso “Cantos”, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52; Opinión Consultiva 9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 6 de octubre de 1987, párr. 23, entre otros.

⁵ Cfr. Corte IDH, caso “Durand y Ugarte”, Sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 102; caso “Cantoral Benavides”, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 164; caso “Ivcher Bronstein”, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 136; caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 113; Opinión Consultiva 9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 6 de octubre de 1987, párr. 24, entre otros.

⁶ Cfr. Corte IDH, caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 111; caso “Cantos”, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52; caso “Juan Humberto Sánchez”, Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 121; caso “Maritza Urrutia”, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 117, entre otros.

⁷ Cfr. Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 64 y 66; caso “Godínez Cruz”, Sentencia de 20 de enero de 1989, párrs. 67 y 69; caso “Fairén Garbí y Solís Corrales”, Sentencia de 15 de marzo de 1989, párrs. 88 y 91; Opinión Consultiva 11/90, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos” (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 10 de agosto de 1990, párr. 36.

⁸ Cfr. Corte IDH, caso “Paniagua Morales y otros”, Sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 164; caso “Cesti Hurtado”, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, párr. 125; caso

“... en el marco de la discusión sobre excepciones al agotamiento de los recursos internos, la Corte ha dicho que eximiría de la necesidad de agotar recursos internos la existencia de recursos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto”⁹.

“... para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales”¹⁰.

“... no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”¹¹.

“... el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, pero también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales”¹².

“... los recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1)”¹³.

“Bámaca Velásquez”, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 191; caso “Tribunal Constitucional”, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 90; caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 114, entre otros.

⁹ Cfr. Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 68; caso “Godínez Cruz”, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 71; caso “Fairén Garbí y Solís Corrales”, Sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 93; Opinión Consultiva 11/90, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos” (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 10 de agosto de 1990, párr. 34, entre otros.

¹⁰ Cfr. Corte IDH, caso “Cantos”, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 55.

¹¹ Cfr. Corte IDH, caso “Ivcher Bronstein”, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 137; Opinión Consultiva 9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 6 de octubre de 1987, párr. 24, entre otros.

¹² Cfr. Corte IDH, caso “Villagrán Morales y otros” (caso “Niños de la Calle”), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 237.

¹³ Cfr. Corte IDH, casos “Velásquez Rodríguez”, “Fairén Garbí y Solís Corrales” y “Godínez Cruz”, Excepciones Preliminares, Sentencias de 26 de junio de 1987, párrs.

“... la institución procesal del amparo y del hábeas corpus ‘reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve’”¹⁴.

“... la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte”¹⁵.

Si bien estas ideas son bastante generales, al menos ofrecen algunos elementos para desarrollar nuestro argumento. Puede decirse, por ejemplo, que en la noción de “efectividad” desarrollada por la Corte Interamericana pueden distinguirse dos aspectos:

– uUn aspecto *normativo*, relacionado con la “idoneidad” del recurso. En términos de la Corte, la “idoneidad” de un recurso significa su capacidad “para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”, y su posibilidad de “dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos”. Nos situamos en el plano del diseño normativo del recurso: éste debe ofrecer la posibilidad de plantear como objeto la violación de un derecho humano (y, como vimos, de otros derechos fundamentales), y de obtener *remedios adecuados* frente a esas violaciones.

– Un aspecto *empírico*, relacionado con las condiciones políticas e institucionales que hacen posible que un recurso previsto normativamente pueda “cumplir con su objeto” u “obtener el resultado para el que fue concebido”. En este segundo sentido, un recurso no es efectivo cuando es “ilusorio”, demasiado gravoso para la víctima, o cuando el Estado no haya asegurado su “debida aplicación (...) por parte de sus autoridades judiciales”.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos (órgano de supervisión del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

90, 90 y 92, respectivamente; Opinión Consultiva 9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 6 de octubre de 1987, párr. 24.

¹⁴ Cfr. Corte IDH, caso “Cantoral Benavides”, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 165; caso “Tribunal Constitucional”, Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 91; Opinión Consultiva 8/87, “El hábeas corpus bajo la suspensión de garantías” (arts. 27.2, 25.1 y 7.6), del 30 de enero de 1987, párrs. 32, 33 y 34; Opinión Consultiva 9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 6 de octubre de 1987, párr. 23, entre otros.

¹⁵ Cfr. Corte IDH, caso “Durand y Ugarte”, Sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 102; caso “Cantoral Benavides”, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 164; caso “Ivcher Bronstein”, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 136; caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tzuc”, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 113, entre otros.

ha emitido recientemente una Observación General en la que abunda sobre el contenido del artículo 2 de ese instrumento –la Observación General 31, del 26 de mayo de 2004–¹⁶.

En lo que aquí interesa, el Comité dedica varios comentarios al derecho a un recurso efectivo previsto en el artículo 2.3 del Pacto. Se trata de los siguientes párrafos¹⁷:

“15. El Artículo 2, inciso 3 requiere que, además de la efectiva protección de los derechos del Pacto, los Estados parte aseguren que los individuos también tengan recursos accesibles y efectivos para defender esos derechos. Dichos recursos deben estar adaptados apropiadamente, de modo de tener en consideración la especial vulnerabilidad de ciertas categorías de personas, incluyendo en particular a los niños. El Comité asigna importancia al hecho de que los Estados parte establezcan mecanismos judiciales y administrativos adecuados para efectuar denuncias sobre la violación de derechos en el derecho interno. El Comité nota que el goce de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser efectivamente asegurado por el Poder Judicial a través de una multiplicidad de maneras, que incluyen la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones de la Constitución o de otras leyes comparables a las del Pacto, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho doméstico. Los mecanismos administrativos son particularmente necesarios para dar efecto a la obligación general de investigar denuncias de violación de derechos en forma rápida, completa y efectiva a través de cuerpos imparciales e independientes. Las instituciones nacionales de defensa y promoción de los derechos humanos, cuando se las inviste de facultades apropiadas, pueden contribuir con este fin. El incumplimiento del Estado de la obligación de investigar denuncias de violaciones puede dar lugar por sí misma a una violación autónoma del Pacto. El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso efectivo.

16. El Artículo 2, inciso 3, requiere que los Estados Parte ofrezcan reparación a los individuos cuyos derechos consagrados en el Pacto hayan sido violados. Sin reparación a los individuos cuyos derechos consagrados en el Pacto han sido violados, la obligación de proveer un recurso efectivo, que es central para la eficacia del art. 2, inciso 3, no ha sido cumplida. Además de la reparación explícitamente requerida por los artículos 9 inciso 5 y 14 inciso 6, el Comité considera que el Pacto impone un deber general de indemnización apropiada. El Comité nota que, cuando sea apropiado, la reparación puede incluir la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como el pedido público de

¹⁶ Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, “La naturaleza de las obligaciones legales generales impuestas por el Pacto a los Estados Parte”, 26/5/2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (Observaciones Generales).

¹⁷ A la fecha de redacción de este trabajo (marzo de 2005), la traducción oficial de la Observación General al castellano no estaba disponible –de modo que la traducción es mía–.

afectaciones colectivas de derechos humanos

disculpas, homenajes públicos, garantías de no repetición y modificaciones de las leyes y prácticas relevantes, como también el juzgamiento de los autores de las violaciones a los derechos humanos.

17. En general, los propósitos del Pacto se verán frustrados sin la obligación, integral al artículo 2, de tomar medidas para prevenir la repetición de una violación al Pacto. En este sentido, una práctica frecuente del Comité al decidir casos bajo el Protocolo Adicional ha sido incluir en sus Dictámenes la necesidad de adoptar medidas, más allá del remedio específico destinado a la víctima, para impedir la repetición del tipo de violación en cuestión. Dichas medidas pueden requerir la modificación de las leyes o de las prácticas del Estado parte.

18. Cuando las investigaciones a las que se refiere el párrafo 15 revelen violaciones a ciertos derechos consagrados por el Pacto, los Estados parte deben asegurar que los responsables sean llevados ante la justicia. Como en el caso del incumplimiento de la obligación de investigar, el incumplimiento de la violación de llevar a los autores de esas violaciones ante la justicia puede dar lugar por sí misma a una violación autónoma del Pacto. Estas obligaciones surgen especialmente en los casos de violaciones reconocidas como delitos tanto en el derecho doméstico como en el derecho internacional, como la tortura (artículo 7), las ejecuciones sumarias y arbitrarias (artículo 6) y la desaparición forzada (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). De hecho, es posible que el problema de la impunidad de estas violaciones, objeto de constante preocupación del Comité, constituya un elemento que contribuye de manera importante a su repetición. Cuando son cometidas como parte de un ataque masivo o sistemático contra la población civil, estas violaciones del Pacto constituyen crímenes contra la humanidad (ver Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7).

En ese sentido, cuando quienes han cometido las violaciones de derechos consagrados en el Pacto a las que se refiere este párrafo son funcionarios públicos o agentes estatales, los Estados Parte no pueden librar de responsabilidad personal a sus autores, como ha ocurrido con ciertas amnistías (ver Observación General N° 20, párr. 44) y previos otorgamientos de inmunidades e indemnidades. Además, ningún status oficial justifica que personas que sean acusadas de ser responsables de dichas violaciones sean considerados inmunes frente a la responsabilidad legal. También deben derogarse otros impedimentos para la imposición de responsabilidades legales, como la defensa de obediencia debida a órdenes de un superior o los plazos de prescripción irrazonablemente cortos en los casos en los que procede la prescripción. Los Estados parte también deben prestarse asistencia mutua para llevar ante la justicia a las personas de las que se sospeche han cometido violaciones al Pacto que sean punibles bajo el derecho interno o internacional.

19. El Comité opina, además, que el derecho a un recurso efectivo puede, en ciertas circunstancias, requerir que los Estados Parte establezcan e implementen medidas provisionales o cautelares para evitar la continuación de las violaciones y para asegurar la reparación de todo daño causado por dichas violaciones lo más temprano posible.

20. Aun cuando los sistemas legales de los Estados parte cuenten con recursos apropiados, siguen ocurriendo violaciones a los derechos consagrados por el Pacto. Esto puede atribuirse, presumiblemente, al fracaso del funcionamiento

efectivo de los recursos en la práctica. En ese sentido, se requiere a los Estados parte que provean en sus informes periódicos información sobre los obstáculos a la efectividad de los recursos existentes”.

Como puede observarse, la diferente redacción del artículo 2.3 del PIDCP en relación con el artículo 25.1 de la Convención Americana –en especial, la ausencia de las calificaciones de “rapidez” y “sencillez”– hace que la extensión de la noción de “recurso efectivo” sea aquí bastante más amplia que en el sistema interamericano, donde, como ya vimos, el recurso al que se refiere el artículo 25.1 se vincula casi automáticamente con acciones de objeto restringido, como el amparo y el hábeas corpus. La versión del Comité de Derechos Humanos es mucho más abarcadora, e incluye acciones que en la terminología procesal continental se denominarían “ordinarias” –como las acciones de reclamo de daños y perjuicios, y las acciones penales–.

En todo caso, la Observación General aporta algunos elementos interesantes para asignar sentido a la noción de “efectividad”. Aquí también aparece la distinción entre aspectos normativos (párrs. 15-19) y aspectos empíricos (párr. 20). El Comité sugiere, además, algunos criterios a ser tomados en consideración para evaluar la “efectividad” del recurso: la adecuación a la situación de las víctimas, en especial cuando pudieran pertenecer a grupos en situación de vulnerabilidad; la adecuación del cuerpo judicial o administrativo que recibe y procesa la denuncia, y –especialmente– la adecuación del remedio para: a) hacer cesar la violación, si ésta continúa; b) ofrecer una reparación material y moral a la víctima; c) castigar a los responsables, cuando corresponda; y d) impedir que la violación se repita.

Entre las medidas para hacer cesar la violación, el Comité sugiere la consideración de medidas cautelares; entre las medidas para ofrecer una reparación material y moral a la víctima, el Comité incluye la indemnización, y medidas de satisfacción, tales como el pedido público de disculpas, los homenajes públicos y las garantías de no repetición. En cuanto al castigo a los responsables, el Comité subraya la prohibición de establecer obstáculos o barreras legales, en especial cuando se trata de violaciones que constituyen delitos. Finalmente, entre las medidas para impedir que la violación se repita, el Comité identifica la derogación de normas y la modificación de prácticas violatorias de derechos consagrados por el PIDCP. Como veremos, muchos de estos elementos son relevantes a la hora de evaluar la efectividad de los recursos destinados a confrontar las afectaciones colectivas a derechos humanos.

Finalmente, sugeriré algunas pautas para la integración *pro homine* de los artículos 25.1 de la CADH y 2.3 del PIDCP. El artículo 25.1 de la CADH requiere, en todo caso, al igual que el artículo 2.3 del PIDCP, recursos efectivos para enfrentar la violación de derechos fundamentales, tanto los

de la Convención como los establecidos en la Constitución y en la ley. Cuando el objeto de litigio que involucra la violación no suponga mayor complejidad, el recurso debe ser, además, rápido y sencillo –como es el caso de las acciones de amparo, tutela, protección, *mandado de segurança* o *habeas corpus*–. Un ejemplo de esto son las situaciones en las que la violación es fácilmente comprobable, y aquellas en las que el remedio consiste simplemente en la orden de hacer cesar la violación.

En casos en los que, por la complejidad de su objeto o del remedio requerido, la tramitación de la acción requiera más tiempo o mayor debate sobre hechos y prueba (o determinaciones normativas complejas), el recurso puede no ser rápido y sencillo, pero siempre debe ser efectivo. Esto implica que la acción sea adecuada para tratar el objeto propuesto, y que el remedio sea adecuado para hacer cesar, reparar e impedir que la violación se repita –y, en su caso, para que los responsables de la violación sean castigados–. Aunque para la determinación acerca del fondo sea necesario un período más extenso, para hacer cesar la violación –o, en otras palabras, para impedir que se prolongue en el tiempo– la noción de “efectividad” requiere de medidas procesales adecuadas, como las medidas provisionales, precautorias o cautelares.

IV. La efectividad del recurso en caso de afectaciones de carácter colectivo a los derechos humanos

Como vimos, la noción de “efectividad” está vinculada, entre otros factores, a la adecuación del remedio en tanto instrumento de tutela del derecho afectado –es decir, como herramienta para prevenir, detener, privar de efectos y reparar la afectación al derecho humano de que se trate–. Sin embargo, nuestra herencia procesal plantea ciertos problemas relativos a esa adecuación.

Las acciones judiciales de la tradición procesal civil y de la tradición procesal constitucional vinculada al sistema de control judicial difuso se han desarrollado históricamente a partir de un modelo tipo de afectaciones o violaciones: las afectaciones de alcance individual, que permiten una reparación individual. Este tipo de acciones responde en gran medida a un modelo de relaciones bilaterales (acreedor/deudor, damnificado/responsable del daño, etcétera), en cuya construcción es evidente la influencia del paradigma decimonónico del derecho contractual y del derecho de daños¹⁸. Los presupuestos que subyacen a estas acciones son la individualidad del sujeto reclamante y la divisibilidad del daño, de

¹⁸ Reinaldo de Lima Lopes, Jose, *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de direito*, en Faria, José Eduardo (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Malheiros, San Pablo, 1994, ps. 114-138.

modo que la legitimación está pautada por el carácter individual de la afectación –o, dicho de otro modo, por la individualidad del interés protegido–.

Sin embargo, este modelo de relaciones no agota las posibilidades de afectación de derechos o de bienes jurídicamente relevantes: si la protección de derechos o bienes se limita exclusivamente a las acciones judiciales inspiradas en él, aparecen fallas que es necesario afrontar¹⁹. Aunque puede encontrarse antecedentes de un tratamiento procesal que se hace cargo de alguna de estas fallas en el derecho del trabajo, ramas relativamente novedosas del derecho, como el derecho ambiental y el derecho del consumo, han venido a identificarlas con mayor claridad. Otros fenómenos exteriorizados en las sociedades industriales contemporáneas, como la contratación masiva y la producción masiva de daños por accidentes o defectos provocados por productos elaborados han hecho visibles las limitaciones de un modelo que tiene como eje las relaciones bilaterales entre sujetos. El modelo falla, por ejemplo, cuando los bienes a tutelar no son individuales, sino colectivos; también cuando el titular del derecho afectado o su ejercicio involucre necesariamente aspectos colectivos; de igual modo, la exigencia de que el perjuicio o el interés tutelado sea individual limita las posibilidades de tutela frente a actos u omisiones lesivos que tengan alcance colectivo, o que requieran necesariamente un remedio colectivo. En todos estos casos, la tutela efectiva requiere el diseño de acciones judiciales acordes con el titular, el carácter de la afectación o el alcance apropiado del remedio²⁰.

Una vez identificados estos problemas, se hace visible su pertinencia para reevaluar la noción de tutela efectiva de los derechos humanos. En efecto, las situaciones típicas en las que el tradicional modelo de acción judicial –que supone que el carácter individual del titular, del bien y del remedio– es insuficiente, también se verifican en casos de violación a los derechos humanos o, como dice el artículo 25.1 de la Convención Ame-

¹⁹ Ver, en general, Vasconcelos Hermann, Antônio e Benjamin, *A insurreição da aldeia global contra o processo clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*, en Édís Milaré (coord.), *Ação Civil Pública – Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1995, ps. 79-98; Mafra Leal, Márcio Flavio, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

²⁰ En términos de la doctrina procesal contemporánea, los “elementos indispensables para la caracterización de una acción colectiva [son] la legitimidad para obrar, el objeto del proceso y la cosa juzgada”. Ver Gidi, Antonio, *El concepto de acción colectiva*, en Gidi, Antonio y Mac-Gregor, Eduardo Ferrer (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, Porrúa/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003, p. 15.

rica, de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención. Brevemente, y sin ánimo de exhaustividad, señalaremos algunos de los supuestos elaborados doctrinariamente en los que se hace aparente la limitación de las acciones judiciales tradicionales, y los ilustraremos con ejemplos nacionales e internacionales que involucran la afectación de derechos humanos. Es útil aclarar que las hipótesis planteadas no son excluyentes, y que hay situaciones que admiten ser encuadradas en varios supuestos simultáneamente. También es interesante remarcar que los derechos afectados no son reducibles a ninguna tipología tradicional o de “generaciones” de derechos humanos: todo derecho –llámese civil, político, económico, social o cultural– es susceptible de afectaciones colectivas de diverso tipo. Los ejemplos ayudarán a verificar esta idea.

IV. 1. Afectaciones a bienes colectivos o indivisibles

Un primer supuesto importante está dado en aquellos casos en los que, consagrada la tutela jurídica de un bien colectivo o indivisible, es necesario asignar a alguien legitimación para reclamar esa tutela²¹. Las acciones judiciales tradicionales fallan aquí porque, dada la indivisibilidad del bien en cuestión, no existe ningún titular en condiciones de reclamar exclusividad sobre él y por ende, de acuerdo a la exigencia de individualidad de la afectación, nadie estaría en condiciones de requerir la tutela judicial. Esto significa que, pese a existir afectación de un derecho, no existe recurso efectivo porque no hay nadie habilitado para interponerlo.

Un caso típico es el de la afectación del derecho a un medio ambiente sano, cuya tutela prescribe el artículo 41 de la Constitución argentina y el 11 del Protocolo de San Salvador. Como no existe titular individual del

²¹ Se trata de los denominados “derechos o intereses difusos”. El Código de Defensa del Consumidor brasileño de 1990, pionero en la codificación de acciones colectivas en América Latina, los define como intereses o derechos “transindividuales, de naturaleza indivisible, cuyos titulares sean personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho” (cfr. Código de Defensa del Consumidor del Brasil, Ley 8.078, del 11 de septiembre de 1990, art. 81.I). Ver, por ejemplo, Gidi, Antonio, *Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*; Mafra Leal, Márcio Flavio, *Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*; y Zaneti Junior, Hermes, *Derechos colectivos latu sensu: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos strictu sensu y de los derechos individuales homogéneos*; todos en Aidi, Antonio y Mac-Gregor, Eduardo Ferrer (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, cit., ps. 29-35, 41-42, y 46-48/57-60, respectivamente. Ver, en general, Camargo Mancuso, Rodolfo de, *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, 4ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1997.

medio ambiente, toda forma de tutela supone necesariamente asignar a alguien la posibilidad de reclamar por la totalidad del bien, y no por una parte divisible –ya que el bien es por definición, indivisible. Así, por ejemplo, en uno de los *leading cases* argentinos en la materia, “Schroeder”²², el actor interpuso una acción de amparo para detener el proceso de licitación de una planta de tratamiento de residuos tóxicos sin la correspondiente realización de la evaluación de impacto ambiental. La Sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo que, a efectos de interpretar el artículo 43 de la Constitución nacional, el actor era “afectado” por la potencial alteración del medio ambiente sano. En el caso, el tribunal consideró que la “afectación” quedaba demostrada con la calidad de vecino y con la previa dedicación del actor a actividades de defensa del medio ambiente. No discutiremos aquí cuáles deberían ser los criterios de asignación del poder de representar un bien colectivo –si el simple carácter de habitante, como en las acciones populares, si alguna calificación específica, como la cercanía o la dedicación al asunto, si el objeto de constitución de una organización de la sociedad civil, el registro o el carácter de órgano público. En todo caso, la cuestión que interesa aquí es que debe haber *alguien* autorizado a reclamar por la lesión del bien colectivo –de lo contrario, el bien queda desprovisto de tutela judicial–.

La afectación de derechos culturales reconocidos por el artículo 15 inciso 1.a, y 15, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el 14, inciso 1.a, y 14, inciso 2, del Protocolo de San Salvador también brinda ejemplos interesantes: la dimensión cultural de bienes tales como el patrimonio histórico o el patrimonio artístico también tiene carácter colectivo e indivisible. Un caso que ilustra este ejemplo es la decisión adoptada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en los Civil y Comercial de Azul, en el caso “Municipalidad de Tandil c/T. A. La Estrella”²³. El tribunal acogió una demanda de daños y perjuicios entablada por un municipio contra una empresa de transportes por los daños ocasionados por un vehículo de la empresa a una fuente y conjunto escultórico situado en un espacio público. Además del daño material, el tribunal concedió indemnización por la privación del goce estético y el daño moral que afectó a la colectividad por la destrucción de la fuente y esculturas afectadas. Es decir, más allá del daño patrimonial contra un bien del dominio público –cuya titularidad corresponde al municipio–, la sentencia considera el daño que sufre la comunidad entera por la pérdida

²² Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, “Schroeder, Juan c/Estado Nacional - Secretaría de Recursos Naturales”, del 8 de agosto de 1994.

²³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Municipalidad de Tandil c/T.A. La Estrella S. A. y otro”, del 22 de octubre de 1996.

del valor cultural del conjunto escultórico destruido –cuya titularidad no es individual, ya que se trata de un bien indivisible–.

En resumen, la noción de “efectividad” del recurso requiere en casos en los que se pretende discutir la afectación de un bien de carácter colectivo e indivisible habilitar la actuación de algún legitimado que pueda plantear la acción.

IV. 2. Afectaciones a derechos de titularidad o ejercicio colectivo

Un segundo caso que tiene conexiones teóricas con el anterior está relacionado con casos en los que la titularidad de un derecho corresponde a un sujeto plural o colectivo, o a casos en los que el derecho requiere necesariamente formas de ejercicio colectivo²⁴. En estos casos, el significado del derecho o de su ejercicio sólo cobra sentido en la medida en que se lo concibe colectivamente.

Varios ejemplos pueden aclarar lo dicho. Un ejemplo de titularidad colectiva es el derecho a la tierra ancestral de los pueblos y comunidades indígenas. Ese derecho pierde completamente el sentido si se lo subdivide en porciones de propiedad asignadas a individuos: la condición para la preservación de la identidad del pueblo o comunidad es la titularidad y goce común del derecho a la tierra. No muy distinto es el caso de los derechos lingüísticos: la preservación de una lengua requiere su uso colectivo –la consideración individual del derecho a expresarse en una lengua sin considerar su dimensión interactiva o colectiva parece absurda (cfr. por ejemplo, el art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos)–. Otro ejemplo posible es el del derecho de huelga: la noción de “huelga individual” parece no tener sentido. La huelga requiere la participación colectiva o grupal –de lo contrario es difícil reconocer la interrupción de la prestación de trabajo como huelga–.

En todos estos casos, para poder reclamar tutela judicial ante la violación del derecho de que se trate, es necesario que alguien pueda invocar la afectación grupal o colectiva, y no sólo la afectación individual. En sentido similar, es necesario que alguien esté en condiciones de reclamar un remedio de carácter colectivo, y no sólo uno que se agote en el alcance individual. De lo contrario, el recurso no es efectivo.

²⁴ Ver, por ejemplo, Garet, Ronald R., *Communitarity and Existence: the Rights of Groups*, 56 Southern California Law Review 1001 (1983). Esta hipótesis tiene puntos de coincidencia, aunque no se ajusta completamente, a la noción de “derecho o interés colectivo” del Código de Defensa del Consumidor brasileño. Ese cuerpo legal define a los intereses o derechos colectivos como “los transindividuales, de naturaleza indivisible, cuyo titular sea un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o por la parte contraria por una relación jurídica de base” (Código de Defensa del Consumidor del Brasil, cit., art. 81.II). Remito nuevamente a los trabajos citados en la nota 21.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece algunos ejemplos interesantes de este supuesto²⁵. En el caso “Awás Tingni”²⁶, en un notable ejercicio de activismo judicial, la Corte interpretó el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho a la propiedad privada, en el sentido de incluir también la protección de la propiedad colectiva de una comunidad indígena. El litigio involucraba, entre otros hechos relevantes, la denuncia de falta de demarcación y titulación de la tierra comunitaria indígena, y de concesión de explotaciones privadas en ese territorio por parte del Estado nicaragüense. La Corte señala que

“Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”²⁷.

²⁵ Para un comentario sobre los dos casos que trataremos aquí, en línea con nuestra opinión, ver el voto concurrente del juez García Ramírez en la decisión sobre reparaciones del caso “Masacre Plan de Sánchez”. Ver Corte IDH, caso “Masacre Plan de Sánchez”, Reparaciones (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 19 de noviembre 2004, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 1-14.

²⁶ Corte IDH, caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni”, Sentencia de 31 de agosto de 2001.

²⁷ Ver Corte IDH, caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni”, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrs. 148-149.

Son también relevantes las consideraciones de la Corte hechas en los párrs. 150-153. Ver voto concurrente conjunto de los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade, Máxi-

La titularidad colectiva de la tierra supone, como es evidente, la posibilidad de tratar ese bien como bien colectivo y no meramente como agregado de bienes individuales. En el caso particular de la tierra comunitaria indígena, el rasgo comunal no es meramente aleatorio –como el caso de un condominio privado– sino que está ligado directamente con la preservación de la identidad de la comunidad. Si la Corte se hubiera negado a tratar el problema como un problema de afectación a la titularidad colectiva, el rasgo más significativo del caso se hubiera perdido.

La decisión sobre reparaciones del caso “Masacre Plan de Sánchez”²⁸, dictada en noviembre de 2004, brinda otro ejemplo de esta hipótesis. En el caso, que también emplearemos para ilustrar otro supuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que el Estado guatemalteco era responsable de violar, entre otros, el derecho a la vida y a la integridad personal, a raíz de una masacre cometida por el ejército contra una población rural indígena. Además de ordenar medidas de reparación a las víctimas sobrevivientes y a sus descendientes, la Corte considera que la masacre dañó a las propias comunidades que fueron víctimas del ataque. La Corte sostiene que

“Dado el daño ocasionado tanto a los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez como a los miembros de las comunidades de Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxojabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul y Chichupac, por los hechos del presente caso, este Tribunal dispone que el Estado debe desarrollar en dichas comunidades, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región o municipio, los siguientes programas: a) estudio y difusión de la cultura maya achí en las comunidades afectadas a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza inter-

mo Pacheco Gómez y Alirio Abreu Burelli, párrs. 8-15; voto concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes, y voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 6-17.

En el párr. 15 de su voto concurrente, el juez García Ramírez cita la opinión del perito Rodolfo Stavenhagen –en la actualidad, relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas–, quien afirma que “en ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural”.

²⁸ Corte IDH, caso “Masacre Plan de Sánchez”, Reparaciones (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 19 de noviembre 2004.

cultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y e) establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas, así como la formación del personal del Centro de Salud Municipal de Rabinal para que puedan brindar atención médica y psicológica, a las personas que se hayan visto afectadas y que requieran de este tipo de tratamiento²⁹.

Estas medidas de reparación no tienen como destinatario exclusivo a las víctimas individuales, sino a las comunidades como sujetos colectivos. De acuerdo con el razonamiento de la Corte, la masacre no sólo afectó a las víctimas y a sus familiares, sino a la integridad de las comunidades afectadas como un todo. Por ende, las medidas de reparación detalladas, destinadas a desagraviar a las comunidades afectadas, beneficiarán a todos los miembros de esas comunidades. La Corte fija al Estado la obligación de efectuar un equipamiento comunitario, de aprovechamiento colectivo para todos sus habitantes.

IV. 3. Afectaciones colectivas a derechos individuales que requieren un remedio colectivo

Este supuesto se caracteriza por dos rasgos: primero, un mismo hecho, acto u omisión ilícitos afecta a una pluralidad de individuos; segundo, los remedios individuales resultarían insuficientes y, por ende, la afectación requiere un remedio necesariamente colectivo –o, en términos empleados por la doctrina procesal contemporánea, la *intercomunicabilidad de resultados* de la decisión judicial adoptada–. Es decir, los miembros del grupo o clase de los afectados ven menoscabado un derecho individual, pero el remedio para evitar, hacer cesar o reparar esa afectación supone una medida de alcance colectivo y no individual –de modo que nadie

²⁹ Corte IDH, caso “Masacre Plan de Sánchez”, Reparaciones (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 19 de noviembre 2004, párr. 110. En el mismo sentido, ver punto resolutivo 9 de la sentencia, y voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 29-30. El voto del juez García Ramírez comenta otras repercusiones de carácter colectivo de la sentencia en sus párrafos 15 a 19.

La decisión sobre reparaciones tiene su antecedente en el párr. 51 de la sentencia de mérito de la Corte Interamericana, donde se expresó que “hechos como los señalados, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado que esta Corte tomará en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones” (cfr. Corte IDH, caso “Masacre Plan de Sánchez”, Sentencia de 20 de abril de 2004, párr. 51, y párr. 21 del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez).

puede exigir un remedio individual sin que trascienda a otros en la misma situación³⁰–.

El modelo procesal clásico falla aquí porque, de habilitarse a individuos a reclamar por la afectación del derecho que les corresponde, el remedio solicitado tendrá efectos *ultra vires*. Dada la particular relación entre los miembros de la clase o grupo afectado –aunque cada uno tiene derechos individuales afectados, el remedio involucra al colectivo entero–, a efectos procesales es posible conceptualizar la situación como de afectación de los derechos del colectivo o grupo, dado que la acción que proponga cualquiera de sus miembros o aquel a quien se invista de la representación del grupo –como una organización de la sociedad civil, el defensor del pueblo o el ministerio público– tendrá, de ser considerada procedente, efectos grupales. Esto significa, de acuerdo con lo visto, que de no establecerse un mecanismo que permita articular, a partir de algún reclamo, un remedio colectivo, el recurso no será adecuado para confrontar la violación y, por ende, no será efectivo. El supuesto cobra especial importancia, como surgirá de los ejemplos, cuando se requiera un remedio para impedir la continuación o la repetición de la violación.

¿Qué tipo de situaciones requieren remedios necesariamente colectivos? A guisa de ejemplo, mencionaremos dos criterios útiles para identificarlas: la *indivisibilidad del remedio* y las *razones de escala*.

Por *indivisibilidad del remedio* nos referimos a aquellas medidas que, por no permitir su distribución en partes, beneficia colectivamente a un grupo. Por ejemplo, la construcción de rampas de acceso para personas con discapacidad motora a un edificio, el retiro de un producto del mercado, la interrupción de la realización de una obra, etcétera.

Por *razones de escala* entendemos la conveniencia, por motivos de planificación y costo, de adoptar una medida de alcance colectivo para remediar

³⁰ El supuesto coincide en gran medida con el descrito en el apartado b.2, de la Regla Federal 23 de los Estados Unidos, reglamentaria de las acciones de clase o de grupo (*class actions*): “Una acción puede ejercitarse como acción colectiva si (...) (2) la parte que se oponga al grupo ha actuado o se ha rehusado a actuar de una manera uniforme con respecto al grupo, resultando apropiada una sentencia inhibitoria o declarativa respecto al grupo entendido como una unidad”. Ver comentario de Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, en Gidi, Antonio y Mac-Gregor, Eduardo Ferrer (coords.), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003, p. 14; Bujosa Vadell, Lorenzo-Mateo, *El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América*, en “Justicia 94”, n° 1 (1994), Barcelona, ps. 88-90. Sobre las acciones de clase en el derecho estadounidense, puede verse Yeazell, Stephen C., *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*, 77 *Columbia Law Review* 866 (1977); *From Group Litigation to Class Action. Part I: the Industrialization of Group Litigation*, 27 *UCLA Law Review* 514 (1980) y *From Group Litigation to Class Action. Part II: Interest, Class and Representation*, 27 *UCLA Law Review* 1067 (1980).

la afectación denunciada. En otras palabras, puede decirse que existen razones de escala cuando la solución individual de la afectación resulta inviable por su alto costo o por generar excepciones *ad hoc* a un régimen que requiere una disciplina o planificación colectiva. Recordemos, por ejemplo, la situación planteada en el famoso caso “Brown vs. Board of Education of Topeka”³¹, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1954. La demanda sostenía que la existencia de sistemas escolares segregados –uno para blancos y otro para negros– era inconstitucional, por violar el principio de igualdad (o de igual protección de la ley, como se lo denomina en la tradición estadounidense). Desde el punto de vista conceptual –en especial, bajo interpretación dominante que se ha dado en la Argentina al sistema de control difuso de constitucionalidad– no era imposible otorgar remedios individuales a quienes se presentaran como quejosos: se hubiera obligado a los respectivos Estados demandados a incluir en escuelas blancas a los alumnos negros que hubieran actuado como demandantes, sin que esto involucrara a los no demandantes. Razones de escala aconsejaban, sin embargo, para que el remedio fuera efectivo, la desegregación racial completa del sistema educativo, y no su modificación a través de casos discretos. El ejemplo puede proyectarse a la necesidad de puesta en marcha o de modificación de un servicio público, sistema, plan, programa o proceso destinado a un colectivo o grupo de destinatarios: servicios médicos, servicios educativos, servicios de transporte, servicios policiales, procesos electorales, etcétera.

Presentaremos aquí varios ejemplos de este supuesto, vinculados con la violación de normas internacionales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece varios casos relevantes al respecto.

En la decisión sobre reparaciones del caso “Aloeboetoe y otros”³², el Tribunal debió establecer una reparación destinada a que los hijos de las víctimas asesinadas de la comunidad saramaca pudieran estudiar hasta determinada edad. La Corte afirma lo siguiente:

³¹ Corte Suprema estadounidense, “Brown vs. Board of Education of Topeka”, 347 US 483 (1954). La Corte Suprema trató conjuntamente cuatro casos de segregación racial escolar que involucraban a los estados de Kansas (“Brown v. Board of Education”), Carolina del Sur (“Briggs et al. v. Elliott et al”), Delaware (“Gebhart et al. v. Belton et al”) y Virginia (“Davis et al. v. County School Board of Prince Edward County, Virginia, et al”). Sobre la historia del caso, ver Kluger, Richard, *Simple Justice. The History of Brown v. Board of Education and the Black America's Struggle for Equality*, Vintage Books, Nueva York, 1975; Tushnet, Mark V., *Making Civil Rights Law. Thurgood Marshall and the Supreme Court 1936-1961*, Oxford University Press, Nueva York, 1994, cap. 11.

³² Corte IDH, caso “Aloeboetoe y otros”, Reparaciones (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993.

“En la indemnización fijada para los herederos de las víctimas se ha previsto una suma para que los menores puedan estudiar hasta una determinada edad. Sin embargo, estos objetivos no se logran sólo otorgando una indemnización, sino que es preciso también que se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica. En el momento actual, ello no ocurre en varias aldeas saramacas.

Los hijos de las víctimas viven, en su mayoría, en Gujaba, donde la escuela y el dispensario están cerrados. La Corte considera que, como parte de la indemnización, Suriname está obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994. Igualmente, se ordenará que el dispensario allí existente sea puestto en condiciones operativas y reabierto en el curso de ese año”³³.

Como se ve, en lugar de propiciar una solución de carácter individual –como la entrega de una suma monetaria a cada descendiente de las víctimas para que estudie– la Corte percibe que ni el acceso a educación ni el acceso a servicios sanitarios puede garantizarse sin la existencia de un servicio permanente en la comunidad. Es decir, alega razones de escala, ordenando al Estado la adopción de medidas que beneficiarán no sólo a los descendientes de las víctimas, sino a toda la comunidad de manera indivisible. El aseguramiento de la reparación individual requiere medidas de alcance colectivo que serán aprovechadas por todos los miembros de la aldea saramaca.

Un segundo ejemplo, de gran repercusión –ya que obligó a la realización de una reforma constitucional en Chile–, es la decisión adoptada por la Corte Interamericana en el caso “La última tentación de Cristo”³⁴. En el caso, la Corte Interamericana debió analizar la compatibilidad de la medida de censura judicial, confirmada por la Corte Suprema chilena, impuesta a la exhibición cinematográfica de la película “La última tentación de Cristo”.

La Comisión Interamericana alegó violación a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a la libertad de conciencia y religión (art. 12, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Los peticionarios ante la Comisión

³³ Corte IDH, caso “Aloeboetoe y otros”, Reparaciones (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 96. En el mismo sentido, punto resolutivo 5, en el que se “ordena al Estado de Suriname igualmente, con carácter de reparación, reabrir la escuela sita en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar”.

³⁴ Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)”, Sentencia de 5 de febrero de 2001.

fueron seis ciudadanos chilenos que argumentaron que la censura judicial los privó de ver la película, en violación a las disposiciones de la Convención Americana.

Al considerar la violación al derecho a la libertad de pensamiento y expresión, la Corte –remitiéndose a lo dicho en su OC-5/85– afirma que ese derecho tiene dos dimensiones, una individual y una social³⁵. La dimensión individual consiste en que “nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento”³⁶. Seguidamente, la Corte señala que

“Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”³⁷.

La Corte concluye que el acto de censura y la norma que la permite viola el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de los peticionarios. Lo interesante del caso es, claro, lo que la Corte resuelve como punto dispositivo al respecto. La Corte afirma que:

“Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película ‘La última tentación de Cristo’, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”³⁸.

Y por ende

“decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición”

³⁵ Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)”, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 64.

³⁶ Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)”, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 64, con cita de la Opinión Consultiva 5/85.

³⁷ Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)”, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 66.

³⁸ Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)”, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 97.

bición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”³⁹.

Como puede advertirse, la Corte no ordenó que el Estado permitiera sólo a los peticionarios ver la película censurada: decidida la ilicitud del acto de censura a la luz del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, la solución consiste en anular el acto de censura y las normas en las que se apoya –medida de carácter indivisible, que beneficia a “toda persona sujeta” a la jurisdicción del Estado chileno, más allá de aquellos que presentaron la denuncia ante la Comisión Interamericana–. Se trata de un caso de intercomunicabilidad del resultado por indivisibilidad del remedio adoptado.

Varios casos nacionales también sirven para ilustrar la hipótesis. Dos casos importantes en la jurisprudencia nacional se refieren a afectaciones al derecho a la salud. En el caso “Viceconte”⁴⁰, la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar a una acción de amparo colectivo interpuesta por una vecina de la localidad de Azul. El Tribunal consideró que la interrupción de la fabricación de una vacuna contra una enfermedad endémica y epidémica, para cuya producción el Estado había dedicado recursos y fijado un cronograma, violaba el derecho a la salud del grupo potencialmente afectado por la enfermedad –la fiebre hemorrágica argentina, que tiene incidencia sobre un área donde viven unas tres millones y medio de personas–. No era inconcebible que la actora reclamara la vacuna para ella misma –el caso hubiera involucrado la discusión sobre el alcance del derecho individual a la salud–. Pero no fue ese el planteo efectuado. La discusión se dirigió no a la entrega individual de dosis de la vacuna, sino al prerequisite para esa entrega individual, que es el aseguramiento de la producción de la vacuna para la población en riesgo. La razón para el tratamiento colectivo de la cuestión la constituyen las necesidades de escala en la producción de la vacuna, que necesariamente se elabora para una población destinataria plural, y no en forma individual. La orden judicial que emana de la acción de amparo es la de asegurar la producción de la vacuna para todo el grupo afectado, y no sólo para la actora –se produce intercomunicabilidad de resultados a todo el resto del grupo a clase–.

³⁹ Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)”, Sentencia de 5 de febrero de 2001, punto resolutivo 4.

⁴⁰ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “Viceconte, Mariela c/Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986”, del 2 de junio de 1998.

La Corte Suprema Argentina ha tenido la oportunidad de resolver un caso con algunas similitudes. En el caso "Asociación Benghalensis"⁴¹, la Corte rechazó el recurso extraordinario presentado por el Estado y confirmó la sentencia de Cámara que hacía lugar a una acción de amparo colectivo llevada a cabo por una serie de organizaciones no gubernamentales para obligar al Estado a cumplir con la provisión de medicamentos destinados a tratar el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida mandada por la ley 23.798. A diferencia de otros casos –por ejemplo, de un caso resuelto el mismo día, "A., C. B."⁴²– donde un actor individual reclama la provisión de medicamentos para satisfacer su derecho a la atención médica, en "Asociación Benghalensis" un grupo de organizaciones no gubernamentales denuncia el incumplimiento del Estado de la ley que pone a su cargo la responsabilidad de proveer medicamentos relativos al tratamiento del VIH/SIDA en los centros de salud de todo el país. El amparo reclama el cumplimiento de lo establecido por la ley por parte de la administración. La mayoría de la Corte adhiere a los fundamentos del procurador general de la nación que, ante el planteo de falta de legitimación de los actores que hace el Estado, afirma que el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución concede legitimación para interponer acciones de amparo a personas diferentes del afectado individual, entre ellas a asociaciones, señalando:

"Así lo pienso, toda vez que fundan su legitimación para accionar, no sólo en el interés difuso en que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud, cuyo contenido es la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos que padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y sus patologías derivadas, además del derecho que les asiste para accionar para el cumplimiento de una de las finalidades de su creación que, en el caso, es la de luchar contra el SIDA"⁴³.

Más allá de los términos empleados por el procurador, está claro que el sentido del fallo es asignarle a la asociación calidad de representante de la clase o grupo de personas afectadas de VIH/SIDA, para reclamar por la

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16.986", dictamen del procurador general de la nación del 22 de febrero de 1999, decisión de la Corte del 1 de junio de 2000.

⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación, "A., C. B. c/Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986", dictamen del procurador general de la nación del 19 de marzo de 1999, decisión de la Corte del 1 de junio de 2000.

⁴³ Dictamen del Procurador General de la Nación, consid. VIII.

totalidad del incumplimiento de la obligación estatal –y no por el efecto de ese incumplimiento sobre algunos individuos–. Las razones de escala son similares a las del caso “Viceconte”: el cumplimiento de la entrega en casos individuales está supeditado al cumplimiento total de la obligación –de lo contrario, no habrá dosis individuales de medicación que puedan ser entregadas para satisfacer el derecho individual a recibir tratamiento–. Los beneficiarios del remedio judicial son *todos los miembros de la clase* que requieran tratamiento, es decir, el resultado de la orden judicial se intercomunica al grupo entero.

El caso “Mignone”⁴⁴, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, involucra la discusión de derechos electorales. A través de una acción de amparo colectivo, una organización no gubernamental demandó la declaración de inconstitucionalidad de una norma del código electoral que prohibía votar a las personas detenidas sin condena (es decir, una población de alrededor de cinco mil personas). El argumento central empleado fue que las razones por las cuales el Estado puede excluir el derecho de voto están limitadas a las taxativamente establecidas en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, que no incluyen la detención preventiva.

La Corte acogió el amparo, declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada y dispuso que el Estado tenía la obligación de implementar medidas para garantizar el derecho a votar de las personas detenidas en el servicio penitenciario federal, emplazando al Estado nacional a adoptar en un término de seis meses “las medidas conducentes a que los detenidos sin condena puedan votar”.

En lo que interesa al argumento que venimos desarrollando aquí, el remedio requerido –la declaración de inconstitucionalidad de la norma, y la correlativa adopción de medidas para garantizar el voto de los detenidos sin condena– supone la reorganización del proceso electoral a efectos de incluir una clase o grupo entero anteriormente excluido. Si bien no serían impensables acciones individuales que exigieran el restablecimiento del derecho de voto sólo para quien reclame, parece evidente que razones de escala hacen conveniente un tratamiento conjunto y uniforme que involucre a la clase entera, y no respuestas aisladas y potencialmente contradictorias. El remedio adecuado es, por ende, necesariamente colectivo⁴⁵.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo”, del 9 de abril de 2002. Para un comentario específico, ver Naddeo, Cecilia Cristina, *Recepción de estándares internacionales en materia de derechos políticos. Breve reseña de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “ Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo”*, en esta misma obra.

⁴⁵ El voto concurrente del juez Bossert efectúa algunas consideraciones suplementarias sobre los aspectos colectivos del derecho al voto, justificando el carácter colectivo

En el caso “Verbitsky”, también resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁶, se procuraba mediante un hábeas corpus correctivo de alcance colectivo presentado originalmente ante la Cámara de Casación Penal, el control judicial de la situación de alrededor de seis mil personas detenidas en comisarías de la provincia de Buenos Aires. La acción pretendía que el Tribunal estableciera en términos precisos bajo qué condiciones debe habilitarse un lugar de alojamiento digno de acuerdo a estándares constitucionales, y que ordenara al gobierno provincial remediar de forma urgente la situación de las personas alojadas en condiciones denigrantes de superpoblación, ofreciendo para ello un plan de acción. Para facilitar la adopción de esas medidas, los actores solicitaban al tribunal la fijación de un procedimiento de consulta y diálogo entre los principales actores involucrados en la cuestión y el establecimiento de mecanismos concretos para supervisar el plan de acción que el Gobierno estableciera en cumplimiento de la orden judicial.

La justificación de la elección de una acción colectiva se fundó en la naturaleza general y sistémica del problema –esto es, en la necesidad de un remedio colectivo integral, que tomara en consideración la situación de la clase o grupo entero–. La insuficiencia de los remedios individuales era evidente: al interponer hábeas corpus individuales, las personas detenidas eran trasladadas de una comisaría a otra, sin solucionarse el problema de superpoblación. Lo mismo ocurría con los hábeas corpus colectivos de alcance limitado a un determinado departamento judicial o administrativo.

La Cámara de Casación de la provincia rechazó el hábeas corpus, al negarse a considerar el conflicto en su dimensión colectiva y envió a sorteo la petición a los diferentes departamentos judiciales. De este modo, segmentó el caso y acotó la posibilidad de discutir las políticas para solucionarlo. La decisión fue confirmada por la Suprema Corte provincial.

Los demandantes acudieron ante la Corte Suprema de Justicia en queja por denegación del recurso extraordinario federal. En lo que importa para el tema bajo examen, alegaron que la segmentación del caso en hábeas corpus individuales o departamentales les impedía discutir el conflicto colectivo y vulneraba de esta forma el derecho de promover accio-

de la acción en el alcance de la afectación que produce la norma, “que tiene repercusiones sobre un grupo de ciudadanos que se hallan en idéntica situación y que habrían sido excluidos del efectivo ejercicio de la soberanía popular sobre el que se asienta el sufragio” (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo”, del 9 de abril de 2002, voto concurrente del juez Bossert, cons. 18. Ver también sus considerandos 16, 19, 20 y 21. Debo el resumen del caso a Víctor Abramovich).

⁴⁶ Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verbitsky, Horacio s/Hábeas Corpus”, del 3 de mayo de 2005.

nes de forma colectiva, garantizado por el artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución nacional. El procurador general dictaminó a favor de la apertura del recurso federal por considerar que la imposibilidad de discutir el conflicto colectivo importaba una vulneración del derecho de acceso a la justicia⁴⁷.

La mayoría de la Corte –y, sobre este punto, también las disidencias parciales de los jueces Argibay y Fayt– concedió la razón a los actores. La Corte afirmó:

“Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”⁴⁸.

“Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros)”⁴⁹.

⁴⁷ Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verbitsky, Horacio s/Hábeas Corpus”, dictamen del procurador general de la nación, del 9 de febrero de 2004, consid. IV. El procurador afirma que “reconocer a la actora legitimación para representar a los individuos de un colectivo, pero ordenar que el ejercicio de esa representación tenga lugar de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hallan detenidos, equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción grupal o colectiva como medio más idóneo para la solución de la controversia en el caso de los derechos de incidencia colectiva”. Debo el resumen del caso a Víctor Abramovich.

⁴⁸ Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verbitsky, Horacio s/Hábeas Corpus”, del 3 de mayo de 2005, voto de la mayoría de la Corte, consid. 16. En el mismo sentido, disidencia parcial del juez Fayt, considerando 15, y disidencia parcial de la jueza Argibay, primer párrafo, que adhiere –entre otros– a los considerandos 16 y 17 de la mayoría.

⁴⁹ Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verbitsky, Horacio s/Hábeas Corpus”, del 3 de mayo de 2005, voto de la mayoría de la Corte, consid. 17. En el mismo sentido, disidencia parcial del juez Fayt, considerando 16, y disidencia parcial de la jueza Argibay, primer párrafo, que adhiere –entre otros– a los considerandos 16 y 17 de la mayoría.

IV. 4. Afectaciones grupales a derechos individuales en las que existen razones de conveniencia para tratar la cuestión de manera unificada

El último supuesto al que nos referiremos involucra aquellos casos en los que un mismo hecho, acto u omisión ilícita afecte los derechos individuales de un grupo o colectivo de personas⁵⁰. Aunque las afectaciones sean individuales y, por ende, no exista indivisibilidad conceptual entre los bienes protegidos por cada afectación, pueden mediar razones de conveniencia que hagan preferible tratar todas las afectaciones en una misma acción, que tratarlas separadamente. Las razones de conveniencia más importantes son de dos tipos. Primero, razones de *economía procesal*: dado que el hecho, acto u omisión ilícita es único, las cuestiones de derecho, hecho y prueba de todas las afectaciones son en parte idénticas. Esto significa que tratar todas las afectaciones en una misma acción supone un ahorro considerable de tiempo y recursos, evita la dispersión y los tratamientos disímiles y aumenta la efectividad global del remedio judicial. Un único caso parece preferible a miles de casos prácticamente idénticos.

Segundo, cuando se enfrenta una afectación de los derechos individuales de un grupo de personas por un mismo hecho, acto u omisión, dejar librado el reclamo a la iniciativa individual puede tropezar con la posible existencia de *desincentivos* para que los miembros de la clase de personas afectadas accione. Entre ellas, el costo del litigio en relación al monto individual de la afectación, la falta de información de algunos de los afectados individuales, la protección de intereses contradictorios con la publicidad que entraña el inicio de una acción judicial (como por ejemplo, la protección de la intimidad o confidencialidad del afectado), etcétera. La existencia de desincentivos para accionar individualmente se traduce en una pérdida de efecto preventivo de la norma que sanciona el hecho, acto u omisión ilícito, y por ende en el mantenimiento de su impunidad. La agregación de todas las afectaciones en una misma acción permite contrarrestar esta pérdida de efecto preventivo y superar la impunidad de las afectaciones que no generen incentivo individual suficiente para accionar.

⁵⁰ Esta hipótesis coincide con la noción de “derechos o intereses individuales homogéneos” del Código de Defensa del Consumidor brasileño. Ese cuerpo legal define a los intereses o derechos individuales homogéneos como “los provenientes de un origen común” (Código de Defensa del Consumidor del Brasil, cit., art. 81.III). Ver, por ejemplo, Gidi, Antonio, *Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*; Mafra Leal, Márcio Flavio, *Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*; y Zaneti Junior, Hermes, *Derechos colectivos latu sensu: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos strictu sensu y de los derechos individuales homogéneos*, cits., ps. 35-38, 41-42, y 48-52/57-60, respectivamente.

Dado que en este supuesto sí puede existir interés de algunos afectados por accionar individualmente, el régimen procesal debe establecer mecanismos que permitan considerar ese interés. Un primer mecanismo es la exigencia de que el juez considere, para preferir la tramitación colectiva por sobre las individuales, si los aspectos comunes tienen mayor peso que los individuales⁵¹. Entre los factores que el juez debe tomar en cuenta se encuentran el peso o monto de las afectaciones individuales, y las dificultades de los miembros de la clase bien para accionar individualmente, bien para reunirse en una sola acción. Un segundo mecanismo es el de permitir que los miembros del grupo que prefieran iniciar individualmente la acción puedan, en un plazo procesal razonable, manifestar esa preferencia al juez ante quien tramita la acción colectiva y, por ende, queden excluidos de esa acción y habilitados para plantear su acción de manera individual⁵².

La inexistencia de acciones que permitan articular un reclamo colectivo puede constituir, así, una dificultad para impedir que la violación con-

⁵¹ Cfr., al respecto, el apartado b.3 de la mencionada Regla Federal 23 de los Estados Unidos: “Una acción puede ejercitarse como acción colectiva si (...) (3) el juez considera que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualquier cuestión individual, y que la acción colectiva es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficaz resolución de la controversia. En su decisión sobre la superioridad de la acción colectiva, el juez deberá analizar, entre otras cosas: (A) el interés de miembros del grupo en controlar individualmente el ejercicio o defensa de acciones individuales separadas; (B) la amplitud y naturaleza de cualquier litigio acerca de la controversia ya empezado por o contra miembros del grupo; (C) la conveniencia o no de reunir las causas ante el mismo juez; (D) las dificultades que pueda enfrentar el desarrollo de la acción colectiva”. Ver comentario de Gidi, Antonio, *Las acciones de clase en los Estados Unidos*, cit., ps. 14-16; Bujosa Vadell, Lorenzo-Mateo, *El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América*, cit., ps. 79-86 y 90-93. En el mismo sentido, Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, art. 2, párr. 1: “Para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los n. I y II de este artículo, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las cuestiones individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto”. Ver comentarios de Gidi, Antonio, *Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, y Mafra Leal, Márcio Flavio, *Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, y Zaneti Junior, Hermes, *Derechos colectivos latu sensu: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos strictu sensu y de los derechos individuales homogéneos*, cit., ps. 36, 43 y 51, respectivamente. Ver también Pellegrini Grinover, Ada, *Da class action for damages a ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, en Milaré, Edis (coord.), *Ação civil pública: Lei 7.347/1985-15 anos*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2001, p. 24.

⁵² Se trata de la posibilidad de “opt-out” o derecho de autoexclusión, prevista en la Regla 23.c.2.A de los Estados Unidos. Ver comentario de Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, cit., ps. 20-23; Bujosa Vadell, Lorenzo-Mateo, *El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América*, cit., ps. 95-96.

tinúe o se repita –en este sentido, los recursos individuales tradicionales no son efectivos–.

El caso “Masacre Plan de Sánchez”⁵³ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya traído a colación, brinda otro ejemplo interesante relacionado con la hipótesis que comentamos aquí. La Comisión Interamericana presentó una lista de víctimas de la masacre, sucedida más de veinte años antes del dictado de la sentencia de la Corte Interamericana. La Corte, sin embargo, consideró que

“Las víctimas de las violaciones a que se refiere el párrafo anterior son las personas identificadas por la Comisión en su demanda (*supra* párr. 42.48), y las que puedan ser identificadas con posterioridad, debido a que las complejidades y dificultades presentadas al individualizarlas permiten presumir que hay aún víctimas pendientes de determinación”⁵⁴.

El razonamiento de la Corte presenta notables paralelos con el procedimiento de una acción de grupo o de clase indemnizatoria (*damage class action*): la Corte verifica un hecho ilícito común (la masacre) y la existencia de un conjunto de víctimas individuales afectadas. Todas las víctimas tienen *derechos o intereses individuales homogéneos*: sucede que hay algunas identificadas, y otras pendientes de identificación. La sentencia no se limita sólo a las víctimas identificadas, sino que se extiende a aquellas pendientes de identificación. No muy distinto es el procedimiento de la acción de grupo o de clase indemnizatoria del derecho federal estadounidense: probado por el representante de la clase el hecho, acto u omisión dañoso, y establecida la composición de la clase, la sentencia indemnizatoria hace cosa juzgada sobre la totalidad de la clase y permite que los miembros individuales aún no identificados se beneficien de la cosa juzgada y concurren a reclamar el porcentaje de indemnización individual que les corresponde, en la medida del daño sufrido⁵⁵. En el caso, dado el carácter masivo del daño, la Corte justifica el tratamiento conjunto tanto por razones de economía procesal, como por la posible existencia de desincentivos que pesaron sobre muchas víctimas para llevar a cabo acciones judiciales (en el caso, la intimidación del ejército, el tiempo transcurrido, la desconfianza ante el sistema judicial local, la persistente impunidad frente a masacres similares, etcétera).

⁵³ Corte IDH, caso “Masacre Plan de Sánchez”, Sentencia de 29 de abril de 2004.

⁵⁴ Corte IDH, caso “Masacre Plan de Sánchez”, Sentencia de 29 de abril de 2004, párr. 48.

⁵⁵ Ver, por ejemplo, Bujosa Vadell, Lorenzo-Mateo, *El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América*, cit., ps. 109-110.

En el caso “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”⁵⁶, resuelto por la Corte Suprema, la organización actora impugnó judicialmente una resolución del Ministerio de Salud que modificaba el Programa Médico Obligatorio aplicable a las entidades participantes en el sistema del seguro de salud, reduciendo la cobertura correspondiente a esa enfermedad de baja incidencia y tratamiento de alto costo. La Cámara Federal de Apelaciones de Salta había hecho lugar al amparo, declarando la nulidad de la resolución cuestionada por ser violatoria del derecho a la salud. La Corte confirma la sentencia de segunda instancia, adhiriendo a los fundamentos del dictamen del procurador general de la nación.

Se trata de otro supuesto de protección a través de una acción colectiva que agrega derechos o intereses individuales homogéneos –en este caso, todas las personas que padecen de esclerosis múltiple excluidas del tratamiento por la resolución ministerial⁵⁷–. Nada impedía a los actores interponer acciones individuales, cuyo efecto relativo hubiera llevado a la inaplicación de la resolución impugnada para el caso concreto y, por ende, la limitación del beneficio al reclamante. Sin embargo, el carácter único del acto dañoso y la multiplicidad de víctimas hace conveniente, por motivos de economía procesal, agregar todas las afectaciones en una misma causa, impidiendo así la multiplicación de litigios en los que existe identidad de agravios y alegaciones. El resultado de la acción colectiva beneficia a la clase entera de titulares de derechos o intereses individuales homogéneos, que pueden gozar acceder individualmente al tratamiento antes negado.

V. Las acciones colectivas y la “efectividad” del recurso en la Argentina

Hasta aquí hemos presentado un panorama de tipos de situaciones de afectación de derechos humanos que requieren –o ante las que resulta más conveniente– un tratamiento judicial colectivo y no uno individual. El argumento presentado indica que, para estos casos, “recurso efectivo” significa un recurso capaz de tratamiento colectivo de estas afectaciones –de modo que las acciones de carácter meramente individual no cumplen, en todos estos casos, la exigencia de la efectividad–.

El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos requiere que el Estado adopte medidas, incluidas las legislativas, para

⁵⁶ “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud - Estado Nacional/s/acción de amparo-medida cautelar”, dictamen del procurador general de la nación del 4 de agosto de 2003, decisión de la Corte del 18 de diciembre de 2003.

⁵⁷ El alcance de la sentencia se redujo a la jurisdicción de Salta porque la legitimación se redujo a la asociación salteña, rechazándose la del defensor del pueblo y la de otras asociaciones provinciales.

garantizar los derechos establecidos por ese instrumento que aún no lo estuviesen: esto incluye el derecho a un recurso efectivo en caso de afectaciones colectivas a derechos fundamentales establecidos en la Convención, en la Constitución o en las leyes. El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene un contenido similar, y es aplicable al artículo 2.3, como ilustra la ya comentada Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos. Para el caso que estamos tratando, esto significa que, de no existir recursos o acciones judiciales que permitan la revisión judicial de afectaciones colectivas a derechos humanos, el Estado tiene la obligación de dictar legislación creándolas. De no existir estas acciones en la legislación, los jueces tienen la obligación de adecuar las existentes para dar efecto a los dos tratados invocados.

Dicho esto, analizaremos brevemente las vías empleadas primariamente por los tribunales argentinos para entender en acciones donde se discuten afectaciones colectivas a derechos humanos, y su adecuación a lo establecido en los instrumentos internacionales mencionados.

Parece casi innecesario recordar que, aunque existían algunos antecedentes, la temática de las acciones colectivas se instaló en el país prácticamente a partir de la incorporación, en la reforma constitucional de 1994, del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución nacional, que establece el denominado “amparo colectivo”. No es este el lugar de evaluar de manera exhaustiva la evolución del instituto. Cabe, sin embargo, efectuar algunos apuntes respecto de su efectividad como recurso.

Como primer punto, es necesario subrayar que, a más de diez años de la reforma, el amparo colectivo aún no ha sido regulado, y su funcionamiento fue moldeado completamente a partir de la actividad pretoriana de los tribunales. Esta actividad pretoriana ha consistido en una combinación de interpretación directa del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución, de su integración con lo establecido en el primer párrafo, que recoge el amparo “clásico” o “individual”, y de la adaptación, en la medida del alcance asignado al artículo 43 de la Constitución, de las normas consideradas subsistentes y aplicables de la ley 16.986 (ley de amparo, que data de 1966, muchísimo antes de que se discutieran las cuestiones planteadas en este trabajo). La tarea de desarrollo interpretativo de los jueces argentinos en esta materia ha sido notable, y debe ser destacada. Sin embargo, a diez años de la reforma constitucional, la ausencia de regulación se ha hecho sentir en varios aspectos: falta de claridad en materia de efectos de la sentencias, problemas de posible incompatibilidad de decisiones sobre el mismo objeto en jurisdicciones distintas, falta de claridad sobre temas tales como la adecuación de la representación, la participación de otros miembros del grupo, la participación de terceros interesados, etcétera. Existen suficientes modelos en el derecho comparado –y en nuestra misma región, como en el caso de Brasil– para que el Congreso asuma seriamente la cuestión y produzca una regulación compatible con la exigencia de “rapidez”, “sencillez” y “efectividad” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Un segundo punto está relacionado con el carácter de la acción. Como ya he dicho antes, mientras acciones como el amparo (denominadas “extraordinarias” por la doctrina procesal) tienen la virtud de ser adecuadas a los requisitos de “rapidez” y “sencillez”, no siempre cumplen con el requisito de la “efectividad”. Esto se debe a que, dada la limitación de su objeto, la acción de amparo –individual y colectivo– puede ser idónea para hacer cesar la violación, pero difícilmente pueda cumplir con las demás exigencias mencionadas por el Comité de Derechos Humanos –obtener reparación material y moral por la violación, y evitar la repetición–. Otra limitación del amparo salta a la vista: la exigencia, a efectos de su admisibilidad, de demostrar que la acción u omisión atacada es manifiestamente ilegal o arbitraria. Esta exigencia reduce las posibilidades de debate sobre temas de hecho y prueba, y por ende la acción se torna inadecuada para violaciones de mayor complejidad.

Paradójicamente, el tema de las acciones colectivas adquirió visibilidad en la Argentina a partir del amparo colectivo: eso ha hecho que la mayor parte del desarrollo en esta materia haya adoptado la vía del amparo, con escasas y muy tímidas exploraciones en el campo de las acciones colectivas ordinarias. Esto lleva a un tercer punto, que se hace evidente apenas se superan las anteojeras nacionalistas, y se levanta un poco la vista para ver cómo funcionan las cosas en otros lugares. Las acciones colectivas son, por lo general, acciones complejas. Acciones tales como las *class actions* estadounidenses o la *ação civil pública* brasilera no son dispositivos sumárisimos como el amparo, sino acciones ordinarias que en general se consideran típicos ejemplos de litigio complejo. Se trata de acciones en las que pueden estar involucradas varias partes que representan intereses colectivos distintos, que requieren una gestión judicial prudente para no perjudicar derechos de otros miembros de la clase o del grupo involucrado, o intereses de otros beneficiarios del bien colectivo de que se trate. Esto significa, por lo general, plazos procesales más largos, un período de certificación de la adecuación e idoneidad del representante de la clase o grupo, mecanismos de contralor para impedir afectaciones de derechos de quienes a la postre serán beneficiados o perjudicados por la acción, mayor amplitud de debate y prueba, un procedimiento de ejecución prolongado o al que se agregan más beneficiarios, etcétera. En nuestro país, dada la visibilidad que ha cobrado el amparo colectivo, la discusión sobre esta cuestión apenas si se ha planteado⁵⁸. Para que las acciones destinadas a confrontar afectaciones colectivas de derechos humanos sean efectivas, la cuestión requiere de un debate serio y de regulación –difícilmente se pueda avanzar en la materia sólo a partir de interpretaciones judiciales–.

⁵⁸ Una promisoriosa excepción es la obra de Maurino, Gustavo; Nino, Ezequiel y Sigal, Martín, *Acciones colectivas. Análisis conceptual, jurisprudencial, procesal y comparado*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005.

Esto no significa, claro, que no haya ningún espacio para el amparo colectivo –del mismo modo que la existencia de acciones individuales ordinarias no empece la existencia y la pertinencia del amparo individual. El amparo colectivo será “efectivo” –e, idealmente, “rápido” y “sencillo”– cuando la violación de que se trate sea evidente, o cuando, a elección de las víctimas, el objeto procesal se limite a hacer cesar la violación. Cuando la constatación de la violación requiera mayor debate y prueba, se trate de una situación de mayor complejidad, o se pretenda un remedio más complejo –por ejemplo, la indemnización colectiva o la adopción de medidas de reforma de la legislación, del diseño institucional o de las prácticas de organismos públicos para impedir la recurrencia de la violación, la acción adecuada –y por ende, “efectiva”– debería ser una acción colectiva ordinaria. El compromiso entre “rapidez” y “sencillez”, por un lado, y “efectividad”, por otro, en estos casos, dependerá en gran medida de un adecuado sistema de medidas cautelares, que permitan que la violación cese o que el daño se consume, mientras se sigue discutiendo la cuestión de mayor complejidad.

El panorama actual, sin embargo, ha sido signado por el justificado activismo de los jueces, ante el incumplimiento por parte del legislador del mandato constitucional de regulación del amparo colectivo –y del mandato de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de establecimiento de acciones adecuadas a las violaciones colectivas de derechos humanos–. Mientras no existan acciones colectivas ordinarias, muchas afectaciones colectivas de derechos seguirán tramitando por la vía del amparo colectivo, aunque se trate de una vía que lleva implícitas muchas limitaciones.

Cabe señalar que, sobre la base del desarrollo jurisprudencial del amparo colectivo, también se ha verificado un desarrollo analógico del hábeas corpus colectivo, que tampoco estaba previsto como tal en su ley regulatoria, la ley 23.098, que data de 1984. Pueden efectuarse, al respecto, señalamientos similares a los ya hechos en relación con el amparo colectivo.

En cuanto a otras acciones colectivas, existe una cierta evolución de acciones de carácter civil, que en mayor medida van recogiendo la evolución de lo que un autor ha denominado “derecho privado colectivo”⁵⁹. Se trata, todavía, de construcciones tentativas, desarrolladas centralmente a partir de la acción prevista en la Ley de Defensa del Consumidor, y de acciones –incluidas otras de reclamo de daños y perjuicios que involucran bienes colectivos como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico–. Sería deseable un desarrollo normativo común de todas estas materias, en consonancia con el tratamiento de problemas de litigio complejo como los apuntados antes.

⁵⁹ Cfr. Lorenzetti, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, ps. 127-172.

Capítulo VI

Garantías procesales en materia penal

La garantía de recurrir la sentencia y la pena en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

Marcelo A. Sgro

Durante los nueve años transcurridos desde la publicación de los trabajos compilados bajo el título *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, uno de los cuales, debido al profesor Julio B. J. Maier, trató sobre “el recurso del condenado contra la sentencia de condena” previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹, varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) han interpretado y aplicado los arts. 8.2.h. y 14.5. de aquellos pactos, algunas veces correctamente (en especial, en sus aspectos más obvios) y otras ignorando o negando contenidos indudables de esas normas, varios de cuyos problemas interpretativos ni siquiera han sido abordados hasta ahora².

* El artículo original, redactado en 2004, fue actualizado por Federico Wagner y Alberto Bovino.

¹ Cf. Maier, Julio B. J., *El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?*, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 407 y ss. Mi exposición sobre la evolución ulterior y el estado actual de la cuestión de la aplicación por los tribunales locales de esa garantía, principalmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, da por supuesto el conocimiento por parte del lector del texto del Prof. Maier.

² Una síntesis de una parte de la jurisprudencia de la CSJN a la que me refiero puede verse en los siguientes artículos: Sgro, Marcelo, *Esplendor y derrota de la garantía de recurrir el fallo condenatorio en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema*, en Maier, Julio B. J. y otros (comps.), *Los recursos en el procedimiento penal*, 2ª ed. actual., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, ps. 261 y ss. (este artículo, publicado previamente en “Nueva Doctrina Penal”, 2001/A, Buenos Aires, ps. 199 y ss., fue redactado en 2001 y describe la jurisprudencia hasta diciembre de 2000); también, en la misma compilación, Córdoba, Gabriela E., *La influencia del recurso extraordinario federal en el recurso de casación penal a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ps. 229 y ss. (artículo que, en cuanto se refiere al derecho al recurso previsto en los pactos, examina, además de los tratados en mi artículo, varios fallos ulteriores). El trabajo que aquí se publica es una puesta al día de mi anterior artículo sobre el tema.

I. Qué recurso satisface la garantía

Como es sabido, antes de la última reforma constitucional, la CSJN sostuvo que lo que llamaba “doble instancia judicial” no era una garantía constitucional, y que el derecho previsto en el art. 8.2.h. de la CADH, ratificada por la ley 23.054, se hallaba satisfecho con la existencia del recurso extraordinario³. Cuando, debido a la reforma de la CN de 1994, la primera de esas afirmaciones no pudo sostenerse con respecto a la persona inculpada de un delito, la CSJN, al mismo tiempo que reconoció que el recurso del inculgado procedía como garantía constitucional⁴, sostuvo también que la existencia del recurso extraordinario federal no satisfacía ya el derecho previsto en el art. 8.2.h. CADH, ineficiencia que el tribunal atribuyó a que, a partir de la reforma introducida por la ley 23.774 en su competencia por apelación, podía rechazarlo por la sola aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN)⁵. Y, como también se habían modificado el régimen procesal penal y la organización de la justicia nacionales mediante las leyes 23.984 y 24.050, introduciéndose los recursos de casación e inconstitucionalidad destinados a ser resueltos por la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), la CSJN resolvió que la forma *más adecuada* de asegurar la *garantía de la doble instancia en materia penal* prevista en la CADH, en el caso bajo examen, *era declarar la inconstitucionalidad de la restricción (en razón del monto de la pena impuesta por la sentencia) de la admisibilidad del recurso de casación del imputado prevista en el art. 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación*⁶.

³ Lo sostuvo, por ejemplo, en *Fallos*: 311:274 (sentencia de 15 de marzo de 1988).

⁴ *Fallos*: 318:514, consids. 5 y 6.

⁵ Ver el mismo fallo, considerandos 7 y 8. Sin embargo, como ya dije en mi anterior trabajo sobre el tema, era claro que el déficit del recurso extraordinario para satisfacer la garantía no podía derivarse, como la Corte hizo, de la supuesta novedosa facultad de rechazo en los términos del art. 280, CPCCN, pues, en primer lugar, si el recurso extraordinario, conforme había decidido el tribunal en *Fallos*: 311:274, podía ser suficiente para satisfacer la exigencia del art. 8.2.h. de la CADH, bastaba con que la Corte se abstuviera de aplicar el mencionado art. 280 a los recursos extraordinarios que tuvieran por objeto la impugnación de un primer fallo condenatorio; luego, porque el citado art. 280 hizo poco más que dar expresión legal a lo que la jurisprudencia de la CSJN sostenía desde hacía décadas: que *la ausencia de interés institucional que la jurisprudencia contempla, por regla general, con el nombre de “cuestiones federales insustanciales”, autoriza el rechazo de plano de la apelación extraordinaria* –*Fallos*: 194:22, 245:450; 248:189–. Por ello, la justificación valedera del apartamiento de lo decidido en el caso “Jáuregui” no debió ser otra que el objeto limitado y la excepcionalidad del recurso extraordinario, inconciliable con el derecho que la CADH prescribe como garantía mínima; pero el reconocimiento expreso de ese motivo valedero hubiera implicado que era incorrecto lo que se decidía previamente.

⁶ Cf. mismo fallo, consid. 10.

garantía de recurrir la sentencia y la pena

Ulteriormente el tribunal, remitiéndose al mismo precedente “Girol-di”, decidió que la forma más adecuada de asegurar a dos personas el derecho de recurrir el fallo condenatorio dictado contra ellas por una Cámara Federal de Apelaciones, en el marco de la ley 23.077, era declarar la invalidez constitucional del art. 87 de aquella ley, que prescribía que la sentencia sólo era recurrible por la vía del art. 14 de la ley 48 ante la CSJN, porque tal norma las privaba de la posibilidad de impugnarlo ante la Cámara de Casación y, por ende, de ejercer el derecho al recurso previsto en los pactos⁷.

Sin duda, el recurso de casación, tal como la leyes vigentes generalmente lo prevén, resultaba un medio “más adecuado” que el extraordinario para satisfacer la garantía de la CADH⁸, pero la CSJN no explicó en sus fallos en qué consistía la mayor adecuación predicada, como tampoco lo había hecho antes, cuando afirmaba que era suficiente el recurso extraordinario, de modo que el tribunal no suministró ninguna interpretación del art. 8.2.h de la CADH que hubiera permitido precisar el alcance del recurso que garantiza y por qué el de casación, tal como estaba, por ejemplo, previsto en los arts. 456 –motivos– y 463 –formalidades de interposición– del CPP Nación sancionado por la ley 23.924, era capaz de satisfacer las exigencias de la CADH y del PIDCPP.

En otro fallo, la mayoría de la Corte⁹ afirmó que la garantía del art. 8.2.h de la CADH no imponía necesariamente la doble instancia como renovación del debate realizado en el proceso¹⁰, pero desafortunadamente agregó que lo prescripto por tal norma no implicaba descalificar genéricamente la instancia única, sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta en modo alguno afectaba garantías de los procesados¹¹. Sostuvo, asimismo, que una interpre-

⁷ Fallos: 322:2488, consid. 4 (sentencia de 19 de octubre de 1999).

⁸ Por ejemplo, porque permite también la revisión de una sentencia basada en normas sustantivas no federales erróneamente aplicadas o que culminó un proceso en el que no se observaron ciertas normas procesales no federales (aun cuando no se hubieran configurado supuestos de arbitrariedad, tal como la jurisprudencia de la CSJN los ha definido).

⁹ Fallos: 323:4130, voto común de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Bellusci, López y Vázquez.

¹⁰ En efecto, la “renovación del debate” no sería otra cosa que un nuevo juicio, cuya decisión, acertada o desafortunada, se fundaría en los actos ocurridos en éste y no en el juicio anterior (cf. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, 2ª ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 719).

¹¹ Como advertí en mi anterior artículo sobre derecho al recurso, la CSJN omitió burdamente atender al texto de la CADH, que alude expresamente a la garantía de *recurrir* el fallo condenatorio. Según el sentido asignado a la norma por la CSJN en este caso, aquella directamente no asegura un derecho al recurso.

tación distinta ponía en pugna la cláusula del pacto con el art. 117 de la Constitución, según la cual la CSJN tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas penales, conflicto que carecería de una solución clara y que, en la época en que la sentencia condenatoria del caso fue dictada, como no existía la Cámara de Casación, los tribunales superiores de las causas penales de competencia federal eran las Cámaras Federales de Apelaciones, por lo que, al provenir la sentencia de condena del caso de una de ellas, la regla internacional no fue violada¹².

Puede ser que la conciliación de la norma de la CADH con el juzgamiento originario y exclusivo por la Corte de los casos penales que satisfagan las condiciones del art. 117, párr. 2, de la CN no resultaba fácil, pero aquélla no podía ser resultado del sacrificio del *recurso* contra la condena que, como garantía mínima, la primera expresamente prescribe¹³.

¹² Argumento que reduce todo al modo en que circunstancial y sucesivamente se organice la justicia, de modo que si en el futuro se reformaran la ley procesal y la de organización judicial, suprimiéndose la cámara de casación y los demás tribunales colegiados distintos de la CSJN (supresión que no resulta vedada por el art. 116 de la CN), las penas pronunciadas por los jueces, aunque contra ellas la ley no posibilitara ningún recurso distinto del extraordinario –que según la propia CSJN no satisface las exigencias de la Convención– serían, en general, sin más ejecutables, sin que se advierta ninguna inobservancia de la norma del art. 8.2.h de la CADH, porque las condenas provendrían entonces de los órganos judiciales de “más alta jerarquía” –según la desafortunada expresión empleada por la CSJN– en la organización judicial existente.

¹³ Una solución plausible: conocimiento por los conjuces del tribunal del recurso que el imputado interponga contra la condena impuesta por la CSJN, en ejercicio de su competencia originaria y exclusiva (cf. Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, cit., p. 726).

Podría objetarse equivocadamente esta propuesta afirmándose que, así como la CSJN ha omitido en su fallo que los pactos exigen un *recurso* (la CADH dice, literalmente, que debe garantizarse el “derecho de *recurir*”), aquélla omite las expresiones “juez o tribunal *superior*” (CADH) y “tribunal *superior*” (PIDCP), mediante las que los pactos designan quién debe resolver el recurso garantizado, porque la CSJN, integrada por conjuces para tratar y decidir el recurso no sería *superior* al tribunal que dictó la sentencia cuya revisión el imputado pretenda. Esta crítica, claramente equivocada, estaría basada en el *desafortunado* uso de los adjetivos “superior” e “inferior” aplicados a los distintos tribunales de justicia (por los pactos y aun por la Constitución nacional: arts. 108, 116, entre otros); en efecto, *superior*, por lo menos en lo referido a cómo debe ser resuelto en definitiva un caso, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede querer decir otra cosa distinta que juez o tribunal jurídicamente capaz (competente), de acuerdo con las normas vigentes, para revisar la actuación y decisión de otro órgano judicial. Se trata de una cuestión de distribución de competencias y no de subordinación jerárquica, por lo demás contraria a la nota de “independencia”, instrumental de la garantía de imparcialidad, reconocida expresamente por los mismos pactos –v. gr., art. 8.1, CADH; 14.1, PIDCP–. Precisamente debido a esta garantía, no sería constitucionalmente admisible que las mismas personas (juez o jueces) que dictaron la sentencia

garantía de recurrir la sentencia y la pena

Por lo menos desde el precedente “Ekmekdjian vs. Sofovich”¹⁴, la jurisprudencia de la CSJN ha sostenido que su interpretación de la CADH debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁵. Por eso resultaba fácilmente predecible que al decidir algún recurso que requiriera una definición acerca del alcance del derecho al recurso que reconocido por la CADH, la Corte Suprema utilizase como “guía” la sentencia dictada por el tribunal internacional en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”¹⁶.

Según esta sentencia de la CIDH, el recurso que garantiza la CADH al imputado: a) debe permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica¹⁷, y es pre-

impugnada, una vez interpuesto el recurso garantizado al imputado, sean quienes la revisen (a lo que cabe agregar que la “revisión” no realizada por personas distintas de las que practicaron la actividad o adoptaron la decisión cuestionadas desconocería el sentido último del derecho de recurrir, que consiste, según es ya un lugar común afirmar, en reducir la probabilidad de una condena desacertada o producto de un juicio injusto. Casi una década atrás, Marcelo Ferrante, citando a Carnelutti, ha dicho, y esto fue luego repetido numerosas veces, que se trata, mediante el derecho al recurso, de someter la decisión adoptada a una instancia de control similar a la regla de la doble conforme, según la cual cuando una operación aritmética realizada dos veces da el mismo resultado, hay grandes posibilidades de que sea exacta).

Por último, en el caso tratado, la CSJN no observó la regla, generalmente reconocida por ella misma, de no pronunciarse prematuramente sobre cuestiones que no conciernen al caso concreto, norma de actuación según la cual, por ejemplo, había rehusado conocer anteriormente en el “agravio” (que consideró meramente conjetural, es decir, un “no agravio”), consistente en que el mantenimiento del límite legal en razón de la pena previsto por la ley para el recurso acusatorio podría determinar, respecto de un mismo caso, dos tribunales superiores distintos a los efectos de la interposición del recurso extraordinario federal, según si el recurrente fuera el fiscal o el imputado –cf. *Fallos*: 320:2145, consid. 12–.

¹⁴ *Fallos*: 315:1492 (sentencia de 7 de julio de 1992).

¹⁵ Ver considerando 21 del voto de la mayoría del tribunal en ese caso. Ese precepto sobre interpretación fue reiterado en varias de las sentencias del tribunal que trataron sobre el derecho al recurso: ver, por ejemplo, el considerando 11 del precedente publicado en *Fallos*: 318:514, y el considerando 6 del voto de la mayoría en el precedente publicado en *Fallos*: 323:4130, que por su parte remite a lo dicho en *Fallos*: 321:3555 –ver el consid. 10 del voto común de la mayoría–.

¹⁶ Sentencia del 2 de julio de 2004 (sigo el texto publicado en www.corteidh.or.cr). La interpretación sobre el alcance del derecho al recurso que efectuó esta sentencia de la CIDH fue seguida por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la sentencia dictada el 15 de octubre de 2004 en la causa 4807, “López, Fernando Daniel s/recurso de queja”.

¹⁷ Exigencia que, literalmente interpretada, parece obstaculizar la solución propuesta en la nota n° 27.

ciso que éste reúna las características jurisdiccionales que lo legitimen para conocer del caso concreto; b) debe ser un recurso ordinario, eficaz para procurar la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho; c) debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio el derecho; d) debe garantizar un examen integral del fallo condenatorio y pena; y e) debe habilitar un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior.

Por su parte, el voto concurrente del presidente del tribunal, el juez García Ramírez, sostuvo que el recurso garantizado debe permitir de modo efectivo que el tribunal superior entre en el fondo de la controversia, examine los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y su aplicación, la pena o medida impuestas en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización de aquéllas.

En la idea de que el recurso cuya disponibilidad exige la CADH debe asegurar un examen integral del fallo condenatorio y de la pena, la sentencia de la CIDH ha seguido expresamente la previa interpretación del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre el recurso garantizado por el párrafo 5 del art. 14 del PIDCP¹⁸.

La Corte Suprema utilizó efectivamente como "guía" aquella sentencia de la Corte Interamericana al decidir el caso "Casal"¹⁹.

Concretamente, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que en el estado actual de la legislación procesal penal de la nación, los recursos ante la Cámara de Casación constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los arts. 8.2.h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte Suprema efectuó una interpretación de las normas vigentes referidas al recurso de casación superadora de la "imagen tradicional" de este recurso, proporcionando un resultado análogo al consagrado por la

¹⁸ Cf. dictamen emitido por el Comité el 20 de julio de 2000, en el trámite de la comunicación n° 701/96 presentada por Cesario Gómez Vázquez contra el Reino de España, y dictamen emitido por el mismo órgano el 7 de agosto de 2003 en el trámite de la comunicación n° 1007/01 presentada por M. Sineiro Fernández contra el Reino de España. Sobre el primero, se ha afirmado que se trató de un verdadero certificado de defunción para el estilo tradicional del recurso de casación y su obsesión por la impracticable distinción entre cuestión de hecho y cuestión de derecho; cf. Pastor, Daniel R., *La nueva imagen de la Casación Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, ps. 109-112.

¹⁹ *Fallo*: C.1757. XL, "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa –causa 1.681–", rta. 20/9/2005.

denominada teoría de la *capacidad de rendimiento*: "... lo único no revisable sería lo que surja directa y únicamente de la inmediación...". Esta limitación a la revisión se basaría en que la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria. Los principios que exigen la publicidad del juicio y, en consecuencia, establecen su oralidad, permitirían una revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto no puede ser tratado en casación, según la Corte, porque de lo contrario se cancelaría el principio de publicidad y, por otra parte, resultaría imposible en virtud de un límite real de conocimiento.

II. El sujeto al que se garantiza el derecho de recurrir

Con anterioridad al fallo mencionado, la CSJN había definido al sujeto del proceso en cuyo favor los pactos establecieron el derecho al recurso, a saber, *sólo la persona imputada o declarada culpable de un delito*, rechazando, por ende, correctamente, su invocación por los órganos del Ministerio Público Fiscal que pretendieron la inconstitucionalidad de disposiciones legales que les impedían recurrir para obtener penas más graves que las impuestas a los acusados, con las que estaban disconformes²⁰.

La cuestión de la incompatibilidad entre el régimen legal del recurso acusatorio y la garantía de recurrir el fallo que compete al imputado, entendida en su verdadera medida, y las de juicio público y *ne bis in idem*, que ha explicado con claridad el profesor Maier en su artículo, no fue propuesta a la CSJN por ningún recurso que ésta haya admitido (de los desestimados poco puede decirse ya que, casi sin excepción, lo fueron sin ninguna descripción de sus contenidos). Por ende, ninguna sentencia de la CSJN ha decidido una alegación de inconstitucionalidad de las normas legales que conceden al acusador la facultad de recurrir la sentencia absolutoria con la pretensión de obtener una ulterior condena, o la sentencia condenatoria con la pretensión de que la pena impuesta al acusado sea agravada.

Sin embargo, algunos de los fundamentos expuestos por la CSJN en la primera sentencia, que asignó únicamente al imputado el derecho de recurrir establecido por los pactos, no dejaron dudas respecto de la suerte que correría un planteo como el descripto en el párrafo anterior; en efecto, al afirmar que no resultaba inconstitucional la limitación legal al recurso de casación del fiscal, el tribunal afirmó que no existía obstáculo para que el legislador, si lo consideraba necesario, "le conceda igual derecho" (quiso decir, claro está, que prescriba un recurso acusatorio y, más específicamente, uno sin las limitaciones objetivas que actualmente la ley –por

²⁰ Fallos: 320:2145 (sentencia de 14 de septiembre de 1997) y Fallos: 322:2488 (sentencia de 19 de octubre de 1999).

ejemplo, el art. 458 del CPP Nación– le impone), lo que implicó reconocer *obiter dictum* que la existencia del recurso del fiscal no es contraria a normas constitucionales y que aquél, su alcance y sus límites son cuestiones de configuración circunstancial de las leyes procesales penales.

Al contrario de lo ocurrido con las que imponen limitaciones al recurso del fiscal, la CSJN no se pronunció de modo expreso acerca de la compatibilidad con las normas de jerarquía constitucional de las normas procesales que limitan el recurso del querellante o acusador privado (por ejemplo, el art. 460, por remisión al art. 458 del CPP Nación), pero su precisa definición del sujeto del derecho al recurso (*sólo* el imputado) implicó, según creo, el tácito reconocimiento de que tales límites no son contrarios a los pactos²¹. Sólo algunos votos aislados resolvieron la cuestión de fondo²².

En un fallo posterior²³, la CSJN precisó su posición sobre la cuestión del sujeto en cuyo favor los pactos establecen el derecho al recurso excluyendo a las personas imputadas o que resulten condenadas por contravenciones, faltas o infracciones administrativas.

Los votos que constituyeron la mayoría²⁴ se remitieron al dictamen del procurador fiscal, conforme al cual el precedente “Giroldi”²⁵ no estableció que la garantía no tuviera límites *en razón de la materia*, la aplicación de las normas de derecho internacional convencional que consagran el

²¹ Contra esto, como ya advertí en mi anterior artículo sobre el tema, nada puede argumentarse en base a lo resuelto en *Fallos*: 322:1495 (sentencia de 10 de agosto de 1999), pues en este caso una decisión sobre la inadmisibilidad de un recurso de casación del querellante fue revocada por la mayoría de CSJN porque la Cámara de Casación había omitido resolver el planteo de inconstitucionalidad de la limitación legal que objetivamente la impedía y que aquél, presunta víctima de un delito de acción privada, había planteado al deducirlo (arbitrariedad de lo decidido por omisión de tratamiento y decisión de una cuestión esencial oportunamente planteada); por ende, la CSJN nada dijo sobre la razón que pudiera asistirle al recurrente sobre la invalidez constitucional de la restricción legal de su recurso de casación.

²² En el sentido de mi inferencia, véase el voto común en disidencia de los jueces Fayt y Boggiano en la sentencia de 10 de agosto de 1999, en *Fallos*: 322:1495 (en el caso, la CSJN, por mayoría, desestimó el recurso extraordinario). Opuestamente, en su voto en disidencia en el mismo caso, el juez Vázquez sostuvo que el derecho de recurrir del art. 8.2.h. de la CADH estaba también previsto en favor del querellante por delito de acción privada en cuanto “persona”, interpretación contraria al texto expreso del pacto, que no menciona a “toda persona”, sin más, sino a “toda persona inculpada de un delito”, expresión que excluye al querellante particular del mismo modo que al fiscal.

²³ *Fallos*: 323:1787 (sentencia de 27 de junio de 2000).

²⁴ Los de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, López y Vázquez.

²⁵ *Fallos*: 318:514 (sentencia de 7 de mayo de 1995). Se trata, por ende, de un fallo anterior al artículo del profesor Maier.

garantía de recurrir la sentencia y la pena

derecho al recurso se halla supeditada a *la existencia de un fallo final dictado contra una persona inculpada de un delito o declarada culpable de un delito y resultan ajenas a su ámbito las sentencias que condenan o absuelven con motivo de la imputación de faltas, contravenciones o infracciones administrativas*²⁶.

III. Las decisiones que debe poder recurrir el imputado

La afirmación de la CSJN en la última sentencia mencionada acerca de la supuesta condición de aplicación de las normas de los pactos sobre el derecho al recurso consistente en que se impugne un *fallo final*, si se toma literalmente esta expresión, resultaría inconciliable con una interpretación de la garantía según la cual no sólo ella asegura al inculcado la revisión del fallo final, sino también la de otros *autos procesales importantes* o decisiones judiciales que causen un gravamen irreparable a sus libertades y derechos fundamentales²⁷.

²⁶ El voto común en disidencia de los jueces Petracchi y Bossert afirmó, en cambio, que el agravio del recurrente se hallaba en consonancia con la línea jurisprudencial de la Corte que determinaba la aplicabilidad de las garantías del derecho penal –entre las que afirmaron que se encuentra el “derecho al recurso”– a las sanciones administrativas y con la doctrina de *Fallos*: 318:514 sobre la insuficiencia del recurso extraordinario para satisfacer las exigencias de la CADH.

²⁷ Cf. caso 11.086, Informe N° 17/94, CIDH, en “Nueva Doctrina Penal”, 1996/B, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, ps. 735 y ss.; caso 11.137, Informe N° 55/97, CIDH/OEA/ser/L/V/II.97. La concepción relativamente amplia –y muy vaga– acerca de la impugnabilidad objetiva del último informe citado, que en lo sustancial es una repetición del anterior, ha sido mencionada expresamente por el voto común concurrente de los jueces Maqueda y Zaffaroni en una sentencia reciente de la CSJN, que revocó por arbitraria una decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal sobre la inadmisibilidad de un recurso de casación deducido contra la sentencia de un juez de ejecución que había confirmado una sanción de quince días de encierro en una celda de aislamiento impuesta a un condenado por las autoridades penitenciarias (cf. sentencia de 9 de marzo de 2004 en el caso “R. 230. XXXIV. Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ejecución penal”). En el considerando 20 del voto aludido se dijo: “... el recurso de casación es un instrumento operativo de la garantía prevista en el inc. h del punto 2 del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, la Comisión Interamericana ha señalado que un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos y libertades fundamentales”. Y agregó que “el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y *de todos los autos procesales importantes*” (el destacado pertenece al voto citado). Por lo demás, la lectura íntegra de los informes de la Comisión y el voto indicados (aunque éste fue emitido antes que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Herrera Ulloa”, al que habré de referirme más adelante) permite advertir que ellos admitieron que el recurso de casa-

En cambio, la mención por el fallo de la CSJN (mención alternativa a la de la sentencia de culpabilidad) de un fallo final dictado contra una persona *inculpada de un delito*, no excluye la sentencia definitiva absolutoria, de modo que implicó, a nuestro juicio, la acertada admisión de que el derecho de recurrir previsto en los pactos permite impugnar la decisión final que, por ejemplo, no obstante absolver al inculpado, le impone una medida coercitiva diferente de la pena (medida de seguridad)²⁸.

IV. Conclusiones

El examen de las principales sentencias sobre el derecho de recurrir permite concluir lo siguiente:

1) El derecho de recurrir procede, en cuanto garantía constitucional, exclusivamente para el imputado o condenado.

2) Son inconstitucionales las normas procesales que impiden el recurso de casación del condenado contra una sentencia condenatoria y la pena impuesta; este recurso es eficiente para satisfacer el derecho previsto por los pactos con la condición de que sea admitido fácilmente y no se lo deniegue por defectos formales no significativos. Por lo demás, la Cámara de Casación puede revisar el fallo impugnado en todo cuanto le fuera sometido por el recurrente, con la única excepción de lo que surja directa y únicamente de la inmediatez de los jueces presentes en el juicio oral y la prueba producida en éste.

3) Las personas imputadas o condenadas por contravenciones, faltas o infracciones administrativas no gozan de aquel derecho constitucional.

4) El reconocimiento por las leyes de un recurso acusatorio, destinado a revertir la absolución del acusado o a agravar la pena impuesta al condenado, no sería contrario a normas constitucionales.

5) La primera sentencia condenatoria dictada al final de un juicio cumplido ante “la más alta instancia judicial” establecida por la ley es ejecutable sin lesión de las normas de jerarquía constitucional que prevén el derecho al recurso del condenado.

ción, tal como la ley vigente lo prevé, es un instrumento apto para satisfacer el derecho al recurso previsto por los pactos, sólo a condición de que los tribunales no los denieguen o rechacen aduciendo, con excesivo rigor, supuestos defectos formales.

²⁸ La CADH menciona el derecho del inculpado de recurrir el “fallo” y no exclusivamente el “fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto”, como prescribe, en cambio, el PIDCP, de modo que según el texto de aquélla es indudable el derecho del imputado absuelto de recurrir el fallo que le impone una medida de seguridad u otra consecuencia que le cause perjuicio.

El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos

María Fernanda López Puleio*

I. Delimitación

El derecho a la asistencia jurídica letrada, parte ineludible de la inviolabilidad del derecho de defensa que nace a favor de quien resulta imputado penalmente, constituye un elemento definidor del acceso a la justicia en sentido amplio, en tanto la intervención activa de un defensor técnico posibilita que todos los derechos y garantías reconocidos al primero sean no sólo resguardados, sino *efectivamente* ejercitados.

La particularidad de intervención de sujetos diversos –el imputado y su defensor técnico– en procura de un mismo fin de contrarrestar o aminorar la pretensión punitiva, aunque con elementos diversos, otorga sin duda una dinámica singular al proceso. A partir de esta conformación de naturaleza compleja del derecho de defensa penal, se deriva la exigencia de actuación del abogado defensor como un requisito de validez del procedimiento (salvo los casos de autodefensa), imponiéndose la intervención de un defensor público ante la ausencia de un defensor de confianza.

La referencia a la necesidad de “acceso” a un defensor penal no quiere aludir a que ésta pueda considerarse cumplimentada por la simple constatación de que en el proceso penal se ha designado a un abogado, o que éste haya establecido algún contacto con el representado; esto significa bastante poco para el derecho de defensa. Pero es cierto que una lectura rápida, o una interpretación restringida del término “acceso” señalada en el título de este ensayo, deja al descubierto en su opción negativa, la forma más burda de avasallamiento del derecho a la defensa técnica: la ausencia de vínculo alguno –jurídico o fáctico– entre imputado y abogado.

* Agradezco la colaboración de Mariana Grasso, Horacio Garcete y Gabriela Jugo en la recopilación de jurisprudencia.

En estas páginas, la alusión al “acceso a un defensor penal” trasciende la mera vinculación relacional. Con la afirmación del acceso (íntegro) a un abogado, se quiere aludir al goce completo del derecho a la asistencia jurídica reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Entonces, habrá real acceso si el defensor cumple con los recaudos de una defensa técnica adecuada; y para ello, el sistema penal deberá brindar al abogado posibilidades ciertas para el ejercicio de su función.

Los modos de la relación abogado-representado, y los grados de intensidad de intervención del defensor técnico en el sistema penal, suelen presentar problemáticas que distan de ofrecer soluciones sencillas. Pero en esta materia suelen presentarse situaciones que evidencian la falta de protección del derecho a la asistencia jurídica adecuada. En ocasiones, ningún abogado llega a tomar intervención en actos de los que derivan graves perjuicios para los imputados, o su actuación es solamente formal; en otras, los representados –en especial los detenidos– desconocen si alguien en verdad los continúa defendiendo, encontrándose sumidos en un vergonzoso abandono. Y también hay defensores probos, activos y muy comprometidos con sus defensas, sobre los que penden obstáculos de los más diversos para el cumplimiento de su función¹. En todos estos casos, al limitarse el derecho a un abogado, se viola irremediablemente el derecho de defensa; y la parte más débil ante la justicia ve acrecentada aún más la disparidad de fuerzas con sus contradictores. Sin embargo, y más allá de la falta de univocidad en las respuestas jurisdiccionales, ciertas afectaciones del derecho de defensa suelen resolverse como si se tratara de un mero trámite o cuestión procesal, antes que del contenido esencial de un derecho fundamental.

La irradiación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno –y básicamente a partir de la jerarquización constitu-

¹ Puede leerse en el voto concurrente razonado del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en el caso de la Corte IDH, “Tibi vs. Ecuador”, del 7 de septiembre de 2004: “47. La defensa del inculpado sigue en predicamento. No hay, que yo sepa, ordenamiento nacional que no estipule el derecho de aquél a la defensa frente a los cargos que se le imputan, así como el derecho de contar con defensor que lo asista en el difícil trance del enjuiciamiento, cuando están en juego sus bienes más apreciados. Este es, inclusive, un personaje que concurre a integrar, como se ha dicho, la personalidad procesal del inculpado. Pero son abundantes los casos expuestos ante la Corte (y hay otros, millares, que aguardan turno: no de llegar al tribunal interamericano, sino de verse beneficiados, a través de los ordenamientos y las jurisdicciones nacionales, por los progresos que acogen los instrumentos internacionales) en los que esa defensa no ha existido en absoluto, o ha sido nominal: distante y ajena al inculpado, inactiva, indiferente, o ha carecido de oportunidad verdadera y facilidades genuinas para cumplir la misión que se reconoce, pero no se favorece”.

cional de los principales instrumentos en 1994 (art. 75, inc. 22, CN)– generó un impacto progresivo e intenso en su aplicación por parte de los tribunales argentinos. Así, la reforma constitucional integró definitivamente la protección de la inviolabilidad de la defensa enunciada en el artículo 18 de la Constitución nacional, con aquella normativa, habilitando igualmente la compatibilización de la jurisprudencia interna, con las decisiones de los organismos de protección previstos en los convenios multilaterales –cuyas decisiones constituyen “guía interpretativa” para la Corte Suprema argentina–; todo ello, según lo que resulte más favorable al imputado.

Ello no obstante, y en importante número, hay todavía resoluciones jurisdiccionales que traslucen la resistencia a considerar que el derecho doméstico debe integrarse al plexo constituido por el derecho internacional, y guiarse en su aplicación por el principio *pro homine*; y que si bien los derechos fundamentales no determinan en toda su dimensión los alcances del derecho aplicable, sí excluyen determinadas consecuencias como no permitidas, a la vez que exigen otras como necesarias.

Este trabajo centrará su análisis en aquellas áreas donde la incidencia de actuación del defensor penal adquiere mayor relevancia, adentrándose en las “zonas riesgosas”, donde la eventual limitación o clara falencia para la defensa por parte de un abogado impacta con mayor repercusión en los derechos en juego.

II. Hacia la protección efectiva del derecho a un defensor en materia penal

II. 1. Sobre los fundamentos del derecho a la defensa técnica penal

Por propia definición, el derecho de defensa del imputado en causa penal comprende su facultad para llevar a cabo actividades para resistir o poder atenuar la imputación penal, lo que realiza interviniendo personalmente en el proceso. Un contenido que hace a ese derecho de defensa, y que adquiere importancia vital, es su derecho a ser asistido por un abogado; que supone la prerrogativa de contar con un defensor técnico que interviene de manera independiente en el proceso procurando a su favor.

Pero el defensor no sustituye la voluntad de su representado, ni pasa a ocupar su lugar. Porque nadie podría arrogarse la facultad de ejercicio de un derecho que se estructura a partir de la idea de dignidad de la persona humana. Como ya se preguntaba Robespierre en su discurso ante la Asamblea Constituyente de 1790: “¿A quién pertenece el derecho de defender los intereses de los ciudadanos? A ellos mismos, es el derecho más sagrado (...) si no es consentido a mi mismo defender mi vida, mi libertad, mi honor, mi fortuna, o bien recurriendo a quien considero el más probo, el más iluminado, el más fiel a mis intereses (...) entonces

ustedes violan al mismo tiempo la ley sagrada de la naturaleza y de la justicia, y todas las nociones del orden social”².

Que al defensor designado en el proceso le correspondan igualmente poderes y atribuciones para invocar en interés del imputado –en tanto no constituyan el ejercicio de actos personalísimos reconocidos a éste–, no puede hacer perder de vista que este último es el titular del derecho de defensa, y en ese carácter ejercita su defensa *material*. Y que en todo caso, el defensor técnico constituye uno de los resguardos más importantes de su garantía³. Así, el primer gran desafío de todo defensor penal será el hallazgo de fórmulas de complementariedad con su defendido para el ejercicio concurrente de acciones, en defensa de uno de ellos. A tales fines, “ambos poseen facultades autónomas, esto es, independientes, que no se inhiben entre sí”⁴.

Ahora, la circunstancia de que se constituya a la defensa técnica como un requisito de validez del procedimiento, autorizando la autodefensa técnica sólo cuando el imputado “no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso”, como en el sistema federal argentino (art. 104, CPP Nación)⁵, denota no sólo una especial preocupación para el resguardo de un derecho fundamental –con lo cual la observación acerca de las exigencias de actuación del defensor penal deberán partir de estándares elevados de intervención–, sino que permite ver cómo la actuación de un abogado también es requerida para una mejor consecución y orden procesal. En este último caso, más que un

² Battista, Anna María (edición a su cuidado), *Robespierre, il Principi della democrazia*, CLUA, Pescara, 1983, p. 69. Como se observará, las convenciones internacionales prácticamente reproducen el esquema de Robespierre.

³ Un desarrollo más extenso de la cuestión en López Puleio, María Fernanda, *Justicia penal y defensa pública, la deuda pendiente*, en “Pena y Estado”, n° 5, *Defensa Pública*, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2002, ps. 23-48.

⁴ Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, 2ª ed. actual., Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 551.

⁵ Dice el art. 104 del Código Procesal Penal de la Nación: “*Derecho del imputado*. El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de la matrícula de su confianza o por el defensor oficial; podrá también defenderse personalmente siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso. En este caso el tribunal le ordenará que elija defensor dentro del término de tres (3) días, bajo apercibimiento de designarle de oficio el defensor oficial. En ningún caso el imputado podrá ser representado por apoderado. La designación del defensor hecha por el imputado importará, salvo manifestación expresa en contrario, el otorgamiento de mandato para representarlo en la acción civil. Este mandato subsistirá mientras no fuere revocado. El imputado podrá designar defensor aun estando incomunicado y por cualquier medio”.

“derecho” del imputado, se tiene en mira una necesidad de la administración de justicia⁶.

Sin embargo, la admisión del derecho a un abogado y la actuación autónoma, pero integrada entre el defensor penal y su asistido, no siempre fue admitida y mucho menos respetada en el proceso penal. Mucha de la historia del proceso se explica a partir de este vínculo relacional, y del reconocimiento o no de los poderes y facultades a los mismos en el marco del procedimiento; todo lo cual refleja del nivel de respeto o de directa ignorancia al estatus del imputado como sujeto de derechos fundamentales.

Desde la prohibición del imputado para defenderse por abogados durante un período en Atenas, hasta la intervención amplia del interesado con un orador experto que lo asistía en la antigua Roma, y nuevamente, la limitación de intervención del abogado en la época del Imperio⁷; o la prohibición para los indios de América de realizar consultas con abogados (como medida de “protección” por los innumerables daños que los letrados les habían ocasionado, ordenando Felipe II en 1589 “castigar con cien azotes a quienes los consulten”)⁸; desde la pérdida para el imputado de la calidad de parte procesal en la “terapia inquisitoria”, hasta su derivación en la prohibición de actuación del defensor en la Ordenanza Criminal Francesa de 1670⁹; desde la concepción sustentada por el modelo inquisitivo de que con la simple confesión se pondrá de manifiesto la culpabilidad o la inocencia... y entonces, ¿para qué un abogado? (sólo para hacerlos confesar, y si no lo logra, por lo menos que el abogado revele al juez lo que tuvo conocimiento), hasta la supresión de la actuación de abogados en Prusia por decreto real en 1780 (porque “va contra la naturaleza de las cosas que las partes no sean escuchadas directamente por el juez en sus demandas y quejas, sino que se vean precisadas a hacer valer sus necesidades a través de un abogado pagado”)¹⁰, o su definición según la

⁶ Para una discusión sobre el problema de la disponibilidad del derecho de defensa, la cuestión constitucional y las posibilidades de autodefensa en el derecho comparado, ver López Puleio, *Justicia penal y defensa pública, la deuda pendiente*, cit., ps. 35 y 37.

⁷ Lion, A., *Difesa*, en *Digesto Italiano*, vol. IX, p. 321, citado por Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., p. 373.

⁸ En Suárez, Santiago Gerardo, *Los fiscales indios. Origen y evolución del Ministerio Público*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, n° 227, Caracas, 1995, p. 285.

⁹ Goessel, Karl Heinz, *El defensor en el proceso penal*, Temis, Bogotá, 1989, p. 11.

¹⁰ Goessel, *El defensor en el proceso penal*, cit., p. 3.

Santa Inquisición, “infame, digno del castigo más severo, el que sabiendo tener un cliente culpable, de todos modos lo defiende”¹¹.

Como expresara Carnelutti –en otro contexto histórico y cultural–, al razonar sobre la necesidad de parcialidad del abogado, en defensa de lo que más convenga a su defendido: “La del abogado es quizá una de las figuras más discutidas en el cuadro social; se podría decir más atormentada. Entre otras cosas, nunca, ni siquiera en los momentos de mayor convulsión histórica, se ha propuesto la supresión de los médicos o de los ingenieros; pero de los abogados sí. En alguna ocasión, hasta se ha llegado a suprimirlos; después han resurgido con rapidez. En el fondo, la protesta contra los abogados es la protesta contra la parcialidad del hombre. Mirándolo bien, ellos son los cirineos de la sociedad: llevan la cruz por otro, y esta es su nobleza. Si me pidierais una divisa para la orden de los abogados, propondría el virgiliano *sic vos non vobis*; somos los que aramos el campo de la justicia y no recogemos el fruto”¹².

Si bien las justificantes esgrimidas para fundar la necesidad de *obligada* intervención de un asistente técnico al lado del imputado responden a motivos diversos, no puede desconocerse el hecho sustancial de que para confrontar al poder del Ministerio Público Fiscal, se precisa de una persona formada en derecho y en la práctica penal, no debiendo tampoco soslayarse la incidencia que conlleva, desde el aspecto emotivo, la propia participación del implicado en un proceso penal en su contra.

La igualdad de armas entre la acusación y la defensa supone la perfecta igualdad de las partes. Para eso, la defensa tiene que tener la misma capacidad y poderes de la acusación; entonces, el imputado debe estar asistido por un defensor *en situación de competir* con el acusador público¹³.

II. 2. Disposiciones normativas y de diverso carácter. La defensa de quienes no tienen quien los defienda

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la par del reconocimiento de contenidos integrativos básicos del derecho de defensa para el imputado (entre ellos, el de conocimiento detallado de la imputación en su contra, el derecho a ser oído públicamente y en condiciones de igualdad –expresándose libremente sobre los extremos de la imputación–, el de controlar la prueba que pueda ser utilizada en su contra y ofrecer

¹¹ En el *Sacro Arsenal o también Práctica del Oficio de la Santa Inquisición*, fechado el 12 de abril de 1679, 410 (275), citado en Cordero, Franco, *Procedimiento penal* (trad. de Jorge Guerrero), 2ª ed., Temis, Bogotá, 2000, p. 240.

¹² Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Temis, Bogotá, 1989, p. 42.

¹³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1998, p. 614.

prueba de descargo), reconoce su derecho a la asistencia jurídica según una formulación de gran amplitud.

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece entre las garantías judiciales mínimas, la concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (art. 8.2.c), y su derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (art. 8.2.d); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) asegura en su artículo 11 la realización de un juicio público para toda persona acusada de delito, en el cual “se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) asegura el derecho “a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección” (art. 14.3.b), y “a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo...” (art. 14.3.d).

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU), en su Observación General 13 al artículo 14 del PIDCP, advirtió a los Estados Parte que en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 14 se dispone que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías”, que en el párrafo 3 se detallan esas garantías en relación con los procesos penales, pero que las exigencias formuladas en el párrafo 3 “son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso que llene los requisitos previstos en el párrafo 1”¹⁴. Y que no en todos los informes de los países se han abordado los aspectos íntegros del derecho de defensa según se define en el artículo 14.3.d, así: “El Comité no siempre ha recibido información suficiente sobre la protección del derecho del acusado a estar presente durante la sustanciación de cualquier acusación formulada contra él, ni cómo el sistema jurídico garantiza su derecho, ya sea de defenderse personalmente o de recibir la asistencia de un abogado de su elección, o qué arreglos se establecen si una persona carece de medios suficientes para pagar esta asistencia. El acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo de las actuaciones si consideran que son injustas”¹⁵. Por otra parte, los abogados deben poder representar a sus

¹⁴ CDHNU, Observación General 13 al art. 14 del PIDCP: “Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, 21 período de sesiones, 13/4/84, párr. 5.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 11.

defendidos de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin injerencia de ninguna parte¹⁶.

El carácter fundamental que se otorga a la asistencia jurídica del imputado puede verse con mayor intensidad a partir de la regulación establecida para el caso de que el imputado no se defendiera personalmente (o no se lo autorizara a hacerlo), ni tampoco designare letrado de confianza para asumir su defensa. La CADH establece, en el artículo 8.2.e, el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiera por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo de ley”. Y el PIDCP, “siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo” (art. 14.3.d). Esta cobertura, que constituye la última reserva de la defensa, sólo actúa de manera subsidiaria; si el imputado no se defendiera personalmente o no hiciera uso de su derecho de designar abogado particular¹⁷.

Muchos desconocen que en el sistema federal argentino, la representación que ejercen los defensores públicos sobre el total de casos penales suele superar el 80%; situación que se repite con mayor o menor intensidad en las provincias¹⁸. Estos baremos permiten observar la relevancia

¹⁶ *Ibidem*, párr. 9.

¹⁷ Así, la Comisión de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Resolución 2003/39 del 23 de abril de 2003 sobre *Integridad del sistema judicial*, insta a los Estados a que garanticen que toda persona enjuiciada ante juzgdos o tribunales bajo su autoridad tenga derecho a ser juzgada en persona y a defenderse por sí misma o mediante asistencia letrada de su propia elección (punto 5).

¹⁸ Y de igual forma, en muchos países de Latinoamérica. Ver documentos y ponencias del *Primer Encuentro Interamericano de Defensorías Públicas*, celebrado en Santiago de Chile del 14 al 16 de noviembre de 2001 (Defensoría Penal Pública de Chile, GTZ, CEJA e INECIP); y VII Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas y Tribunales Superiores, Cancún-México, 2002, documento de fundamentación sobre *Asistencia legal y Defensorías Públicas*, elaborado por María Fernanda López Puleio. En el ámbito federal argentino, la actuación de la defensa pública oficial se rige por la ley orgánica del Ministerio Público 24.946 (BO 23/3/98), que estructuró al Ministerio Público de la Defensa como un organismo con autonomía funcional y autarquía financiera luego del reconocimiento constitucional en la reforma de 1994. La Defensoría General de la Nación es el organismo superior institucional, contando el defensor general de la Nación con amplios poderes de superintendencia, en igualdad de condiciones con el procurador general de la Nación. Los defensores oficiales acceden a la función mediante concurso público y ostentan rango de magistrados, en condiciones de igualdad con jueces y fiscales. Ver *Informes Anuales de la Defensoría General de la Nación al Congreso Nacional*, años 2000 a 2004.

que tiene el análisis de las problemáticas específicas de intervención de defensores públicos en el proceso penal, y más allá de que un porcentaje importante de dificultades no dependen de restricciones impuestas por la actuación de los tribunales, sino por la desatención para la provisión de recursos suficientes para hacer lugar a la cobertura, lo cierto es que para algunos sectores de la administración de justicia parecerían “flexibilizarse” aspectos sustanciales del derecho a la asistencia jurídica adecuada, cuando en el proceso debe intervenir un defensor público. Esto incluye la errada concepción cultural de ciertos jueces y fiscales de que el defensor público, antes que la consagración de una garantía para el inculpado, constituye un auxiliar de la justicia. Claro que esta concepción no se manifiesta de igual forma en todo el país ni en la mayoría de los operadores de la justicia, y que el nivel de respeto al derecho de quienes no tienen quien los defienda, mucho ha dependido del accionar proactivo de vastos sectores de la defensa pública argentina.

En la referida Observación General 13, el Comité ONU consideró que debían realizarse informes más detallados sobre las medidas que los Estados Parte adoptan para garantizar que se observe en la práctica la igualdad de acceso a los tribunales¹⁹, y que “cuando el acusado no desee defenderse personalmente ni solicite una persona o una asociación de su elección, *debe poder recurrir a un abogado*”²⁰. Aquí puede verse en toda su comprensión, cómo no podría considerarse cumplimentada la garantía a la asistencia jurídica adecuada mediante el simple enunciado de fórmulas asegurativas, o considerarse satisfecha por la mera constatación de que en un expediente judicial se ha presentado un abogado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la Opinión Consultiva (OC)11/90, evaluó la situación de las personas que por su situación económica no tienen acceso a un abogado. La Corte, recordó que los Estados Parte se han obligado por el artículo 1.1. de la CADH a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por (...) posición económica (...) o cualquier otra condición social”, por el artículo 24, a respetar el principio de igualdad en la protección de la ley, y por el artículo 8, a garantizar el derecho de defensa. Así razonó que la interpretación de los literales d y e de este último artículo establece la obligación del Estado de garantizar la provisión de un abogado para el imputado que no se defendiere por sí, ni nombrare abogado, pero que no se dispone que esa provisión sea gratuita. Entonces, si el indigente requiere asistencia legal, y en razón de su

¹⁹ CDHNU, Observación General 13, cit., párr. 3.

²⁰ *Ibidem*, párr. 9; el resaltado me pertenece.

situación económica el Estado no se la provee gratuitamente, la persona se encontraría discriminada²¹.

La Corte IDH también enfatizó que *garantizar* un derecho, y como contrapartida, establecer la obligación positiva que ello genera, implica para los Estados Parte organizar todas sus estructuras de manera “que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (caso ‘Velázquez Rodríguez’, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párr. 166; caso ‘Godínez Cruz’, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5, párr. 175)”, que “el concepto de debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso penal”, y que hay que entender que el artículo 8 sobre garantías judiciales exige asistencia legal cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de *debidas garantías*, y “el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado”²².

Pero las dificultades de acceso a un abogado no se centralizan sólo en quienes sufren padecimientos económicos; en cualquier caso, deberá atenderse el deber positivo exigido por el artículo 1.1 de la CADH a los Estados para la remoción de obstáculos que pudieren existir para la limitación de los derechos que acuerda la Convención²³.

Dentro de la previsión normativa, el derecho a la asistencia jurídica letrada constituye una *obligación de prestación* cuando no hay un abogado designado por el imputado y éste no se defiende personalmente (cfr. art. 8.2.e, CADH), o no ha sido autorizado a ejercitar la autodefensa (cfr. arts. 104 y 107, CPP Nación y Corte IDH, OC-11/90)²⁴. “Y en tanto derechos

²¹ Corte IDH, Opinión Consultiva 11 del 10 de agosto de 1990 sobre Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2 y 46.2b, CADH), párrs. 21, 22 y 25. La solicitud de opinión consultiva por parte de la Comisión IDH indicaba que la víctima alegó no haber podido cumplir con el requisito de agotar los remedios previstos en las leyes nacionales al no poder costear servicios jurídicos o, en algunos casos, el valor que debe abonarse por los trámites. También señaló que aun en los casos donde un acusado se defiende a sí mismo porque no pudo pagar un abogado, “podría presentarse una violación al art. 8 de la CADH si se prueba que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo” (párr. 27).

²² *Ibidem*, párrs. 23-24 y 26.

²³ *Ibidem*, párr. 34. Se refiere a la imposibilidad de agotamiento de recursos internos a raíz del temor generalizado de los abogados de determinado lugar para representar ciertos casos.

²⁴ Ver nota 5. Dice el art. 107, CPP Nación: “*Defensa de oficio*. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 104 y en la primera oportunidad, y en todo caso antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a designar defensor entre los abogados de la matrícula.

subjetivos, todos los derechos a prestaciones son relaciones trivalentes entre un titular de derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado²⁵. Pero si esa persona se ha visto obligada a ser representada por un defensor público por una situación de desventaja económica, esa asistencia, igualmente efectiva, debe además ser gratuita. Ello porque el derecho no sólo permite, sino que postula un trato desigual, cuando su objetivo consista en “igualar a los desiguales”²⁶.

Al obligarse el Estado a designar un defensor público e integrar la defensa técnica cuando el imputado no tuviere o no designare abogado de confianza, esa provisión señala una relación de continuidad entre el imputado y la defensa pública, salvo que designe posteriormente a un defensor particular. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que el derecho a la provisión de defensor por parte del Estado, en virtud del artículo 8.2.e, lo es para todos los actos procesales²⁷.

Si el imputado no lo hiciera hasta el momento de recibírsele declaración indagatoria, el juez designará de oficio al defensor oficial, salvo que autorice al imputado a defenderse personalmente”. La OC-11/90 de la Corte IDH refiere, sin embargo, que puede considerarse a la autodefensa sólo válida si la legislación interna lo permite, no obstante lo dispuesto en el texto del art. 8.2.d de la CADH. Contrariamente, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas concluyó en el caso de Michel y Brian Hill que la legislación española, al no permitir al acusado defenderse personalmente, no acata lo dispuesto en el PIDCP, art. 14.3.d; CDHNU, Comunicación 526/1993, España, 23 de junio de 1997, CCPR/C/59/D/526/1993.

²⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 431.

²⁶ Ver los *Principios básicos sobre la función de los abogados*, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, el Principio 3: “Los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres y, en caso necesario, a otras personas desfavorecidas...”; Principio 4: “Debe prestarse especial atención a la asistencia de las personas pobres y de otras personas menos favorecidas a fin de que puedan probar sus derechos y, cuando sea necesario, recurrir a la asistencia de un abogado”. Las normas establecidas en la CADH y en el PIDCP parecen establecer un distingo en la relación gratuidad-prestación; así, mientras la primera señala que la asignación de un abogado por el Estado opera cuando el imputado no ha designado defensor –pero no dice nada acerca de la gratuidad– (art. 8.2.e), para el segundo, la asignación corresponde cuando lo determinen “los intereses de la justicia”, siendo gratuito si el imputado no contare con medios suficientes para pagarlo (art. 14.3.d). La ley 24.946 de Ministerio Público establece, en una disposición confusa, que el imputado asistido por un defensor público oficial deberá solventar la defensa en caso de condena, si cuenta con *medios suficientes*. Y que ello se verificará con un informe socioambiental practicado por el juez de la causa; si de ellos surgiere que el imputado resulta *indigente* (cfr. art. 63).

²⁷ CIDH, Informe 41/99, caso 11.491, “Menores detenidos en Honduras”, 10/3/1999.

Desde 1993 a esta parte –con el nuevo sistema procesal penal nacional– la proporción de defensores públicos que actúan ante la justicia penal, aumentó en una mínima medida en relación a la inflación de casos que requirieron la intervención de la defensa pública (situación que no sólo se repite, sino que se agrava en el interior de la Argentina). En el decenio 1990-2000, se disparaban alarmantemente los niveles de pobreza y de indigencia. Mientras en 1994 el nivel de cobertura de los defensores oficiales en relación a los casos totales rondaba el 64%, en el año 2003 rozaba el 90% en muchos ámbitos. Por otra parte, la cantidad de casos que ingresaron al sistema penal crecieron progresivamente en el mismo período, alcanzando la prisión preventiva índices nunca imaginados²⁸.

El derecho a una asistencia jurídica no podría nunca conformarse con la mera asignación de un abogado para que ejerza la representación. Como se verá, los organismos de protección de derechos humanos y los tribunales argentinos han establecido reaseguros para que esa defensa sea competente y efectiva. De igual manera, el reconocimiento del derecho a un abogado no resuelve por sí toda la problemática de acceso a la justicia; siendo un elemento determinante de esta última, la provisión a la asistencia legal de medios adecuados para el ejercicio de la defensa.

Así, la entrada en escena de la defensa pública permite observar desde uno de los espacios de mayor nitidez, cuál es la relación ínsita y necesaria entre las premisas que fundamentan el Estado de derecho, la regulación y límites de la persecución penal, la manera en que se organiza la justicia, y el diseño de mecanismos establecidos para asegurar, en condiciones de igualdad, el derecho a un defensor en materia penal.

III. Los reaseguros del derecho a un defensor penal. La aplicación del derecho internacional sobre protección de derechos humanos por los tribunales argentinos

¿En qué oportunidades y bajo qué circunstancias interviene un defensor en el sistema penal? ¿Cuáles son los contenidos mínimos exigidos para

²⁸ Según datos del INDEC, en el año 1991 había en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires 2.327.805 pobres y 324.810 indigentes; en el año 2000, 3.466.000 pobres y 921.000 indigentes. Como un ejemplo de qué sucedía entonces en la justicia, basta cruzar los datos estadísticos de la Corte Suprema de Justicia y de las Defensorías Oficiales; así –y a modo de ejemplo– ingresaron en el año 1994, 2.782 causas a los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal, designándose defensor oficial en 1.806 de ellas; en el año 1999, las causas ya eran 5.095, y las designaciones habían trepado a 4.178. Por otra parte, y según datos de la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación, en 2004, en las 177 cárceles del país, el número de presos alcanzaba a 62.877, de los cuales el 61% correspondía a procesados sin condena. En 1997 la cantidad de presos totales no llegaba a los 30.000 en todo el país. Este es el número total aproximado de presos actuales en la provincia de Buenos Aires en 2004 (ver nota 99).

considerar su actuación como *adecuada*? ¿Cuándo hay incompatibilidad entre la defensa técnica y la defensa material?

Éstas constituyen sólo algunas de las preguntas cuyas respuestas pueden resultar orientativas acerca de los niveles de respeto del derecho a un abogado. Esas respuestas podrán mensurarlos a partir de las disposiciones y resoluciones de derecho internacional y de la normativa interna; y de cómo ellas resultan interpretadas por los tribunales argentinos.

III. 1. Ámbito de cobertura del derecho a la asistencia jurídica en materia penal: ¡un abogado aquí, por favor!

Por razones diversas, pero con indolencia similar, los dos extremos del sistema penal de reacción –los primeros instantes de la persecución penal pública y la etapa de ejecución de la pena o medida de seguridad– son los que presentan mayor grado de vulnerabilidad para el acceso a un abogado. De igual forma, la evidente circunstancia de que no son iguales las posibilidades de acceso para quien está detenido, que para quien afronta el proceso en libertad, ha derivado en la necesidad de refuerzo de la garantía en estos ámbitos.

III. 1. A. La asistencia jurídica letrada: ¿desde cuándo y de qué manera?

El señalamiento del momento a partir del cual *nace* el derecho del imputado a defenderse y por consiguiente, el instante a partir del cual puede contar con un abogado para que lo asista; y de igual forma, el momento hasta cuando el sistema penal reconoce el ejercicio del derecho de defensa y el amparo de su garantía, admiten hoy una amplitud que los antiguos sistemas procesales desconocían. Sin duda, para ello han contribuido disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la correcta interpretación de que el contenido fundamental de los derechos y garantías constitucionales no puede quejar sujeto a restricciones impuestas por normas inferiores.

Más allá de las normas de protección del derecho a un abogado establecidas en la CADH y en el PIDCP, variadas son las disposiciones de derecho internacional que garantizan en nuestro ámbito el acceso a un defensor. Ellas se encuentran básicamente en el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*²⁹, en las

²⁹ Aprobados por la Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1988. El Principio 11 indica que nadie podrá ser mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora, y que “la persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley...”; y el Principio 17: “1. Las personas detenidas tendrán

*Reglas mínimas para reclusos*³⁰ y en los *Principios básicos sobre la función de los abogados*³¹. El imputado puede hacer valer los derechos que la ley le otorga a partir del primer acto del procedimiento dirigido en su contra (cfr. art. 72, CPP Nación)³². Ello porque “todas las garantías constitucionales se ponen en acto desde el momento en que una persona es indicada como autor o partícipe de un hecho punible ante cualquiera de las autoridades competentes para la persecución penal, pues desde ese momento peligra su seguridad individual en relación a la aplicación del poder penal estatal; puede, entonces desde ese momento, ejercer todas las facultades tendien-

derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo. 2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez y otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo alguno para él si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

³⁰ Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1955. Aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957 (Resolución 663C), y el 13 de mayo de 1977 (Resolución 2.076). Dice la regla 93: “El acusado estará autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. Podrá preparar y dar a éste instrucciones confidenciales (...) Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario”.

³¹ Ver su cita en nota 26. Principio 1: “Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal”. Principio 5: “Los gobiernos velarán por que la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas, o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección”. Principio 7: “Los gobiernos garantizarán además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención” (según el CPP Nación, la declaración indagatoria de un detenido se tomará inmediatamente, o a más tardar en un término de 24 horas. Sólo se podrá prorrogar por otro término igual ante la imposibilidad del magistrado, o cuando lo pidiere expresamente el imputado para designar defensor –art. 294–; Principio 8: “A toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación”.

³² Dice el art. 72, CPP Nación: “*Calidad de imputado*. Los derechos que este Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer, hasta la terminación del proceso, cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso...”.

tes a posibilitar la resistencia a ese poder penal”³³. Ésta ha sido también la interpretación de la CIDH³⁴.

El momento a partir del cual tomará intervención el abogado en el proceso dependerá de cómo se ha iniciado el mismo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado desde antiguo que la garantía a contar con un abogado en juicio penal se hace operativa desde la primera intervención del imputado en el proceso. La interpretación sistemática de los artículos 73, 104, 107 y 197 del CPP Nación van en igual sentido. Mientras al artículo 104 dispone como regla general que el imputado tendrá derecho a hacerse defender por un abogado de la matrícula de su confianza o por el defensor oficial, el artículo 107 establece un deber primario del juez: “En la primera oportunidad, y en todo caso *antes* de la indagatoria”, debe invitar al imputado a designar defensor entre los abogados de la matrícula. Según la misma norma, si el imputado no designara defensor hasta el momento de recibírsele declaración indagatoria, el juez integra la defensa oficiosamente, designando al defensor público. Finalmente, el artículo 197 refuerza la previsión de la garantía al disponer que “en la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial pero, en todo caso, *antes* de la indagatoria el juez invitará al imputado a elegir defensor (...) El defensor podrá entrevistarse con su asistido inmediatamente *antes* de practicarse los actos aludidos en los artículos 184, penúltimo párrafo, y 294, bajo pena de nulidad de los mismos...”³⁵. Tam-

³³ Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 548.

³⁴ CIDH, Informe 41/99, caso 11.941, “Menores detenidos en Honduras”, 10/3/99, párr. 152: “... la Comisión concluye que, conforme al art. 8, inciso 2, literal e) de la Convención Americana, el Estado hondureño tiene el deber jurídico de proveer de un defensor de oficio a los menores, cuando no tengan defensor particular, en todos los actos procesales, y desde el momento en que se les imputa una infracción”; ver especialmente su comentario en García, Luis M., *El derecho a la asistencia legal en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Una visión americana*, en “Nueva Doctrina Penal”, 2001/B, Del Puerto, Buenos Aires, ps. 483 y 485, nota 112 *bis*.

³⁵ Ver art. 104, CPP Nación en nota 5, y art. 107, CPP Nación en nota 24. Dice el art. 197, CPP Nación: “*Defensor y domicilio*. En la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial pero, en todo caso, antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a elegir defensor; si no lo hiciere o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, procederá conforme al art. 107. El defensor podrá entrevistarse con su asistido inmediatamente antes de practicarse los actos aludidos en los artículos 184, penúltimo párr., y 294, bajo pena de nulidad de los mismos. En el mismo acto, cuando el imputado esté en libertad deberá fijar domicilio. Si estuviere detenido, se informará a la persona que indique su lugar de detención”. La referencia que realiza el art. 197 al art. 184 (luego de la ley 25.434, el penúltimo párrafo, pasó a ser el inc. 10), alude al detenido en sede policial, que manifieste razones de urgencia para declarar ante el juez. El art. 294 se refiere

bién nuestra norma procesal establece que la incomunicación del detenido nunca impedirá que éste se comuniquen con su defensor inmediatamente *antes* de comenzar su declaración o cualquier acto que requiera su intervención personal (art. 205).

¿Y cómo hacer uso de una prerrogativa que no se conoce? Según se observa, la puesta en conocimiento del imputado de *su* derecho a designar defensor “en la primera oportunidad” constituye una exigencia para el juez, y también para los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad. En efecto en el artículo 184 (hoy inc. 10), CPP Nación, se dispone que estos últimos no podrán recibir declaración al imputado, y que sólo podrán dirigirles preguntas para constatar su identidad “previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104 párrafo 1 y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad...”³⁶. Y justamente, el artículo 295, CPP Nación, en tanto señala que a la declaración del imputado podrá asistir su defensor, expresamente indica que el imputado será informado de este derecho antes de comenzar la misma.

Vale decir, para la norma adjetiva no es admisible tomar una declaración indagatoria sin que esté *constituída* la defensa técnica y que el imputado haya sido informado de los derechos que la ley le acuerda. Ahora, no hace falta realizar un profundo relevamiento en la justicia penal, para constatar la sugestiva cantidad de actas donde consta que el imputado *renuncia* a su derecho a que el defensor técnico esté presente en la indagatoria. Como señala Carrió, “nuestras prácticas tribunalicias reclaman a

a la declaración indagatoria (destacados agregados). De igual forma, el art. 73 prevé la alternativa de presentación espontánea del imputado con su defensor para realizar actos de defensa, cuando todavía no hubiera sido indagado. Dice el art. 73, CPP Nación, “*Derecho del imputado*. La persona a quien se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo la causa tiene derecho, aun cuando no hubiere sido indagada, a presentarse al tribunal personalmente con su abogado defensor, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan ser útiles”.

³⁶ Dice el art. 296: “*Libertad de declarar*. El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconveniones tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda”. Art. 298: “*Formalidades previas*. Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad...”.

este respecto urgentes reformas. Es habitual en las audiencias de indagatoria que el funcionario o empleado que las conduce escriba fórmulas cuyo significado no es siempre comprendido por los detenidos (...) [que] se hallan en una posición difícil para reclamar precisiones acerca del alcance de los derechos”³⁷.

El Principio 13 del *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* indica que “las autoridades responsables del arresto, detención o prisión, deben suministrar a la persona, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención o de prisión o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos”. Recordemos que el artículo 14.3.d del PIDCP reconoce el derecho del imputado a ser informado de su derecho a tener un defensor³⁸. En igual sentido, el Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha considerado dentro de las directrices prácticas de su “Informe sobre derechos humanos y prisión preventiva”, que el derecho más importante que hay que notificar a la persona detenida es su derecho a un abogado defensor³⁹. La razón de ser de todos estos reaseguros tiene mucho que ver con la necesidad de salvaguardar principios muy sensibles al Estado de derecho, relacionados no sólo con la protección amplia del derecho de defensa a partir de una imputación penal, sino con el derecho a guardar silencio, la garantía contra la autoincriminación y la protección de la integridad personal del imputado.

En el caso argentino, esta necesidad fue brutalmente expuesta a partir del caso “Bulacio”. Allí, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que más allá del derecho del detenido a ser informado de los motivos y razones de su detención –lo que garantiza su derecho de defensa– la notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, un

³⁷ Ver en Carrió, Alejandro, *El derecho a la entrevista previa en el nuevo Código Procesal Penal. Los primeros fallos*, la necesidad de establecer resguardos para asegurar que la renuncia ha sido expresa, en “La Ley”, 1993-D, ps. 369-372.

³⁸ Es muy interesante la discusión que se generó durante la elaboración del PIDCP con respecto a este artículo, relativa a si no era evidente el derecho del imputado a ser informado de su derecho a tener un defensor de su elección, y acerca de la decisión sobre su inclusión expresa, por la relación con otros derechos involucrados. Ver Bosuyt, Marc J., *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1987, p. 298, citado en el importante trabajo de García, *El derecho a la asistencia legal en los instrumentos internacionales de derechos humanos*, cit., ps. 447-555.

³⁹ Centro de Derechos Humanos-Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, *Derechos humanos y prisión preventiva, Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994, p. 14.

abogado y/o información consular debe ser hecha al momento de privar de libertad al imputado. “En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél”⁴⁰.

Claro que no siempre las previsiones de protección determinan actuaciones esperadas. Cuando esto sucede, deberá estarse al sentido teleológico del derecho a la asistencia jurídica letrada, y así reestablecer la protección en todo su alcance. Porque sino, ¿para qué un abogado, si quienes tienen a su cargo el deber de provisión no instan mecanismos para su real acceso por parte del imputado?

Un fallo señero en este punto fue “Navarrete”, del Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Capital Federal; el imputado, detenido, había sido notificado de sus derechos, y manifestó querer ser defendido por el defensor oficial. El juez de instrucción tomó declaración indagatoria sin dar aviso a la defensa oficial de que se encontraba designada en esa causa. El Tribunal hizo lugar al planteo de la defensa oficial y consideró nula la declaración, porque si bien el juez había cumplido con el deber de información al imputado, no adoptó los recaudos –notificación a la defensa técnica– para posibilitar la efectiva intervención del defensor antes y durante el acto de indagatoria. El Tribunal argumentó que si bien la ley no establece que debe notificarse al defensor la realización específica de ese acto, ello deriva de la protección del derecho del indagado. También señaló que la nulidad tenía que ver con la privación del derecho a un consejo legal –cualquiera éste fuera– y con el rol de contralor del abogado; independiente de si en su declaración, el imputado hubiera proporcionado o no elementos de cargo en su contra⁴¹.

⁴⁰ Corte IDH, caso “Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrs. 128 y 130, con cita de su Opinión Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999: *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Serie A, N° 16, párr. 106, y caso “Cantoral Benavídez”, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, N° 69, párrs. 127-128, y caso “Castillo Petruzzi y otros”, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párrs. 139, 141 y 142. Bulacio era un menor de 17 años que iba a asistir a un recital de rock, cuando a partir de una *razzia* policial en las inmediaciones del estadio, fue llevado detenido a una comisaría de la Capital Federal, el 19 de abril de 1991, junto a 80 personas. Por los golpes recibidos murió el 26 de abril de ese año. Nunca se supo el motivo de la detención, ya que no se abrió causa penal contra los detenidos, que fueron liberados de manera sucesiva. El Memorando 40 era una norma que habilitaba a la policía a notificar o no a los jueces de menores respecto de las detenciones practicadas. En el caso de Bulacio, tampoco se notificó a ningún familiar.

⁴¹ Tribunal Oral en lo Criminal N° 9, causa “Navarrete, Carlos R.”, resuelta el 20 de abril de 1993, publicada en “La Ley”, t. 1993-D ps. 369-374.

acceso a un defensor penal

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dijo en la causa “Salgán y otros” que la omisión en notificar al acusado de su derecho a un abogado era cuestión relevante, y que “el acusado que no conoce sus derechos y, en consecuencia, no reclama por ellos, bien puede ser la persona que necesite un abogado”⁴².

Hace ya veinte años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha considerado que durante el período inicial del procedimiento es donde pueden presentarse pruebas decisivas, y que la falta de asesoramiento jurídico durante esa primera fase podría menoscabar seriamente el derecho a defenderse⁴³. La CIDH considera que con el objeto de salvaguardar el derecho a no ser forzado a admitir culpa y a no sufrir actos de tortura, una persona debe ser interrogada sólo en presencia de su abogado y de un juez⁴⁴ y que debe permitirse que el abogado defensor esté presente cuando su defendido formule una declaración, sea interrogado o firme una declaración⁴⁵. En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU) afirmó que los Estados Parte deben “velar porque se forme un número suficiente de abogados, facilitar el acceso de las personas a un abogado y a la asistencia letrada desde el momento de la detención”⁴⁶; ya que “toda persona arrestada debe tener acceso inmediato a la asistencia letrada”⁴⁷.

⁴² CSJN, *Fallos*: 312:1998, cons. 6, con cita de la Corte Suprema de Estados Unidos (384 U.S. 436, ps. 470-471). El agravio principal del apelante se fundó en la violación por parte del organismo aduanero, del artículo 1034 de ese código, pues el Fisco no había hecho saber a los procesados el derecho a contar con patrocinio letrado cuando se les dio vista para que efectúen su descargo en sede administrativa.

⁴³ OEA, Informe anual de la CIDH, 1985-1986 (OEA/Ser.L/V/II.68, doc 8/Rev.1), p. 159 (El Salvador).

⁴⁴ *Informe sobre la situación de los derechos humanos de una parte de la Población Nicaragüense de origen Miskito* (OEA, Ser. L/V/11.62, Doc. 10, Rev. 3, 1983, a 100. La CIDH, en el *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala* del año 1983, también (OEA /Ser. L/V/II.61, doc 47/Rev.1) (1983), p. 99.

⁴⁵ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala del año 1983 (OEA /Ser. L/V/II.61, doc 47/Rev.1) (1983), p. 99.

⁴⁶ CDHNU, Observaciones Finales, Benin, 1 de diciembre de 2004, párr. 20.

⁴⁷ CDHNU, Observaciones Finales, Georgia, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.74, 9 de abril de 1997, párr. 28. En el *Manual para Jueces y Fiscales “Luchar contra la Tortura”*, de Conor Foley (Human Rights Centre, Universidad de Essex, 2003), se señalan las garantías mínimas contenidas en el derecho internacional para la protección del acceso a un letrado: “Los detenidos tienen derecho a asistencia letrada sin demora. Mientras están presos, deben tener la posibilidad de consultar con un/a abogado/a en privado, a la presencia de un letrado durante los interrogatorios y a que les represente cuando comparezcan ante la justicia. Los abogados deben asesorar y representar a sus clientes, de acuerdo con la ética profesional...”, p. 44.

Comunicar en tiempo útil al defensor que ha sido designado, conlleva el respeto al ejercicio de facultades de control de la legalidad de los actos procesales, pero además, posibilita que el abogado cumpla con su rol de asistente confidencial del defendido, y permite el diseño de estrategias tempranas de defensa. Esa es la inteligencia que es dable asignar a la necesaria “asistencia”, término omnicomprendivo de la actuación e intervención concreta en actos de defensa del imputado.

Las sentencias de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), no obstante partir de enunciados generales respetuosos de la garantía, no suelen mostrar una línea homogénea para la cobertura amplia de la misma. Así, en “Costa”, al anular un debate en el cual resultó condenado el acusado –porque uno de los codefensores no tenía título habilitante de abogado, ejercitando actos concretos de defensa en el alegato final compartido con el codefensor–, la Cámara distinguió entre las actividades de “asistencia” en sentido estricto, y “representación” que le corresponde a un defensor penal: “Asistencia es consejo (...) la representación se refiere a la actuación del abogado (...) son pretensiones, requerimientos, resistencias y demás actuaciones útiles en procura de un logro a favor del imputado”, y que entonces no basta la representación formal, sino que “es necesario también que aquél cuente con una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor” y que “nuestro Código Procesal asegura la garantía constitucional de defensa en juicio, a partir de la asistencia técnica de letrados en todos aquellos actos procedimentales cuya tramitación pudiere verse obstaculizada por la falta de conocimientos legales del imputado”⁴⁸.

Pero la misma Sala de la Casación, en “Guillén” –donde se postuló por la defensa oficial la nulidad de la sentencia de condena porque el imputado había declarado en indagatoria sin que se hubiera anoticiado al defensor esta última, no realizándose la entrevista previa–, adujo un mes antes, que lo importante era la notificación de los derechos al imputado, y que el uso verbal “podrá” en los artículos 197 y 295 del CPP Nación denota que es una facultad del imputado hacer uso de los derechos acordados, ya que en este acto, “el inculpadado ejerce su defensa material personalísima”. De igual forma, y aduciendo la necesidad de interpretación restrictiva de las nulidades, expresó que “desde el punto de vista formal es manifiesto que nuestra ley no exige que el defensor esté presente durante la indagatoria ni que se le deba notificar previamente”, y que lo importante es que “la policía o el juez antes de la indagatoria deben hacer saber sus derechos

⁴⁸ CNCP, Sala III, causa 971, “Costa, Juan C. s/recurso de casación”, reg. 222/97, rta. el 2 de junio de 1997; ver su comentario en Tedesco, Ignacio F., *El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor. Su lucha por la conquista del proceso penal*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1999/A, Del Puerto, Buenos Aires, ps. 209 y siguientes.

y permitir al imputado que así lo requiera, que se entreviste con su defensor⁴⁹. Entonces, “al reafirmar el carácter formal de la cuestión, se le niega a ésta toda naturaleza constitucional”⁵⁰.

Lo cierto es que suele utilizarse como criterio jurisprudencial la exigencia de un *plus de perjuicio* para nulificar determinados actos que conculquen derechos reconocidos. Entonces, quien alegue la violación del derecho a la asistencia de un abogado, debería entonces demostrar cuáles han sido los perjuicios efectivamente padecidos, qué pruebas se ha visto impedido de aportar o qué argumentos esenciales no pudo someter a conocimiento de la justicia. También, de qué manera iba a llevar a cabo el ejercicio de sus derechos y qué resultado esperaba para su suerte procesal⁵¹.

En esta cuestión es preciso establecer distinciones y ser muy cuidadosos, ya que no podría señalarse como regla que la violación de garantías reconocidas en tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) no tiene impacto a partir de su violación por las autoridades policiales o judiciales –es decir, avasallar derechos (que por algo y para algo son reconocidos) “sale gratis”– y que entonces pesa sobre el perjudicado la carga de demostrar lo que podría haber hecho que no le dejaron hacer, o lo que podría haber omitido en una declaración, que “le indujeron” a decir, o que en verdad no quería declarar y que fue invitado a hacerlo. Si el derecho constitucional acuerda desde *antes* de la indagatoria el derecho a la asistencia de un abogado, es evidente que la lesión del mismo consiste en la propia ausencia de todo consejo legal –por ejemplo, para una declaración– y la nula actividad de contralor sobre actos que no son de mero trámite y que tendrán incidencia en el proceso. Además, cómo demostrar

⁴⁹ CNCP, Sala III, causa 1.011, “Guillén, Alejandro s/recurso de casación”, reg. 158/97, resuelta el 2 de mayo de 1997 .

⁵⁰ Tedesco, *El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor*, cit., p. 212, con indicación de los antecedentes en igual sentido.

⁵¹ En la citada causa “Salgán” resuelta en 1989 por la Corte Suprema, la disidencia de los Ministros Belluscio y Severo Caballero enfatizó, que de acuerdo con la exigencia de la Corte, “el remedio deducido sobre la base de la violación de la defensa en juicio requiere, para su procedencia, la demostración del perjuicio efectivo a ese derecho (*Fallos*: 302:583 y 1021 y 303:167 y causa Y.2.XIX ‘Yapuzzetti, Juan Carlos’) (...) en el caso, el apelante no menciona concretamente las defensas de las que se habría visto privado con motivo de la falta de asistencia letrada ante el juez administrativo, ni demuestra que se hubiera visto impedido de ejercerlas en la instancia judicial...”. La mayoría de los jueces, Petracchi, Fayt y Bacqué, dijo: “Resulta necesario que se respete la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio (*Fallos*: 308:191, cons. 6 y su cita), la cual exige –entre otros requisitos– que el Estado provea los medios necesarios para que el juicio a que se refiere el art. 18 de la Constitución nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante la efectiva intervención de la defensa (*Fallos*: 308:1386, cons. 7 y su cita)”.

qué argumentos podrían haberse sometido a la justicia, si justamente se privó –en un momento determinado– de la intervención de la asistencia técnica, que debe integrar a la defensa material, y que por ser profesional podría haber dado cauce a inquietudes o sugerencias del imputado, pero también podría haber instado actuaciones, que sólo a partir de la existencia de aquella pueden ser evaluadas –y nuevamente, en cada momento determinado– (por ejemplo, ¿sobre qué parámetros decidirá el imputado si “le conviene o no” declarar en virtud de una imputación cuyas circunstancias no aparecen claras, o en la cual es materia compleja determinar su adecuación típica?). En este sentido, establecer esta exigencia se parece bastante a una prueba diabólica, que desconoce que la relación existente entre el imputado y su defensor no es estática, ni se desenvuelve según un orden preestablecido de sugerencias del interesado a su asistente técnico, sino a partir de un interés integrado, donde el defensor atiende inquietudes de su defendido, pero actúa con independencia y autonomía según las reglas de su profesión. Piénsese incluso, cómo se dificulta la cuestión si la carga de demostración del perjuicio recae sobre un defensor distinto del que debió intervenir en el acto, porque el nuevo abogado es un tercero respecto a ese vínculo y respecto a eventuales estrategias que no fueron asequibles por él.

Por otra parte, y más allá del camino zigzagueante establecido por las diversas salas de la Casación y de la propia Corte Suprema, respecto a las exigencias para tener por válidas confesiones “espontáneas” del detenido en sede policial, y no obstante la terminante prohibición de tomarle declaración en ese ámbito (art. 184, inc. 10, CPP Nación)⁵², lo cierto es que años antes de la sanción del código vigente, se venía forjando cierta jurisprudencia que establecía recaudos para garantizar la voluntariedad y libertad de decisión del imputado en su declaración, y sólo así considerarla eficaz procesalmente; pero diversos pronunciamientos de la década del 90 significaron un retroceso en este sentido⁵³. Aquellos reaseguros –lega-

⁵² El CPP Nación, en su sanción por ley 23.984 estableció la prohibición de que los funcionarios de policía y de las fuerzas de seguridad reciban declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura en alta voz de los derechos y garantías constitucionales, todo bajo sanción de nulidad. Mediante la reforma por la ley 25.434, se autorizó a que en los casos de flagrancia puedan “requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso” (art. 184, inc. 9).

⁵³ Ver especialmente Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, ps. 357 y siguientes; Hendler, Edmundo S., *La declaración del inculpaado y un famoso precedente de los tribunales estadounidenses*, en “Doctrina Penal”, año 11, Depalma, Buenos Aires, 1988, ps. 123 y siguientes; y Tedesco, Ignacio E., *Las confesiones policiales y la Cámara Nacional de Casación Penal*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1997/A, Del Puerto, Buenos Aires, ps. 315 y siguientes.

les y jurisprudenciales– partían de la necesidad de que el imputado, advertido del contenido de sus derechos, estuviera en condiciones de ejercerlos. Luego, las condiciones requeridas para asegurar la espontaneidad de las declaraciones irían sufriendo cortapisas con el paso de los años, y a partir de una política criminal de tinte más utilitarista, prácticamente llegaron a convertirse en letra muerta.

Una sentencia donde la CNCP se adentró en estas cuestiones fue “Flores”⁵⁴, en la que es preciso detenerse por el valor de sus enunciados paradigmáticos, y porque permite observar la distancia existente entre los principios tenidos en mira por la protección constitucional, y la resolución del caso concreto.

En el marco de una investigación por drogas, el juez ordena el allanamiento del domicilio de Flores. Al entrar a su vivienda, los agentes de seguridad reducen al mismo, esposándolo y comunicándole la práctica del registro por orden judicial. Paso seguido, comienzan a interrogarlo acerca de los lugares donde guardaba el material estupefaciente, solicitándole que les vaya indicando los mismos. La droga se va secuestrando a partir de las indicaciones de Flores, en respuesta a las sucesivas preguntas efectuadas. La lectura de derechos se realiza sólo dos horas después del allanamiento y detención. La defensa oficial había planteado la nulidad del registro domiciliario y secuestro del material estupefaciente, por haberse violentado garantías básicas que hacen al derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, solicitando la aplicación de la regla de exclusión por prueba ilícita (cfr. art. 172, CPP Nación), no existiendo ninguna causal que habilitara a excepcionar la misma. También, que no podía darse validez a un interrogatorio policial –prohibido por la norma adjetiva– dirigido a un detenido esposado, sin defensor, y sin saber que tiene derecho a guardar silencio y a la asistencia letrada para realizar una declaración, por no haberse cumplimentado la exigencia legal de lectura previa de derechos al momento de la detención.

La Sala I de la CNCP confirma la condena que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires le había impuesto –con la disidencia de un juez que considera que debe hacerse lugar a la nulidad planteada–, reiterando el argumento utilizado por el *a quo* de que no obstante las “deficiencias formales” del procedimiento, no existía perjuicio, porque de igual manera el estupefaciente se hubiera hallado.

Así, al considerar el agravio referido a la falta de asistencia letrada durante el interrogatorio no permitido a las fuerzas de seguridad, la Cámara realiza una interpretación bastante particular: analizando la nor-

⁵⁴ CNCP, Sala I, “Flores, Roberto Alfonso s/recurso de casación”, causa 5.743, reg. 7.330, rta. el 23 de diciembre de 2004.

mativa procesal, admite que ya durante la prevención el imputado puede elegir defensor, pero que “no debe obviarse que la obligatoriedad de contar con asistencia técnica surge sólo al momento de citarse al imputado a prestar declaración indagatoria”. En otras palabras, el derecho lo tiene desde el primer momento de la persecución, pero sólo es *obligatorio* previo a la declaración ante el juez.

El resultado de este razonamiento desemboca en una especie de “paradoja de la prohibición”: si está prohibido el interrogatorio policial, el Código de Forma no reglamentó la constitución *obligada* en esa sede de la defensa técnica, de manera previa para la declaración policial. Siguiendo esa idea, lo determinante para otorgar validez a una declaración ante la policía, sin defensor, sería que no está expresamente ordenada la *constitución* de la defensa letrada en sede policial. Por cierto, esta curiosa argumentación conlleva a un resultado singular; los interrogatorios deben estar rodeados de todas las garantías para ser realizados en el ámbito judicial, pero no si son efectivizados en sede policial. O en otras palabras, las formalidades preestablecidas cuentan sólo para los momentos más visibles del proceso, y no para los más ocultos⁵⁵.

Por lo demás, dentro de los derechos cuya lectura estaba *obligada* por las fuerzas de seguridad (y que fuera omitida), se incluía el previsto en el art. 104, CPP Nación referido al derecho del imputado a la asistencia letrada. La resolución citada no puede explicar cómo puede tenerse un derecho sobre el cual no puede exigirse un deber por parte del Estado. Es decir, si se admite que el derecho a un defensor existe desde el primer momento, ello debería significar que puede ser ejercitado según la voluntad del titular del derecho; ergo, si quisiera ser ejercitado, la obligación de respeto y provisión (contracara del derecho subjetivo) deberá también efectivizarse.

De esta manera puede verse la razón histórica y de protección de altos intereses, para el establecimiento –y bajo sanción de nulidad del mismo código adjetivo– de la obligatoriedad de lectura de derechos por parte de la fuerza policial.

Pero la construcción semántica que realiza la Casación hace girar el eje del agravio, porque la circunstancia no referida por la Cámara, es que lo que está absolutamente vedado es someter a un imputado a interrogatorio por parte de la prevención, y que la declaración obtenida sólo puede ser valorada judicialmente en tanto esa declaración cuente con “reglas de

⁵⁵ Cfr. Eiroa, Pablo, *El interrogatorio policial en el proceso penal italiano (desde el código para el Reino de las dos Sicilias de 1819 hasta la reciente jurisprudencia de la Casación)*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año X, n° 18-19, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005. Con fecha 7 de marzo de 2006, la Corte Suprema de Justicia declaró inadmisibles el recurso planteado, por aplicación del art. 280 del CPCyCN que faculta al Tribunal Supremo a desestimar recursos que no reúnan el recaudo de trascendencia (F. 383 XLI “Flores, Roberto Alfonso s/recurso de casación”).

garantías que la rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación). Observado el fenómeno desde el punto de vista negativo se debe concluir en que la declaración del imputado prestada sin atender a esas reglas no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique”⁵⁶.

En sendos informes de la CIDH, se señala que los derechos establecidos en los artículos 8.2.d y 8.2.e de la CADH, “se aplican en todas las etapas del procedimiento penal seguido a un acusado, incluido el proceso preliminar, si existe, su emplazamiento a juicio y todas las etapas de este último”⁵⁷.

Por eso en el marco del proceso y en virtud de las previsiones del derecho internacional e interno, la actuación de la justicia debe propender a brindar asistencia y permitir la intervención útil del defensor técnico, con carácter previo a todo acto que por sus características, pudiera ser valorado en una sentencia⁵⁸, teniendo igualmente el defensor, actuación en toda circunstancia relacionada con la intervención personal de su asistido en el

⁵⁶ Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 667. Pero desde otro lugar, piénsese un instante en la necesidad de efecto preventivo que suele asignarse a la regla de exclusión de prueba ilícita. Imaginemos los resultados a los que llevaría la jurisprudencia que aquí se ataca, si los agentes de la prevención “toman la costumbre” de someter directamente a interrogatorio a los detenidos policiales –sin lectura de derechos ni asistencia de abogado defensor– con la finalidad de “agilizar” los procedimientos en búsqueda de elementos incriminantes (argumento admitido por los agentes en la causa “Flores”, según la declaración testimonial en el juicio oral, conforme surge del acta del debate). Los derechos y garantías constitucionales reconocidos no sólo quedarían vacuos, sino que serían groseramente burlados; porque (quizá) “probablemente” los elementos de cargo habrían sido igualmente encontrados, y con respecto a la falta de un defensor, porque “declaración” para la Cámara es la que se brinda ante un juez... y entonces, el interrogatorio al que se somete preventivamente al imputado por parte de la policía (eso sí, prohibido específicamente por la ley) no tendría nunca (siquiera) las garantías del efectuado en sede jurisdiccional. En un caso del Reino Unido, el relator especial de Naciones Unidas sobre la independencia de jueces y abogados recomendó que “sería conveniente la presencia de un abogado durante el interrogatorio policial, para garantizar de forma significativa la protección de los derechos del acusado. La ausencia de asistencia letrada da lugar a un abuso potencial” (Informe sobre la misión del Relator Especial para el Reino Unido, Doc. ONU E/CN.4/1998/39/add.4, párr. 47, 5 de marzo de 1998).

⁵⁷ CIDH, Informe 41/04, caso 12.417 “Whitley Myrie”, Jamaica, 12 de octubre de 2004, párr. 61, con cita de los casos “Mc Kenzie y otros c/Jamaica”, Informe Anual de la CIDH 1999, párrs. 304-305, y CDHNU, “Paul Nelly c/Jamaica”, Comunicación 253/1987 y 867/1999.

⁵⁸ Así establece el art. 200, CPP Nación: “Derecho de asistencia y facultad judicial. Los defensores de las partes tendrán derecho a asistir a ... [los actos] ... que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles”. Y el art. 201, se exige la notificación previa –salvo para los registros domiciliarios– de todos los actos del artículo anterior, también bajo pena de nulidad.

proceso (en ejercicio de su defensa material y control de la prueba de cargo), o cuando se presente para la defensa técnica una posibilidad de solicitud o control en beneficio del imputado. La inobservancia de las reglas que disponen la intervención, asistencia y representación del imputado, aparejan la ineficacia absoluta del acto (cfr. art. 167, inc. 3, CPP Nación).

III. 1. B. La asistencia jurídica letrada: ¿hasta cuándo y de qué manera?

Si bien la gran mayoría de las normas, principios y disposiciones de derecho internacional citados en el punto anterior se refieren a personas sometidas a proceso y no a condenados cumpliendo pena de prisión efectiva, una interpretación amplia de sus preceptos debe extender sus consecuencias a diversas contingencias producidas en la etapa de ejecución, que guarden similitud de acuerdo a la problemática planteada. Esa es la interpretación más garantista de acuerdo a la importancia de los derechos involucrados, y que incluso es posible extraer de la normativa interna vigente.

Lo anterior, más allá de las diversas disposiciones de derecho internacional citado que reconocen el derecho a un abogado ante cualquier forma de detención o prisión, y considerando que “toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVIII), que “los gobiernos procurarán que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada de *todas* las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción” (*Principios básicos sobre la función de los abogados*, Principio 1), y que el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* —que usa el término “persona presa” como sinónimo de condenado— indica que se le darán a la persona presa los medios adecuados para consultar con su abogado. Por ello, la falta de un abogado de libre elección no podría empecer el derecho de defensa contra el ejercicio del poder punitivo del Estado, por lo que el deber de provisión de un defensor se impone de igual forma en este caso.

Muchas son las razones por las cuales el derecho de defensa no *desaparece* con la sentencia que pone fin al proceso. La circunstancia de que la ejecución de la pena o medida de seguridad y corrección se encuentren sometidas a reglas jurídicas y la trascendencia de que los modos de cumplimiento de las mismas incidirán para el otorgamiento de beneficios al interesado, hace ver la necesidad de reconocer, ampliamente, el derecho de defensa y el derecho al recurso en este ámbito⁵⁹. Pero hay una razón

⁵⁹ El artículo 491, CPP Nación, al regular el trámite de los incidentes en la etapa de ejecución, señala que los mismos podrán ser planteados por el ministerio fiscal, el inte-

aun más principista, y es que quien cumple pena de prisión no pierde los atributos inviolables en cuanto persona, y en tanto la etapa de ejecución es una manifestación del poder punitivo del Estado, no se puede desconocer el goce de los derechos y garantías reconocidos a ella, como contrapeso al ejercicio del mismo.

La “judicialización” de la ejecución de la pena, básicamente, significó que las garantías constitucionales del proceso penal se extienden a la ejecución de la pena, y ello incluye la presencia activa de un defensor del condenado.

El citado artículo 491 del CPP Nación, al habilitar la intervención de la defensa técnica en esta etapa a través de su participación en los incidentes que tramitan ante los juzgados de ejecución, estatuye un modo de acceso a la justicia de ejecución para las cuestiones inherentes a la ejecución de la condena.

No obstante, no todas las situaciones que tienen incidencia o repercusión en el aspecto cualitativo de la pena se resuelven en sede judicial mediante un incidente de ejecución, ya que decisiones de suma relevancia son decididas por la administración penitenciaria a través de procedimientos que afectan derechos fundamentales, y en los que no se prevé la intervención de la defensa técnica⁶⁰. El Comité contra la tortura de Naciones Unidas ha considerado que uno de los problemas esenciales del encierro carcelario es la falta de defensa técnica para el imputado, quien se encuentra inerme e indefenso ante las autoridades administrativas a la hora en que puedan surgir sanciones⁶¹.

En general, la CNCP ha mantenido una postura muy restrictiva para el acceso a la vía recursiva (instancia fundamental que también hace al derecho de defensa), de toda cuestión penitenciaria que no se relacionara con la libertad condicional y su revocación, cómputo de pena y medidas de

resado o su defensor, y que contra las resoluciones del juez de ejecución sólo procederá el recurso de casación.

⁶⁰ Entre ellas, la clasificación inicial que efectúa la administración y que determinará la fase o período del régimen progresivo en que se ubicará el interno y el tipo de establecimiento; las sanciones disciplinarias en el ámbito del servicio (que son recurribles por el interesado ante el juez, pero sin efecto suspensivo –salvo disposición expresa del magistrado–, art. 96, ley 24.660); los traslados de establecimiento o los cambios de alojamiento dentro del mismo establecimiento; las calificaciones trimestrales de conducta y concepto, y determinadas decisiones sobre retrocesos en las diversas etapas del régimen progresivo.

⁶¹ Comité contra la tortura de la ONU, *Examen de los informes periódicos presentados por los Estados Parte con arreglo al artículo 19 de la Convención*, Paraguay, 13 de septiembre de 2000, párr. 16.b (CAT/C/49/Add.1).

seguridad. Entonces, cualquier otra problemática que versara sobre derechos, institutos o materias reguladas en la ley de ejecución 24.660, una vez refrendadas por el juez de ejecución, quedaban sin derecho al contralor por el órgano superior⁶². A partir del año 1999 comienza a vislumbrarse un criterio más aperturista en algunas salas⁶³, pero es con el trascendente fallo de la Corte Suprema de Justicia “Romero Cacharane”⁶⁴ en 2004, donde se determina el sentido amplio del derecho al recurso, y básicamente, el alcance de protección constitucional sobre las personas que cumplen pena de prisión efectiva.

En lo que aquí interesa, la materia traída a la Corte refería a la imposición de una sanción disciplinaria, de quince días de encierro en celda de aislamiento del pabellón de máxima seguridad en una cárcel de la provincia de Mendoza, sin que el condenado haya tenido posibilidad de derecho de defensa. La defensa oficial recurrió la sanción ante el Juez de ejecución, que la confirmó. La Sala II de la CNCP, invocando la jurisprudencia restrictiva a la apertura casatoria, declaró mal concedido el recurso de casación de la defensa, que insistió con la vía extraordinaria. La Corte Suprema ordenó a la Casación dictar nuevo pronunciamiento; y con invocación extensa de preceptos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y de resoluciones de los organismos de protección interamericana, señaló respecto a los condenados a pena de prisión efectiva –con una cita de la CIDH, que a su vez aludía a la Corte IDH– que “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio de los poderes públicos, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona”⁶⁵.

Si bien las repercusiones generales de esta resolución todavía no pueden ser mensuradas, sí es posible afirmar que para la CSJN, los jueces no

⁶² Así, CNCP, Sala I, “Roldán, Carlos Augusto s/recurso de queja, causa 1.358, reg. 1.709, rta. el 13 de agosto de 1997.

⁶³ Ver la evolución de la jurisprudencia de la CNCP en este sentido –siendo la sala IV la única que se inclinó por la apertura del recurso de casación para todos los institutos previstos en la ley 24.660–, en Yomha, Diego García, *El problema de la vía recursiva en el marco de la ley 24.660*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 17, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, ps. 213-255.

⁶⁴ CSJN, RHE, Causa R 230/98, Libro 34, rta. el 9 de marzo de 2004.

⁶⁵ *Ibidem*, cons. 11, cita textual del Informe CIDH 38/96, caso 10.506, Argentina, 15 de octubre de 1996, párr. 61 (el informe se refiere a la observación de las prácticas de las autoridades penitenciarias argentinas respecto a las mujeres que ingresaban a los establecimientos carcelarios, de llevar a cabo revisiones vaginales).

pueden inhibirse cuando se trata del cercenamiento de derechos por parte de la administración penitenciaria. Pero ¿quién sino el defensor para acercar a los tribunales los reclamos de sus representados? En este aspecto, la inclusión del defensor como sujeto procesal habilitado a promover un incidente de ejecución contribuye a solucionar las deficiencias que pueden presentar los reclamos de los internos y a posibilitar que los mismos sean canalizados adecuadamente.

Lo anterior remite nuevamente al análisis de los mecanismos e instrumentos previstos por el Estado, para asegurar la cobertura real de las necesidades de acceso a un abogado en este ámbito.

Es claro que a medida que avanza el procedimiento penal, y en tanto el mismo supere los límites de un plazo razonable, las posibilidades –económicas y de trato continuado– de contar con abogados particulares se manifiestan en forma inversamente proporcional. Pero el punto culminante se verifica cuando se arriba a la certeza judicial -agotados todos los recursos- de la sentencia de condena a una pena de efectivo cumplimiento, que si es de cierta entidad temporal, hace entrar en escena de manera prácticamente excluyente a la defensa oficial.

Al instituirse la justicia de ejecución a partir del nuevo sistema procesal federal, se estableció que un defensor de ejecución actuaría ante ella en la Ciudad de Buenos Aires –en el interior del país, esa función la ejercen los defensores federales de juicio oral–. Desde 1993 a la fecha, continúa habiendo un solo defensor ante esa sede, no habilitándose por ley más cantidad de cargos de magistrados defensores ante la justicia de ejecución, según el sistema de designación y selección establecido en la ley 24.946 para el Ministerio Público de la Defensa. ¿Hace falta recordar qué pasó en este último decenio a partir del aumento inaudito de la población carcelaria, y su incidencia en detrimento del trato digno a los internos? ¿Parece necesario –todavía– concientizar acerca de las condiciones paupérrimas y de sujeción a la discrecionalidad penitenciaria en las que se cumple el encierro? ¿Puede decirse, entonces, que el legislador ha garantizado en su expresión amplia, el acceso a la justicia de ejecución?

La Defensoría Oficial ante los Juzgados de Ejecución Penal de la Capital Federal representa a una población penitenciaria cuya variación oscila entre las 4.500 y 6.000 personas (incluyendo enfermos mentales internados en unidades psiquiátricas en función de medidas de seguridad). Además, ejercita el contralor de la defensa, en la tramitación de cerca de 20.000 legajos de suspensión de juicio a prueba; en las contingencias de las penas en suspenso y de la aplicación de las medidas de seguridad de la ley sobre estupefacientes 23.737. También, la representación de las personas que se encuentran en libertad, pero sujetas a los institutos de libertad condicional o libertad asistida. Se calcula que la defensoría tiene un manejo aproximado de 300 legajos diarios (entre notificaciones y trasla-

dos) y que recibe más de 150 llamadas telefónicas por día, por las dos líneas habilitadas⁶⁶.

Si a eso se suma la distribución geográfica de los centros penitenciarios, de cara al fundamental significado que reviste el contacto real con el preso en su lugar de alojamiento, es posible ver cómo las disposiciones normativas, y las necesidades de la realidad, hablan en este caso lenguajes muy diferentes⁶⁷.

III. 2. La intervención útil y efectiva de la defensa técnica. El derecho a una asistencia jurídica competente y adecuada

Ya desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que se encuentran violentadas reglas fundamentales del procedimiento, y el acusado es condenado sin ser oído –no obstante haber efectuado un descargo en su declaración indagatoria–, si el defensor que tiene asignado no ha realizado ninguna actuación en su favor ni utilizado los mecanismos que el derecho pone a su cargo. Así, en el caso “Rojas Molina”⁶⁸ de 1941, luego de reafirmar esa idea (el imputado alegó un obrar en legítima defensa), la Corte aseguraba que “ninguna disposición legal autoriza a dar por decaído el derecho de presentar la defensa cuando se ha vencido el término legal sin hacerlo, y la prosecución del juicio sin ese requisito esencial. Por el contrario, toda la estructura del Código de Procedimientos demuestra la necesidad de una defensa efectiva”. Todavía desde tiempo anterior, la CSJN viene diciendo que en materia criminal, la garantía del debido proceso consiste en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia⁶⁹. Y ya en 1868 había señalado respecto a quienes eran traídos a proceso que “es de equidad y aún de justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de su ignorancia de las leyes o del descuido de su defensor”⁷⁰; y “que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que

⁶⁶ Véanse los Informes anuales de la Defensoría General de la Nación presentados al Congreso Nacional. En el ámbito del Ministerio Público de la Defensa actúa una Comisión de Cárceles que efectúa un seguimiento y contralor de problemáticas penitenciarias.

⁶⁷ Ver, en este sentido, López Puleio, María Fernanda, *Acceso a la justicia (también) para los detenidos*, en Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Biblos, Buenos Aires, 2005.

⁶⁸ CSJN, *Fallos*: 189:34.

⁶⁹ CSJN, *Fallos*: 125:10.

⁷⁰ CSJN, *Fallos*: 5:459.

le asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio⁷¹. Ello para que el juicio se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación (doctrina de *Fallos* 237:158)⁷². Para la Corte, una transgresión de entidad a la garantía de defensa “debe ser atendida y resuelta con antelación a cualquier otra cuestión que se hubiere planteado”⁷³.

De igual forma, la CIDH ha enfatizado en que debe proporcionarse a quienes sean acusados penalmente, un patrocinio letrado competente y efectivo⁷⁴, y que las obligaciones del Estado respecto al deber de garantizar la asistencia letrada, conllevan el brindar posibilidades razonables para permitir el contacto entre el defensor y su asistido⁷⁵.

Entonces, si el derecho a la asistencia jurídica es parte esencial del derecho de defensa del imputado, para la satisfacción de la garantía no basta con que formalmente se haya legitimado a un defensor para actuar en juicio; sino que, en primer lugar se le debe haber dado oportunidad *útil* de hacerlo en la defensa del justiciable, y segundo término, su intervención debe ser competente y adecuada.

Una problemática que se reitera con cierta regularidad es la situación provocada ante la renuncia –cuando no abandono implícito– o necesidad de revocatoria de mandato de abogados particulares, mientras se encuen-

⁷¹ CSJN, *Fallos*: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502.

⁷² La CSJN resolvió el 12 de febrero de 2002, por vía de superintendencia, una situación particular; el Tribunal Federal de Resistencia autorizó al Sr. Cano a autodefenderse en el marco del art. 104, CPP Nación, pero también le asignó al defensor público en carácter de “asesor técnico”. La defensa pública se negaba a intervenir en tal carácter. La Corte, con cita de la doctrina referida, anuló la decisión del tribunal, considerándola incompatible con la norma vigente: “Esta decisión no sólo ha dado lugar a este inusitado conflicto en la causa, sino que como mayor gravedad, ha importado un efectivo estado de indefensión, pues la superposición de roles ha provocado un irregular ejercicio de la defensa técnica del imputado, que –de hecho– han imposibilitado llegar al juicio que permite arribar a una decisión que ponga fin a este dilatado proceso, resolviendo en forma definitiva su situación frente a la ley y a la sociedad” (Expte. 3445/2000 “Cano, Antonio Francisco s/supuesta infracción decreto ley 6582/58”). El hecho recuerda la figura del defensor-garante del derecho italiano, y toda la discusión de la década del 70 sobre las posibilidades y límites de la autodefensa, discusión que se renueva periódicamente y que muy lejos está de haber perdido vigencia. Ver AA.VV., Grevi, Vittorio (a cargo de), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, en Giustizia Penale oggi/1, Zanichelli, Bologna, 1977. Ver también nota 24.

⁷³ CSJN, *Fallos*: 319:192.

⁷⁴ CIDH, Informe 41/2004, caso 12.417, Whitley Myrie, Jamaica, párr. 5.

⁷⁵ CIDH, Informe 49/2001, Jamaica.

tran corriendo plazos procesales; o en los períodos inmediatamente anteriores al inicio de una audiencia de juicio oral. Esta situación, más allá de provocar un sobrecarga imposible de prever a los fines de superposición de audiencias de los defensores oficiales –ya que no suele ser común que otro letrado particular asuma el caso en estas condiciones–, redundan en una evidente limitación para una defensa técnica efectiva. Y los tribunales penales, en su deber de resguardar la asistencia jurídica del imputado –más allá del distingo de situaciones, que deberán ser evaluadas en forma casuística, a fin de discriminar cuándo se verifica un estado de indefensión– no podrían hacer impactar en el imputado una debilidad en sus posibilidades de defensa porque se ha verificado la ausencia (no siempre física) de su defensor técnico.

Es claro que los plazos procesales de las partes se estipulan con criterio de realidad, a fin de que las peticiones que en ellos se invoquen tengan posibilidad cierta de ser ejercitadas. Sin embargo, no siempre los jueces reconocen que la situación planteada, si es convalidada, otorga una desventaja fundamental para las oportunidades de defensa y para las estrategias consensuadas entre defensa material y técnica.

El Tribunal en lo Criminal Federal N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires resolvió positivamente en el caso “Efren Canosa” un planteo en este sentido⁷⁶. La culminación de la actuación del anterior defensor de confianza, cuando ya había transcurrido más de la mitad del plazo para ofrecer prueba (artículo 354, CPP Nación), significó la asignación de la defensa oficial que conocía por primera vez en la causa. La defensora pública argumentó que a la circunstancia acaecida, absolutamente ajena a la asistente, y cuyas motivaciones y justificantes se desconocían en el ámbito del proceso, no sólo importaba la afectación a un derecho reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como parte constitutiva de la defensa del imputado, sino que justamente, por el carácter trascendente que reviste el derecho a ofrecer prueba, considerar sin más garantizada la asistencia adecuada porque se asignó un defensor, importaba desconocer que el principio de igualdad de armas –soporte de un real contradictorio– tenía como base justificante la igualdad de *posibilidades* de intervención.

Así, refirió que cuando el artículo 14.3.b del PIDCP dice que durante el proceso, toda persona acusada de delito tiene entre sus garantías mínimas la de “disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa”, ello alude también al rol de los abogados⁷⁷, lo que

⁷⁶ TOF N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires, “Canosa, Efren s/inf. arts. 288 inc. 2 y 174 inc. 5 del C.P.”, causa 557, resolución del 27 de junio de 2001.

⁷⁷ Cfr. *Fair Trials Manual*; en su traducción castellana, *Juicios justos. Manual de Amnistía Internacional*, Edai, Madrid, 2000, p. 63, que refiere que la disposición de tiempo y

encuentra igualmente sustento en los citados *Principios sobre la función de los abogados*, de Naciones Unidas, que ordena a las autoridades velar por que los abogados tengan acceso a la documentación pertinente, “con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz”⁷⁸. En este sentido ha señalado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que “si un acusado cree que el tiempo que se le ha concedido para preparar su defensa (incluido el tiempo para hablar con su asesor jurídico y examinar la documentación) ha sido inadecuado, la jurisprudencia establece claramente que el acusado debe solicitar al Tribunal que suspenda las diligencias por no haber dispuesto de tiempo suficiente para prepararse”⁷⁹. El Tribunal Federal, a fin de salvaguardar el derecho de defensa, consideró que por las razones invocadas debía reanudarse íntegramente el plazo concedido a la defensa oficial para el ofrecimiento de prueba.

La CIDH, en un caso donde el juez de instrucción permitió que se introdujeran pruebas que podían ser perjudiciales para el imputado en ausencia del defensor, señaló que debió resultar evidente al juez, que continuar el proceso en esas condiciones podía limitar su defensa y privarlo de su derecho a un patrocinio efectivo, “incluido el derecho que le reconoce el artículo 8.2.c de la Convención de disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, y el que le reconoce el artículo 8.2.f de la Convención de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal, derechos que sólo pueden ejercerse adecuada y efectivamente a través de la presencia del abogado patrocinante”⁸⁰. Disposiciones del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión de Derechos Humanos del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas han ido en igual sentido⁸¹.

medios adecuados para preparar la defensa “es de aplicación tanto para el acusado como para su abogado en todas las etapas del procedimiento, y también antes del juicio y durante los recursos”.

⁷⁸ Así, Principio 21: “Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y los documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz”.

⁷⁹ CDHNU, “Douglas, Gentles and Kerry v. Jamaica” (352/1989), 19 de octubre de 1993, Informe del CDHNU, vol II (A/49/49), 1994; y “Sawyers and Mc. Lean v. Jamaica”, (226/1987 y 256/1987), 11 de abril de 1991, Informe del CDHNU (A/46/40), 1991.

⁸⁰ CIDH, Informe 41/2004, cit., párr. 59.

⁸¹ El CDHNU en su Comunicación 867/1999 Guyana, del 19/8/2004, ha señalado que “el hecho de que la mayoría de los testigos de cargo fueran interrogados por primera vez en esa etapa del proceso [previa al juicio] y fueran sometidos a interrogatorio

En este último caso, la Sala I de la CNCP fue marcando un camino impregnado por la naturaleza del contradictorio (no definitivamente desandado por los tribunales), al considerar positivamente agravios de la defensa referidos a la imposibilidad de controlar prueba de cargo –ingresada por lectura al debate y valorada en la sentencia– ejerciendo de esta forma su importante rol nomofiláctico. Ese impulso, que se verifica a partir del caso “Abasto” de la Sala I⁸², refieren a la necesidad de control “útil y eficaz” de la prueba de cargo por parte de la defensa –material y técnica–, como requisito para su valoración por parte del Tribunal.

Es que la defensa *implica* el contradictorio, que es el más importante instrumento de control del método de prueba acusatorio, por lo que se debe admitir el carácter de contradictor en todo acto probatorio, para que la contienda sea leal⁸³.

Desde otro lugar, la necesidad de presencia activa del defensor puede verse también en la doctrina tradicionalmente garantista de la CSJN sobre las presentaciones *in pauperis forma*; conformada a partir de la flexibilización de los requisitos formales para la interposición del recurso extraordinario federal por parte de los imputados. Ella alude a la necesidad de otorgar trámite legal a los escritos sin firma de letrado, de modo de inhibir cualquier denegatoria de justicia. Así, por ejemplo, cuando las resoluciones denegatorias de los tribunales inferiores son notificadas al interesado⁸⁴, y éste deja asentada la expresión “apelo”, o interpone recurso extraordinario, o presenta una nota sin firma de letrado manifestando su rechazo a la

por el hijo de la autora, muestra que, para hacer justicia, habría hecho falta asegurar representación letrada al hijo de la autora mediante asistencia letrada...”. La Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 2003/39, instó a los Estados “a que garanticen que se respete el principio de la igualdad ante los tribunales y ante la ley dentro de sus sistemas judiciales, en particular ofreciendo a las personas sometidas a juicio la posibilidad de interrogar, o que se interrogue en su nombre, a los testigos de cargo y de conseguir la comparecencia e interrogatorio de testigos de descargo en las mismas condiciones” (pto. 7).

⁸² CNCP, Sala I; “Abasto, Héctor Juan s/rec. de casación”, rta. el 11 de febrero de 1999, registro 2.602; en igual sentido “Almada, Sergio Martín s/rec. de inconstitucionalidad”, rta. 2 de marzo de 1999, registro 2.627 y “Reyna, Jorge Fernando s/rec. de casación”, rta. el 21 de marzo de 2002, registro 4.918, con invocación de normas y jurisprudencia del derecho internacional de protección de derechos humanos (cfr. art. 8.2.f, CADH y 14.3.e, PIDCP).

⁸³ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., ps. 613-614.

⁸⁴ Si bien en alguna oportunidad la Corte Suprema realizó distingos según que el imputado estuviera privado de su libertad o no, en nuestros días ha retomado un tratamiento uniforme, aplicando la doctrina de los recursos *in pauperis forma*, sin atender a la cuestión de la privación de la libertad. Ver, entre otros, Villarreal Rodríguez, Oscar Alejandro (V. 146 XXXIX, rta. el 21/9/2004).

denegatoria de que se trate, la Corte Suprema ha establecido que a esos escritos debe otorgársele el alcance de una manifestación de voluntad de ser asistido de manera adecuada para interponer los recursos de ley, nulificando resoluciones de jueces inferiores que rechazan *in limine* estas presentaciones por defectos formales.

En estos casos, la Corte Suprema ha señalado que es deber de los tribunales dar intervención al defensor para fundar la petición⁸⁵, y que si bien “no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no la releva de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo (*Fallos*: 310:2078), ya que no puede imputarse al procesado la inoperancia –a la que ha sido ajeno– de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente y cuya inobservancia puede acarrear responsabilidad internacional al Estado argentino (art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; arts. 1 y 8, párr. 2, inc. d y e, de la Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1; 14.3.b y d; *Fallos*: 318:514)”. La cita anterior, que corresponde a una resolución de la Corte Suprema del 16 de noviembre de 2004⁸⁶, refiere a un caso tramita-

⁸⁵ CSJN, *Fallos*: 310.493, entre muchos otros.

⁸⁶ CSJN, N. 19 XXXIX, PVA “Núñez, Ricardo Alberto s/sus recursos de queja y casación y extraordinario, cons. 9. Disidencia de los Ministros Petracchi, Bossert y Boggiano –en un caso de la provincia de Córdoba: CSJN, P. 99/99 RHE “Pancia, Marcelo Néstor s/p.s.a. robo calificado etc.”, rta. el 23 de octubre de 2001, cons. 7, con cita de “Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 1984”–. En esta última sentencia, la Corte por mayoría declaró la inadmisibilidad del recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja ante ella (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pero la disidencia señaló la nulidad de lo actuado a partir del recurso de casación por ineffectividad de la defensa técnica. El imputado había presentado un recurso de queja *in pauperis forma* que fue rechazado por extemporáneo. El Tribunal agregó que no le era aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre flexibilización de las exigencias relativas a la temporaneidad de las apelaciones, por no encontrarse el imputado en una situación fáctica que pudiera asimilarse a la de una persona privada de libertad carente de asistencia técnica. El imputado vuelve a realizar una presentación sin firma de letrado, interponiendo recurso extraordinario federal, diciendo en primer lugar que sí se encontraba privado de su libertad, y que su defensa pública no lo asistía en modo alguno –ya que cuando fundó la casación, expresó que lo manifestado por su pupilo no era correcto, conforme a las pruebas de la causa–. El Tribunal decidió nuevamente darle vista a la misma defensora para que lo funde. Ella se inhibe ante el Tribunal (en Córdoba la defensa pública no es autónoma respecto del Tribunal Superior), diciendo que le es imposible defenderlo, y que éste “se esmera en forma sarcástica y reiterada por dejar sentado que el mismo careció de defensa, que esta defensa se negó a

do en la justicia provincial de Córdoba. A partir de la condena que recayera sobre el señor Núñez, el mismo fue interponiendo sendos recursos *in pauperis*, y al darse intervención a la defensa pública, ésta se limitó a reiterar la presentación del interesado, solicitando se haga lugar al recurso, “en cumplimiento del deber que el cargo impone”, pero dejando a salvo su opinión contraria al mismo. La Corte hizo en esta resolución, una fuerte advertencia a los tribunales inferiores y a los distintos sujetos procesales que intervinieron en la causa, sobre las dimensiones del estado de indefensión al que habían dejado expuesto al recurrente durante toda la tramitación de la misma. A los tribunales –que invocaron deficiencias formales para evitar considerar los agravios invocados de manera sencilla y clara por parte de Núñez– porque no resguardaron las deficiencias de la asistencia letrada –a la que tampoco le notificaron con anticipación medidas de prueba–, y no establecieron las circunstancias por las cuales el imputado permaneció más de diez días sin contar con asistencia letrada y sin comparecer ante la autoridad fiscal y/o judicial que había solicitado su detención; al fiscal de instrucción, que dispuso, de manera contraria a la ley, declarar inadmisibles las oposiciones *in pauperis* a la prisión preventiva; al abogado particular, que ni siquiera ofreció prueba y renunció a su mandato a 48 horas de iniciarse la audiencia de debate; a los defensores públicos, la falta de diligencia en el control de prueba de cargo y la renuencia a fundar técnicamente los diversos recursos. Con invocación de la doctrina de la CIDH, la Corte enfatizó sobre la necesidad de considerar que el derecho de recurrir el fallo a una instancia superior es fundamental para garantizar el derecho de defensa, y que para eso los recursos no pueden regularse, interpretarse ni aplicarse con rigor formalista⁸⁷.

Ahora, una situación que suele generar inconvenientes es que las resoluciones denegatorias no siempre se notifican al imputado, sino sólo al defensor técnico. En estos casos, como principio, no deberían considerarse extinguidos los plazos procesales para recurrir, porque eso significaría vedar el derecho al recurso –y por consiguiente el derecho de defensa– a quien es el titular de la protección de la garantía⁸⁸.

asistirlo, que ejerció una asistencia legal aparente...”, y que su defendido “degradó así falsamente la función técnica realizada por ella” (cons. 4). Pero el Tribunal rechazó la excusación, considerando que la actuación de la defensora no mereció una evaluación negativa por parte de los jueces. La defensora, entonces, fundó sintéticamente el recurso que no fue concedido por el mismo Tribunal Superior. Nuevamente, el recurrente llega a la Corte Suprema, y su presentación se funda por el defensor ante ella, que invoca la nulidad del trámite recursivo por defensa técnica ineficaz.

⁸⁷ CIDH, Informe 24/92 “Costa Rica, Derecho de revisión fallo penal”, casos 9.328 y otros del 2 de octubre de 1992.

⁸⁸ Con fecha 30 de junio de 1995, la Corte Suprema de Justicia había cambiado su histórica jurisprudencia en este punto; así en “Albarenque, Sixto Omar s/delito de favo-

Para que pueda determinarse si hubo o no asistencia legal adecuada, deben analizarse la totalidad de circunstancias de cada caso en particular, ya que resulta claro que no existe un catálogo prefijado de reglas que permitan concluir *ex ante* si la actuación del defensor estaba encaminada a ser efectiva. En algún pronunciamiento, ministros del Tribunal han referido, con cita de su similar de Estados Unidos, que en esta materia se debe ser cautos para no “restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas [pues] el acto u omisión de un defensor que (...) es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro”⁸⁹, y que si bien debe prevalecer en esta materia el interés del titular de la garantía –pero no para obligar al defensor a fundar lo *infundable*⁹⁰–, la defensa técnica que no sólo se opone a apelar, sino que se dedica a controvertir y desmenuzar la estrategia utilizada por el imputado, instando al Tribunal a confirmar la condena, mina el carácter adversativo del proceso⁹¹.

Cierto es que no siempre los extremos a considerar respecto a la incompatibilidad de la defensa material y técnica son tan explícitamente antitéticos, pero los tribunales no pueden renunciar a ejercitar su debido contralor en cada caso.

recimiento de evasión”, señaló que las decisiones que resuelven recursos de naturaleza extraordinaria deben ser notificadas a la defensa técnica, y que la decisión de la Corte según la cual, el plazo para deducir recurso extraordinario se computa a partir de la notificación personal al procesado (*Fallos*: 291:572 y 302:1276), se refería a las sentencias condenatorias recaídas en el anterior procedimiento escrito. Nuevamente la Corte, con su nueva composición, resolvió el 21 de septiembre de 2004 que “lo que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo en la interposición de la queja, es la notificación personal al encauzado de la decisión que acarrea la firmeza de la condena” (“Dubra, David Daniel s/causa 348”).

⁸⁹ CSJN, disidencia de los ministros Petracchi, Bossert y Boggiano –en un caso de la Provincia de Córdoba: P. 99/99 RHE “Pancia, Marcelo Néstor s/p.s.a. robo calificado etc.”, rta. el 23 de octubre de 2001, cons. 7, con cita de “Strickland v. Washington”, 466 U.S. 668, 1984–, ver nota 86. La disidencia culmina nulificando el proceso desde la interposición del recurso de casación, criticando el ritualismo con el cual el *a quo* resolvió las denuncias referentes a la carencia de asistencia legal oficial efectiva y a la descomposición irreversible del vínculo entre el imputado y la defensora, incompatible con las normas constitucionales.

⁹⁰ CSJN, *Fallos*: 310:2078; 320:854.

⁹¹ CSJN, “Pancia...”, cit., cons. 8. Especialmente, la disidencia de la Corte adujo la particularidad de que pese al grado de enfrentamiento entre la defensora y su asistido, el Tribunal obligó a la letrada a fundar las presentaciones realizadas por el mismo, “incluso aquellas donde el agravio central era el estado de supuesta indefensión en que se encontró por la falta de idoneidad de su defensora. En otras palabras, la defensora debía demostrar que su labor había generado un estado de indefensión a su pupilo” (cons. 9).

En el caso “Luvelo”⁹², el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Ciudad de Buenos Aires, resolvió por mayoría declarar la nulidad de la declaración indagatoria del imputado –y los actos subsiguientes– porque en la misma había sido asistido técnicamente por un abogado que se encontraba indicado en dicha causa como partícipe del delito que se le atribuía, y que la versión expuesta en aquella era favorable a la situación del abogado. La defensora oficial había alegado, que no obstante que la elección del letrado había dependido de la voluntad del imputado, la situación reflejada colocaba a ese letrado en una posición absolutamente inadecuada para ejercer una defensa eficaz, y que debió haber sido advertido por el juez instructor que tenía intereses propios acerca de cómo se definiera el hecho imputado y las participaciones y responsabilidades en él. La resolución, con cita de la doctrina de la Corte, refirió que la defensa debe ser ciertamente eficaz, y que no puede provocar menoscabo alguno por acción o por omisión, no siendo libre en su plenitud, el ejercicio de una defensa material que recibe el asesoramiento y presencia de quien puede resultar eventualmente comprometido en la causa, según lo que refiera en sus declaraciones su propio defendido⁹³.

La CIDH, si bien ha reconocido que el Estado no puede ser considerado responsable de todas las fallas de desempeño del abogado defensor, por el carácter independiente de la profesión, asegura que “no obstante, el artículo 8.2.c de la Convención impone a las autoridades nacionales la obligación de intervenir si la omisión del abogado de brindar un patrocinio eficaz es evidente o si la omisión es puesta en su conocimiento con suficiente claridad”⁹⁴. En este sentido se expidió el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al afirmar que “los conflictos de intereses que recaigan sobre el abogado (contratado o nombrado de oficio), v. gr., por haber defendido a dos coimputados con intereses eventualmente contrapuestos, también serían susceptibles de revisión por el Comité”⁹⁵.

⁹² TOC N° 9 de la Ciudad de Buenos Aires, “Luvelo, Alejandro Daniel s/estafa”, causa 1.488, rta. el 11 de marzo de 2005.

⁹³ La defensa oficial invocó los *Principios básicos sobre la función de los abogados*, que estipulan dentro de sus obligaciones y responsabilidades, que “los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia... en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas éticas reconocidas que rigen su profesión” (Principio 14).

⁹⁴ CIDH, Informe 41/04, cit., con referencia a los casos “Leroy Lamey y otros c/Jamaica”, caso 11.826, Informe 49/01, Informe Anual 2000, párrs. 216-217; análogamente, Corte Europea de Derechos Humanos, “Kamasinsky c/Austria”, 19 de diciembre de 1989, Serie A, N° 168, párr. 65, CDHNU, “Young c/Jamaica”, Comunicación 615/1995 (1997).

⁹⁵ CDHNU, caso de los hermanos Taylor: P. Taylor, 6. 5, D. Taylor, 7.2 y Werenbeck, 9.8, cit. en Gialdino, Rolando E., *Los derechos civiles y políticos ante el Comité de Derechos Humana-*

IV. Los caminos por recorrer

Hemos visto a lo largo de estas páginas cómo se verifican dentro del sistema general de administración de justicia penal, determinados ámbitos –a los que hemos denominado *sensibles*– donde la exigencia debida para el acceso íntegro a un defensor ofrece limitaciones singulares.

Esas falencias, sólo en ciertos aspectos, se relacionan con deficiencias legales; antes bien, un entramado complejo de rutinas, concepciones culturales, más cierta dosis de indiferencia, coadyuvan en igual sentido. Como se vio, en algunos casos los tribunales gestionan los expedientes sin atención de la persona de carne y hueso, soslayando a quien es titular del derecho de defensa; en otros, se restringe la sujeción de las agencias policial y penitenciaria al contralor de la justicia penal y su sistema de garantías; y en otros, quienes deben ejercitar el arte de la defensa traicionan la confianza depositada en ellos, agravando la situación de natural debilidad que conlleva la resistencia al accionar penal estatal.

Pero hemos observado también, resoluciones judiciales que honran el sentido profundo del derecho de defensa y de la asistencia jurídica adecuada; y a defensores aguerridos instando las mismas.

El problema es la distancia existente entre los comportamientos y formas resolutivas indicados en primer término, y estas últimas decisiones jurisdiccionales; tanto más cuando la reducción de esa brecha depende de factores bastante diversos.

Es que el acceso a un defensor penal se ve necesariamente influido por las distorsiones de funcionamiento general que muestran los sistemas penales. Una de esas distorsiones más severas –y habitualmente la más ejercitada– es la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada, que al convivir con la excesiva duración de los procedimientos, deriva en índices alarmantes de sobrepoblación carcelaria en condiciones inhumanas de encierro.

Si las obligaciones y responsabilidad del Estado se extreman y son más exigibles cuando el sujeto titular de derechos queda a merced del mismo en una “institución total”, donde todo se regula y supervisa, y no puede por propia iniciativa contrarrestar a quienes los vulneran⁹⁶, ¿qué protección le queda entonces al privado de libertad, ante el desmadre en que está sumido el sistema de encarcelamiento en Argentina?

Ya el Informe que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU realizó sobre su visita a la Argentina entre el 22 de septiembre y 2

nos, Jurisprudencia 1995/2002, en “Revista de Investigaciones”, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, N° 1 (2002) p. 211.

⁹⁶ *Ibíd.*, párr. 15.

de octubre de 2003⁹⁷, señalaba la necesidad de realizar urgentes esfuerzos para mejorar la situación del sistema de detención en cárceles y comisarías de policía de nuestro país. El mismo alertaba sobre el problema principal consistente en la sobrepoblación de los centros de detención⁹⁸, se mostraba “sorprendido al comprobar que muchas personas son mantenidas en detención preventiva de manera rutinaria, después que la investigación penal ha concluido”⁹⁹, y que gran parte de los detenidos entrevistados no podían siquiera comunicarse con sus abogados defensores por teléfono¹⁰⁰.

En algunas provincias, la situación se encuentra en estado de colapso. Por caso, en la provincia de Buenos Aires, en la década 1994-2004, la población detenida se triplicó, mostrando índices de superpoblación carcelaria inauditos¹⁰¹, mientras se sucedían denuncias por torturas y tratos crueles y degradantes en sus centros de detención¹⁰², y el porcentaje de

⁹⁷ Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (ONU), *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, visita a la Argentina (E/CN.4/2004/3/Add.3, 23 de diciembre de 2003).

⁹⁸ *Ibidem*, párr. 35: “En muchos centros visitados el Grupo comprobó que las celdas albergaban a más del doble de detenidos que aquellos que su capacidad física permitía (...) el Grupo recibió informes que en una provincia se había recurrido a la utilización de contenedores y camiones, sin ventanas ni ventilación, para albergar detenidos. La delegación comprobó también las malas condiciones sanitarias, sin acceso a servicios mínimos de higiene y de desagüe, detenidos enfermos que no recibían medicación; detenidos con sarna y colchones con garrapatas. En varios centros de detención visitados, los detenidos deben defecar sobre bolsas de polietileno”.

⁹⁹ *Ibidem*, párr. 39.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párr. 41.

¹⁰¹ Puede verse en CELS, *Informe 2004 sobre Derechos Humanos en Argentina* (cap. VI, *La ilusión de las cárceles “sanas y limpias”*, elaborado por Gustavo Platt con la colaboración de Cecilia Ales), Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, p. 289: “... hace casi diez años el Gobierno provincial decretó la emergencia carcelaria a raíz de que la población penal (9.485 internos distribuidos en 28 establecimientos) prácticamente duplicaba las plazas reconocidas por la administración penitenciaria. A ellos se sumaban otras 2.500 que se hallaban encarceladas en dependencias policiales. Casi una década más tarde, el 2 de julio de 2004, se hallaban privadas de libertad en el ámbito bonaerense un total de 29.793 personas. De ellas, 5.441 estaban alojadas en dependencias policiales y 24.352 en establecimientos penitenciarios (...) En otras palabras, en una década, el desborde que llevó la declaración de emergencia casi se triplicó. Los 21.154 cupos denunciados por el Servicio Penitenciario Bonaerense (...) hasta el 30 de diciembre de 2003 suponen un déficit de más de 7.000 plazas respecto del total de personas privadas de su libertad a esa fecha en el ámbito de la provincia de Buenos Aires”.

¹⁰² *Ibidem*, p. 279: “Las graves violaciones a los derechos humanos, asesinatos y torturas de presos, amenazas a funcionarios judiciales y redes de ilegalidad montadas desde el servicio penitenciario llevaron, en el año 2004, a intervenir el Servicio Penitenciario Bonaerense”.

presos preventivos en relación a los condenados se establecía en 9 a 1¹⁰³.

La defensa pública en la provincia de Buenos Aires ha tenido una actitud enérgica en la protección de los derechos de los detenidos, documentando casos de tortura, instando los pertinentes hábeas corpus y denunciando a los funcionarios que por acción u omisión violentaron derechos tan básicos. Sin embargo, muchos de esos defensores sufrieron intimidaciones o fueron objeto de procedimientos disciplinarios¹⁰⁴.

Y si bien es claro que los jueces no pueden inhibirse cuando se trata del cercenamiento de derechos de quienes están sometidos al sistema penal, ¿quién sino el defensor para acercar a los tribunales los reclamos de sus representados? Algo más que piedad se les debe a los que sufren un escarnio inmerecido.

Los defensores deben poder ejercer sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas. Tampoco sufrirán ni estarán expuestos a persecuciones administrativas, económicas o de otra índole, a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones y reglas éticas que se reconocen a su profesión. Y cuando la seguridad de los abogados sea amenazada como consecuencia del ejercicio de sus funciones, deben recibir garantías y protección adecuada por parte de las autoridades¹⁰⁵.

¹⁰³ *Ibídem*, p. 301. El fallo “Verbitsky” de la Corte Suprema de Justicia significó un antes y un después para la protección de las condiciones dignas de detención de la provincia de Buenos Aires, con derivaciones amplísimas y de alto impacto para la protección íntegra de los derechos fundamentales; “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, 3 de mayo de 2005, V. 856 XXXVIII.

¹⁰⁴ La cuestión tiene ribetes especiales, porque en la provincia de Buenos Aires, la Defensoría Pública no es autónoma funcionalmente, dependiendo de la estructura de la Procuración. Es decir, el jefe de los fiscales es quien ordena la tramitación de un sumario de un defensor público, su contraparte procesal. La situación fue analizada por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), que en su reunión en Punta del Este el 13 de marzo de 2005, expresó “su preocupación por las situaciones acaecidas en la provincia de Buenos Aires, República Argentina, a partir de la presentación por parte de defensores públicos, de acciones de hábeas corpus a favor de personas torturadas en centros de detención. Proclama el absoluto rechazo a la iniciación de procedimientos disciplinarios, por parte de organismos diversos a la defensa pública, que signifiquen restricciones a la efectiva defensa de los derechos fundamentales de los detenidos y se solidariza con los defensores públicos que se han visto afectados por este tipo de medidas”.

¹⁰⁵ CDHNU, Comentario General 13, cit., párr. 9; *Principios básicos sobre la función de los abogados*, Principios 16 y 18. La CIDH debió otorgar a una defensora pública de la provincia de Buenos Aires, protección vía cautelar a raíz de lo referenciado. El 11 de julio de 2002, la Comisión renovó las medidas cautelares que habían sido otorgadas el 27 de agosto de 2001 a favor de una defensora pública de la provincia de Buenos Aires y a su familia. Los peticionarios alegaron amenazas, hostigamiento y llamadas anónimas relacionadas con el desempeño de sus funciones en la defensa de los derechos de los reclusos.

Hoy lo que debemos discutir es cómo hacer frente a las exigencias que presenta la necesidad de cobertura íntegra del derecho de defensa, y su incursión en ámbitos y escenarios no previstos tradicionalmente. Cuando la legislación de nuestro país prevé la asignación de un defensor público para patrocinar y asistir técnicamente a quienes soliciten a la Defensoría General acceder a los organismos internacionales de protección de derechos humanos, e impone la realización de todas las acciones conducentes para la defensa de esos mismos derechos y la facilitación de acceso a la justicia de los sectores discriminados (arts. 51, inc. v, d y e de la ley 24.946), o cuando dispone que los abogados particulares, en la sujeción a las normas de colegiación, deben brindar asistencia a las personas carentes de recursos¹⁰⁶, está pensando no sólo en una función social del ejercicio profesional, sino en el desempeño de un rol protagónico en la dinámica general de actuación de la justicia.

Como expresa el voto concurrente razonado del juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, a la sentencia de la Corte IDH en el caso “Tibi vs. Ecuador” del 7 de septiembre de 2004: “Ciertamente, esos ‘estándares’ internacionales coinciden en muy amplia medida, o acaso totalmente, desde la perspectiva de las normas vigentes, con los propósitos y los mandamientos recogidos por los ordenamientos supremos nacionales, e incluso por gran parte de la legislación secundaria. Es preciso desplegar, por ende, la voluntad política y jurídica de los Estados que suprima de una vez las violaciones más frecuentemente observadas y acredite el ingreso a nuevas etapas en la tutela de los derechos fundamentales. De lo contrario, seguiremos encontrando los mismos hechos violatorios, exponiendo los mismos argumentos y emitiendo las mismas opiniones o resoluciones, sin que esto cale tan profundamente como debiera en la vida de nuestras naciones”¹⁰⁷.

Por todas estas razones el defensor penal representa tanto para quienes reciben el peso del poder penal estatal. Y es que tampoco debemos olvidar –parafraseando a Calamandrei– que para las personas simples, las razones asumen una fuerza irresistible cuando se imponen por la autoridad o están escritas en papeles con membretes. La función de los abogados será también impedir, que los que deban atravesar esa instancia –y en nombre de un sacro terror a los tribunales– se dejen sacar hasta la camisa¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Ley 23.187, sancionada el 5 de junio de 1985; arts. 6.b, 55, 56 y 57.

¹⁰⁷ Corte IDH, caso “Tibi vs. Ecuador”, voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 9.

¹⁰⁸ Calamandrei, Piero, *Il processo come gioco*, en “Rivista di Diritto Processuale”, vol 5, parte I, Cedam, Padua, 1950, ps. 23-51.

Capítulo VII

Igualdad de género

Violencia de género: una violación a los derechos humanos de las mujeres*

Marcela V. Rodríguez**

I. La violencia contra las mujeres en el sistema internacional de protección de los derechos humanos

Diversos instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos contienen disposiciones que pueden ser aplicadas con la finalidad de proteger a las mujeres de la violencia. En particular, los tratados internacionales de derechos humanos, cuya jerarquía constitucional fuera consagrada por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional, pueden ser utilizados para defender y promover los derechos humanos de las mujeres.

En general, estos tratados consagran el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, a la seguridad personal, a la integridad personal, física, psíquica y moral, a la honra, a la dignidad, y a verse libre de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Obviamente, el pleno goce y ejercicio de estos derechos resulta menoscabado cuando las mujeres sufren diversas manifestaciones de violencia.

En particular, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) constituye un instrumento importante en el tratamiento de la violencia de género. Si bien no hace un desarrollo explícito del tema, salvo en lo que respecta a la trata de mujeres y a la prostitución, muchas de las disposiciones antidiscriminatorias que consagra prevén la protección de la mujer contra la violencia.

En tal sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (organismo encargado del monitoreo de la Convención), en

* Dada la extensión limitada de este trabajo, nos hemos concentrado sólo en una de las manifestaciones de la violencia de género, la que ocurre en el ámbito familiar y de las relaciones interpersonales, teniendo en cuenta su dimensión y gravedad.

** Agradezco la valiosa colaboración de Raquel Asensio y Romina Faerman en la elaboración de este artículo.

la Recomendación General 19, ha afirmado que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”¹ y que vulnera varias disposiciones de la Convención de la Mujer aun cuando éstas no se refieran explícitamente a esta materia. En la misma Recomendación se solicitó a los Estados que incluyeran información acerca de la violencia contra las mujeres y las medidas introducidas para enfrentarla y declaró que los Estados deben adoptar medidas efectivas para superar todas las formas de violencia basadas en el género, sean éstas perpetradas por actores públicos o privados.

Por tanto, aunque la cuestión de la violencia no está mencionada expresamente, una interpretación adecuada y sistemática de la Convención nos lleva a concluir que está implícita en sus postulados.

Otro instrumento de importancia para la protección de la mujer contra la violencia es el Protocolo Facultativo a la CEDAW, adoptado en 1998, ya que establece dos procedimientos de investigación y comunicación: uno vinculado a la presentación de quejas individuales, y el segundo procedimiento prevé la facultad del Comité de investigar violaciones graves o sistemáticas en Estados Parte que hayan aceptado esta competencia. No obstante, la Argentina no ha aprobado este Protocolo².

Por su parte, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 se reconoció que los derechos de las mujeres son derechos humanos y que la violencia contra las mujeres es un problema de derechos humanos, instando a los gobiernos, instituciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales a intensificar los esfuerzos a favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer.

En 1995, la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing, dedicaron una sección entera al tema de la violencia contra la mujer, reconociendo que su eliminación es esencial para la igualdad, el desarrollo y la paz mundial.

El reconocimiento de la violencia de género como violación a los derechos humanos y como violación directa a uno o más de los derechos con-

¹ Recomendación General 19, ONU, Doc. CEDAW/C/1992.

² En el año 2001, durante la presidencia de Fernando de la Rúa, el Poder Ejecutivo Nacional envió un mensaje al Senado de la Nación solicitando la aprobación del Protocolo Facultativo. Durante el año 2002, el entonces presidente Eduardo Duhalde solicitó la devolución del mensaje anterior invocando que “si bien el art. 10 del Protocolo (...) establece la posibilidad de que los Estados Parte puedan no reconocer la competencia del referido Comité respecto del emprendimiento de investigaciones, ello no constituye suficiente resguardo frente a las interpretaciones de la Convención y recomendaciones orientadas a la promoción de la despenalización del aborto”. Pese a que existen diversos proyectos en ambas cámaras del Congreso de la Nación proponiendo la aprobación del Protocolo, estos proyectos no han tenido tratamiento.

violencia de género

sagrados por los tratados internacionales de derechos humanos es fundamental. Sin embargo, también ha sido importante el tratamiento explícito de la violencia de género en instrumentos específicos para esta materia, dado tanto su invisibilidad histórica como la trivialización de sus efectos y características particulares. Los instrumentos específicos sobre violencia de género obligan a los Estados a tomar medidas tendientes a combatir su aceptación y naturalización cultural, así como la dependencia económica y la falta de poder político, social y cultural que hace a las mujeres vulnerables a la violencia.

En este sentido, en diciembre de 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el primer instrumento internacional de derechos humanos que se ocupa exclusivamente de la violencia de género: la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Este instrumento contempla disposiciones fundamentales para eliminar la violencia contra las mujeres, en cuanto expresa el consenso político de las obligaciones que los Estados tienen de prevenir, sancionar y erradicar la violencia basada en el género.

Manteniéndonos en el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos, la Comisión de Derechos Humanos decidió, en marzo de 1994, nombrar una relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias. Como parte de su mandato, la Relatoría puede realizar informes, recibir quejas e iniciar investigaciones sobre violencia contra las mujeres en todos los países miembros de Naciones Unidas. Nuevamente, las recomendaciones y observaciones emitidas por esta Relatoría son de vital importancia para evaluar los alcances de las obligaciones de los Estados³.

A nivel regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, o “Convención de Belém do Pará”, fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 9 de junio de 1994. La Convención de Belém do Pará fue ratificada por nuestro país el 5 de julio de 1996 y convertida en ley nacional 24.632. Esta Convención constituye un avance de fundamental importancia en la reconceptualización de los derechos humanos de las mujeres y es la que debe marcar los lineamientos fundamentales para el diseño, implementación, coordinación y seguimiento de las políticas públicas a desarrollar en materia de violencia de género, así como convertirse en el instrumento principal en la jurisdicción interna a los efectos

³ La relatora especial sobre la violencia contra la mujer ha elaborado importantes informes sobre cuestiones generales de la violencia de género, el sistema universal de derechos humanos y la violencia, las causas y consecuencias de la violencia y los derechos sexuales y reproductivos, la violencia contra las mujeres privadas de libertad, la violencia de género y el conflicto armado, entre otros.

de interpretar los derechos de las mujeres y las obligaciones del Estado, especificados en sus artículos 7 y 8.

“Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Artículo 8. Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

- a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;
- b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;
- c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;

violencia de género

- d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;
- e. fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;
- f. ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;
- g. alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;
- h. garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y
- i. promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia”.

Si bien los derechos reconocidos en la Convención y las obligaciones de los Estados ya están incluidos en la Convención Americana y en otros tratados de derechos humanos, muchas veces no se tiene conciencia del alcance o significado que éstos tienen respecto de las mujeres, pero con el texto explícito de la Convención los Estados ya no podrán alegar una interpretación errónea⁴.

Uno de los mayores avances de esta Convención se manifiesta en su propio nombre, al establecer que se aplica a la violencia contra las mujeres, reconociendo que la característica principal de la violencia de género es, precisamente, que se inflige a las mujeres como y por ser tales y que se relaciona básicamente con el sistema social de jerarquías y subordinación entre los sexos. La Convención, a diferencia de la legislación que se refiere a esta temática en Argentina, pero también en América Latina y el Caribe, ha rechazado la utilización de un lenguaje neutral en términos de género y determinó claramente quiénes son mayormente las víctimas, así como también cuáles son las causas sociales de la violencia que la origi-

⁴ Cfr. Medina, Cecilia, *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las mujeres*, con particular referencia a la violencia, en Castermans-Holleman, Monique; van Hoof, Fried y Smithe Jaqueline (eds.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century, Human Rights International Organizations and Foreign Policy. Essays in Honour of Peter Baehr*, Kluwer Law International, La Haya, 1998.

nan, partiendo de la realidad social de desigualdad de poder entre varones y mujeres.

Otro gran aporte de la Convención es el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres se inflige tanto en el ámbito público como en el privado y que los Estados deben asumir la protección de los derechos de las mujeres independientemente del contexto en el cual éstos son violados, corriendo el velo de la privacidad del hogar. Es decir, la Convención obliga al Estado a asumir sus deberes de garante de los derechos humanos y lo responsabiliza por la omisión de cumplir ese rol.

El avance más significativo de la Convención, en cuanto a los mecanismos de protección, se refiere a la legitimidad para presentar denuncias y quejas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o la Comisión) cuando el Estado no cumple con las obligaciones previstas por el artículo 7 de la Convención.

Sin embargo, una de las fallas de esta Convención es que no permite la denuncia ante la Comisión Interamericana por las violaciones de los Estados a su deber de cumplir las obligaciones fijadas en el artículo 8, consistentes en adoptar progresivamente medidas específicas, marcando una división análoga a la diferente preocupación merecida por los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro.

Otra falencia importante es la no inclusión expresa de la aptitud de la Comisión para referir casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De todos modos, se señala que aunque no se mencione directamente a la Corte, es obvio que la misma no se encuentra excluida del proceso, ya que el artículo 12 de la Convención de Belém do Pará⁵ remite al procedimiento previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶. Además, ya se mencionó que una interpretación adecuada de la Convención Americana de Derechos Humanos debe contemplar todos los casos de violaciones de derechos humanos previstas

⁵ Art. 12: Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁶ Ver, en tal sentido, Medina, Cecilia, *Human Rights of Women: Where are we now in the Americas?*, en Manganas, A. (ed.), *Essays in Honour of alicia Yotopoulos-Marangopoulos*, vol. B, Panteion University, Nomiki Bibliothiki Group, Athens, 2003, ps. 907-930.

específicamente por la Convención contra la Violencia y, por lo tanto, aplicarse directamente.

Sin perjuicio de que los tratados internacionales generales de derechos humanos brindan protección suficiente a los derechos de las mujeres, el interés de los organismos internacionales de supervisión es bastante reciente.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no se ocupó de la situación de los derechos de las mujeres hasta el año 1993, cuando reconoció en un informe anual la falta de igualdad en el goce de los derechos humanos de varones y mujeres⁷. Al año siguiente, se nombró un relator especial sobre la mujer, quien en 1998 presentó un importante Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas⁸. A partir de 1995, la Comisión comenzó a incluir un capítulo referido a la situación de los derechos humanos de las mujeres en los informes por país, comenzando con el informe referido a la situación de los derechos humanos en Haití⁹.

En este Informe, la Comisión entendió que las violaciones sexuales contra la mujer en una situación de conflicto armado no sólo constituyen un tratamiento inhumano que atenta contra la integridad física, psíquica y moral, sino además una forma de tortura. En el informe sobre Ecuador del año 1997, la Comisión examinó la violencia doméstica, la violación y el acoso sexual. En el Informe sobre Brasil del mismo año también analizó la violencia física, incluyendo los crímenes de honor y falta de protección judicial para las mujeres víctimas de violencia familiar. En el Informe sobre México de 1998 agregó el problema de la violación marital. El Informe sobre Colombia de 1999 se refirió a la violencia contra las mujeres en el conflicto armado¹⁰.

En cuanto a peticiones individuales, la Comisión y la Corte Interamericana tuvieron oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones. A pesar de no tratarse de un caso de violencia contra la mujer, no quedan dudas que un antecedente fundamental a ser tenido en cuenta es “Velásquez Rodríguez”, resuelto por la Corte en 1988. En este caso, la Corte especifi-

⁷ Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1992-1993 (OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 14, rev. 1, 12 de marzo de 1993), capítulo V, sección V.

⁸ CIDH, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.100, doc. 17, 13 de octubre de 1998.

⁹ CIDH, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití, OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 10, rev., 9 de febrero de 1995.

¹⁰ Para un mayor desarrollo de la labor de la Comisión en la materia, ver Medina, *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las mujeres*, cit. en nota 5, y de la misma autora, *Human Rights of Women: Where are we now in the Americas?*, cit. en nota 6, ps. 907-930.

có las obligaciones de los Estados en torno al deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana, que incluyen la obligación de prevenir e investigar, con la debida diligencia, las violaciones cometidas por actores privados, bajo apercibimiento de ver comprometida su responsabilidad internacional¹¹.

En tal sentido, sostuvo que la obligación de los Estados Parte de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción “implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹².

En sentido concordante, agregó que “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”¹³. En cuanto a la debida diligencia para prevenir las violaciones a los derechos humanos, aclaró que “el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”¹⁴, concluyendo que “si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a

¹¹ Corte IDH, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4. Ver especialmente los párrs. 166, 167, y 172 a 177.

¹² Párr. 166.

¹³ Párr. 176.

¹⁴ Párr. 175.

su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención¹⁵.

En cuanto a la violencia familiar contra la mujer en particular, en el caso “María da Penha”¹⁶, la Comisión Interamericana tuvo oportunidad de aplicar directamente la Convención de Belém do Pará y encontró responsable al Estado de Brasil por incumplir con las obligaciones asumidas en el artículo 7.

En este caso se denunció la tolerancia de Brasil de la violencia marital perpetrada contra María da Penha, quien había sufrido años de maltrato por parte de su cónyuge, que culminaron con una tentativa de homicidio que le produjo una paraplejia irreversible y otros daños a su salud. Luego fue víctima de un nuevo atentado. Pocos días después de la agresión, la víctima solicitó una investigación judicial.

La Comisión tuvo por probado que habiendo transcurrido más de 17 años desde que se inició la investigación por las agresiones de que fuera víctima María da Penha, el proceso contra el ex cónyuge seguía abierto y no se había llegado a sentencia definitiva ni se habían reparado las consecuencias del delito. Advirtió también que “la impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernández es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex marido sufridas por la señora María da Penha Maia Fernández. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer”¹⁷.

La Comisión concluyó que “dado que esta violación contra María da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia

¹⁵ Párr. 176.

¹⁶ Caso 12.051, “María da Penha contra Brasil”, Informe 54/10, cons. 56.

¹⁷ Párr. 55.

doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos casos”¹⁸. Es decir, el Estado fue declarado responsable por acciones cometidas por un particular, ya que había incumplido con su obligación de prevenir, investigar y sancionar con debida diligencia la violencia contra la mujer. Sin perjuicio de ello, es de lamentar que la Comisión no remitiera el caso a la Corte, lo cual hubiera permitido fijar una indemnización en favor de la víctima.

Cabe destacar la fundamental importancia que tienen estos pronunciamientos, teniendo en cuenta los criterios de interpretación en relación a los tratados internacionales de derechos humanos, que deben regir su aplicación en el ámbito nacional.

Así, en la aplicación de los tratados sobre derechos humanos, se debe tener presente el carácter de fuente interpretativa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación acordó a la jurisprudencia de los órganos internacionales de supervisión de los tratados internacionales en el caso “Girol-di”. Allí, la Corte interpretó: “Que la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22) esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia debe servir de guía de interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana (cfr. arts. 7, CN; 62 y 52, CA; y 2, ley 23.054)”¹⁹. En igual sentido se pronunció en los casos “Arana”²⁰ y “Bramajo”²¹, en el cual mencionó que “la opinión de la Comisión Interameri-

¹⁸ Párr. 56.

¹⁹ CSJN, “Girol-di H. s/recurso de casación”, Sentencia de 7 de abril de 1995, en JA, III-1995.

²⁰ CSJN, “Arana, Juan Carlos s/excarcelación”, Sentencia de 19 de octubre de 1995.

²¹ CSJN, “Bramajo, Hernán”, Sentencia de 12 de septiembre de 1996, *Fallos*: 319:1840, cons. 8. En sentido coincidente, en el caso “Leonardo Ángel Sánchez Reisse”, *Fallos*: 321:1328, la CSJN reiteró que “la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la jerarquía constitucional otorgada al Pacto de San José de Costa Rica, debe servir de guía de interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el estado reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (art. 2 de la ley 23.054)”.

cana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales...”. En los casos “Acosta”²² y “Felicetti”²³, la Corte reiteró este criterio, aunque manifestó que ello no implicaba revisar sentencias de tribunales internos pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Siguiendo este principio, para la interpretación y aplicación de la CEDAW deberá considerarse cómo ésta es interpretada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, fundamentalmente a través de su Recomendación General 19, así como también deberán ser tenidos especialmente en cuenta los informes y recomendaciones de las relatorías especiales y demás órganos de seguimiento para analizar los alcances de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

II. La Ley Nacional sobre Protección contra la Violencia Familiar

En el pasado, el Estado se ha mostrado sumamente reticente a toda intervención en casos de violencia en el hogar. Se ha dado más peso a la política dirigida a preservar la intimidad y la integridad de la familia que a una política de atención a la víctima. Actualmente, se ha demostrado que algunas formas de intervención oficial u oficiosa a disposición de las mujeres en casos de violencia en el ámbito familiar y de las relaciones interpersonales pueden reducir los episodios de violencia en general, y los de violencia contra la mujer en particular²⁴.

Aquellos factores sociales –esencialmente la situación de subordinación en que se encuentra la mujer respecto al hombre– que favorecen las manifestaciones de violencia contra las mujeres en el ámbito familiar también operan socialmente, lo cual pone de relieve la importancia de desarrollar estrategias que vayan más allá de las medidas de protección y que se dirijan particularmente a aquellas causas sociales y culturales que promueven y justifican la violencia contra la mujer en general.

La Ley Nacional sobre Protección contra la Violencia Familiar (24.417)²⁵, fue sancionada en diciembre del año 1994 y hace referencia a situaciones de violencia sufridas en el ámbito familiar por cualquiera de

²² “Acosta, Claudia Beatriz”, Sentencia de 22 de diciembre de 1998, *Fallos*: 321:355.

²³ “Felicetti, Roberto”, Sentencia de 21 de diciembre de 2000, en “La Ley”, t. 2001-B-64; DJ 2001-2, 156; JA, 2001-I-484.

²⁴ Levinson, David, *Family Violence in Cross-Cultural Settings*, Newbury Park, Sage (1989), p. 98, y Bowker, L. H., *Beating Wife-Beating*, Lexington Books, 1983.

²⁵ La ley fue sancionada el 7/12/1994, promulgada el 28/12/1994, y publicada en el Boletín Oficial el 03/1/1995. El decreto reglamentario de la ley 24.417 es el 235/1996, del 8/3/1996.

sus integrantes. Si bien esta ley rige en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, fue tomada como modelo para la sanción de numerosas leyes locales, razón por la cual las observaciones hechas a la misma en muchos casos pueden ser extendidas a la normativa provincial²⁶.

Aunque algunos profesionales especialistas en la temática consideran esta ley como un avance legislativo –obviamente lo es si la comparamos con el vacío legislativo anterior– entendemos que presenta diversas falencias que no la constituyen en un instrumento idóneo para cumplir con las obligaciones asumidas por el Estado al suscribir la Convención de Belém do Pará.

En primer lugar, la ley no es lo suficientemente específica para abordar la violencia de género, dado que comprende distintas modalidades de la violencia familiar. La ley presenta a la familia como un todo homogéneo y trata a todos sus integrantes de forma similar, por lo cual es incapaz de brindar respuestas adecuadas a las particularidades de cada situación. Ello se traduce en un marco limitado para la comprensión de las causas y consecuencias de la violencia contra las mujeres, así como en los modelos de intervención y las políticas adecuadas para su prevención, sanción y erradicación.

El artículo 1 de la ley habilita a toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar a denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. Aclara la norma que se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho.

Estableciendo una excepción a la regla del artículo 56 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la ley de violencia familiar no exige patrocinio letrado para iniciar el procedimiento. Si bien es una medida tendiente a facilitar el acceso a la justicia de estos casos, sería más apropiado garantizar en todos los casos asesoramiento y patrocinio jurídico gratuito inmediato a todas las personas interesadas, a fin de asegurar la mejor defensa de sus derechos.

Sobre este aspecto, se debe resaltar que “cuando las víctimas actúan con patrocinio letrado, se observa un mayor apego por parte de los tribunales al procedimiento fijado por la ley. Y a la inversa, la falta de patroci-

²⁶ Existen veinte leyes de violencia familiar o violencia contra la mujer en el orden provincial, con características diferentes según cada provincia. Formosa, Santiago del Estero, Córdoba y Santa Cruz no cuentan con legislación específica, aunque ello no implica que no tengan algún tipo de trabajo o programa sobre la materia. Las leyes dictadas con posterioridad a la aprobación de la Convención de “Belem Do Pará” suelen tener mayores avances.

no coincide con un mayor grado de desapego al procedimiento fijado por la ley²⁷.

Respecto de quiénes pueden formular la denuncia por violencia familiar, el artículo 2 de la ley establece que puede hacerlo en forma voluntaria toda persona víctima de la situación de maltrato familiar, incluyendo al menor de edad o incapaz, que puede poner en conocimiento de los hechos al Ministerio Público. Además, establece que la deben efectuar imperativamente los representantes legales de los menores de edad o incapaces, ancianos o discapacitados y/o el Ministerio Público, y los profesionales de la salud, de los servicios asistenciales, sociales, educativos, públicos o privados y todo funcionario público en razón de su labor. Sobre la obligación de denunciar maltrato contra personas con discapacidad y ancianos, se debería establecer que esta obligación rige sólo cuando se trata de individuos que no puedan manifestar libremente su voluntad.

El doctor Juan Pablo Viar²⁸ ha criticado esta ley diciendo que, si bien es un acierto el incluir en el artículo 2 la obligación de denunciar, la ley no fija un plazo máximo improrrogable para efectuar la denuncia ni establece sanciones específicas para quienes no cumplan con tal obligación y para los terceros no obligados a denunciar que frustren o intenten frustrar su cumplimiento; tampoco protege al denunciante del accionar legal de los agresores. Para favorecer la obligación de denunciar, el legislador debe amparar expresamente al denunciante brindándole protección, indemnidad e inmunidad contra las acciones legales de los autores que tiendan a perseguirlos, atacarlos e intimidarlos (art. 1071, Código Civil, y art. 34, inc. 4, Código Penal)²⁹.

El artículo 3 de la ley hace mención al requerimiento judicial de un diagnóstico de interacción familiar efectuado por peritos de diversas disciplinas, para determinar los daños físicos y psíquicos sufridos por la víctima y la situación de peligro en que se encuentra. La formulación de esta disposición es confusa e inadecuada. Esto suele ocasionar una demora en la decisión judicial, dado que los servicios de salud pueden llegar a tardar mucho tiempo en redactar el informe. Ello se ve agravado porque algunos jueces interpretaron que no podían ordenar medidas cautelares antes de contar con dicho informe. El Decreto 235/96, reglamentario de la ley, pre-

²⁷ Cf. trabajo realizado para UNICEF Argentina por Gabriela Pastorino (mimeo).

²⁸ Viar, Juan Pablo y Lamberte, Silvio, *La obligación de denunciar en la ley 24.417. Violencia familiar y abuso sexual*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998.

²⁹ Cabe destacar que existen antecedentes de profesionales que fueron perseguidos judicialmente por los agresores denunciados, llegando a sufrir el embargo de sus bienes. Como consecuencia, tanto los profesionales como las instituciones dedicadas a la detección y atención del maltrato infantil se tornaron temerosas de estas consecuencias y más

tende subsanar el error y aclara que se trata de un diagnóstico preliminar que deberá ser remitido en el plazo de 24 horas, a los fines de que el juez pueda evaluar la situación de riesgo y facilitar la decisión sobre el dictado de las medidas cautelares. También aclara que el diagnóstico no será requerido cuando el juez no lo considere necesario, cuando la denuncia llegue acompañada por un diagnóstico producido por profesionales o instituciones públicas o privadas especializadas en el tratamiento de la violencia familiar o por informes concordantes del programa del Consejo del Menor y la Familia. Creemos que ésta no es la solución correcta; los jueces deben tener amplias facultades para dictar las medidas cautelares en el momento en que lo consideren necesario sin estar supeditados a ciertos organismos que bien pueden acompañar las etapas siguientes del proceso, colaborando en el seguimiento y aplicación de las medidas precautorias ordenadas judicialmente.

Dada la diferente interpretación que realizan los juzgados al respecto, Jorge Corsi realizó las siguientes observaciones respecto del artículo 3 de la ley 24.417: "Teniendo en cuenta las características del problema de la violencia familiar, no resulta conveniente la evaluación psicopatológica de los miembros de la familia (especialmente de las víctimas). Cuando no se adopta este criterio se produce una segunda victimización por parte de los profesionales que identifican rasgos patológicos en las víctimas en vez de interpretarlos como secuelas del proceso de victimización por el que pasaron (...) Los objetivos del diagnóstico requerido son: determinar los daños físicos y psíquicos sufridos por las víctimas y evaluar el riesgo y el medio social y ambiental de la familia (...) Debe tenerse en cuenta la presencia o ausencia de alguna de las partes en las entrevistas de evaluación, dado que quienes concurren habitualmente a las mismas son las víctimas, no así los agresores".

La ley se centra en la aplicación de medidas cautelares que la persona agraviada puede solicitar al juez de familia. En el artículo 4 de la mencionada ley se enumeran dichas medidas: la exclusión del hogar del agresor, el reintegro al mismo de quien por razones de seguridad debió abandonarlo, la fijación de una cuota de alimentos, la tenencia de los hijos y un régimen de visitas, la medida de prohibición de acceso a determinados lugares. Consideramos que esta enunciación debió ser mucho más amplia, tal como lo desarrollaremos más adelante. Entre otras cuestiones, la prohibición de acceso al domicilio y/o al lugar de trabajo del damnificado debe extenderse al colegio de los hijos y a las casas de los familiares. También se debe impedir el contacto telefónico y postal entre el agresor y la/s víctimas.

El artículo 5 de la ley le otorga al juez la facultad de convocar, con posterioridad a la adopción de las medidas cautelares, a las partes y al Ministerio Público a una audiencia de mediación, instando a las mismas a concurrir a programas educativos o terapéuticos, teniendo en cuenta el informe del artículo 3.

violencia de género

Es importante tener en cuenta que la mediación está expresamente contraindicada en los casos de violencia física, psicológica y sexual, ya que la víctima tiende a ocultar la situación padecida, por vergüenza y fundamentalmente por miedo, y el agresor tiene una conducta disociada: en público se muestra amable, cordial y arrepentido y en privado asume una actitud intimidatoria y agresiva. Por otra parte, cuando hay una situación de desequilibrio de poder entre las partes, como es habitual en situaciones de años de maltrato en el ámbito familiar o de las relaciones interpersonales, no se puede mediar.

Esta situación se agrava más porque los jueces suelen desconocer el procedimiento establecido en la ley y toman la audiencia antes de contar con la evaluación de riesgo y aun antes de adoptar las medidas de protección a que se refiere el artículo 4, instando a las partes a celebrar acuerdos transaccionales sobre atribución del hogar conyugal, tenencia y régimen de visitas³⁰. Estas irregularidades colocan a las víctimas en una situación de gran exposición y desprotección.

Por otra parte, el propósito de los programas educativos o terapéuticos mencionados en la ley es disminuir el riesgo de la continuidad de la violencia y recuperar a las víctimas de los daños físicos y/o psicológicos sufridos. No se debe contemplar la interrupción o continuidad del vínculo entre la víctima y el agresor, ya que esto pertenece a la esfera íntima de la persona, por consiguiente no puede ser indicado por ningún programa.

La ley modifica el Código Procesal Penal de la Nación facultando al juez penal que entiende en un hecho de violencia familiar a excluir del hogar al procesado. Permite entonces a los jueces ordenar la exclusión del miembro de la familia sospechado de haber cometido algún delito en perjuicio de otro integrante de ella, sea cónyuge, concubino, ascendiente o descendiente. Una omisión importante de la ley consiste en no incluir los recursos y las penas alternativas de la privación de la libertad para el agresor con sanciones como multas, realización de trabajos comunitarios, notificaciones a los lugares de trabajo, etcétera, fundamentalmente en casos de incumplimiento de las medidas de protección.

Cabe tener presente que el denunciado frecuentemente no cumple con las medidas cautelares dispuestas judicialmente, no concurre a las evaluaciones fijadas por la oficina pericial, abandona los tratamientos indicados y en la mayoría de los casos continúa con las agresiones en la calle o en el hogar. Frente a esto, la víctima puede apelar a las sanciones que prevé nuestro ordenamiento jurídico para el supuesto de incumplimiento de una orden judicial (art. 239 del Código Penal y 666 *bis* del Código Civil), medida ineficaz ya que en pocos casos un juez penal condena a una persona por desobediencia a un juez civil. Estas deficiencias

reticentes a realizar denuncias.

atentan contra el espíritu de la propia ley, que es el de brindar protección y asistencia al grupo familiar.

De este breve análisis de la ley se puede concluir que la misma no cumple con las obligaciones establecidas por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que ya fueron mencionadas en el capítulo anterior.

Por otra parte, tampoco cumple con las pautas indicadas por la relatora especial sobre la violencia contra la mujer de Naciones Unidas, Radhika Coomaraswamy³¹.

³⁰ Trabajo realizado para UNICEF Argentina por Gabriela Pastorino, citado.

³¹ Según surge del Informe presentado por la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la Resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos del 2 de febrero de 1996, la legislación sobre violencia contra la mujer debe cumplir con los siguientes propósitos:

- a) cumplir con las normas internacionales en la materia;
- b) reconocer que la violencia doméstica es una forma de violencia por razón de sexo dirigida contra la mujer, que ocurre en el seno de la familia y de las relaciones interpersonales, que no se excusará ni se tolerará;
- c) establecer normas específicas que prohíban la violencia contra la mujer en el marco de las relaciones interpersonales y familiares, protegiendo a las víctimas de esa violencia y previniendo otros actos de violencia;
- d) crear una gama amplia de remedios flexibles y rápidos para desalentar la violencia doméstica y el acoso de las mujeres en las relaciones interpersonales y dentro de la familia, y proteger a las mujeres en los casos en que haya ocurrido esa violencia;
- e) garantizar a las víctimas de la violencia doméstica la máxima protección en casos que van desde la violencia física y sexual hasta la violencia psicológica;
- f) establecer departamentos, programas, servicios, protocolos y funciones que incluyan, entre otras cosas, albergues, programas de asesoramiento y programas de adiestramiento para ayudar a las víctimas de la violencia doméstica. Crear y proporcionar oficialmente servicios amplios de apoyo, que incluyan, entre otras cosas:
 - i) servicios de emergencia para las víctimas de abusos y sus familias;
 - ii) programas de apoyo que satisfagan las necesidades específicas de las víctimas de abusos y de sus familias;
 - iii) programas de educación, asesoramiento y terapia para el autor de los abusos y para la víctima;
 - iv) programas para ayudar a prevenir y eliminar la violencia doméstica, que incluyan la toma de conciencia y la educación de la población a ese respecto;
 - v) capacitación de los agentes del orden público para asistir a las víctimas y hacer cumplir la ley efectivamente en casos de violencia doméstica y para prevenir nuevos incidentes de abuso;
 - vi) sensibilización y capacitación de los jueces para que tengan en cuenta los problemas relativos a la custodia de menores, al apoyo económico y a la seguridad de las víctimas en casos de violencia doméstica, estableciendo directrices para las órdenes de amparo y también en materia de sentencias que no trivialicen la violencia doméstica;

violencia de género

Cabe concluir que los principales nudos críticos en relación con la legislación tendiente a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar son los siguientes:

a) *Especificidad de la violencia de género*. La ley 24.417, así como la gran mayoría de la normativa provincial, homologa diferentes situaciones de violencia dentro del ámbito familiar de una forma neutral en relación al género. Las leyes sobre violencia familiar no han recogido la evolución en este sentido que se consagró en la Convención de Belém do Pará en relación a esta conceptualización de la violencia hacia la mujer como resultado de relaciones históricas de distribución asimétrica del poder entre hombres y mujeres.

b) *Políticas y planes estatales*. La ley nacional no hace un diseño detallado de políticas y planes estatales a implementar. Esta es una carencia importante de la ley, que debería incluir un mandato claro y preciso a las autoridades sobre su responsabilidad y sus obligaciones en el desarrollo de políticas públicas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Este punto será desarrollado más adelante.

c) *Bienes jurídicos tutelados*. En estrecha relación con la falta de una conceptualización de la violencia de género se suele plantear un conflicto entre los intereses o bienes jurídicos en juego. De esta manera suele considerarse que hay una colisión entre los derechos de la persona y la protección de la institución familiar.

d) *Definición de violencia*. La ley 24.417 se refiere a la violencia familiar como lesiones o maltrato físico o psíquico. La Convención de Belém do Pará tiene una definición más amplia, que merece ser tenida en cuenta³².

vii) capacitación de asesores que apoyen a la policía, a los jueces y a las víctimas de violencia doméstica y que rehabiliten a los perpetradores de violencia doméstica;

viii) promoción en la comunidad de una mayor comprensión de los hechos y las causas de la violencia doméstica y aliento a que la misma participe en la erradicación de esa forma de violencia.

³² Esta Convención afirma en su art. 1 que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause su muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”, y en su art. 2 agrega que “se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual, y psicológica:

a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato, y abuso sexual;

b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y

c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra”.

Por otra parte, la ley nacional alcanza a aquellas situaciones de violencia cometidas por algún integrante del grupo familiar, entendiendo por tal el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho, sin requisito de convivencia constante. El denominador común de la legislación eficaz en la materia es la amplitud de relaciones que cubre la definición de violencia intrafamiliar y los espacios donde ésta se presenta. A fin de adecuar la normativa a las exigencias internacionales, es necesario incluir algunas relaciones alcanzadas por la violencia como los ex convivientes, situaciones de noviazgo y otras relaciones interpersonales, como lo define la Convención de Belém do Pará.

e) *Procedimientos*. Los procedimientos tienen importancia fundamental, por cuanto de ellos depende que se logren los objetivos de la legislación. De la facilidad para acudir a la justicia y de la aplicación a tiempo de las medidas contra la reiteración de la violencia depende, en buena parte, la protección de la víctima.

Cabe efectuar distintas consideraciones sobre este tema:

– La ley, con criterio adecuado, permite la denuncia oral o escrita. Sin embargo, debería habilitarla no solamente ante el juez de familia, sino ante cualquier juez. Debemos destacar que algunas leyes de América Latina, para facilitar aún más la presentación, obligan a los tribunales a proveer formularios y asistencia para su llenado.

– También debería incluirse la obligación de que, en caso que la víctima careciera de recursos, se le provea de asistencia legal gratuita.

– Debería establecerse que la víctima pueda presentar una denuncia de violencia doméstica ante un servicio de salud que la transmita a la policía de la división judicial en que se encuentre ese servicio.

– Se recomienda que una categoría más amplia de personas, además de la víctima de la violencia, puedan presentar la denuncia, ya que puede suceder que la víctima no esté en condiciones de acceder al juez.

– La legislación podría, además, prever expresamente la posibilidad de aplicación de otras medidas cautelares en la jurisdicción penal, además de la exclusión del hogar.

– Es importante que el procedimiento sea oral y urgente, teniendo en cuenta las posibles situaciones de riesgo en que se encuentran las víctimas de violencia familiar.

– Ya se mencionó que no resulta claro si las medidas cautelares o auto-satisfactivas deben adoptarse posteriormente a los diagnósticos de interacción familiar o pueden ser ordenadas con anterioridad. Debería dejarse expresamente claro que no debe esperarse al diagnóstico para ordenar las medidas cautelares. También es importante fijar los plazos en que debe ser realizado el diagnóstico y los fines del mismo: evaluar la situación de riesgo, los daños físicos o psíquicos sufridos por la víctima, etcétera. Debe tenerse en cuenta que el diagnóstico podrá no ser requerido cuando el juez no lo considere necesario.

violencia de género

– Es importante que el procedimiento prevea la posibilidad de que la víctima obtenga un resarcimiento económico por los daños sufridos (psíquicos, físicos, morales)³³.

f) *Medidas de protección a la víctima*. La ley contiene una enumeración insuficiente de las medidas preventivas que pueden ser adoptadas por el juez.

Uno de los puntos centrales de las leyes contra la violencia familiar radica en las medidas de protección a la víctima. La relatora especial afirma que la legislación debe establecer que podrán solicitar una orden o medida de protección la víctima, un pariente, un asistente social o cualquier persona que asista a la víctima de violencia doméstica. Asimismo, las medidas de protección pueden amparar a la víctima, a un pariente, a un asistente social o a una persona que asista a la víctima de violencia doméstica contra cualquier nuevo incidente o amenaza. La ley debería recoger estas recomendaciones, especialmente las relativas a las medidas preventivas que deberían preverse para proteger a las víctimas.

Entre las medidas que menciona, se encuentran:

– impedir que el agresor/acusado siga causando nuevas violencias a la víctima/denunciante, a sus familiares a cargo, a otros parientes o a personas que asistan a la víctima contra la violencia doméstica;

– ordenar al acusado que desaloje la vivienda familiar, sin decidir en modo alguno la propiedad de dicha vivienda;

– ordenar al acusado que siga pagando el alquiler o la hipoteca y que pague una pensión de alimentos a la denunciante y a las personas a cargo de ambos;

– ordenar al acusado que entregue el uso de bienes o efectos personales esenciales a la denunciante;

– reglamentar el acceso del acusado a los hijos a cargo;

– restringir la comunicación del acusado con la denunciante en su lugar de trabajo y otros lugares frecuentados por la denunciante;

– prohibir al acusado la compra, el uso o la posesión de un arma de fuego o cualquier otra arma especificada por el tribunal si se considera que el uso o posesión de un arma por parte del acusado puede plantear una amenaza grave de daño para la denunciante;

– ordenar al acusado el pago de las facturas médicas de la denunciante, los honorarios de sus asesores o sus gastos de alojamiento;

³³ En este sentido, una de las obligaciones impuestas por la Convención de Belém do Pará en su art. 7, inc. G, es “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”. Entre las leyes provinciales, ver la de San Juan (art. 16).

– prohibir los actos unilaterales de disposición de los bienes en comunidad;

– informar a la denunciante y al acusado que si el acusado infringe la orden de restricción, podrá ser detenido y que podrá ser procesado;

– informar a la denunciante que, no obstante la existencia de una orden de restricción en virtud de la legislación sobre la violencia doméstica, podrá solicitar al fiscal que inicie una acción penal contra el acusado;

– informar a la denunciante que, no obstante la existencia de una orden de restricción en virtud de la legislación sobre la violencia doméstica, podrá iniciar el proceso civil y demandar el divorcio, la separación, o una indemnización por daños y perjuicios;

– celebrar audiencias a puerta cerrada para proteger la vida privada de las partes.

g) *Sanciones al agresor*. La ley debería prever sanciones para el agresor. Si el hecho de violencia no está tipificado como delito, algunas leyes de América Latina imponen sanciones (por ejemplo, trabajo comunitario o una multa que, en ciertas circunstancias, pueden doblarse o ser suspendidas o sustituidas). Si el hecho está tipificado como delito, se aplicará la ley penal³⁴.

Es fundamental la aplicación de sanciones ante el incumplimiento de órdenes de protección. En los casos de violencia doméstica, la falta de sanciones agrava la situación dada la percepción de las mujeres de que el ámbito legal es de escasa ayuda para superar el problema. Así, se profundiza la sensación de vulnerabilidad de las mujeres y de impunidad de los agresores, lo que obstaculiza la presentación de nuevas denuncias y fomenta la deserción del proceso. Debe quedar claro que la transgresión de una orden de protección constituye un delito. El incumplimiento puede dar lugar a la imposición de una multa y a la iniciación de la persecución penal.

h) *Mediación o conciliación*. La ley de violencia familiar establece una audiencia de mediación. Como fue señalado, en todos los foros internacionales ha existido acuerdo unánime en señalar que dicha técnica se halla expresamente contraindicada en los casos de violencia doméstica³⁵.

³⁴ Véase, en este sentido, la legislación de Bolivia y Ecuador, entre otras.

³⁵ Véase, entre otros, Haynes, John M., *Los fundamentos de la mediación familiar*, Ed. Gaía, donde se indica qué sucede en entrevistas conjuntas en casos de violencia familiar: 1) la mujer maltratada espera que la pareja hable en primer lugar; 2) la mujer está atenta cada vez que él habla, observando sus reacciones; 3) la mujer suaviza cualquier conflicto que pueda producirse en una entrevista conjunta por temor a las represalias cuando dejen ese espacio; 4) el varón habla la mayor parte del tiempo (a menudo más del 75%); 5) el varón le envía a ella claras señales de advertencia por medio de movimiento de ojos, expresiones o palabras; y 6) el varón despliega en general una serie de quejas acerca de la mujer, quien no se defiende.

violencia de género

Se podrá alegar que son las partes quienes acceden a un acuerdo, pero no podemos asumir que la convalidación de los interesados siempre sea suficiente, ni que estos acuerdos hayan contado con libre y pleno consentimiento, ya que existen condiciones subyacentes de desigualdad y disparidad entre las partes. Ante esta situación, pretender utilizar la mediación no sólo provoca injusticias –pues es imposible arribar a un acuerdo entre las partes genuinamente consentido– sino que puede resultar peligroso y puede someter a la mujer a nuevas situaciones de violencia.

i) *Evaluación y seguimiento de la legislación sobre violencia.* Es necesario que la propia legislación prevea mecanismos de evaluación y seguimiento y disponga de los recursos suficientes para su desarrollo, de modo de evidenciar sus dificultades y poder especificar los recursos, reformas, y mecanismos necesarios para su implementación. Asimismo, es necesario contar con registros uniformes para los tribunales, fiscalías y comisarías que intervengan en casos de violencia.

III. Políticas públicas en materia de violencia familiar

La ley 24.417, al igual que la mayoría de sus similares locales, no contemplan los lineamientos de acción que el Estado debe seguir en la materia, incumpliendo con la Convención de Belém do Pará, que marca las pautas fundamentales para el diseño, implementación, coordinación y seguimiento de las políticas públicas a desarrollar en materia de violencia contra las mujeres.

Conforme los compromisos internacionales asumidos, el Estado debe promover planes de acción concretos, con lapsos determinados de cumplimiento y, fundamentalmente, con la asignación presupuestaria correspondiente.

Es necesario, no sólo sancionar las medidas jurídicas para conminar al agresor a cesar con la violencia y establecer procedimientos legales justos y eficaces para garantizar la protección de las víctimas y asegurar el acceso efectivo a resarcimiento y reparación del daño, sino también establecer políticas y planes tendientes a:

- la enseñanza y capacitación sobre derechos humanos;
- la integración activa y visible de la dimensión de género en todas las políticas y programas en materia de violencia contra las mujeres;
- la capacitación y sensibilización de los responsables de la aplicación de esas políticas, como los/as funcionarios/as encargados/as del cumplimiento de la ley, los/as miembros de la policía y los/as asistentes sociales, el personal médico y el personal judicial;
- la modificación de los modelos de conducta sociales y culturales de las mujeres y los varones, y la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de otro tipo basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad de uno de los sexos y en funciones estereotipadas asignadas a varones y mujeres;

– la creación de mecanismos institucionales a fin de que las mujeres y las niñas puedan dar parte de los actos de violencia cometidos contra ellas e interponer denuncias al respecto en condiciones de seguridad y confidencialidad;

– el establecimiento de centros de acogida y servicios de apoyo dotados de los recursos necesarios para auxiliar a las niñas y mujeres víctimas de la violencia y prestarles servicios médicos, psicológicos y de asesoramiento, así como asesoramiento letrado a título gratuito, además de la asistencia que corresponda para ayudarles a encontrar medios de vida suficientes;

– la organización de campañas de educación y capacitación de la comunidad encaminadas a despertar la conciencia de que la violencia contra las mujeres constituye una violación de sus derechos humanos;

– la difusión de la información sobre la asistencia de que disponen las mujeres y las familias que son víctimas de la violencia;

– los servicios de asesoramiento y rehabilitación para los autores de actos de violencia;

– los programas de asesoramiento, rehabilitación y apoyo para niñas, adolescentes y jóvenes que hayan sido o sean objeto de relaciones abusivas;

– la responsabilidad de los medios de comunicación de promover imágenes no estereotipadas de mujeres y varones y de eliminar los patrones de conducta generadores de violencia que en ellos se presentan;

– la investigación, recolección de datos y elaboración de estadísticas, relacionadas con la frecuencia de las distintas formas de violencia contra las mujeres, las causas, la naturaleza, la gravedad y las consecuencias de esta violencia, así como sobre la eficacia de las medidas aplicadas para impedir la y reparar sus efectos.

El informe de la relatora especial también enumera los servicios que debe establecer una legislación en esta materia. En primer lugar, considera los servicios de emergencia, en particular:

i) servicios de intervención en circunstancias de crisis, de 72 horas;

ii) acceso constante y admisión a los servicios;

iii) transporte inmediato desde el domicilio de la víctima hasta un centro médico, refugio o lugar seguro;

iv) atención médica inmediata;

v) asesoramiento letrado de urgencia y remisión a un letrado;

vi) asesoramiento en circunstancias de crisis para proporcionar apoyo y seguridad; y

vii) tratamiento confidencial de todas las comunicaciones con las víctimas de violencia doméstica y sus familias.

También afirma que los Estados deberán ofrecer servicios ordinarios, distintos de los de emergencia, en particular:

i) servicios para asistir en la rehabilitación a largo plazo de las víctimas de violencia doméstica mediante asesoramiento, formación laboral y consultas;

violencia de género

- ii) servicios para asistir en la rehabilitación a largo plazo de los autores de abusos, mediante asesoramiento;
- iii) programas sobre la violencia doméstica administrados independientemente de los programas de asistencia social;
- iv) servicios en cooperación y coordinación con servicios y programas estatales y locales, públicos y privados.

Por otra parte, dedica especial atención a la formación de recursos humanos. En este sentido, establece que el departamento de policía deberá establecer y mantener un programa de educación y formación de agentes de policía para familiarizarlos con la problemática de la violencia doméstica contra la mujer. Asimismo, la relatora recomienda establecer dependencias especiales donde los agentes de policía reciban formación intensiva y especializada para tratar casos más complejos. Educadores, psicólogos y víctimas deberían participar en programas de seminarios para sensibilizar a la policía.

Con relación a la formación de funcionarios judiciales, la relatora afirma que deben llevarse a cabo programas de capacitación continua sobre el tratamiento de los casos de violencia doméstica, que comprendan directrices sobre la expedición de órdenes de restricción y de protección, el asesoramiento de las víctimas sobre los recursos legales disponibles y las directrices en materia de condenas.

Finalmente, la relatora expresa que los Estados deben proporcionar asesores y consejeros capacitados que orientarán a la policía, los jueces, las víctimas de violencia doméstica y a los autores de esa violencia.

A nivel nacional, el Consejo Nacional de la Mujer³⁶ es el órgano encargado de impulsar y monitorear el efectivo cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Desde el año 1996, de conformidad con acuerdos firmados con UNICEF, el Consejo desarrolla el Plan Nacional de Capacitación, Asistencia Técnica y Sensibilización en el tema de la Violencia contra la Mujer.

En este marco, ha preparado la serie “La violencia contra las mujeres en el ámbito de las relaciones familiares”, que incluye un manual destinado a profesionales dentro de los ámbitos gubernamentales y no guber-

³⁶ El Consejo Nacional de la Mujer fue creado en el año 1992 con el objetivo institucional de dar cumplimiento a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En la actualidad, se encuentra inserto dentro de la estructura de la administración pública bajo la órbita del Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales (Decreto 892/1996), habiendo sufrido una desjerarquización desde su creación.

namentales, en el que se brinda información, orientaciones teóricas y metodológicas para la intervención en situaciones de violencia contra la mujer en las relaciones intrafamiliares³⁷.

Por otro lado, ha puesto en marcha un Sistema de Información y Monitoreo de la Violencia Familiar contra la Mujer, dentro del cual ha planificado un Registro Único de Casos con un Programa Informático para el Ingreso y Análisis de Información. Este registro tiene básicamente como objetivo la recopilación de datos sobre la población que concurre a servicios gubernamentales, no gubernamentales y áreas académicas del país³⁸.

A nivel local, se pueden destacar algunos programas, entre ellos, los programas de la Dirección General de la Mujer del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (DGMUJ) que desde 1990 se llevan adelante y tienen como objetivo la prevención y asistencia a la violencia doméstica; los Programas del Área de la Mujer de la Ciudad de Rosario, tales como el Programa de Atención y Prevención a la Violencia Familiar; y el Programa Municipal de la Mujer de la Ciudad de Paraná, creado en marzo del año

³⁷ Según surge del “Proyecto Balance Regional Violencia CLADEM-UNICEF, Argentina, año 2003”, realizado por María Bressa y Gloria Schuste, este manual tiene como objetivos “brindar lineamientos teóricos básicos para el abordaje de las situaciones de violencia contra la mujer; aportar documentación sobre los aspectos legales referidos a la temática; transferir orientaciones metodológicas básicas para la etapa de intervención a nivel local”.

Además, destacan estas autoras que “el Manual se integra con dos Instructivos, uno, destinado a las capacitadoras y capacitadores y otro, para el Desarrollo de Talleres, para los/as participantes. Esta asistencia técnica y capacitación es acordada de manera conjunta entre el organismo solicitante y el CNM, de acuerdo con las necesidades locales y/o regionales.

Asimismo, se brinda la posibilidad de fortalecer servicios especializados que ya estén en funcionamiento y quieran potenciar recursos propios y/o políticas de intervención transversales con otras áreas del propio gobierno provincial y/o local.

Una prioridad en este programa es estimular la formación de redes de gobiernos provinciales y/o municipales y organizaciones de la sociedad civil para la asistencia a las mujeres víctimas de violencia”.

³⁸ Se destaca también en el proyecto mencionado en la cita anterior que “el Instrumento se ha implementado de modo tal que permita estimar la prevalencia e incidencia de la demanda institucional (es decir, de los casos atendidos por los Servicios) recabando datos sobre el perfil sociodemográfico de la población atendida, antecedentes familiares, motivos de consulta, situación vincular, antecedentes de maltrato, redes sociales, tiempo de exposición a la situación de violencia por la que se consulta, accesibilidad al servicio, entre muchas otras variables relevadas.

Actualmente más de 40 Servicios de todo el país han sido capacitados en el uso y aplicación de dicho instrumento, y una gran parte de ellos han comenzado a producir información sobre la población atendida”.

violencia de género

2000 y que trabaja desde una perspectiva de género en dos áreas: “Derechos Sexuales y Reproductivos” y “Prevención de la Violencia contra la Mujer en el ámbito familiar”. Sin embargo, existen provincias que no cuentan con ámbitos institucionales donde se diseñen e implementen políticas públicas para las mujeres o la violencia familiar en particular.

Por su parte, en el Ministerio de Justicia funciona la Dirección Nacional de Política Criminal, que tiene a su cargo el Programa de Prevención de la Violencia Familiar. Este programa funciona con la participación de un cuerpo interdisciplinario compuesto por varios actores. Su objetivo es asistir y asesorar a los jueces en el diagnóstico de riesgo e interacción familiar.

El Programa cuenta con un área de difusión, aunque su actividad se limita a la distribución de folletos en los Centros de Asistencia Jurídica y de Mediación Comunitarios y en el Cuerpo Interdisciplinario.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado una acordada tendiente a la apertura de una oficina de atención de casos de violencia doméstica³⁹.

Especialistas en la materia han señalado la ausencia de un criterio especializado que proporcione homogeneidad a las respuestas del sector público. En tal sentido, se menciona que la forma de atender el problema varía notablemente en cada municipio del país, y que “las políticas de atención y prevención del problema de la violencia familiar dependen del criterio personal de los funcionarios con capacidad de decisión, y no de una estrategia concertada de políticas públicas. En la mayor parte de los casos, los reducidos recursos que se asignan al problema se agotan en la atención de las urgencias, sin que puedan articularse programas de prevención que apunten a objetivos de más largo plazo”⁴⁰.

Los pocos *programas y servicios* existentes a nivel nacional son demostrativos de la falta de compromiso real con la materia. En tal sentido, puede afirmarse que nuestro país no ha cumplido los compromisos internacionales asumidos.

³⁹ El 22 de septiembre de 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la Acordada 33/2004, por la que constituyó un grupo de trabajo integrado por magistradas/os del Poder Judicial de la Nación para que elaboraran un proyecto de “una oficina de atención de casos de violencia doméstica, con funcionamiento las 24 horas del día, todos los días del año, que garantice el efectivo acceso a la justicia de los peticionantes y provea a los jueces de los recursos necesarios para ejercer plenamente su labor jurisdiccional”. La coordinadora del grupo de trabajo, Dra. Analía Monferrer señaló que a febrero de 2005 el grupo no está constituido y que el objetivo de la oficina será de derivaciones y no asesoramiento y/o patrocinio. Del texto de la acordada surge que está dirigido a personas en situaciones de vulnerabilidad, pero en ningún momento se distingue a mujeres o niños/as como grupo particularmente afectado por la violencia doméstica.

⁴⁰ Jorge Corsi, en “Clarín”, 24 de junio de 2004.

La violencia familiar y, en general, la violencia contra la mujer, no son temas prioritarios en la *agenda pública estatal* (en líneas generales, se puede sostener esto tanto a nivel nacional, provincial y municipal), lo que se evidencia en la ausencia casi absoluta de planes y programas destinados a combatir eficazmente la violencia contra la mujer.

En particular, en el Proyecto Balance Regional Violencia CLADEM-UNIFEM, Argentina, año 2003, se destaca que “en el país funcionan 18 Centros de Asistencia a Víctimas de Delitos en las ciudad autónoma de Buenos Aires dependiente de la Procuración General de la Nación, además en las Provincias de Buenos Aires (ciudad de La Plata), Chubut (con oficinas en la ciudad de Trelew y Comodoro Rivadavia), Córdoba, Mendoza, Neuquén, Río Negro, Santa Fe (con oficina en las ciudades de Santa Fe y Rosario), Salta, Catamarca, Chaco, Tucumán, La Rioja y San Luis”⁴¹.

Estos escasos servicios disponibles se limitan, en general, a atención telefónica de víctimas de violencia familiar, y asesoramiento legal y psicológico, en forma sumamente insuficiente. Además, tal como destacan María Bressa y Gloria Schuste en el Proyecto citado, “los servicios de ayuda y/o asesoramiento telefónico no atienden en horario nocturno, ni los sábados, domingos y feriados, en la mayoría de las localidades del país”.

También se advierte en el Proyecto mencionado que “algunos Centro de Asistencia a la Víctima se encuentran desbordados debido a las demandas de atención, en algunas ciudades del país, principalmente aquellas donde hay pocos lugares donde concurrir. La contracara de lo anterior son las localidades donde sí existen distintos tipos de servicios para atender la problemática. La falta de articulación entre ellos provoca superposición de servicios, competencias y se termina no siendo eficientes en la atención”.

Por otra parte, no existen casas-refugio suficientes para albergar a las víctimas de violencia en los casos en que resulta necesario. Al respecto, se destaca en el Proyecto que “a nivel nacional se han podido registrar hasta el momento 9 refugios: Misiones, Río Negro: Hogar la Casita de la Mujer-Centro comunitario ‘San Pantaleón’, San Juan: Hogar de Tránsito ‘Eva Perón’, Santa Cruz, Santa Fe (Rosario), Entre Ríos, Chubut (Comodoro Rivadavia), Gobierno de Ciudad de Buenos Aires (2), Provincia de Buenos Aires (según datos del Consejo Nacional de la Mujer, para la ciudad de Buenos Aires y la provincia, (año 2001) se registran 11 alojamientos transitorios dependientes de iglesias especialmente). Si incorporamos estos 11 alojamientos tenemos alrededor de 20 refugios o casas alojamiento, pero esta cifra no dice nada debido a que no hay ninguna políti-

⁴¹ Bressa y Schuste, “Proyecto Balance Regional Violencia CLADEM-UNICEF, Argentina, año 2003”, citado.

ca de funcionamiento de los mismos, son privados y dependen de congregaciones religiosas, iglesias evangélicas o católicas⁴².

Tampoco se encuentran programas serios destinados a modificar patrones culturales subyacentes a la violencia de género.

La falta de voluntad política real para abordar la problemática se evidencia también en la falta de asignación de recursos económicos; la discontinuidad de los programas y la falta de equipos interdisciplinarios suficientemente capacitados en la especificidad de la violencia de género; la ausencia de articulación entre el Estado y las organizaciones que trabajan en la temática y en los programas de salud, la falta de medidas adecuadas para fomentar la visualización, sensibilización y capacitación en violencia de género, la insuficiencia de las casas-refugio para mujeres golpeadas y de los programas de fortalecimiento económico y/o inserción laboral de las mujeres víctimas; la falta de recursos para que las mujeres víctimas de violencia puedan acceder a los servicios de atención, hospitales, asesorías y centros de justicia (fundamentalmente para las mujeres de sectores rurales); la falta de capacitación de los operadores vinculados a la atención y solución de casos de violencia familiar y la consecuente revictimización que sufren las mujeres que asisten a la policía, servicios de salud o la administración de justicia; la ausencia de voluntad política para adecuar la ley de violencia familiar a las pautas establecidas en la Convención de Belém do Pará y en la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, etcétera.

IV. Jurisprudencia

En lo que se refiere a la jurisprudencia desarrollada en materia de violencia familiar, es preciso señalar la tendencia de los tribunales judiciales a negar, menospreciar y desvirtuar esta problemática. Ello se evidencia en el subregistro de casos, en el archivo de los expedientes o desistimiento en los hechos de la investigación, en la falta de indicadores diferenciados por género, etcétera.

Estas carencias implican que los análisis jurisprudenciales que se efectúen necesariamente serán limitados y únicamente podrán relevar los criterios mayoritarios sostenidos en las sentencias, pero no serán demostrativos de la cantidad real de casos denunciados y de la eficacia de la respuesta judicial. Ciertamente, ello conlleva que las propuestas, basadas en indicadores judiciales, que puedan formularse para prevenir los hechos de violencia familiar y, cuando acaecen, dar una respuesta adecuada, carecen de información verídica suficiente.

⁴² Ídem.

Fernando Ramírez, en su investigación *El tratamiento de la 'violencia doméstica' en la justicia ordinaria de la Capital Federal*⁴³ señaló “que los casos que presentan hechos que podían calificarse como de violencia doméstica son mucho más numerosos de lo que podría imaginarse y que casi todos ellos han sido precedidos por reclamos de intervención de alguna de las partes involucradas, que no recibió respuesta por parte del sistema policial o judicial. Desde infructuosos intentos de formular una denuncia hasta rápidos archivos de actuaciones, constituyen antecedentes frecuentes de hechos de alta intensidad de violencia”.

El objetivo de esta investigación consistía en “examinar el modo en que el fenómeno de la violencia doméstica era captado y categorizado por los tribunales de la justicia nacional de la Capital Federal, para determinar en qué medida se desdibujaba su especificidad y proponer, de ser posible, una metodología que permita transparentar el fenómeno, logrando un registro adecuado en miras a un programa de detección y prevención eficiente”. Se partió de la intuición, basada en la experiencia, de que los casos de violencia doméstica que de algún modo quedaban expuestos en los expedientes judiciales eran más numerosos que los que informaban los registros oficiales.

Entre sus conclusiones destaca:

“Al avanzar en la investigación, pudo determinarse que no solamente se estaba frente a un fenómeno de sub-registro, producto de un mero efecto estadístico, sino que tal subregistro además de opacar la magnitud del problema, ocultaba otros dos fenómenos: a) el claro sesgo de género que atraviesa al fenómeno de violencia doméstica y b) la esquivia, en el mejor de los casos, respuesta que el sistema reserva para los casos de violencia doméstica.

En efecto, en cuanto al subregistro se refiere, en el ámbito de la justicia correccional, sólo se registran como vinculadas a violencia doméstica al 5,05% de los casos, pero el relevamiento permitió determinar que pertenecen a esa categoría el 24,04%. Aunque en el caso de las lesiones, asciende al 35% de los casos y en las amenazas a más del 37%.

Respecto de las causas ingresadas ante la justicia de instrucción, los registros no permiten individualizar los casos de violencia doméstica que son contabilizados según el tipo de delito de manera general. No obstante ello, el relevamiento permitió determinar que en el conjunto de casos con autores individualizados, los vinculados a este fenómeno representaron el 12,4%. Ahora bien, considerando sólo los delitos que tienen por finalidad afectar la integridad física, psíquica y sexual de las personas, los casos de violencia doméstica

⁴³ Investigación realizada en el marco del Programa de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina con el auspicio del Banco Interamericano de Desarrollo, “Hacia una jurisprudencia de igualdad”, Buenos Aires, 2003, AMJA.

violencia de género

representaron el 35% del total. Particularmente llamativo debe considerarse el hecho de que resultaron ser casos de violencia doméstica uno de los dos homicidios registrados en el período considerado y el 78% de los abusos sexuales. En el ámbito de los juzgados de familia, donde existe un registro más cuidadoso, también se detectó que éstos no reflejaban con exactitud el número de casos reales. De este modo, mientras el sistema registró como casos de violencia familiar algo más del 10% de los expedientes, el relevamiento permitió determinar que casi la cuarta parte del total corresponde a fenómenos de violencia doméstica”.

Si bien Fernando Ramírez tiene en cuenta el modo en que las captaciones legales condicionan la categorización estadística, considera que, sin embargo, no debe atribuirse exclusivamente a ellas la existencia de categorías que no transparentan el fenómeno de la violencia doméstica. Así, afirma que “la ley penal contempla en numerosos casos agravantes específicos cuando los delitos se llevan a cabo contra familiares o convivientes, por las que los motivos que llevaron a no registrar tales casos de manera diferenciada, aun cuando en su conjunto constituyeran un número altamente significativo, responde exclusivamente a un criterio estadístico que nunca fue explicitado y que debería ser reexaminado”.

Agrega que “el subregistro no sólo tiene como consecuencia la evidente subestimación del fenómeno, sino que además impide el correcto enfoque del mismo al brindar sólo una muestra parcial. De ese modo se encubren dos situaciones”. La primera de ellas es el claro sesgo de género que lo atraviesa dado que “el examen del comportamiento del grupo de los varones y las mujeres en los casos de violencia doméstica, deja al descubierto la innegable relación entre éste fenómeno y la violencia basada en el género. Ésa es la única explicación a la enorme disparidad entre el número de hombres y mujeres agresores y, más sensiblemente, entre hombres y mujeres víctimas”.

La segunda situación que queda al descubierto según esta investigación es la respuesta del sistema a los casos de violencia doméstica. En este sentido se señala que “El relevamiento efectuado en sede correccional permitió determinar que las causas que reportaban casos de violencia doméstica eran rápidamente clausuradas y archivadas. En el 87 % de los casos el Ministerio Público Fiscal no halló mérito en ninguno de ellos para llevar a cabo la pertinente investigación. Incluso casos con lesiones médicamente comprobables siguieron el camino de un rápido archivo. Por el contrario, en los 224 casos restantes, en los que hubo indicación concreta de autores, pero no estaban en juego cuestiones de violencia doméstica, sólo se ordenó el archivo del 34% de las causas, prosiguiéndose la investigación de las restantes. Por cierto, este trámite acelerado que reciben los casos de violencia doméstica aparece absolutamente enmascarado en el registro oficial. En efecto, de las causas específicamente consideradas

como tales (infracciones a las leyes 13.944 y 24.270) permanecían abiertas el 30%, en tanto que de las restantes sólo el 8%, aunque si consideramos que en una de las causas cuya investigación prosiguió se hallaban concurrentemente afectados intereses distintos a los del núcleo doméstico, el porcentaje desciende al 7%. De 25 amenazas denunciadas en el ámbito doméstico, pasado el mes, sólo una continuaba siendo investigada en tanto que, de las lesiones, más del 90% había sido archivada en el mismo período. Se tiene mucho más éxito denunciando la lesión ocasionada por un tercero que aquella que fue causada por un familiar conviviente. De nada sirve la comprobación objetiva de que en los casos de violencia doméstica, las amenazas verbales suelen acompañarse con vías de hecho con mayor frecuencia que las que involucran a personas sin vinculación familiar. Aun así, las amenazas en ámbitos domésticos difícilmente serán investigadas”.

Ramírez concluye que la inmediata clausura y archivo de las actuaciones dejan sin respuesta a quien finalmente se atrevió a denunciar, y lo devuelve a la misma situación en que se produjo el episodio denunciado, reforzando objetivamente al agresor. Añade que los casos de violencia extrema en ámbitos domésticos suelen ser precedidos por numerosos episodios menores que, oportunamente denunciados, no recibieron otra respuesta que el archivo. “Sin embargo, la falta de un adecuado registro presenta estos casos como excepcionales, cuando la regla parece ser que se los desatienda”.

Además, existen diversos obstáculos respecto del acceso a la justicia y al funcionamiento del sistema judicial en estos casos, tales como la demora en los trámites administrativos judiciales, las frecuentes dilaciones en la tramitación de los procedimientos, la ausencia de instrucciones y preparación al personal que interviene en estos casos, y la falta de intermediación suficiente por parte de los jueces y del Ministerio Público en las primeras actuaciones realizadas en dependencias judiciales. También se advierte como un obstáculo importante la falta de acceso a la justicia por la ausencia de apoyo jurídico gratuito, el que, si bien no es imprescindible para la solicitud de las medidas cautelares y la realización de la denuncia, sí lo es para la tramitación del juicio. Otro obstáculo importante es la ausencia total o la precariedad de recursos para sostener en el tiempo una labor interdisciplinaria en el plano institucional⁴⁴.

Efectuadas estas aclaraciones previas sobre la ineficacia general del Poder Judicial para afrontar la problemática de la violencia familiar, a continuación se mencionan las siguientes conclusiones respecto de cuáles son

⁴⁴ Cfr. Bressa y Schuste, “Proyecto Balance Regional Violencia CLADEM-UNICEF, Argentina, año 2003”, citado.

los criterios judiciales adoptados en la aplicación de Ley de Protección contra la Violencia Familiar.

IV. 1. Finalidad de la ley

En general, hay acuerdo en que la finalidad de la ley 24.417 “apunta a la cesación del riesgo que pesa sobre las víctimas evitándoles así un agravamiento de los perjuicios concretos derivados del maltrato que se cierne sobre ellas, que de otro modo, podrían ser irreparables (...) Persigue que de un modo eficaz e inmediato se dé una solución a situaciones familiares donde impera la violencia física o psíquica de quienes integran el grupo familiar”⁴⁵.

En el mismo sentido se han manifestado las distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que sostuvieron que la ley mencionada está inspirada en la finalidad de hacer cesar el riesgo que pesa sobre las víctimas, evitándoles el agravamiento de los perjuicios concretos derivados del maltrato que se cierne sobre ellas que, de otro modo, podrían ser irreparables, pues sólo es posible removerlos a través de la adopción de medidas eficaces, urgentes y transitorias. Esta doctrina fue sostenida por la Sala A en autos “K., G. N. c. B., E. A.”⁴⁶, la Sala F en la causa “M. P., C. P. c. D., M. E.”⁴⁷, entre otros.

No obstante, se encuentran algunos pronunciamientos que, con criterio reprochable, afirman que “es dable instar a las partes a que reflexionen como lo aconsejó el juzgador en la audiencia que sostuvo con ellos. Ambos manifiestan que no es su intención divorciarse y sí, en cambio, realizar una terapia. Es necesario disminuir la conflictiva matrimonial a fin de mantener –primordialmente– la relación paterno filial, aun cuando para lograrlo resulte aconsejable acudir provisionalmente a la abstención de la convivencia por la situación de riesgo existente”⁴⁸. En el mismo sentido, se sostuvo que “si bien es cierto que su finalidad genérica es proteger a las personas frente a las lesiones o malos tratos infringidos por parte de algún integrante del grupo familiar al que pertenece, su propósito específico no es otro que el de lograr (previo cumplimiento de diversos recaudos y adopción de medidas cautelares) el tratamiento de las partes o

⁴⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, “P., G. A c T., A. M”, 12/5/1999; Sala A, 21/5/1996, ED 173-528; Sala C, 17/4/1997, JA, 1997-IV-292; Sala H, 16/7/1997, LL, 1998-B-247; Sala A “K. G. N. c. B. E. A.”, 21/5/1996.

⁴⁶ LL, 1997-B- 517.

⁴⁷ DJ, 28/7/2004, 1011.

⁴⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil, “V., F. c. S., J.”, LL, 1997-E-572.

del grupo familiar para proseguir la convivencia, haciendo cesar y previniendo nuevas situaciones de violencia (arg. art. 5 de la ley)⁴⁹.

Obviamente, esta es una interpretación que no se condice con los fundamentos reales de la ley y que sólo contempla la valoración subjetiva del juzgador de los bienes jurídicos en juego. La ley pretende hacer cesar la violencia, pero de ninguna manera impone ni se propone que las partes prosigan su convivencia. El fin de la ley no debe ser la preservación del vínculo familiar (objetivo que por otra parte no puede ser impuesto por vía legislativa, en virtud del principio de autonomía de la persona) sino la protección de la integridad personal de las personas que integran o han integrado una relación familiar. En este orden de ideas, la alzada revocó el pronunciamiento de primera instancia, rechazando de plano el criterio sostenido por la *a quo* en cuanto afirmó que “las medidas peticionadas si bien podrían alejar la posibilidad de que el esposo ejerciere violencia de cualquier índole contra la peticionante, no tendría la finalidad de lograr –con tratamiento mediante del grupo familiar– la convivencia de las partes, que es a lo que apunta la normativa señalada”, y concluyó que se configuraba una sentencia arbitraria por no tener sustento en la normativa aplicable.

Diversas decisiones judiciales han expresado que no resulta un requisito necesario el hecho de que la mujer conviva con el marido, así como tampoco que haya manifestado que no quiere regresar con él a los fines de que se admita una denuncia por violencia familiar, ya que la propia ley 24.417 no contempla este hecho como una circunstancia inhabilitante para poder invocar el amparo de la normativa⁵⁰. En este sentido, la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el caso “M. P., C. P. c. D., M. E.”, sostuvo que “como ya resolvió el Tribunal en similares precedentes, la ausencia de convivencia no figura siquiera indirectamente prevista por la ley 24.417 como inhabilitante para poder invocar el amparo de la normativa (v. CNCiv., sala C, R.216.644, del 17/4/1997; id. R. 227.232, del 30/9/1997, pub. en JA, del 13/5/1998, p. 38). No debe excluirse a los supuestos de maltrato físico psíquico que se encuentran comprendidos en el art. 1° de la ley 24.417, aunque la denunciante hubiera manifestado que su concubino, ya no vive más con ella y que se llevó sus pertenencias (v. analógicamente CNCiv., sala C, R.269.005, del 26/4/1999, en ED, 186-435)”⁵¹.

⁴⁹ “N. M. P. c. N. E. s/medidas precautorias”, del fallo de primera instancia, citado por la alzada, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, Sentencia de 13 de agosto de 1999.

⁵⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, R. 216.644 17/4/1997 y R. 227.232, del 30/9/1997, entre otros.

⁵¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, “M. P., C. P. c. D., M. E.”, 4/3/2004, DJ 28/7/2004, 1011.

violencia de género

Encontramos varios antecedentes que afirman correctamente la posibilidad de recurrir a la ley 24.417 en los casos en que la cónyuge agredida manifiesta su voluntad de divorciarse. Así, se ha afirmado que “aunque no corresponda la utilización de la ley de violencia familiar 24.417 como medio para eludir el cumplimiento de trámites exigidos por las normas que regulan el divorcio u otros conflictos del derecho de familia, no resulta aceptable excluir la aplicación de dicha norma a supuestos de maltrato físico o psíquico actuales, comprendidos en su art. 1, porque la víctima denunciante haya manifestado, en forma genérica, su intención de divorciarse”⁵².

Del mismo modo, se pronunció la Sala H de la Cámara Nacional Civil, al establecer que “Cuando existe una situación conflictiva y de riesgo en la que se encuentran inmersos los integrantes del grupo familiar, se torna necesaria la aplicación del procedimiento cautelar previsto por la ley 24.417, sobre todo si se trata de resguardar el interés de menores involucrados en la situación. No resulta desvirtuada esta conclusión por la existencia de un juicio de divorcio seguido entre las partes, pues los principios de economía y celeridad procesal cobran relevancia ante la naturaleza de la medida que se peticiona”⁵³.

Un caso ejemplar, es el fallo dictado por la Cámara Nacional Civil, Sala F, en la causa “N., M. P. c. N.,E. s/medidas precautorias”⁵⁴, que denota el principio de interpretación amplia de aplicación de la ley 24.417, como así también de la normativa internacional (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer).

En este caso, se habían iniciado en sede civil dos juicios de divorcio. El primero por mutuo consentimiento, que fue tenido por desistido porque el esposo no se presentó a las audiencias correspondientes. El segundo, de carácter contradictorio, que no fue continuado por la mujer por haberse mudado. Asimismo, había sido iniciado en sede penal un juicio por coacción, que concluyó con la condena de ejecución condicional del esposo como autor del delito de amenazas simples. Asimismo, se le impuso como regla de conducta a cumplir por dos años fijar residencia, someterse al cuidado de un patronato y abstenerse de concurrir a los lugares que frecuentase la víctima y de relacionarse con ella. La resolución estaba sujeta a recurso ante la Cámara de Casación Penal y la mujer estaba separada de

⁵² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, “P. V. E. v. G. L. s/denuncia por violencia familiar”, del 30/9/1997, JA, 1998-II-296.

⁵³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “B. N. v. S. B. P s/denuncia por violencia familiar”, del 6/3/1998, JA, 1999-I-294.

⁵⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, Sentencia de 13 de agosto de 1999.

hecho al momento de iniciarse el pedido de medidas precautorias en sede civil. En esta sede, la actora solicitó la aplicación de medidas de protección, alegando que el denunciado incurría en diversas y reiteradas formas de violencia tales como hostigamiento, coacción, amenazas, intimidación, insultos, zamarreos, entre otras. La peticionante fundamentó el pedido en el artículo 232 del CPCCN y las leyes 24.417 y 24.632 (ley que aprueba la Convención de Belém do Pará).

La jueza de grado rechaza la medida cautelar solicitada por considerar que no encuadra la petición en lo previsto por el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que según su criterio esta norma sólo es aplicable a los fines de asegurar el cumplimiento de la sentencia que reconozca el derecho invocado, es decir, para otorgar una mejor custodia de derechos litigiosos. Por otra parte, la sentenciante también considera que no se da el supuesto que torna aplicable la ley 24.417, ya que entiende que la ley 24.417 enfoca sólo aquellos casos en los cuales ninguna de las partes quiere separarse definitivamente de la otra, pues estos casos se regulan por el Código Civil, con una visión absolutamente miope de la normativa en cuestión, y remite a la peticionante a que ocurra por la vía y forma que corresponda, sin pronunciarse sobre la aplicación de la ley 24.632, que aprueba la Convención de Belém do Pará.

La sentencia de Cámara revocó la de primera instancia sosteniendo su desacuerdo respecto de la conclusión a la que arriba en relación con su incompetencia para otorgar las medidas solicitadas. Considera que al estar incurrida la sentencia penal y dada la reiteración de los hechos de violencia, persecución y hostigamiento que se siguieron sucediendo, la actora decidió ocurrir a la sede civil para evitar que continuaran.

En un fallo muy importante, incluye también la aplicación al caso de la ley 24.632. En efecto, sostiene que “sin perjuicio de que ésta pudiera ser la vía de protección sustancial que requiere la denunciante, mediante la ley 24.632 se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, por la cual el Estado debe ‘adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer en cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad’ (art. 7, inc. d)”.

La Sala afirma que “a los efectos de dar cumplimiento a dicha normativa y para asegurar provisionalmente los derechos de la denunciante reconocidos por la Convención, ante la existencia en la especie de elementos que *prima facie* demuestran la probabilidad de que la actora eventualmente pueda sufrir perjuicios irreparables por la reiteración de los hechos por los que se condenó al demandando en sede penal, no existe obstáculo para ejercer la potestad jurisdiccional del art. 232, CPCCN, de ordenar medidas urgentes que se juzguen adecuadas para evitar eventuales perjuicios”.

violencia de género

Teniendo en cuenta que la ley 24.417 atribuye competencia a los jueces de familia para entender en los casos de violencia familiar, lo cierto es que no excluye la coexistencia de la vía represiva para que se investigue la posible comisión del delito. De allí que resulta acertado el criterio sostenido por la alzada, en cuanto a que no existe superposición con la actividad jurisdiccional.

Si bien la posición mayoritaria ley 24.417 puede ser invocada y aplicada aun cuando la víctima de maltrato físico y psíquico manifieste su deseo de separarse definitivamente o divorciarse del cónyuge agresor y haya iniciado la correspondiente demanda civil, hemos detectado excepciones que resultan seriamente preocupantes, ya que frustran el propósito de la ley.

Así, en el caso “B., N. c. S., B. P. s/denuncia por violencia familiar”⁵⁵, en el que se requería la exclusión del hogar del esposo, la jueza de Primera Instancia consideró que no se configuraba “violencia en sentido técnico” y que, ante la existencia de un juicio de divorcio, la peticionante podía solicitar la exclusión en dicho proceso. Por lo que resuelve archivar el expediente en el que se denuncia violencia familiar (ley 24.417). La Cámara interviniente revoca la decisión de la *a quo* y sostiene que “nada obsta a que la mentada exclusión se materialice en las presentes en orden a los principios de economía y celeridad procesal, los que cobran relevancia ante la naturaleza de la medida que se peticiona”.

En el caso “D. I., A. c. I., D. A. s/denuncia de violencia familiar”⁵⁶, la actora apela la resolución del Juzgado de Primera Instancia, quien desestimó la denuncia por violencia familiar, dado que no encuadraba en lo previsto por el artículo 1 de la ley 24.417 y ordenó que ocurra por la vía correspondiente a la ley 23.515 para hacer valer sus derechos.

Correctamente, la Sala se aparta del fundamento que sustenta la decisión del magistrado de grado en relación con su interpretación de que el régimen de la ley se aplica exclusivamente a casos en que “ninguna de las partes quiera separarse definitivamente de la otra”, acotando que esta limitación no está contemplada por la ley⁵⁷.

Sin embargo, la Sala resuelve confirmar la decisión del juez de grado considerando que en la denuncia efectuada no se alude a una situación de violencia familiar actual, sino a hechos que habrían ocurrido en julio de 1999, “por lo que no existirían motivos que obliguen a tomar una decisión extrema, como es la de ordenar la exclusión del hogar del denuncia-

⁵⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, Sentencia de 6/3/1998.

⁵⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, Sentencia de 28/3/2000.

⁵⁷ Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, R. 216.644 del 17/4/1997.

do en este juicio". La Sala coincide con el juez de grado respecto de que la intención de la denunciante es separarse definitivamente de su cónyuge, para lo cual deberá recurrir al trámite previsto en la ley 23.515 para hacer valer sus derechos.

IV. 2. Carácter de las medidas de protección: medida cautelar o autosatisfactiva

Para que se ponga en funcionamiento el engranaje de la ley basta la mera sospecha de maltrato y la verosimilitud de la denuncia para el dictado de medidas de protección de las víctimas. Mientras un sector de la jurisprudencia considera que se trata de medidas cautelares, que no constituyen una decisión de mérito, otra parte entiende que estamos ante la presencia de verdaderas medidas autosatisfactivas.

En este sentido, se ha afirmado que "la ley 24.417 ha establecido un procedimiento para el dictado de medidas urgentes de amparo a las víctimas de la violencia familiar, que en modo alguno implica un decisorio de mérito que declare a alguien como autor de los hechos que se le atribuyen. Basta la sospecha del maltrato ante la evidencia psíquica o física que presente el maltratado y la verosimilitud de la denuncia para que el juez pueda ordenar medidas que, en su esencia, son verdaderas medidas cautelares, como las decretadas en la especie, o el sometimiento de la familia a un tratamiento bajo mandato judicial"⁵⁸, y que "la ley 24.417 de protección contra la violencia familiar establece un procedimiento para el dictado de medidas urgentes de amparo a las víctimas de violencia familiar, en donde basta la sospecha de maltrato para que el juez ordene las medidas cautelares que impidan que la situación de riesgo denunciada continúe"⁵⁹.

Para Cabrera de Dri, "esta norma procesal, constituye una tutela judicial urgente de carácter sustantivo, dando lugar a una medida autosatisfactiva. Esto quiere decir que representa un remedio autónomo destinado a proteger a las personas afectadas por hechos de violencia familiar. Es un proceso independiente que no está condicionado a un juicio principal, ni su intención es garantizar la sentencia que se dictará. El proceso se agota

⁵⁸ Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, "S. A. D. c. Gordillo, Roberto E.", Sentencia de 25/3/1997, así como el dictamen del Asesor de Menores de Cámara en autos "G. M. Eliana c. I. G. F. s/denuncia por violencia familiar", Sala F, del 9/2/1996; Sala A, R. 195.042, del 21/5/1996 y R. 196.280, del 14/6/1996; Sala A, "R. S. I. c. T. C. E.", del 14/6/1996; Sala A, 25/3/1997, LL, 1997-E-241, y Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Comodoro Rivadavia, Sala civil, "R., C. N. c/R. A., E. F. s/Medida Cautelar", interlocutorio del 27/9/1999.

⁵⁹ Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, "N., M. P. c. N., E. s/medidas precautorias", Sentencia de 13/8/1999.

en sí mismo (obra citada, Kemelmajer de Carlucci, 'Medidas autosatisfactivas, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia familiar. Ponencia del próximo Congreso Internacional de Derecho de Familia en Argentina', publicado en JA, N° 6100 de julio)", continúa explicando que "cuando la ley se sancionó, la expresión "medidas autosatisfactivas" y sus similares o análogas no estaban aún suficientemente divulgadas (la utiliza la reciente ley santafesina 11.529). Sin embargo, por las características conviene precisar con claridad que no se trata de un proceso cautelar, lo cual tiene trascendencia, por ejemplo en el tema del 'término' por el que se dicta. De tratarse de un proceso cautelar, la medida caducaría si no se inicia el proceso de conocimiento posterior (conf. Kemelmajer de Carlucci, ponencia mencionada). Esta categorización de proceso urgente permite afirmar que deben darse en el proceso que estamos tratando los presupuestos siguientes: 1) un comportamiento lesivo; 2) un daño injusto; 3) relación de causalidad entre la conducta y el daño, y 4) la atribución del hecho a una persona"⁶⁰.

IV. 3. Adopción de medidas *inaudita parte*

Ya sea que se considere que estamos ante la presencia de medidas cautelares o autosatisfactivas, existe acuerdo en que los pedidos deben resolverse *inaudita parte*, sin necesidad de dar intervención al supuesto agresor. Así, se ha sostenido que "En los trámites previos a lograr la traba de medidas precautorias no procede dar intervención al eventual afectado, toda vez que aquellos se sustancian *inaudita parte*. El previsto por la ley 24.417 es esencialmente cautelar y el art. 4 otorga facultades al juez para adoptar las medidas adecuadas a las circunstancias del caso, sin sustanciación previa (v. especialmente el art. 5, ley cit.), entre las que se encuentra la exclusión del hogar"⁶¹. Agrega la Sala C de la Cámara Nacional que "por lo demás, tiene dicho esta Sala que es lícito obviar la espera y dispensar de la certidumbre absoluta acerca de que la actuación normal del derecho llegará tarde, ya que el dictado de una medida cautelar responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias que en todo o en parte el daño temido se transforma en daño concreto"⁶². En el mismo sentido, se ha expresado la Sala E de la Cámara, que agrega que "este marco de actuación no debe ser desnaturalizado con planteos que exceden el limitado

⁶⁰ Tribunal de Familia de Formosa, "V., D. E. c. E. G., E.", Sentencia de 4/9/1998.

⁶¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, "V. F. c. S. J.", del 20/5/1997 y R. 131.635, del 8/7/1993.

⁶² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, "V. F. c. S. J.", del 20/5/1997; R. 187.625, del 22/2/1996, y R. 188.412, del 16/7/1996.

ámbito procesal fijado para la adopción de medidas urgentes tendientes a neutralizar la situación de crisis denunciada ante el órgano judicial”⁶³.

Más aún, se ha sostenido que el propio procedimiento es no contradictorio. Así, se mantuvo que “la ley 24.417 de protección contra la violencia familiar ha establecido un procedimiento que dista de ser contradictorio y que permite, en base a los diagnósticos previstos en el art. 3, adoptar las decisiones que correspondan, sin perjuicio de las medidas cautelares que el art. 4 autoriza”⁶⁴.

IV. 4. Exigencia de riesgo actual

Se ha entendido que el riesgo que habilita la aplicación de la ley de violencia familiar debe ser actual. Así, se ha sostenido que “la denuncia realizada en el marco de la ley 24.417 (ADLA LV-A, 9) –de protección contra la violencia familiar– debe estar referida necesariamente a una situación de violencia que suscite riesgo actual para quien la invoca”⁶⁵. En el mismo sentido, se afirmó que “la denuncia tendiente a obtener medidas urgentes debe referirse a hechos graves y actuales y no a situaciones ocurridas con anterioridad que no justifican una decisión urgente y extrema como ordenar la exclusión del denunciado”⁶⁶.

En el caso “D. I., A c. I., D. A. s/denuncia de violencia familiar”⁶⁷, se manifiesta que “si se repara que resulta condicionante la sospecha de maltrato ante una evidencia física o psíquica que presente el denunciante, para considerar necesaria la adopción de la medida de exclusión del agresor, va de suyo que necesariamente la denuncia debe estar referida a hechos graves y actuales y no a situaciones ocurridas con anterioridad y que aparecen como salvadas por las partes”. Más allá de la cuestión particular presentada en este caso, sentar este principio como regla general puede ocasionar problemas para garantizar una efectiva protección a la mujer. En primer lugar, desconoce que las mujeres frecuentemente no se

⁶³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, “B. M. C. c. A. E. M.”, del 14/5/1997, LL, 1997-E-654. En igual sentido “B., R.A. y otros c/C., A. P. s/denuncia por violencia familiar”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, interlocutorio del 19/9/1996.

⁶⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, “V. N. c. D. G. O”, 20/4/1995.

⁶⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, “A. M. S. c. S. J. C.”, del 12/5/1997, LL, 1999-A-473.

⁶⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, “B. G. Z. c. L. N. O.”, del 17/4/1997.

⁶⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, Sentencia de 28/3/2000.

animan a realizar la denuncia en el momento en que suceden los hechos, por múltiples razones, entre ellas, el momento que estén atravesando del círculo de la violencia. En otros casos, porque requieren de un apoyo psicológico que les permita sostener esta denuncia. Por otra parte, no parece acertado el comentario respecto de que se trata de situaciones que aparecen como salvadas por las partes. Tanto es así que no han sido salvadas que la mujer está realizando justamente una denuncia por estos hechos.

Otras veces, este recaudo es mal interpretado y lleva a negar el reintegro al hogar de quien debió abandonarlo por razones de seguridad (medida explícitamente prevista en el art. 4 de la ley 24.417), pues se considera que al haberse alejado del hogar, ya no hay peligro o riesgo actual. Sobre este punto nos referiremos más adelante.

IV. 5. Producción y apreciación de la prueba

El magistrado que conoce en un proceso por violencia familiar cuenta con amplias facultades para sustanciar pruebas destinadas a demostrar la verosimilitud de los hechos denunciados, aunque las partes no lo solicitaran, como también podrá ordenar de oficio medidas protectoras y ampliar o modificar las que se peticionen⁶⁸.

Por ello, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha sostenido que “no corresponde la desestimación de la denuncia por violencia familiar si previamente el juez no adoptó las diligencias tendientes a verificar la verosimilitud de los hechos a fin de determinar si lo reclamado excede de la materia contemplada por la ley o, en su caso, corresponde hacer lugar a la exclusión solicitada o decidir alguna otra medida cautelar”⁶⁹.

En el mismo sentido, se ha sostenido que “el trámite previsto en la ley de violencia familiar no debe dejarse librado exclusivamente a la iniciativa de las partes, sino que impone al juez el deber de adoptar medidas tendientes a comprobar los daños físicos o psíquicos sufridos por las víctimas, proporcionándoles una serie de alternativas de acción, incluso de prevención y asistencia”⁷⁰.

Respecto de la apreciación de las pruebas a fin de ordenar las medidas de protección, en un interesante fallo se ha sostenido que “más allá de los reparos que allí se formulan en torno a las escasas pruebas hasta el

⁶⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, “P., G. A. c/T., A. M. s/denuncia de violencia familiar”, 12/5/1999, y Sala H, “B. S. M. v. R. G. R.”, 16/7/1997.

⁶⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, “P., G. A. c/T., A. M. s/denuncia de violencia familiar”, 12/5/1999, y Sala C, 30/9/1997, JA, 1998-2-297.

⁷⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, “S., P. s/art. 482”, interloctorio del 30/9/1996.

momento glosadas en autos, tales constancias resultan suficientes a criterio del tribunal, para justificar su adopción, hasta tanto se esclarezcan debidamente los hechos que motivaran las denuncias efectuadas en el *sub lite* (...) destacándose a todo evento, que este análisis preliminar se realiza con la precariedad y limitaciones que rodean la apreciación de toda medida cautelar, que no exige la certeza de su procedencia, como parecería entenderlo el quejoso, sino sólo ‘verosimilitud’, cuya configuración debe ser apreciada, asimismo, en el particular caso de autos, a la luz de la falta de colaboración del aquí recurrente, para la elaboración del informe de interacción familiar ordenado a fs. 3, no obstante el tiempo transcurrido desde entonces (...) y la consiguiente postergación de la iniciación del tratamiento psicológico familiar cuya realización fuera acordada por las partes en la misma oportunidad”⁷¹.

En el caso “R., C. N. c/R. A., E. F. s/Medida Cautelar”⁷², se realiza un desarrollo importante sobre la aplicación de medidas cautelares y sobre la apreciación de la prueba en casos de violencia familiar, afirmando que “existe una moderna tendencia en materia de medidas precautorias que revierte el sentido tradicional de las mismas, en cuanto a que su interpretación debe ser restrictiva por cuanto son de carácter excepcional, orientándose hacia un criterio amplio en torno a su admisibilidad que permita la adecuada tutela de las pretensiones articuladas y evite la eventual inoquidad de los pronunciamientos”, agregando, respecto de la apreciación de la prueba, que “conviene recordar algunos standards de prueba de la jurisprudencia inglesa; para sancionar penalmente un acto de violencia familiar, al igual que en el Derecho Argentino, hay que establecer la culpabilidad ‘más allá de toda duda razonable’, pues la duda favorece al reo. En cambio, para las acciones civiles cuya finalidad puede ser también sancionatoria –pérdida de patria potestad, declaración de adoptabilidad, etc.–, el criterio es el ‘balance de probabilidades’, que atiende a las posibilidades de riesgo que tiene el menor de sufrir nuevos actos de abuso, de violencia, etc; normalmente, a los jueces les basta un 50% para disponer sanciones civiles”⁷³. En el mismo fallo, se afirma también que “La cobertura –de la ley– es bastante amplia sin perjuicio de las dificultades para demostrar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora y tiene una

⁷¹ Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, “S. A. D. c. Gordillo, Roberto E.”, 25/3/1997.

⁷² Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería, Comodoro Rivadavia, Chubut, Sala Civil, “R., C. N. c/R. A., E. F. s/medida Cautelar”, interlocutorio del 27/9/1999.

⁷³ En igual sentido, voto de la Dra. Elsa Cabrera de Dri, en el caso “V. D. E. c/E. G. E. s/violencia familiar”, Tribunal de Familia, Formosa, interlocutorio del 4/9/1998.

redacción acertada al comprender lesiones o maltrato físico o psíquico (...) Para el maltrato físico inexorablemente deben existir huellas, de ahí la premura en la denuncia y la necesidad que el juez de familia adopte medidas urgentes para obtener el diagnóstico de interacción familiar...". Nuevamente, sostener estas afirmaciones en forma genérica no es adecuado, ya que es posible que existan casos de agresiones físicas que no dejen rastros visibles y, en todo caso, no es aconsejable rechazar otros medios de prueba, como los testigos, para demostrar la violencia física padecida.

La Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el caso "G., C. T. c/ F., A. s/divorcio vincular"⁷⁴ estableció una presunción en contra del agresor, que si bien resulta interesante el criterio, debemos destacar que lo aplica en un caso en el que existen testigos, prueba que no se presenta en la gran cantidad de casos de violencia familiar. Así, sostuvo la Cámara que "las agresiones físicas y psíquicas dentro de la problemática de la violencia familiar, pueden tener un carácter progresivo, poniendo en peligro la integridad física e inclusive la vida misma de la persona golpeada. En consecuencia, basta con que dos testigos de mayor o menor atendidibilidad digan haber presenciado golpes en una pareja matrimonial como para generar la presunción adversa en cabeza de quien figura como agente activo de la violencia".

IV. 6. Medidas de protección

La ley 24.417, al igual que sus similares locales, contiene mención de ciertas medidas de protección que el juez puede adoptar. Las medidas allí previstas no son taxativas, sino meramente ejemplificativas, "pues no cierran el espectro de posibilidades para hacer efectiva la tutela jurisdiccional"⁷⁵.

IV. 6. A. Exclusión del hogar del agresor

La medida protectoria más habitual tomada en procedimientos iniciados en virtud de la Ley de Prevención de la Violencia Familiar, es la exclusión del hogar del agresor.

En el caso "R., C. N. c/R. A., E. F. s/Medida Cautelar", se consideró que la exclusión del hogar conyugal más que una medida cautelar *stricto sensu*, es una medida autosatisfactiva y una "solución jurisdiccional urgente no cautelar, despachable *in extremis*, que requiere la prueba de una fuerte

⁷⁴ Fallo del 11 de julio de 1996.

⁷⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, "S., P. s/art. 482", interlocutorio del 30/9/1996.

probabilidad de que el planteo formulado sea atendible, y no de una mera apariencia⁷⁶.

Una opinión ejemplar en este tema es la desarrollada por Elsa Cabrea de Dri, en el caso "V. D. E. c/E. G. E. s/violencia familiar"⁷⁷, resuelto por el tribunal de familia de Formosa. Allí, afirma que "La medida de exclusión de la vivienda funciona en todos los casos, aún cuando el excluido fuese el propietario del inmueble. Todas las normas de protección de la vivienda familiar expresan especial preocupación por amparar a la persona que se encuentra en condiciones más desfavorables para conseguir albergue, tutelándose primordialmente al núcleo integrado por el progenitor y los hijos a su cargo. Este criterio debe aplicarse con mayor razón cuando la persona ha sido excluida por el abuso y el daño ocasionado a los componentes del grupo familiar. La duración de la exclusión ordenada dependerá de las características de la causa, y deberá tener la amplitud suficiente que posibilite superar el riesgo de nuevos episodios de violencia. Creemos que la finalidad de la ley es interrumpir los hechos de violencia y, por consiguiente, el criterio debería invertirse. El tribunal la ordenaría para proteger el derecho del afectado y permitir el cese del daño. El que recibe la orden judicial es quien tendría que demostrar que han cesado las causas que originaron la disposición cautelar".

Esta opinión demuestra un desarrollo más avanzado que algunos de los casos que hemos analizado. En primer lugar, demuestra una correcta apreciación respecto de la necesidad de albergue y la relación con la situación de la violencia familiar. Por otra parte, no limita arbitrariamente la duración de las medidas. Finalmente, también realiza una precisa evaluación respecto de hacer recaer en quien recibe la orden judicial la prueba de que las causas que la motivaron han cesado. Reiteramos que este no es un criterio uniforme en la jurisprudencia sino, por el contrario, una decisión ejemplar que queremos destacar.

Por su parte, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el caso "B. F. H. c/C. de B. D. s/divorcio - Incidente Permanencia en el Hogar", resolvió que "la determinación de cuál de los cónyuges debe permanecer, retirarse, o reingresar al inmueble del hogar conyugal, configura una cuestión de hecho dependiente de las modalidades de cada caso en particular que se traslada a conocimiento del órgano jurisdiccional. Si bien a falta de toda otra circunstancia se ha dado preferencia a la mujer para permanecer o reintegrarse al inmueble, por la presunción de

⁷⁶ Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería, Comodoro Rivadavia, Chubut, Sala Civil, fallo del 27/9/1999.

⁷⁷ Tribunal de Familia, Formosa, "V. D. E. c/E. G. E. s/Violencia Familiar", interdictorio del 4/9/1998.

violencia de género

que el marido cuenta con más facilidades para conseguir vivienda, no cabe la aplicación de este criterio si 'objetivamente' no surgen razones de urgencia que avalen el pedido de la esposa, dado que ya ha sido denegado dos veces el pedido de reintegrarse al inmueble que fuera sede del hogar conyugal, en la primera oportunidad por ser el marido quien ejercía la tenencia de sus hijas menores; y en la segunda, por la culpabilidad que se le atribuyera a la mujer en la separación"⁷⁸.

Con buen criterio, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes despeja cualquier duda respecto de la aplicación de la ley a los casos de violencia entre convivientes. Al respecto y en relación con la medida en análisis, este Tribunal entiende que "en nuestro ordenamiento jurídico vigente resulta indiscutible esta solución: la concubina está legitimada para pretender la exclusión de su pareja del hogar, en el supuesto de violencia familiar o doméstica. Sobremanera en los casos de uniones de hecho con hijos en común. Cualquier debate sobre el punto ha sido definitivamente cerrado en el ámbito de la provincia de Corrientes por la ley 5.019 cuyo art. 1 expresamente define al 'grupo familiar' como el 'originado por el matrimonio o en las uniones de hecho'"⁷⁹.

En el caso "A., J. M. y otro c. P., G." el magistrado interviniente hizo lugar al pedido de los padres de una mujer mayor de edad que se encontraba en el sexto mes de embarazo y era maltratada tanto física como psicológicamente por su pareja y ordenó la exclusión del agresor del hogar familiar, le prohibió acercarse a los lugares frecuentados por la víctima a menos de 100 metros y le impuso un tratamiento psicológico individual.

Para resolver así, consideró especialmente como un agravante que la mujer agredida se encontraba embarazada de seis meses, e invocó la Convención sobre los Derechos del Niño. Sostuvo que "la verdadera finalidad de esta intervención aun contra la voluntad materna es la de decidir prioritariamente conforme el mejor interés del menor (art. 3, CDN)". Asimismo, tuvo en cuenta que "mediante la ley 24.632 se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (incorporada a la Constitución nacional en el art. 72, inc. 22) por la cual el Estado debe adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer en cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su prosperidad (art. 7, inc. d)"⁸⁰.

⁷⁸ Sentencia de 16/2/1988.

⁷⁹ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, "N. N.", 24/5/2001, LL Litoral, 2001-1325.

⁸⁰ Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario, Sentencia de 29/10/2002.

IV. 6. B. Reintegro al hogar

En el mismo sentido que el criticado en relación con la exigencia de riesgo actual, se ha sostenido que “si dentro del proceso de denuncia por violencia familiar el conflicto subsistente se reduce a la atribución del hogar, dicha cuestión excede el objeto de tal proceso y debe ser ventilado por la vía y forma pertinente, pues la mera pretensión de recuperar la vivienda encuadra en otro tipo de acción sumarísima, ajena al ámbito específico de la denuncia por violencia familiar. De lo contrario, se torcería la finalidad de la ley, constituyéndola en un sucedáneo versátil de las controversias patrimoniales de los involucrados”⁸¹, y que “el sustento de la denuncia en el marco de la ley 24.417 debe estar referida a una situación de violencia que suscite riesgo actual para quien la invoca. Tal circunstancia no se configura si la denunciante alega una exclusión violenta por parte de su ex concubino respecto del inmueble que detentaba con sus hijos menores. Pues, la mera pretensión de recuperar la vivienda encuadra en otro tipo de acción sumarísima, ajena al ámbito específico de la denuncia por violencia familiar”⁸².

En primer lugar, cabe recordar que la ley 24.417 expresamente dispone que el juez puede adoptar, entre otras medidas de protección, la decisión de “ordenar el reintegro al domicilio a petición de quien ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal, excluyendo al autor”⁸³. Resulta claro en este caso que la situación de violencia está dada por el mero hecho de que si la mujer fue expulsada violentamente, cabe suponer que sería recibida violentamente si quisiera habitar su casa. De todos modos, resulta redundante aclarar que en la mayoría de los casos no se trata meramente de una cuestión patrimonial sino que la propia convivencia agrava la situación de riesgo y en otros casos, la mujer tuvo que irse previamente de la casa por estar en riesgo su integridad personal y/o la de sus hijos/as y luego se encuentra desamparada. En este sentido, encontramos acertada la decisión que establece que “corresponde dentro del marco del proceso por violencia familiar procurar tanto el aseguramiento de una vivienda donde los menores puedan habitar y desarrollarse, como también la de la fuente de trabajo mediante la cual la madre puede procurarles el sustento a sus hijos, cuyo interés superior ha de ser el norte de cualquier decisión”⁸⁴.

⁸¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “C., Z. M. c/V., G. s/denuncia por violencia familiar”, del 11/6/1998.

⁸² “A., M. S. c/S., J. C. s/denuncia por violencia familiar”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Capital Federal, Sala A, interlocutorio del 12 de Mayo de 1997.

⁸³ Art. 4, inc. c, ley 24.417.

⁸⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “B., S. M. c/R., G. R. s/denuncia por violencia familiar”, interlocutorio del 16/7/1997.

IV. 6. C. Alimentos

Dentro de las medidas que puede ordenar el juez que entiende en una denuncia por violencia familiar se encuentra la de decretar provisionalmente alimentos. Así, se ha establecido que “el presente proceso, basado en la ley de protección contra la violencia familiar permite al juez adoptar una serie de medidas de naturaleza cautelar, dentro de las que se encuentra decretar provisionalmente alimentos. Esta prestación temporal no se encuentra prevista sólo para los hijos menores, como manifiesta el denunciado, sino que la ley, al comprender por igual a otros damnificados, legitima también el derecho de la cónyuge a pedir estos alimentos provisionales, más allá de la decisión que se adopte en cada caso particular. No existe, por lo demás, impedimento del ordenamiento de fondo que se oponga a esta interpretación, por lo que corresponde desestimar el agravio vertido en este sentido por el demandado”⁸⁵. En este caso, la Cámara agregó que “debe destacarse que el objeto de esta previsión legal no es otro que establecer una suma que permita afrontar los gastos imprescindibles durante el lapso de duración de la exclusión o prohibición de reintegro que se hubiere decretado contra el autor (...) Debe tenerse en cuenta, además, que las pruebas concretas de las necesidades insatisfechas y de las posibilidades del alimentante configuran materia propia del juicio de alimentos que eventualmente se promueva. De lo contrario, se corre el riesgo de desnaturalizar esta acción, donde las medidas son urgentes y transitorias”.

IV. 6. D. Aplicación de tratados internacionales

Fundamentalmente a partir de la reforma constitucional de 1994, los tribunales judiciales han desarrollado una importante jurisprudencia en relación con la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno. Este desarrollo es potencialmente relevante para la protección y promoción de los derechos de las mujeres por la tutela que brindan estos instrumentos internacionales en relación con la garantía de la igualdad y la prohibición de cualquier forma de discriminación, así como por la garantía de derechos fundamentales. Sin embargo, observamos que, hasta el momento, la jurisprudencia en general no ha realizado un desarrollo de estas cláusulas de igualdad y no discriminación en relación con cuestiones de género sino que, por el contrario, todavía se observa un discurso predominante de ausencia respecto de las mujeres. Tampoco ha sido significativa la aplicación e interpretación de la

⁸⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, “C. K. M. y otro c. E. M. D. s/denuncia por violencia familiar”, 13/4/1999.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –aunque en los últimos años encontramos algunos fallos que la contemplan–, y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Más aún, como hemos analizado, se observan decisiones que incluyen interpretaciones que contrarían lo dispuesto por estas Convenciones.

En cuanto a los casos vinculados a la aplicación de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar en particular, se debe destacar que, en general, los tribunales de justicia no hacen mención a los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, ni garantizan los derechos de las mujeres consagrados en los distintos tratados internacionales firmados por nuestro país⁸⁶.

Sin perjuicio de ello, se pueden destacar algunas excepciones en las cuales los jueces, a veces en votos individuales, se refieren expresamente a los tratados de derechos humanos en general, y los tratados internacionales que consagran los derechos de las mujeres en particular.

Así, en el caso “N. N.”, resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes en el año 2001⁸⁷, se discutía la aplicación de la ley de violencia a quienes no habían contraído matrimonio, el tribunal destacó que “también otorgan una protección general contra la violencia doméstica, sin distinguir a las agresiones entre esposos o entre parejas sin vínculo matrimonial, los Pactos Internacionales sobre Derechos Políticos y Civiles y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Resolución 2200 A de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Resolución 34/180 de la Asamblea General), el Tratado sobre los Derechos del Niño (Resolución 44/25 de la Asamblea General) y la Declaración sobre los Principios Básicos para Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso del Poder (Resolución 40/34 de la Asamblea General). Asimismo, la Comisión sobre la Situación de la Mujer, en su 35ª Sesión, en el año 1991 recomendó al Consejo Económico y Social adoptar una resolución sobre la violencia contra la mujer. También

⁸⁶ Gabriela Pastorino, en el Informe elaborado para UNICEF Argentina, sostiene en tal sentido que “tanto en los expedientes de violencia familiar como en los de protección de persona se observa la ausencia de estos instrumentos internacionales. Si bien la Convención de los Derechos del Niño es en algunos casos citada casi en forma genérica e inespecífica, no sucede lo propio con la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, ni la Recomendación 19 de la CEDAW. Es en gran parte este desconocimiento el que conspira contra la correcta utilización de las leyes internas (tanto el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como la ley 24.417), toda vez que no se interpreta su funcionamiento a la luz de aquéllas”.

⁸⁷ LL Litoral, 2001-1325

violencia de género

se preocupó por esta temática el Consejo Europeo con la Recomendación R (85) 4, adoptada el 26 de marzo de 1985 y la R (90) del 15 de enero de 1991, ambos sobre 'Violencia en la Familia'. Como la Organización de Estados Americanos, en su reunión del 15 al 19 de octubre de 1990 en Washington, entre otros antecedentes".

También en la causa "S., A. M. c. C., C. A."⁸⁸ resuelta por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, el Dr. Suares sostuvo que "La violencia familiar, en todas sus manifestaciones, constituye un estigma social de gravísimas consecuencias. Sin embargo, existen resortes constitucionales y de derecho interno no sólo para combatirla, sino para prevenirla. Los derechos humanos esenciales que preservan a la familia, y dentro de ella en especial, a las mujeres y a los niños, gozan de la protección constitucional a través de la Constitución nacional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, que han alcanzado rango constitucional –art. 75, inc. 22, nuestra Carta Magna–". Sin perjuicio de considerar conveniente y útil destacar la existencia de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que otorgan especial protección a mujeres y niños en casos de violencia familiar, sería deseable que también se utilice la Convención de Belém do Pará, aunque no posea la misma jerarquía, en atención a su especificidad en la materia.

Por su parte, el Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario en el caso "A., J. M. y otro c. P., G."⁸⁹ mencionó expresamente la Convención de Belém do Pará. Al respecto sostuvo que "asimismo, mediante la ley 24.632 se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (...) por la cual el Estado debe adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer en cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su prosperidad (art. 7, inc. d)".

En un fallo muy importante, la Sala F de la Cámara Nacional Civil propone una interpretación de la legislación nacional que tiene especialmen-

⁸⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, LL BA, 1999-843.

⁸⁹ Fallo del 29/10/2002, en LL Litoral.

te en cuenta los compromisos internacionales asumidos por el Estado al incorporar a su ordenamiento jurídico la Convención de Belém do Pará. Sostuvo en tal sentido que “mediante la ley 24.632 se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, por la cual el Estado debe ‘adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer en cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad (art. 7, inc. d)”, agregando que “A los efectos de dar cumplimiento a dicha normativa y para asegurar provisionalmente los derechos de la denunciante reconocidos por la Convención (...) no existe obstáculo para ejercer la potestad jurisdiccional del art. 232, CPCCN, de ordenar medidas urgentes que se juzguen adecuadas para evitar eventuales perjuicios”⁹⁰.

Por otro lado, es algo más frecuente que algunos tribunales apliquen a los casos de violencia familiar la Convención sobre los Derechos del Niño cuando los hechos de violencia recaen sobre éstos. A título de ejemplo, en los casos “A., J. M. y otro c. P., G.”⁹¹, “W. P. R. c. W., A. D. y otro” y “D., M. A. c. E., O. L.”, se aplicó la mencionada Convención.

⁹⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, “M. P. c. N., E. s/medidas precautorias”, Sentencia de 13/8/1999.

⁹¹ Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario, Sentencia de 29/10/2002, LL Litoral.

Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial

Paola Bergallo*

Introducción

En los últimos veinte años se ha avanzado en el respeto por los derechos civiles y políticos y en el proceso de democratización de la sociedad, el Estado y el derecho argentinos. Sin embargo, esos avances han convivido con persistentes violaciones de otros derechos básicos resultantes de la extensión de la pobreza y la desigualdad estructural. Algo similar ha ocurrido en el plano de los derechos de las mujeres: mientras algunas han accedido a oportunidades inimaginables en décadas anteriores, otras han experimentado nuevas formas de discriminación y violencia.

Esas transformaciones han sido acompañadas de una creciente toma de conciencia sobre la importancia de los derechos, y en particular de los derechos de las mujeres. El auge del discurso de los derechos¹ ha sido acompañado por la práctica de acudir con mayor frecuencia a los tribunales como espacios para la promoción de cambios sociales y por el incremento de diversas formas de reclamos judiciales individuales² y colecti-

* Agradezco la colaboración de Victoria Ricciardi en parte de la investigación de jurisprudencia, y los comentarios de Deedre Smythe, Elizabeth Muli, Marcelo Alegre, Raquel Asensio, Gustavo Maurino y Cristina Motta.

¹ Catalina Smulovitz rastrea los orígenes del proceso de descubrimiento del poder judicial y atribuye el incremento del reclamo judicial de derechos al impacto “espectacular” e “inesperado” de los juicios contra la cúpula del Proceso y a un conjunto de decisiones de la Corte Suprema durante los primeros años del retorno a la democracia. Véase Smulovitz, Catalina, *The Discovery of Law*, en Dezalay, Yves y Garth, Bryant G. (eds.), *Global Prescriptions: The Production, Exportation and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Michigan University Press, Ann Arbor, 2002, p. 252.

² Según Smulovitz, el aumento significativo y consistente de las tasas de litigio judicial en varias jurisdicciones del país, acompañado del incremento del reclamo ciudadano ante las defensorías del pueblo, las comisiones de defensa del consumidor o las dependencias administrativas, da cuenta de la evolución del reclamo judicial de dere-

vos³, en ocasiones como formas de litigio de interés público⁴. Además, el aumento del reclamo judicial de derechos⁵ se ha dado en el marco de un proceso de “internalización”⁶ del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

En ese contexto, el objetivo de este trabajo es indagar en qué medida y de qué forma las mujeres y sus organizaciones han recurrido al reclamo judicial en cuestiones de discriminación por sexo⁷, sea individual o colectivamente, y cómo han reaccionado nuestros tribunales ante dichas exigencias. Al encarar la tarea, me propongo también evaluar el alcance del proceso de internalización de las normas y estándares del DIDH en reclamos de protección de derechos de las mujeres. Por último, a partir de los resultados de la investigación, esbozo una serie de propuestas para mejorar la utilización del DIDH y de las estrategias de justicialización como instrumentos para la promoción de los derechos de las mujeres.

El trabajo está organizado en tres partes. En la primera presento algunas consideraciones preliminares sobre la situación de los derechos de las

chos, práctica que se vio reforzada también por la creciente atención de la prensa. Smulovitz, *The Discovery of Law*, cit., ps. 253-259.

³ Una reciente investigación sobre acciones colectivas realizada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia evidencia el significativo aumento de este tipo de acciones durante la última década. Cfr. Maurino, Gustavo; Nino, Ezequiel y Sigal, Martín, *Las acciones colectivas: análisis conceptual, constitucional, jurisprudencial, procesal y comparado*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005.

⁴ La definición y el alcance de la práctica de defensa judicial del interés público o litigio de impacto han sido objeto de varias discusiones prácticas y teóricas que escapan a los objetivos de este trabajo. Para más detalle sobre el desarrollo de este fenómeno en Argentina y otros países latinoamericanos, véase en “Cuadernos de Análisis Jurídico”, *Las acciones de interés público*, vol. 7, 1998; *Ciudadanía e interés público*, vol. 8, 1999; *Defensa jurídica del interés público*, vol. 9, 1999, Universidad Diego Portales, Chile.

⁵ En el resto del trabajo me refiero simplemente a “los derechos” y “los derechos de las mujeres”, sin hacer distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, económicos y culturales ya que no encuentro en el tema razones para mantener la distinción. Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p. 47.

⁶ En el acápite I. 3 me refiero en detalle a lo que se entenderá por proceso de “internalización” del DIDH. Para una definición más precisa, véase, por ejemplo, Koh, Harold H., *Transnational Legal Process*, en “Nebraska Law Review”, 75:18 (1996), y *Why do Nations Obey International Law?*, en “Yale Law Journal”, 106:2.599 (1997).

⁷ Si bien existen buenas razones para privilegiar el uso del concepto de género, en este trabajo utilizo las expresiones sexo y género indistintamente. Ambas abarcan el problema de discriminación contra las mujeres en el que se concentra este trabajo, que no contempla otros aspectos de la discriminación por género como, por ejemplo, los relacionados con la discriminación de quienes tienen preferencias sexuales diversas.

mujeres en la Argentina, sobre las estrategias de exigibilidad judicial de derechos y los alcances y problemas del proceso de internalización del DIDH. En la segunda, luego de algunas aclaraciones metodológicas, comento una selección de las decisiones de los tribunales en tres tipos de planteos sobre: a) discriminación por sexo, b) derechos reproductivos, y c) discriminación en el empleo. Asimismo, repaso los hallazgos de una investigación reciente sobre la utilización del litigio colectivo y la jurisprudencia internacional generada por peticionantes argentinas en temas de discriminación por sexo. Considero también, los estudios disponibles sobre el género en la organización y administración del Poder Judicial y las condiciones de acceso al servicio de justicia. En la tercera parte, identifico diversos patrones y tendencias en las decisiones judiciales y las investigaciones comentadas. Finalmente, incluyo algunas propuestas para promover la exigibilidad judicial de derechos de las mujeres y la mejora del discurso jurídico en casos de discriminación por sexo.

I. Discriminación por sexo, estrategias de judicialización e internalización del DIDH

I. 1. Mujeres, derechos y discriminación por sexo hoy

Diversos informes e investigaciones recientes⁸ advierten que la desaparición de prácticas culturales e institucionales de discriminación por sexo parece un ideal lejano aun para las mujeres argentinas.

La disparidad en el acceso a la representación en los órganos democráticos es un fenómeno persistente. A pesar de los avances alcanzados como consecuencia de las políticas de acción afirmativa implementadas desde hace más de diez años, los datos indican que, en términos cuantitativos y cualitativos, la participación política femenina y el ejercicio del poder real son notablemente inferiores a los de los varones⁹. La subrepresentación en ciertas comisiones parlamentarias y la segregación respecto de determinados temas políticos son aspectos característicos de la actividad legislativa femenina¹⁰. La situación es similar en la participación

⁸ Véase, entre otros, *Derechos humanos de las mujeres: asignaturas pendientes del Estado argentino*, Contrainforme para el Comité de la CEDAW (en adelante, *Derechos humanos de las mujeres...*), 2002 (documento disponible en www.cels.org.ar, con su actualización al 2004 en www.ispm.org.ar); e *Informe de ONGs argentinas para Beijing más 10*, disponible en www.ispm.org.ar/documentos/Informesombra_Cairo.htm.

⁹ Véase, por ejemplo, el Informe del Consejo Nacional de la Mujer, *Mujeres en lugares de decisión*, disponible en www.cnm.gov.ar/areainterv/participolit/lugdedecis.htm. En igual sentido, *Derechos humanos de las mujeres*, cit. *supra* nota 8.

¹⁰ Se debería proponer la elaboración de estudios cualitativos que observen la participación femenina en la conducción de bloques partidarios, el éxito en la sanción o la

en los más elevados estadios del ejercicio del poder en los partidos políticos, la administración pública y el Poder Judicial, y en general en el acceso al empleo público. En todos estos espacios se observan formas ubicuas de segregación vertical y horizontal por sexo¹¹.

Los datos sobre la situación de las mujeres en otros ámbitos tampoco son alentadores. La segregación es también un atributo persistente del empleo femenino en el sector privado. Las mujeres se concentran en los niveles inferiores o en ciertas áreas de trabajo y profesiones menos valoradas, y encuentran un “techo de cristal” cuando aspiran a puestos superiores o a ámbitos de poder en profesiones más competitivas o en los campos científicos y académicos de mayor prestigio¹². A pesar del aumento cuantitativo en su incorporación al mercado de trabajo durante la década del 90, la calidad y la retribución económica del empleo femenino son considerablemente inferiores a los de los varones. Al mismo tiempo, la precariedad e informalidad son características generalizadas de la ocupación femenina¹³. Altos porcentajes de mujeres son empleadas en el servicio doméstico, regulado en condiciones jurídicas de excepción¹⁴. Una gran mayoría de quienes gozan de un empleo más o menos protegido legalmente no recibe los servicios de jardín maternal y guardería previstos en las leyes, y las políticas de trabajo flexible y servicios públicos en la materia son prácticamente inexistentes. Además, muchas mujeres son

mera consideración de los proyectos de ley presentados por mujeres, la participación en la elaboración de dictámenes de mayoría, el ejercicio independiente de criterio de voto en relación con los pares varones, la existencia de experiencias de alineación extrapartidaria para apoyar proyectos de una agenda de derechos de las mujeres, la promoción de una agenda feminista o la introducción de una perspectiva feminista en debates y proyectos y, finalmente, la conducción de las oficinas de funcionarios de planta y la participación en la gestión y administración de las legislaturas.

¹¹ Para una definición completa de la expresión, véase Reskin, Barbara y Hartman, Heidi (eds.), *Women's Work, Men's Work: Sex Segregation on the Job*, National Academy Press, Washington DC, 1986; Reskin, Barbara y Roos, Patricia, *Job Queues, Gender Queues*, Temple University Press, 1990.

¹² Cfr. Estebanez, María Elina, *La participación de la mujer en el sistema de ciencia y tecnología en la Argentina*, Informe final, Proyecto GenTec, UNESCO, 2003. Disponible en www.centroredes.org.ar/documentos/files/Doc.Nro8.pdf. Según Estebanez, la distribución relativamente equilibrada de la participación de las mujeres en ciencia y tecnología “cambia drásticamente cuando se analiza la participación diferenciada por sexo en instancias de poder” (*La participación de la mujer*, cit., p. 93).

¹³ Cfr. Cortés, Rosalía, *Argentina: La calidad del empleo femenino urbano en los noventa*, en Valenzuela, M. E. y Reinecke, G. (eds.), *¿Más y mejores empleos para las mujeres?*, Organización Internacional del Trabajo, Chile, 2002.

¹⁴ Cfr. *Derechos humanos de las mujeres*, supra nota 8.

despedidas en caso de embarazo, otras encuentran obstáculos para gozar de las licencias reconocidas por ley y otras son víctimas de prácticas de acoso. Como corolario de todo esto, no existen políticas tributarias que den cuenta de las diferencias entre los sexos en las oportunidades y condiciones del mercado de trabajo y mucho menos de los efectos públicos de la desigual división sexual del trabajo doméstico y la doble jornada que de éste resulta. El sistema de jubilación tampoco prevé mecanismos sustantivos de compensación de los efectos de las desigualdades entre varones y mujeres en el mercado de trabajo y la consecuente repercusión en la contribución al sistema de pensiones.

La violencia doméstica y los delitos sexuales afectan de un modo desproporcionado a la población femenina. Y las limitaciones en el ejercicio libre y pleno de los derechos reproductivos son una de las deudas más grandes de nuestra sociedad con las mujeres que mueren¹⁵ o ponen en riesgo sus vidas por someterse a abortos inducidos en condiciones de clandestinidad¹⁶.

Estas formas de discriminación se refuerzan cuando a la categoría de género se suman otras como la edad, la etnia, la religión, la nacionalidad, las preferencias sexuales y especialmente la clase social, y se acentúan los efectos de la ausencia de políticas sensibles frente a los padecimientos de mujeres niñas y adolescentes, lesbianas, inmigrantes, de comunidades indígenas o en situación de pobreza o indigencia. Por otra parte, el impacto de las diferencias regionales y las diversas experiencias de las mujeres de poblaciones urbanas y rurales es, a menudo, invisibilizado.

Estas desigualdades tienen lugar en el contexto de una creciente, aunque escasa, generación oficial de estadísticas e investigaciones cualitativas; del desarrollo limitado de políticas públicas diseñadas con perspectiva de género, y de exiguos recursos dedicados a los espacios institucionales de implementación de políticas de género. A ello se suma el lugar marginal que esos espacios institucionales ocupan muchas veces en la política y el debate público cotidiano y las dificultades para la transversalización de una perspectiva de género en todos los rincones de generación de políticas de Estado¹⁷.

¹⁵ Véase Faur, E.; Mercer, R. y Ramos, S. (coords.), *Mortalidad materna. Un problema de salud pública y derechos humanos*, Ministerio de Salud/UNICEF, Buenos Aires, 2003.

¹⁶ Según datos citados por las autoras del capítulo *La salud y los derechos reproductivos: avances y retrocesos*, del informe *Los derechos humanos en la Argentina*, en *Informe 2002-2003*, CELS, Buenos Aires, 2004, en el año 2000 se registraron 78.894 casos de mujeres hospitalizadas por casos de aborto.

¹⁷ La ausencia de estos temas en el centro de la agenda de los partidos políticos, las campañas y el discurso presidencial en particular, es sólo un ejemplo de la invisibilidad y del lugar secundario que ocupan en muchos de los espacios del Estado argentino.

Este fugaz repaso de algunas de las situaciones de discriminación que ofrecen el contexto en el que las mujeres argentinas ejercen sus derechos es el trasfondo de la indagación que propongo y que autoriza, además, el recurso a categorías como “los derechos de las mujeres” o el colectivo “mujeres”, a pesar de que tales conceptos suponen, como se ha señalado desde diversos ángulos de la teoría feminista, un efecto harto simplificador¹⁸.

I. 2. Estrategias de judicialización de derechos

El reconocimiento constitucional de derechos implica, en primer término, la obligación de todas las instancias del Estado de diseñar e implementar instituciones y políticas públicas que promuevan su respeto en condiciones de igualdad. Como contrapartida, las estrategias de ciudadanía, y entre ellas las de promoción y defensa de derechos y el fortalecimiento de instituciones democráticas, deben desplegarse en diversas arenas, privilegiando el espacio de la política. La exploración de este trabajo, sin embargo, se limita sólo a una de las estrategias de acción ciudadana disponibles: la del reclamo de derechos ante los tribunales domésticos, estrategia que presumo democrática y positiva, aunque no exenta de dificultades.

Como es sabido, el carácter democrático del reclamo judicial de derechos y la promoción de reformas institucionales mediante el litigio son controvertidos por quienes objetan su carácter contramayoritario y otras dificultades, como las limitaciones procesales para incluir a todos los afectados e interesados, o para implementar determinados remedios en reclamos colectivos o de interés público.

Si bien responder a tales críticas escapa al objetivo de este trabajo, sólo aclararé que comparto la visión de quienes consideran que la regla de mayoría es valiosa y legítima siempre y cuando opere sobre un trasfondo de respeto mínimo de ciertos derechos fundamentales. Cuando la intervención judicial frente al resultado del proceso democrático tiende a proteger la autonomía individual y los intereses básicos de algún grupo social desaventajado, asegura condiciones igualitarias de ciudadanía; y éste es uno de los requisitos para la legitimidad de la regla de mayoría. Una teoría compleja del control de constitucionalidad, preocupada por las restricciones injustificadas de la autonomía, sensible a las deficiencias de facto del sistema representativo y a las desventajas que enfrentan las mujeres y

¹⁸ Smart, Carol, *La teoría feminista y el discurso jurídico*, en Birgin, Haydée (comp.), *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 31; Rhode, Deborah, *Speaking of Sex: The Denial of Gender Inequality*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1997.

otros grupos en la participación sustantiva para hacer oír su voz y ejercer poder político real en el juego democrático¹⁹, puede acomodar sin costos excesivos el aspecto contramayoritario de la justicialización de sus derechos. En otras palabras, el reclamo judicial de derechos, en estas circunstancias, lejos de ser antidemocrático sirve para reforzar las condiciones de legitimidad del sistema mismo²⁰.

Por otro lado, entiendo que las objeciones respecto de la pertinencia del proceso judicial en casos de reclamos colectivos, especialmente por sus deficiencias en materia remedial y de inclusión en el litigio colectivo o de impacto, pueden ser superadas mediante el mejoramiento de los instrumentos procesales. Además, es fundamental valorar los efectos simbólicos del mensaje judicial de atribución de incumplimiento de obligaciones jurídicas a funcionarios y dependencias estatales y la participación del Poder Judicial en el diálogo que recuerda a los poderes públicos los compromisos asumidos interna e internacionalmente²¹.

Finalmente, el trabajo asume además el carácter positivo de la estrategia de justicialización de derechos como herramienta para transformar, democratizar y mejorar la calidad de nuestras instituciones y el goce de derechos por parte de las mujeres. En lugares como Estados Unidos, donde el movimiento por los derechos civiles y el de mujeres recurrieron extensamente a la justicialización de derechos, aún se discute la capacidad transformadora de las reformas promovidas desde los tribunales. Por un lado, están quienes, desde investigaciones empíricas, como la realizada por Rosenberg²², niegan los efectos de las decisiones de los tribunales y de

¹⁹ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 692.

²⁰ Nino, *Fundamentos*, cit., ps. 692-701; Ely, John Hart, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980. Si bien considero que teorías como las de Nino y Ely ofrecen razones suficientes para justificar la intervención judicial, creo que las mismas son compatibles con un diseño institucional que no necesariamente concede la última palabra a ese poder, tal como lo han propuesto recientemente críticos del control judicial de constitucionalidad en el sistema estadounidense vinculados al “constitucionalismo popular”, como Kramer, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

²¹ Para una revisión de respuestas posibles a las objeciones procedimentales a la exigibilidad judicial de derechos sociales, económicos y culturales, véase Abramovich, y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., ps. 42-47.

²² Rosenberg, Gerald, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?*, University of Chicago Press, Chicago, 1991. En especial, véase el capítulo 7: *Liberating Women? The Courts and Women's Rights*, en el que Rosenberg cuestiona los efectos en los hechos del litigio desarrollado por el movimiento de mujeres en Estados Unidos a partir de la década del 60.

la Corte Suprema en las transformaciones culturales y políticas atribuidas al movimiento por los derechos civiles. Por otro, están las disputas entre quienes defienden visiones optimistas y pesimistas frente al papel del discurso de los derechos y su justicialización. Para los primeros, el discurso de los derechos y los procedimientos de justicialización destinados a promover su efectiva realización son, y deberían ser, importantes herramientas para el cambio y la mejora de las condiciones de vida de los individuos y la calidad del sistema democrático²³. Los pesimistas, partícipes en general de los estudios críticos del derecho²⁴, arguyen, en cambio, que las reformas no sólo carecen de impacto, sino que en muchas ocasiones debilitan los movimientos sociales al interferir con otras estrategias más efectivas. Esta discusión ha tenido su correlato en los debates feministas y varias voces se han levantado para alertar sobre los límites y desventajas del discurso de los derechos y los reclamos de su realización en el ámbito judicial²⁵.

En la Argentina, sin embargo, donde el discurso de los derechos y las estrategias de justicialización no tienen aún el grado de penetración que han logrado en lugares como Estados Unidos, o más recientemente en países como Canadá o el Reino Unido, o de nuestra región como Colombia²⁶, parece prematuro renunciar a las promesas de las estrategias de exigibilidad judicial de derechos y de promoción de reforma institucional antes de explorarlas, sobre todo cuando la poca información disponible es indicio de algunos éxitos²⁷; y más aún si tenemos presentes las dificulta-

²³ Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1987; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. En Argentina, véase, por ejemplo, Nino, *Fundamentos*, cit., p. 703; del mismo autor, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, España, 1996. Más recientemente, en el debate sobre el control judicial en cuestiones de derechos sociales, véase Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit.; Alegre, Marcelo, *Democracia, igualitarismo y activismo judicial*, en Sela 2001, *Los derechos fundamentales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2002.

²⁴ Tushnet, Mark, *An Essay on Rights*, en "University of Texas Law Review", 62:1.386 (1982).

²⁵ Véase, por ejemplo, Williams, Patricia, *La dolorosa prisión del lenguaje de los derechos*, y Brown, Wendy, *Lo que se pierde con los derechos*, traducidos en Jaramillo, María Isabel (comp.), *La crítica de los derechos*, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 2003.

²⁶ Rodríguez, César A.; García Villegas, Mauricio y Uprimny, Rodrigo, *Justice and Society in Colombia: A Sociolegal Analysis of Colombian Courts*, en Friedman, Lawrence y Pérez Perdomo, Rogelio, *Legal Cultura in the Age of Globalization*, Stanford University Press, California, 2003.

²⁷ Maurino, Nino y Sigal, *Las acciones colectivas*, citado.

des de hecho que se enfrentan en el plano político para el impulso de una agenda feminista.

Claro que no es bueno subestimar los límites y debilidades de otras experiencias de justicialización. Sin embargo, si a la conciencia de tales limitaciones incorporamos la de las propias restricciones del derecho y el sistema judicial argentino, y el papel de éstos en la generación y reproducción del género y la discriminación, antes de renunciar de pleno a una estrategia de reclamo judicial que el movimiento de mujeres ha explotado con éxitos en otros lugares²⁸, bien valdría la pena proponer el ensayo y la profundización de esa estrategia. Ello sin crear falsas expectativas y teniendo presente que se trata de una herramienta más de cambio social desplegada en el trasfondo de injusticia, informalidad y debilidad institucional en el que opera el sistema jurídico argentino.

I. 3. La internalización del DIDH

La creciente importancia que ha adquirido el DIDH en el plano doméstico desde el retorno al régimen democrático es otro de los fenómenos que enmarca la investigación. Ésta presupone también que cualquier estrategia de justicialización de los derechos de las mujeres puede nutrirse y a su vez fomentar y enriquecer ese nuevo fenómeno y contribuir al desarrollo de una práctica de respeto de las obligaciones internacionales del Estado argentino.

El debate sobre las razones y procesos que llevan a los Estados a obedecer el derecho internacional ha ocupado la agenda de internacionalistas en las ciencias sociales y el derecho hasta nuestros días²⁹. Varias taxono-

²⁸ Los tribunales estadounidenses han desarrollado una copiosa jurisprudencia sobre cuestiones de discriminación por sexo, igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, igualdad de paga, salud sexual y reproductiva, violencia sexual y doméstica, etcétera. Para un panorama del prolífico litigio en Estados Unidos en esos temas, véanse las compilaciones de jurisprudencia con fines docentes en *casebooks*, como Barlett, K.; Harris, Angela y Rhode, Deborah, *Gender and Law: Theory, Doctrine, Commentary*, 3ª ed., Aspen Publishers Inc., Nueva York, 2002, o MacKinnon, Catherine, *Sex Equality*, Foundation Press, Nueva York, 2001. Respecto de la jurisprudencia comunitaria europea, véase, por ejemplo, Bolger, Marguerite y Kimber, Cliona, *Sex Discrimination Law*, Round Hall Sweet y Maxwell, Dublín, 2000; Pérez del Río, Teresa, *Mujer e igualdad: Estudio en materia social y laboral 1994-1998*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999; Charpentier, Louis, *The European Court of Justice and the Rethoric of Affirmative Action*, European University Institute, 1998. Una compilación de la jurisprudencia del sistema europeo de protección de derechos humanos puede encontrarse en www.womenslinkworldwide.org/co_reg_echr.html.

²⁹ Existen varias revisiones de la bibliografía sobre estos debates al interior de las disciplinas y entre ellas. Véase, por ejemplo, Koh, Harold y Hathaway, Oona, *Foundations of International Law and Politics*, Foundation Press, Thompson West, Nueva York, 2005.

mías han intentado abarcar las diferentes perspectivas de las discusiones desarrolladas en disciplinas como el derecho internacional y las relaciones internacionales. Realistas, institucionalistas, liberales, constructivistas, procesalistas³⁰ son algunas de las etiquetas con las que se han emprendido intentos teóricos de explicar y valorar el fenómeno de obediencia estatal al derecho internacional.

El auge del DIDH en los últimos años ha redirigido los debates hacia el fenómeno de la conducta estatal frente al DIDH, dada la ausencia en éste de mecanismos tradicionales de exigibilidad presentes en otras esferas del derecho internacional³¹. En alguna de las categorizaciones de tales debates teóricos en el hemisferio norte, Oona Hathaway³² propone distinguir teorías racionalistas y normativas³³.

Las explicaciones racionalistas comparten la idea de que los Estados y sus actores son sujetos racionales que actúan auto-interesadamente de acuerdo con los resultados de la evaluación de los costos y beneficios de potenciales cursos de acción. Entre estas explicaciones se distinguen a su vez las explicaciones de corte realista, institucionalista y liberal. Para los realistas, los Estados cumplen con sus obligaciones en materia de derechos humanos frente a la amenaza latente del ejercicio de la fuerza por parte de Estados más poderosos³⁴. Los institucionalistas, en cambio, atribuyen el cumplimiento a la evaluación que hacen los Estados de los costos y beneficios en materia de reputación internacional³⁵. Por último, autores liberales como Andrew Moravcsik, proponen interpretar la renuncia de soberanía, legitimidad democrática y autodeterminación que implica la firma de tratados de derechos humanos y la aceptación de la jurisdicción internacional de organismos como la Comisión Europea de Derechos Humanos, como el resultado de un balance de los costos de la restricción de la discreción gubernamental frente a las ventajas de la reducción de la incertidumbre política doméstica en futuros gobiernos³⁶.

³⁰ Koh y Hathaway, *Foundations of International Law and Politics*, cit., p. 1.

³¹ Hathaway, Oona, *Do Human Rights Treaties Make a Difference*, en "Yale Law Journal", 111:1.935 (2002).

³² Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference*, citado.

³³ Aunque reconozco que no se trata de la mejor traducción, utilizo aquí la expresión "normativa" en referencia a la expresión *norm-based theories*.

³⁴ Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference*, cit., p. 1.945.

³⁵ Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference*, cit., p. 1.948.

³⁶ Moravcsik, Andrew, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, *International Organizations* 54:217 (2000). Según Moravcsik, las democracias recientemente establecidas y potencialmente inestables son las que encuentran mayor fundamento para suscribir TDH como herramientas para la consolidación de la democracia.

igualdad de género

En otro ámbito del debate se ubican las teorías normativas de los proponentes de los modelos constructivistas, de equidad y del proceso jurídico transnacional. Éstas coinciden en resaltar el poder persuasivo de las obligaciones jurídicas legítimas emergentes de los tratados de derechos humanos y la necesidad de comprender la influencia e importancia de las ideas y las normas en la acción estatal en el plano internacional³⁷.

Para constructivistas como Keck y Sikkink³⁸, los intereses de los actores internacionales se construyen y constituyen a través de la interacción de redes transnacionales de activistas integradas por las ONG nacionales e internacionales, movimientos locales, fundaciones, los medios, organizaciones internacionales y regionales, iglesias, sindicatos, intelectuales y los diferentes poderes del Estado. La interacción de éstos activa las redes transnacionales y genera un efecto bumerán que permite superar barreras domésticas de acceso al Estado mediante la acción coordinada en el plano internacional y su impacto local. Por otra parte, los proponentes del modelo de la equidad hacen hincapié en el papel de las ideas de legitimidad y ecuanimidad en la inducción del cumplimiento de las reglas internacionales³⁹. Finalmente, los procedimentalistas arguyen que los procesos de creación y exigibilidad del derecho internacional son los que conducen y promueven su obediencia. En esa línea de argumentación, Harold Koh propone la idea de un “proceso jurídico transnacional”⁴⁰ consistente en un conjunto de subprocesos complejo y multidimensional de “interacción, interpretación e internalización” del derecho internacional⁴¹. Esta última etapa de internalización, según Koh, es central en el proceso que conduce a la obediencia del derecho internacional. Sostiene también que las estrategias de internalización pueden involucrar mecanismos políticos, sociales o jurídicos⁴². En este último caso, la internaliza-

³⁷ Koh y Hathaway, *Foundations of International Law and Politics*, cit., p. 111.

³⁸ Keck, Margaret E. y Sikkink, Kathryn, *Activist Beyond Borders*, Cornell University Press, Itaca, 1998.

³⁹ Franck, Thomas M., *Legitimacy in the International System*, en “American Journal of International Law”, 82:712 (1988).

⁴⁰ Koh, *Transnational Legal Process*, cit., nota 6, p. 2.602.

⁴¹ Koh, *Transnational Legal Process*, cit., nota 6, p. 2.599. Según Koh, el proceso se divide en tres fases: 1) la interacción se produce entre actores transnacionales –Estados nación, organizaciones internacionales, corporaciones multinacionales, ONG e individuos– que generan las normas internacionales; 2) la interpretación se origina en la interacción de foros nacionales e internacionales; y 3) la internalización de las normas internacionales en el sistema doméstico completa el proceso que lleva a la obediencia.

⁴² Koh, *Transnational Legal Process*, cit., nota 6, ps. 2.626 y 2.656.

ción ocurre cuando la norma internacional es incorporada al derecho local a través de la acción del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o la interpretación judicial.

I. 4. La internalización del DIDH en la Argentina

La historia de los últimos veinte años del DIDH puede ser reconstruida como un proceso de internalización con distintas etapas. En éstas es posible identificar algunos aspectos de las explicaciones referidas en el punto anterior.

En un primer estadio, aproximadamente entre 1983 y 1994, el Gobierno suscribió o completó los pasos pendientes para la entrada en vigencia de la mayoría de los tratados de los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos.

En la línea de las explicaciones racionalistas, es posible argumentar que el proceso de suscripción de tratados iniciado por el gobierno del presidente Alfonsín fue parte de un proyecto de consolidación de la democracia. Para mejorar la reputación del país en el ámbito internacional, reforzar las débiles salvaguardias internas y prevenir así futuras violaciones de derechos, se requería el afianzamiento de ciertos compromisos en materia de derechos humanos. En paralelo, funcionarios de los tres poderes del Estado, activistas y organizaciones de derechos humanos y de mujeres profundizaban el conocimiento de las normas de los tratados y los recursos jurisdiccionales y la jurisprudencia del DIDH en el sistema universal y regional. Al mismo tiempo, exploraban las implicancias de los compromisos del Estado argentino para el nuevo sistema jurídico y político democrático. Según el modelo constructivista, todo ello ocurría en el contexto de varias interacciones de redes transnacionales de activismo.

Por otro lado, en esos primeros años, los debates jurídicos académicos y jurisprudenciales domésticos se centraron en la controversia sobre el alcance de la aplicación judicial de los tratados en casos de conflicto o contradicción con normas locales de diversa jerarquía y el carácter operativo o programático de sus cláusulas. Además, ocasionalmente y en un número reducido de casos de libertad de expresión o desapariciones forzadas, se debatían algunos criterios de interpretación del texto de los tratados⁴³. El Poder Judicial iniciaba así su incorporación como un actor más del proceso de internalización del DIDH, del estilo del que presentaban teorías procedimentalistas como la de Koh.

⁴³ Sobre el tema, véanse varios de los trabajos publicados en Abregú, Martín y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997.

En 1994, ese proceso de internalización experimentó otra transformación política y jurídica: mediante el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, se reconoció estatus constitucional a un conjunto de Tratados de Derechos Humanos (TDH). En esta nueva fase, justificada con argumentos expresivos y de reputación internacional⁴⁴ –esta vez por los constituyentes–, los TDH y los estándares del DIDH adquirieron un nuevo e indefinido perfil como recursos argumentativos e interpretativos en el diseño y la implementación de leyes y políticas públicas y en los reclamos de protección de derechos. La constitucionalización puso fin a algunas controversias jurídicas sobre la aplicación de los TDH⁴⁵ y creó la necesidad de impulsar en distintos espacios institucionales –la administración pública, las legislaturas, los tribunales, la sociedad civil y la academia– un debate que diera sentido a sus efectos, alcances políticos y jurídicos. Las conclusiones de ese debate continúan definiéndose hasta hoy.

El resto del trabajo supone que, tal como lo han propuesto las teorías procedimentalistas, el discurso judicial es un espacio fundamental para el desarrollo de ese proceso de internalización que conduce, en última instancia, a que los Estados, sus individuos e instituciones cumplan los TDH y demás normas del DIDH. Ahora bien, una vez aceptada esta premisa, surgen dos interrogantes básicos y vinculados. Por un lado, es necesario definir los alcances y las consecuencias jurídicas del reconocimiento de jerarquía constitucional a los TDH. Por otro, es necesario preguntarse por

⁴⁴ Son elocuentes en ese sentido los debates constituyentes que llevaron a la incorporación del art. 75, inc. 22. Véanse, por ejemplo, los dichos del convencional De Vedia, para quien la incorporación de los TDH al texto constitucional era la “expresión de un pueblo que quiere manifestar su voluntad de vivir civilizadamente”, y al mismo tiempo, “un instrumento de docencia para que las sucesivas generaciones argentinas puedan –al igual que cuando ahora leemos en la Constitución vigente la historia de nuestros sufrimientos, enfrentamientos, guerras civiles, miserias y grandezas de nuestra vida en comunidad– leer en esa incorporación de los derechos humanos también el sufrimiento de las generaciones que las precedieron, para que ellas puedan gozar de un mundo mejor del que nosotros supimos disfrutar. Asimismo, la incorporación de estos derechos en la Constitución nacional será el mensaje que la Argentina irradiará al mundo, afirmando su definitiva voluntad de vivir en civilización, en solidaridad, en libertad y en justicia”. En palabras de la convencional Olivera, la constitucionalización de los TDH debía llevarse a cabo “para asegurar ese nunca más” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Día 22, 3ª Sesión Ordinaria, 2/8/1994, p. 2.861, disponible en www.hcdcorrientes.gov.ar/DCN-1994/AGO_02-.rtf).

⁴⁵ Como lo señala Koven Levit, esa estrategia de internalización no está exenta de riesgos, sobre todo si se tiene en cuenta su propia génesis en el marco de un proceso de reforma deslegitimado, que se llevó a cabo sin la presencia de actores transnacionales claves. Koven Levit, Janet, *The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?*, en “Columbia Journal of Transnational Law”, 37:281 (1999).

el espacio que esos TDH y los diversos recursos del DIDH deben ocupar en la argumentación y el discurso judicial. Cuestiones ambas, argumentaré aquí, sobre las que a pesar del tiempo transcurrido desde 1994 aún no hemos reflexionado lo suficiente y frente a las que los tribunales y la Corte no han dado respuestas conclusivas que articulen los distintos niveles de “obligatoriedad” y “autoridad” que podrían o deberían reconocerse en la argumentación judicial a los TDH, los diversos documentos del DIDH y la jurisprudencia de los órganos internacionales. Y ello porque si bien la Corte, después de la reforma, emitió algunos pronunciamientos que consideraban la obligatoriedad de la jurisprudencia regional y el carácter de guía de las decisiones de los órganos internacionales y de los criterios de interpretación del DIDH⁴⁶, las inconsistencias de su jurisprudencia posterior⁴⁷ y la falta de justificación y desagregación de las pautas establecidas en las primeras decisiones derivaron en la indefinición y la selectividad del recurso al DIDH.

A la luz de este proceso inconcluso es que analizo a continuación el tratamiento de la jurisprudencia seleccionada. Antes, sin embargo, es importante introducir una nota de cautela sobre el género del DIDH⁴⁸.

I. 5. El género del DIDH

En diciembre de 1983, durante la primera semana del gobierno recientemente electo, representantes de varias organizaciones de mujeres pre-

⁴⁶ Cfr. “Ekmekdjian, Miguel A. v. Sofovich, Gerardo y otros”, CSJN, 7/6/1992, consid. 21: “la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José”, y cons. 22: “Esta Corte considera que entre las medidas necesarias para cumplir con el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales”. En el mismo sentido, *in re* “Giroldi, Horacio D. y otro s/recurso de casación”, CSJN, 7/4/1995.

⁴⁷ Para una crítica de la interpretación equívoca del DIDH en casos como “Bramajo” y “Chocobar”, véase Abregú, Martín, *La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: Una introducción*, en Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, cit. Para un análisis de las inconsistencias frente a la obligatoriedad de los informes del art. 51 de la CIDH, véase Filippini, Leonardo, *Los informes del artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina*, en “Más Derecho”, vol. 4, Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2004.

⁴⁸ Además, esta nota debe ubicarse en el contexto más amplio de las críticas internas y externas formuladas al sistema internacional de protección de derechos humanos. No las referiré aquí por que escapan al objetivo del trabajo, pero creo que conocerlas y tener conciencia de las limitaciones y dificultades del sistema es importante, no para abandonarlo sino para hacer un mejor uso de sus potencialidades. Para una revisión de las críticas, véase, por ejemplo, Kennedy, David, *The International Human Rights System: Part of the Problem?*, en “European Human Rights Law Review”, n° 252, 2001.

sentaron ante la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto elaborado en el taller “Propuestas al Parlamento”. En el mismo solicitaban la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁴⁹. Tres meses después, en marzo de 1984, se celebraba por primera vez en el país el Día Internacional de la Mujer y la Multisectorial de la Mujer⁵⁰ entregaba al Congreso Nacional un listado de reclamos de siete puntos⁵¹, encabezados por el pedido de ratificación de la CEDAW⁵². Ya en los primeros días del retorno a la democracia, el movimiento de mujeres promovía la firma de la CEDAW, una herramienta central del DIDH para la defensa de los derechos de las mujeres⁵³ que, incluso antes de su suscripción, figuraba entre los recursos argumentativos de los reclamos marginales e infructuosos de algunos grupos de mujeres⁵⁴.

⁴⁹ Feijóo, María del Carmen y Cogna, Mónica, *Women in the Transition to Democracy*, en Jelin, Elizabeth (ed.), *Women and Social Change in Latin America*, UNRISD y Zed Books Ltd., New Jersey, 1994, 2ª ed., p. 102. En igual sentido, véase Calvera, Leonor, *Mujeres y feminismo en la Argentina*, Grupo Editor Latinoamericano, Colección Controversia, Buenos Aires, 1990, p. 128.

⁵⁰ Organizada a fines de 1983 e integrada por mujeres de partidos políticos, sindicatos y organizaciones de mujeres. Cfr. Feijóo y Cogna, *Women in the Transition to Democracy*, cit., p. 102.

⁵¹ Entre los siete puntos mínimos se incluían: 1) la ratificación de la CEDAW; 2) igualdad de los hijos ante la ley; 3) modificación del régimen de patria potestad; 4) cumplimiento de la ley “igual salario por igual trabajo”; 5) reglamentación de la ley de guarderías infantiles; 6) modificación de la ley de jubilación para amas de casa; y 7) creación de la Secretaría de Estado de la Mujer. Feijóo y Cogna, *Women in the Transition to Democracy*, cit., p. 104; Calvera, *Mujeres y feminismo en la Argentina*, cit., p. 116.

⁵² Feijóo y Cogna, *Women in the Transition to Democracy*, cit., p. 103.

⁵³ No era la primera vez que grupos de mujeres organizadas recurrían al DIDH. Éste había sido un recurso descubierto e incipientemente explorado en la lucha por la justicia en las violaciones masivas de derechos humanos durante la dictadura, entre otros, por las Madres de Plaza de Mayo, quienes habían recurrido al DIDH para formular denuncias ante los organismos internacionales como la CIDH –su visita fue reconocida como un punto de inflexión en la práctica de desapariciones forzadas perpetradas por el gobierno militar–. Véase Acuña, Carlos H. et al., *Juicio, castigos y memorias: Derechos humanos y justicia en la política argentina*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1995, p. 36. Feijóo y Cogna, *Women in the Transition to Democracy*, cit., p. 88.

⁵⁴ Al respecto, declara Calvera: “finalmente, fue idea de (...) que trabajáramos sobre la reforma del ejercicio de la patria potestad. (...) En pequeñas reuniones con (...) inicialmente, con antiguas integrantes de UFA y otras nuevas mujeres con posterioridad, comenzamos a orquestar la campaña. Tomamos como base el proyecto de ley que consideramos más amplio y mejor elaborado. Ese proyecto había sido aprobado por ambas cámaras en 1975, pero a último momento sufrió el veto de la entonces presi-

Veinte años después de aquellos primeros pasos, el DIDH continúa ocupando un lugar importante en el conjunto de herramientas argumentativas utilizadas y promovidas por las mujeres y sus organizaciones para combatir local e internacionalmente la discriminación por sexo⁵⁵. Y si se observa la cantidad de veces que esta herramienta ha sido citada en las exposiciones de motivos de reformas legislativas adoptadas en la última década en los temas de la agenda feminista, se podría decir que su uso ha tenido un relativo éxito⁵⁶.

Sin embargo, al evaluar el papel del DIDH en el desarrollo del discurso de los derechos de las mujeres, es necesario tener presente que éste ha sido "parcial y androcéntrico, [ha] privilegia[do] una cosmovisión masculina"⁵⁷ y ha reproducido en diversas instancias idénticas prácticas de discriminación por género e invisibilidad de los temas de mujeres a las observadas en el desarrollo del derecho en el plano doméstico de los países parte. Como lo denuncia la crítica feminista del DIDH, hasta no hace mucho los órganos de creación y aplicación del DIDH perpetuaban pautas de discriminación iguales a las que caracterizan la organización doméstica de los Estados. Recién con el establecimiento de los órganos del Tratado de Roma, las mujeres han logrado una representación sustantiva y más igualitaria en los organismos del sistema universal de protección de derechos humanos⁵⁸.

denta de la nación, la señora María Estela Martínez de Perón. En 1980 salimos a recoger firmas de adhesión. En nuestras argumentaciones nos apoyábamos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer", Calvera, *Mujeres y feminismo en la Argentina*, cit., p. 73.

⁵⁵ El lugar central que la promoción de la suscripción del Protocolo Facultativo de la CEDAW tiene hoy en la agenda del movimiento de mujeres ilustra el espacio que continúan ocupando los TDH entre las herramientas de acción feminista.

⁵⁶ Para un listado de leyes federales y provinciales adoptadas en los últimos años en temas de derechos de las mujeres, véase la compilación de legislación disponible en el sitio web del Consejo Nacional de la Mujer, en www.cnm.gov.ar.

⁵⁷ Véase Charlesworth, Hilary, *What are "Women's International Human Rights"?*, en Rebecca J. Cook (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 1994, p. 58 (traducción de la autora).

⁵⁸ Para más detalle sobre la crítica feminista del DIDH, véase Cook (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, cit.; Mahoney, Kathleen, *Theoretical Perspectives on Women's Human Rights and Strategies for their Implementation*, en "Brooklyn Journal of International Law", 21:799 (1996); Hernández-Truyol, Berta E., *Women's Rights as Human Rights. Rules, Realities and the Role of Culture: A Formula for Reform*, en "Brooklyn Journal of International Law", 21:605 (1996); Brems, Eva, *Protecting the Human Rights of Women*, en Lyons, Gene y Mayall, James (eds.), *International Human Rights in the Twenty First Century*, 2003. Por otro lado, el informe sobre la introducción de una perspectiva de género en los órganos de monitoreo de los TDH, encargado por el

Si bien los temas de mujeres tuvieron una presencia importante en la agenda de las Naciones Unidas desde su creación, sólo en la última década adquirieron relevancia y complejidad en todas sus dimensiones en el programa de acción del DIDH y en sus organismos administrativos y jurisdiccionales. Esto ocurrió, fundamentalmente, gracias a la campaña internacional desarrollada por organizaciones de mujeres y líderes feministas para las conferencias de Viena de 1993⁵⁹, El Cairo de 1994 y Beijing de 1995⁶⁰.

Un proceso similar tuvo lugar en el sistema interamericano, que hasta hace poco había sido refractario a los reclamos de discriminación contra las mujeres⁶¹. Contextos como el de la adopción de la Convención de Belem do Pará ejemplifican la evolución de la presencia de estas cuestiones en la agenda del sistema regional y dan cuenta del lugar que ellas ocupaban en el trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a comienzos de la década del 90⁶². Por otro lado, la creciente pero

secretario general de la ONU en 1998, ilustra bien la ausencia de mujeres en la composición y agenda de trabajo de varios de los Comités de Naciones Unidas a cargo de la supervisión de los TDH. Véase *Integrating a Gender Perspective into the Work of the UN Treaty Bodies: Report by the Secretary General*, UN: Doc HRI/MC/1998/6 (1998). A pesar de los grandes progresos, hasta diciembre de 2004 el porcentaje de representación femenina en los tribunales internacionales era: 1 de 15 en la Corte Internacional de Justicia, 7 de 18 en la Corte Penal Internacional, 11 de 46 en la Corte Europea de Derechos Humanos, y 1 de 8 en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y 2 de 7 en la CIDH.

⁵⁹ Para un narración del proceso de preparación para la Conferencia de Viena, véase Bunch, Charlotte y Reilly, Niamh, *Demanding Accountability: The Global Campaign and Vienna Tribunal for Women's Human Rights*. Rutgers, NJ, Center for Women's Global Leadership, y Nueva York, NY: United Nations Development Fund for Women (UNIFEM), 1994.

⁶⁰ Resoluciones como la Recomendación General N° 28, emitida en el año 2000 por el Comité de Derechos Humanos, evidencian hasta qué punto es reciente la complejización del discurso de los organismos del sistema frente a normas básicas como el artículo 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y a conceptos tan elementales del mismo como el de igualdad entre los sexos. Véanse Comité de Derechos Humanos, Comentario General 28: Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres (artículo 3): 29/3/2000. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10. Este comentario reemplaza al Comentario General 4 (1981) del mismo Comité.

⁶¹ Cfr. Medina, Cecilia, *Toward a More Effective Guarantee of the Enjoyment of Human Rights by Women in the Inter-American System*, en Cook (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, cit., p. 270.

⁶² Según relata Felipe González, la Convención de Belem do Pará "fue llevada a cabo no por la CIDH, sino por la Comisión Interamericana de Mujeres en conjunto con los Estados de la OEA. A pesar de que sobre este punto puede haber terreno para la discusión, la ausencia de la CIDH en la elaboración de este tratado no puede considerarse

escasa jurisprudencia regional en materia de discriminación por sexo constituye otro dato relevante para evaluar el papel del DIDH en los tribunales domésticos.

Finalmente, también es importante tener presente el limitado acceso que han tenido las mujeres argentinas y sus organizaciones a las instancias institucionales del sistema universal y regional de protección de derechos humanos. La participación mediante la presentación de “informes sombra” ante el comité de la CEDAW y otros comités de Naciones Unidas es reciente⁶³ y, según lo señalo más adelante, la jurisprudencia internacional generada por peticionantes argentinas es todavía incipiente. Ello sugiere, entonces, la necesidad de explorar la existencia de barreras formales e informales en el acceso a dichos foros desde nuestro país y apreciar con cautela los recursos del DIDH para la promoción de los derechos de las mujeres⁶⁴.

II. La judicialización de reclamos de derechos de las mujeres

II. 1. Tratamiento jurisprudencial de reclamos de derechos de mujeres

Una descripción en profundidad del fenómeno de judicialización de derechos y la utilización de los TDH y el DIDH en materia de discriminación contra las mujeres requeriría el despliegue de una combinación de métodos de investigación de las ciencias sociales y el análisis jurídico. Para lograr una perspectiva de la evolución temporal del fenómeno y referirnos al país y no sólo a un puñado de jurisdicciones, o simplemente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), como suele suceder, esa investigación debería contemplar una dimensión longitudinal y otra transjurisdiccional. Podría ser, idealmente, una investigación en la tradición de los estudios de derecho y sociedad con el tamiz de la crítica femi-

como el resultado de una exclusión deliberada por parte de los Estados: lo cierto es que por esos años aquélla no había asumido de manera significativa la protección de los derechos humanos de la mujer”. La Convención “puso en el centro de la agenda el tratamiento de los derechos humanos en el Sistema Interamericano el tema de los derechos de la mujer” y “sirvió de impulso al trabajo de la CIDH en la materia, el que se ampliaría más adelante” (González, Felipe M., *La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: Expectativas (in)satisfechas*, en *Derechos humanos e interés público*, en “Cuadernos de Análisis Jurídico”, n° 11, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2001, ps. 186-187).

⁶³ El informe *Los derechos humanos de las mujeres*, por ejemplo, es del año 2002 y no se conocen experiencias anteriores de esa magnitud.

⁶⁴ Sobre las potencialidades de los sistemas regionales, véase Stacy, Helen, *Equality and Difference: Regional Courts and Women's Human Rights*, manuscrito preparado para el *Stanford Institute for International Studies* (en poder de la autora).

nista, para que esta nos instruyera sobre la brecha entre el derecho “en los libros” y el derecho “en la práctica”⁶⁵ de las múltiples realidades que conviven en el suelo argentino.

En un contexto de recursos limitados, sin embargo, este trabajo propone la exploración del interrogante en un espacio mucho más modesto: el del estudio de las decisiones de tribunales locales de los últimos diez años (1994-2004) publicadas en las revistas jurídicas y en la base de datos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en tres tipos de casos seleccionados por su relevancia relativa en la agenda feminista. Las decisiones se refieren a⁶⁶: a) casos que discuten centralmente cuestiones de discriminación por sexo, b) reclamos de derechos reproductivos, y c) cuestiones de aplicación de normas que regulan el empleo femenino. Incorporo también referencias a algunas de las escasas fuentes secundarias disponibles en las que se ha analizado el género del discurso judicial, en general en los trabajos de equipo con fondos internacionales⁶⁷. Asimismo, incluyo un breve ejercicio de revisión de las citas de normas de TDH en las decisiones de la Corte Suprema. Para terminar, considero algunos de los estudios disponibles sobre género en la administración del Poder Judicial y la prestación y el acceso al servicio de justicia.

Las limitaciones metodológicas del trabajo son evidentes: obedecen a las dificultades para emprender investigaciones sin la posibilidad de hacer entrevistas o encuestas, revisar expedientes judiciales y acceder a una

⁶⁵ Tal como lo describe la tradicional frase consignada por el movimiento *Derechos y Sociedad*. Véase, al respecto, García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César, *Derecho y sociedad en América Latina: hacia la consolidación de los estudios jurídicos críticos*, en García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César (comps.), *Derecho y sociedad en América Latina*, ILSA, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003, ps. 15-67.

⁶⁶ La clasificación es, sin duda, una entre varias posibles y sus limitaciones son innegables. De alguna manera, todos los casos estudiados son o podrían haber sido planteados como casos de discriminación por sexo. Por esta razón, varios aspectos del debate jurídico se superponen, aunque las partes no hayan recurrido en ellos al argumento discriminatorio. La propongo sólo con el objetivo de clarificar la exposición.

⁶⁷ En particular, me refiero a tres investigaciones grupales realizadas con el apoyo de instituciones de cooperación internacionales: a) la investigación llevada a cabo por María José Lubertino e investigadoras del Instituto Social y Político de la Mujer, revisada por Roberto Gargarella, que conforma el capítulo sobre Argentina del trabajo de Cabal, Luisa; Lemaitre, Julieta y Roa, Mónica (eds.), *Cuerpo y derecho*, Temis, Bogotá, 2002; 2) la investigación de Cristina Motta y Marcela Rodríguez para el Banco Mundial, publicada por éste en *Mujer y derecho: el caso argentino*, Ed. Banco Mundial, Buenos Aires, 2000; y 3) la colección de cuatro libros con investigaciones sobre el género en el derecho penal, el derecho laboral, el derecho privado y la teoría del derecho compilados por Haydée Birgin, en el marco del programa “El género en el Derecho y el Derecho en el género”, desarrollado por CEADEL con el apoyo de la Fundación Ford y publicados por Biblos, Buenos Aires, entre el 2000 y el 2001.

muestra mayor de sentencias. Por otra parte, las restricciones en la selección de sentencias son producto de la ausencia de publicaciones jurídicas específicas, la falta de sistematización oficial o privada de la jurisprudencia en cuestiones de discriminación por sexo y las barreras para acceder a las decisiones judiciales de instancias inferiores a escala nacional y provincial⁶⁸.

II. 1. A. Planteos de discriminación por razones de sexo

En 1992, en una de las investigaciones más completas sobre la jurisprudencia nacional en materia de derechos, Carlos Nino observaba: “Los casos más recurrentes de discriminación, (...) en materia racial, religiosa, o sexual, raramente llegan a los tribunales (dada, entre otras cosas, la dificultad de acceso al aparato judicial), cuyos repertorios bajo el rubro ‘igualdad ante la ley’ están, por el contrario, repletos de quejas por desigualdades en materia de propiedad”⁶⁹. Doce años después, los planteos por cuestiones de discriminación por razones no patrimoniales que llegan a nuestros tribunales continúan siendo escasos y las decisiones en las que se abordan expresamente cuestiones de discriminación por sexo son una rareza.

1) *Corte Suprema*. La revisión de las sentencias posteriores a 1994, publicadas en las revistas “La Ley” y “Jurisprudencia Argentina”, centradas en cuestiones de discriminación por sexo, arroja tan sólo dos⁷⁰ decisiones de la Corte y otras siete de tribunales inferiores en las que se discuten centralmente cuestiones de discriminación por sexo. Los dos precedentes de la Corte, junto a los fallos “Lantieri Renshaw”⁷¹ y “Carba-

⁶⁸ Quedan afuera temas centrales en materia de justicialización de derechos de mujeres en el ámbito del derecho de familia, la violencia familiar y sexual que no podría abordar en este trabajo y que pueden consultarse en las investigaciones mencionadas en la nota anterior. Tampoco se incluyen los demás niveles de la “pirámide de litigiosidad”; es decir, aquellos que alojan el universo de todos los conflictos sociales, de casos que podrían interpretarse como situaciones de discriminación por sexo, susceptibles de ser justicializados, pero que nunca llegan a los estrados judiciales y se estancan en los estamentos inferiores de la pirámide.

⁶⁹ Nino, Nino, *Fundamentos*, cit., p. 445.

⁷⁰ La Corte se pronunció, además, en el expediente administrativo “Chedid, Gabriela s/licencia por maternidad”, 14/2/1997, en el que el Tribunal negó el derecho a la licencia de maternidad a una empleada judicial en un caso de anencefalia, argumentando que las normas que regulan la licencia por enfermedad eran de aplicación.

⁷¹ CSJN, *Fallos*: 154:289 (1929) (deshonroso antecedente jurisprudencial rechazando el pedido de declaración de inconstitucionalidad de la legislación nacional que no preveía el voto femenino y justificando el rechazo en la existencia de diferencias “naturales” entre los sexos).

llo⁷², constituyen las únicas oportunidades en las que el más alto tribunal ha tenido ocasión de desarrollar su discurso en planteos por situaciones de discriminación contra las mujeres.

En 1999, en la sentencia “D. de P. V., A. v. O., C. H.”⁷³, la mayoría⁷⁴ de la Corte rechazó el reclamo de una mujer sobre la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil⁷⁵. En el caso, la demandante reclamaba el derecho a un trato igualitario respecto del varón y alegaba que la norma en cuestión era discriminatoria y, en consecuencia, violatoria de la Constitución y los TDH con rango constitucional, en particular, de varias previsiones de la CEDAW.

No obstante, la mayoría del Tribunal rechazó el reclamo alegando, en primer lugar, que la norma que había reformado el artículo había sido sancionada con posterioridad (menos de un mes) a que el Congreso sancionara la ley de aprobación de la CEDAW. Así, podía interpretarse que la intención implícita del legislador era establecer una distinción razonable basada en el sexo en el ejercicio de la acción de impugnación. Tal distinción tenía por fin privilegiar el “valor (...) más beneficioso para el hijo, esto es, el conocimiento de su identidad biológica”. En segundo término, en la solución legislativa la Corte valoró el reconocimiento del derecho del varón de “desligar[se] así de las obligaciones de una paternidad que le es ajena”. Concluyó también que la distinción legal “no transgred[ía] los derechos fundamentales invocados por la recurrente, sino que plasma[ba] una reglamentación posible de los valores en tensión”. Entre tales valores se encontraban el “valor institucional de la familia legítima y la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio”. Esta idea fue reforzada por la mayoría con la cita de secciones de la Convención de los Derechos del Niño (CDN). La mayoría del Tribunal hacía, así, una interpretación restrictiva de una de las ideas fundamentales que estructuran el Estado de derecho: la de igualdad entre varones y mujeres, frente a la que priorizó concepciones estereotipadas de la paternidad y el matrimonio.

⁷² *Fallos*: 287:42 (1973); JA 21-1974-334 (declarando discriminatoria y violatoria del principio de igualdad la negación al personal femenino de Prefectura Nacional Marítima de la opción acordada a los varones para mantener el estado policial por parte del Decreto 7673/55).

⁷³ CSJN, *Fallos*: 322:2701 (1999); JA 2001-III-591.

⁷⁴ Votos de Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt, Augusto C. Belluscio y Antonio Boggiano.

⁷⁵ Esta norma otorga el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad al marido y los/as hijos/as, excluyendo a la madre.

Respecto del DIDH, el voto de la mayoría refleja el marco incompleto de interpretación de la compatibilización de la CEDAW con la norma del Código Civil: no considera la evolución posterior de los compromisos del país y sus legisladores en materia de igualdad entre los sexos, plasmados en la reforma constitucional de 1994, y el reconocimiento de la preeminencia de los TDH en conflicto con leyes de jerarquía inferior. Asimismo, este voto da cuenta de la superficialidad de la Corte a la hora de hacer compatibles las previsiones de la CDN con el resto de las normas en materia de discriminación por sexo, pauta de argumentación que, como se verá, se agrava más en las decisiones sobre temas de salud reproductiva.

En cambio, los argumentos del procurador y los tres ministros disidentes⁷⁶ hicieron lugar al reclamo de discriminación basándose en las normas constitucionales y en los TDH, en especial la CEDAW. Según estos, esas normas eran violentadas arbitrariamente por la distinción creada por el artículo 259 entre varones y mujeres en el ejercicio de sus derechos como padres. Por otra parte, los votos de la minoría señalan que si bien el uso de los TDH se limita a la enumeración de las normas de la CEDAW es capaz de enriquecer la interpretación de la idea de igualdad entre los sexos.

Al año siguiente, con el caso “González De Delgado”⁷⁷, la Corte volvió a tener la oportunidad de pronunciarse sobre la igualdad entre varones y mujeres. Un grupo de padres de alumnos del Colegio Monserrat cuestionaba en este caso la constitucionalidad de una norma de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) que autorizaba la inscripción de mujeres en el colegio⁷⁸ y terminaba con la práctica de permitir el ingreso exclusivo de varones.

En esta ocasión, la Corte se pronunció a favor de la UNC. Sin embargo, lo hizo en un voto dividido y, de alguna manera, dejó pasar la oportunidad histórica de desarrollar un discurso sustantivo y unánime a favor de la igualdad entre los sexos.

Los cuatro primeros ministros votantes⁷⁹ adhirieron al dictamen del procurador, centrado en la legitimidad de la ordenanza de la UNC y en el derecho de la Universidad a “definir o conformar el proyecto educativo institucional”⁸⁰, sin hacer consideraciones valorativas sobre el deber de

⁷⁶ Enrique S. Petracchi y Gustavo Bossert, por un lado, y Adolfo R. Vázquez, por el otro.

⁷⁷ *Fallos*: 323:2659 (2000).

⁷⁸ La aprobación de esa norma habría sido necesaria: si bien el ingreso de mujeres nunca se había prohibido reglamentariamente, ésta resultaba de la práctica centenaria de sólo admitir varones.

⁷⁹ Votos de Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto C. Belluscio y Guillermo A. F. López.

⁸⁰ Voto del Procurador General.

ofrecer educación pública mixta. En contraste, los ministros Fayt, Petracchi, Bossert, Vázquez y Boggiano, en votos individuales, hicieron hincapié, con variada intensidad, en la obligación del Estado de proveer educación pública, en condiciones de igualdad, a varones y mujeres. Sin embargo, ninguno centró la discusión en la persistencia de condiciones de desigualdad entre los sexos, ilustradas, para no ir muy lejos, en el hecho de que en el año 2000, en la propia Corte, no hubiera ninguna mujer.

El ministro Fayt, luego de un repaso un tanto simplificado de la historia de las mujeres en el siglo XX, resaltó la importancia de no excluirlas de la calidad especial de educación brindada por los colegios universitarios y rechazar criterios sexistas en el diseño educativo. En igual sentido, Bossert, citando el precedente estadounidense en el caso “U.S. v. Virginia”, señaló que, tratándose del único colegio de orientación humanista de la UNC, la exclusión de las mujeres importaba consagrar una oferta educativa que sólo beneficiaría a los estudiantes varones con un resultado discriminatorio.

Además, los votos de Petracchi, Bossert y Vázquez hicieron referencia a las normas antidiscriminatorias de la Constitución, la CEDAW y demás TDH. El ministro Petracchi⁸¹ resaltó la insuficiencia de los argumentos esgrimidos en el dictamen del procurador para abordar el problema planteado y la necesidad de considerar si el dictado de la ordenanza era consecuencia de un deber constitucional a la luz de las normas de la Constitución y los TDH. Luego de transcribir extensamente –y tal vez sin necesidad– el articulado de la CEDAW, Petracchi entendió que ésta imponía la promoción de la educación mixta con el fin de eliminar conceptos estereotipados. Argumentó, además, que la ordenanza simbolizaba la voluntad de la UNC de “cumplir con las convenciones internacionales que obligan al país a integrar a la mujer en todos los aspectos de la vida social y a eliminar los obstáculos discriminatorios que se interpongan en ese camino”⁸². Las referencias al DIDH fueron reforzadas con citas de normas y de casos del sistema europeo de protección de derechos humanos. Los ministros Vázquez, Bossert y Boggiano también reiteraron las normas constitucionales y citaron la CEDAW y otros TDH, recordando las obligaciones internacionales emergentes de todas ellas. No obstante, Boggiano interpretó que dichas normas no imponían “una educación exclusivamente diferenciada o exclusivamente mixta” sino una pluralidad de ofertas y hubieran sido respetadas por una oferta igual a la del Monserrat sólo para mujeres.

⁸¹ Además de las citas de la CEDAW, el voto de Petracchi contiene varias referencias a la doctrina extranjera y a antecedentes jurisprudenciales comparados de Europa y Estados Unidos que no se comentan aquí.

⁸² Del voto del ministro Petracchi.

2) *Tribunales inferiores*. En las revistas consultadas sólo se publican siete sentencias de instancias inferiores en las que se discuten centralmente planteos de discriminación por sexo. En todas ellas, salvo una en la que se rechaza la aplicación de la ley de cupos⁸³, los tribunales inferiores dieron lugar al reclamo de igualdad. Estas decisiones fueron tomadas en oportunidades en las que en casos individuales se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 1.256 del Código Civil⁸⁴, la denegación del primer premio en una competencia de tiro a una mujer⁸⁵, y la negación de un beneficio de salud a un varón⁸⁶. En todas ellas se hacen referencias expresas o genéricas a los TDH y, en particular, a la CEDAW. Con frecuencia, sin embargo, los jueces y juezas sólo enumeraron las normas constitucionales, la idea de igualdad y los tratados y, en los casos en los que fueron más explícitos, incluyeron referencias al articulado de los TDH.

Por otro lado, se encuentran los dos reclamos presentados por la organización civil Mujeres en Igualdad, junto a la Clínica Jurídica de la Universidad de Palermo, por la práctica discriminatoria en la contratación de personal por parte de las heladerías Freddo y el diseño de cupos por sexo en el ingreso a un instituto de formación de profesores y profesoras de gimnasia del gobierno de la CABA, casos que ejemplifican el litigio de impacto con objetivos de transformación estructural. En estas sentencias se observa un mayor desarrollo del discurso antidiscriminatorio por parte de los jueces y juezas. Los magistrados y magistradas reconocieron expresamente la persistencia de las condiciones de desigualdad entre los sexos, a la par que acentuaron el deber de promover políticas de acción afirmativa en ámbitos de trabajo públicos y privados para compensar desigualdades históricas y presentes. Para ello recurrieron a referencias más amplias a normas y estándares del DIDH, y a un discurso más rico sobre las implicancias de los mismos para el derecho interno y las responsabilidades emergentes de su incumplimiento. Además, incluyeron citas de los compromisos asumidos frente a la Organización Mundial del Trabajo, la exigibilidad de los derechos reconocidos en los tratados y, para terminar, promovieron soluciones innovadoras, como la obligación de contratar exclusivamente mujeres hasta compensar la discriminación vigente.

⁸³ "Nieto Suanno, María C. v. Política Abierta para la Integridad Social (PAIS)", Trib. Sup. CABA, 15/11/2001.

⁸⁴ "Miretzky, José A. v. Roller, Manuel", C. Civ. y Com. Azul, Sala 1, 18/2/1998, JA 2000-II-701.

⁸⁵ "Bella, Elvira J. v. Fed. Arg. de Tiro", C. Nac. Civ., Sala Dm 16/7/1998, JA 1998-IV-361.

II. 1. B. Reclamos de derechos reproductivos

En los últimos años, y en buena medida gracias a la acción coordinada y sostenida de organizaciones del movimiento de mujeres y a la llegada de mujeres al Poder Legislativo, la salud y los derechos reproductivos han ingresado en la agenda de acción del Estado con algunos logros evidentes a escala nacional y provincial⁸⁷. Como consecuencia de tales cambios, los tribunales también han enfrentado un aumento importante de los planteos de derechos reproductivos⁸⁸, y han debido pronunciarse sobre aspectos que hasta hace poco raramente llegaban a sus estrados. Todo ello a pesar de que estos avances se han logrado sin abordar un aspecto central de los derechos reproductivos: el acceso al aborto en condiciones legales y seguras.

1) *Corte Suprema*. La Corte consideró cuestiones de derechos reproductivos en dos sentencias sobre diferentes aspectos del tema del aborto que constituyen precedentes desafortunados, marcados además por un empleo selectivo, formalista y desinformado del DIDH en los votos mayoritarios.

En el primer caso, la mayoría⁸⁹ del Tribunal resolvió otorgar la autorización para llevar adelante “una inducción de parto” en el caso de un diagnóstico de anencefalia. En la sentencia del caso “T., S.”⁹⁰ frente a la apelación interpuesta por el asesor general de incapaces en representación del nonato, la mayoría confirmó la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (TSJ) autorizando la “inducción”.

En primer lugar, la Corte resolvió habilitar la feria para considerar el caso basando su decisión frente a la premura de la situación en el antecedente de su par estadounidense “Roe v. Wade”. Esta cita constituye una curiosidad remarcable, ya que en “Roe v. Wade” la Corte estadounidense había reconocido en el derecho a la privacidad, el derecho de las mujeres a llevar adelante un aborto durante los primeros tres meses de embarazo

⁸⁶ “Villagrán, Francisco v. C.N.P.P.E. y S.P.”, C. Fed. Seg. Social, Sala 3, 21/6/2000.

⁸⁷ Para una narración del proceso que llevó a la obtención de leyes y programas en la provincia, desde comienzos de la década del 90, véase Cesilini, Sandra y Gherardi, Natalia (eds.), *Los límites de la ley*, Banco Mundial, Buenos Aires, 2002.

⁸⁸ La investigación llevada a cabo para el capítulo argentino de *Cuerpo y Derecho* revisa gran parte de la jurisprudencia más importante sobre el tema, con un concepto amplio de derechos reproductivos. Para continuar en la línea de clasificación propuesta, sugiero aquí que se haga una revisión más acotada a temas específicos de salud reproductiva.

⁸⁹ Votos de Eduardo Moliné O’Connor, Carlos S. Fayt, Augusto C. Belluscio y Guillermo A. F. López. Gustavo A. Bossert por su voto.

⁹⁰ “T., S. v. Gobierno CABA”, CSJN, 11/1/2001, JA 2001-II-356.

dadas ciertas condiciones. Sin embargo, lejos estaba la Corte de seguir la sustancia de la decisión del tribunal estadounidense, e inmediatamente después la mayoría se extendió con insistencia en el hecho de que la autorización otorgada no constituía de ningún modo un permiso para realizar un aborto. El argumento se basó en la diferencia entre un nacimiento “prematureo” y uno “inmaduro” y en el hecho de que “adelantar o postergar el alumbramiento, en esta etapa de la gestión, no beneficia ni empeora la suerte del *nasciturus*” y “el nacimiento no es el medio para causar la muerte del feto”. Estos argumentos fueron utilizados para diferenciar la inducción autorizada –en este caso a los ocho meses, aunque la mayoría no dice nada sobre el mes de embarazo de la peticionante– del aborto que, supuestamente, ocurriría temporalmente en un momento anterior. Sin embargo, el voto tampoco desarrolló ningún criterio temporal para la definición de la madurez que permitiera crear un parámetro para casos futuros de diagnósticos de anencefalia en etapas anteriores del embarazo. Además, la Corte reforzó su conclusión agregando “que no se trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es (...) persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida”. Por otra parte, el voto mayoritario reconoció el sufrimiento psicológico de la madre y su familia entera, “que ve progresivamente deteriorada su convivencia familiar en función de un acontecimiento dramático, que se extiende y agrava sin dar margen para la elaboración del duelo”. Para terminar, los ministros reiteraron que se trataba de una decisión que de ningún modo conculcaba las normas argentinas e internacionales que protegen la vida desde el momento de la concepción.

Si bien algunos votos individuales reiteraron varios de los conceptos desafortunados del voto mayoritario, aun así mejoraron la interpretación. El ministro Bossert amplió el voto mayoritario con referencias a la interpretación del concepto de salud, en su sentido integral, incluyendo la salud psíquica y una perspectiva familiar. Al hacerlo, citó los TDH y, en especial, la CEDAW y sus previsiones respecto de los servicios de salud y el deber de adoptar medidas apropiadas para eliminar la discriminación por sexo en la esfera de la atención médica y promover el acceso igualitario a esos servicios. El ministro también cuestionó las referencias en distintas instancias del juicio a la letra y el espíritu de la CDN, como si implicara la “defensa de un valor absoluto”. En igual sentido, aunque en un voto procesalmente en disidencia, el ministro Petracchi, después de reiterar la negación de la autorización del aborto, rechazó la petición abstracta del recurrente sobre la prioridad absoluta del derecho a la vida del *nasciturus* frente al derecho de la madre y lo justificó en el hecho de que se trataba de un tema ya resuelto por nuestro Derecho con la incorporación del artículo 86, inciso 2, primer párrafo del Código Penal, que tolera ciertas excepciones frente al valor de la vida del feto.

Finalmente, las disidencias de Boggiano y Nazareno negaron la autorización afirmando la prevalencia del derecho del *nasciturus* a la vida con independencia de su viabilidad extrauterina y el dolor de la madre y su familia.

La siguiente sentencia de la Corte en materia de derechos reproductivos fue dictada en el caso “Portal de Belén”⁹¹ sobre la constitucionalidad de la autorización del ANMAT para la fabricación, distribución y comercialización de la píldora anticonceptiva de emergencia *Inmediat*. En esta oportunidad, el procurador y la mayoría se pronunció a favor de la demandante, una organización del Movimiento Pro Vida. Para comenzar, el procurador consideró injustificados, por formalistas, los argumentos esgrimidos por los jueces de Cámara, que habían estimado que el amparo no era la vía idónea para debatir la cuestión médico-científica sobre el comienzo de la vida y recomendó el reenvío de la causa para su resolución, ya que la protección de los derechos del niño desde la concepción, en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) y el preámbulo de la CDN, exigían medidas expeditas de los jueces. En una opinión lógicamente inconsistente, el procurador negó así la complejidad de la cuestión planteada con el argumento de que como se trataba de una cuestión prevista en las normas de los tratados citados, los jueces debían considerar el tema sin demoras formales.

La mayoría del Tribunal⁹², por su parte, basó su decisión –con varias citas del precedente en el caso “T., S.” –en un argumento con la estructura del silogismo: a. la vida se encuentra protegida desde la concepción, b) la concepción comienza desde la unión de los dos gametos y antes de la implantación, c) el anticonceptivo en cuestión es de carácter abortivo, ya que inhibe la implantación, d) ergo su autorización es inconstitucional y violatoria de las normas de los TDH, principalmente de la CDN y la CADH, que protegen la vida desde la concepción. Asimismo, la determinación del comienzo de la vida fue respaldada con afirmaciones dogmáticas y referencias a estudios científicos y aseveraciones de un premio Nobel. Todo ello sin dar razones que justificaran la preferencia de ciertos estudios científicos por sobre los cientos con conclusiones diferentes o desconociendo documentos como los *amicus brief* suscriptos por varios premios Nobel y presentados en renombrados casos considerados por la Corte estadounidense, en los que científicos de todo el mundo dan cuenta de la indeter-

⁹¹ “Portal de Belén v. Ministerio de Salud de la Nación”, CSJN, 5/3/2002, JA 2002-III-472.

⁹² Votos de Julio Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Adolfo R. Vázquez y Guillermo A. F. López. Los disidentes, Bossert, Fayt, Petracchi y Belluscio rechazaron el recurso por cuestiones procesales.

minación científica del problema del comienzo de la vida. La mayoría, además, abordó el tema como si se tratara de cuestiones incontrovertidas y de prístina solución, negando las profundas discrepancias científicas y éticas involucradas.

En ambas sentencias, la Corte desaprovechó la oportunidad de desarrollar una interpretación sensible a las complejidades del problema del comienzo de la vida y a los derechos constitucionales de la madre. Además, con la excepción del voto del doctor Bossert, los demás ministros eludieron la consideración de argumentos de privacidad y autonomía, y no incluyeron referencias a la autodeterminación reproductiva o a la integridad física y la discriminación por sexo. Llama la atención, por otra parte, que el Tribunal omitiera del todo el hecho de que el aborto es la primera causa de mortalidad materna en el país. También es notable la falta de consideración de argumentos de la jurisprudencia estadounidense o europea, a los que la Corte suele recurrir asiduamente en las demás áreas del derecho. La selectividad que evidencia tal ausencia de citas de precedentes de países desarrollados, que en otras ocasiones abundan, y la referencia dogmática y superficial a las normas de la CDN o la CADH dan cuenta de la baja calidad del desarrollo del discurso de la Corte sobre el tema⁹³. Por último, a lo anterior debe sumarse la omisión de varias normas relevantes de la CEDAW, otras normas del DIDH o decisiones del sistema regional —el caso “Baby Boy”—⁹⁴, las recomendaciones al país del Comité de Derechos Humanos y de la CEDAW respecto del aborto inducido y el no punible, y otras normas y jurisprudencia. Normas todas estas que podrían informar cualquier interpretación de la CDN y de las demás cláusulas constitucionales y propiciar el reconocimiento honesto de las dificultades del tema y el debate que, a diferencia de otras sociedades desarrolladas, todavía tenemos pendiente, y cuya urgencia es evidente. Todo ello sobre todo después de que el aborto fuera identificado oficialmente como la primera causa de mortalidad materna en el país.

2) *Tribunales inferiores*. Los tribunales inferiores han enfrentado también varios planteos en cuestiones de derechos reproductivos. Estos pueden clasificarse de la siguiente forma:

a) *Anencefalia*. De 1994 a 2004, se publicaron cinco casos⁹⁵ en los que mujeres, a veces junto a sus cónyuges, solicitaban autorización judicial

⁹³ Cabe esperar que los recientes cambios en la composición del Tribunal, incluyendo la integración de dos mujeres, mejoren esa calidad.

⁹⁴ CIDH, Caso 2141, L/V/II. 52.48, 1981 (aclarando que la norma de la CADH que consagra la protección de la vida desde la concepción no representa una prohibición absoluta del aborto). Citado en Cabal, Lemaitre y Roa (eds.), *Cuerpo y derecho*, cit., p. 333.

⁹⁵ “N., P. K.”, Juz. Crim. y Corr. Trans. Mar del Plata, 23/5/2001, JA 2001-IV-421; B., A., Sup. Corte Pcia. Bs. As., 22/6/2001, JA 2001-IV-391; “Torrez, Stella M. y otros

para la inducción de un parto en caso de diagnóstico de anencefalia. En general, los argumentos de los tribunales inferiores reproducen los del voto mayoritario de la Corte y el TSJ⁹⁶ en el caso “T., S.” y, en todos ellos, se hacen referencias genéricas a los TDH y la CEDAW⁹⁷. Sin embargo, en todos se reitera la negación de la autorización del aborto, y la inducción se permite sólo cuando el embarazo se encuentra en estado avanzado, con la violación de los derechos de las mujeres que el injustificado e impreciso requisito temporal implica.

Según se observa en los casos publicados, las sentencias suelen recurrir a las instancias superiores, bien sea como consecuencia de recursos presentados por defensores de menores en representación del nonato⁹⁸, bien por sentencias de instancias inferiores en las que se rechaza el pedido de la madre, o bien por los mismos hospitales, que continúan apelando decisiones que los obligarían a llevar adelante la intervención. La extensión de los litigios demora el procedimiento y, en ocasiones, las sentencias de autorización llegan cuando la paciente ya ha dado a luz y no pudo evitar el sufrimiento que una regla clara le debería haber sorteado.

Las deficiencias institucionales y la ausencia de reglamentación y directivas claras, que conduce al litigio de estos casos, persisten a escala nacional y en jurisdicciones como la provincia de Buenos Aires, donde existe jurisprudencia reciente sobre el tema⁹⁹. Sin embargo, los planteos

v. Gobierno CABA”, Expte. N° 3658/2001, Juz. Cont. Adm. y Trib., N° 1, 25/10/2001; “Hospital Eva Perón”, Sup. Corte Pcia. Bs. As., 24/7/2002, JA 2003-I-768; “P., F. V.”, Sup. Corte. Pcia. Bs. As., 5/5/2004, SJA 3/11/2004. El único antecedente anterior, publicado, fue el caso “C., A. y V. de C., A.”, Juzg. Civ. y Com. San Martín, 1/10/1986, JA 1989-III-357 (considerando que no corresponde autorizar que se practique la operación cesárea petitionada para evitar el peligro psicológico que entrañaría para la madre esperar el nacimiento de un niño sin posibilidades de vida, por carecer el feto de caja craneana por ausencia de parietales, encontrándose expuesto el cerebro). Además, en la base de datos sobre casos de salud reproductiva creada por la Fundación Gémina se cita el caso “B. de S., H.C. y S., C.A. s/autorización”, Cam. Nac. Civ., Sala A, 9/11/1996 (denegando la autorización para realizar un aborto ante un diagnóstico de anencefalia).

⁹⁶ Trib. Sup. Jus., 26/12/2000, Lexis 20011269.

⁹⁷ Un comentario detallado de todos los casos y de los argumentos sostenidos en los votos mayoritarios y disidencias, escaparía al alcance de este trabajo. Estos pueden consultarse en otros análisis críticos interesantes. Véase, por ejemplo, Cabal, Lemaitre y Roa (eds.), *Cuerpo y derecho*, cit., ps. 47-116; y AA.VV., *Salud pública y anencefalia*, CEDES/FLACSO, Buenos Aires, 2004, disponible en www.flacso.org.ar/areasyproyectos/observatorio.jsp.

⁹⁸ “Hospital Eva Perón”, Sup. Corte Pcia. Bs. As., 24/7/2002, JA 2003-I-768.

⁹⁹ “P., F. V. s/autorización”, Suprema Corte Buenos Aires, 5/5/2004, SJA 3/11/2004.

judiciales en la CABA, que según una investigación habían ascendido a doce durante el 2002¹⁰⁰, son reconocidos como antecedentes de la sanción de la ley 1.044, que regula el “procedimiento a seguir ante situaciones de embarazos con patologías incompatibles con la vida” y aclara las obligaciones de los prestadores de servicios de salud. Esta ley representa un avance en la medida en que excluye la exigencia de judicialización de la autorización. Sin embargo, el avance se produce a costa del desconocimiento del derecho constitucional de las mujeres a abortar una vez conocido el diagnóstico de anencefalia.

b) *La persecución penal de casos de aborto y el secreto profesional.* Las estadísticas de delitos publicadas en los sitios de Internet del Servicio Penitenciario Federal o de instituciones regionales como el Centro de Justicia para las Américas no contienen información desagregada por delito. Por ello no es posible confirmar si existen mujeres que están cumpliendo sentencias por aborto en el sistema penitenciario federal o provincial. No obstante, la revisión de las publicaciones jurídicas consultadas y la base de datos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia arroja un total de 43 casos¹⁰¹ en los que se debaten cuestiones procesales vinculadas a

¹⁰⁰ Cfr. Antón, Ricardo y Norma Sas, *Anencefalia e interrupción del embarazo. A propósito de un nuevo caso y la falta de respuesta adecuada por los centros públicos de salud*, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2002, RDF 2002-21-178, en comentario al caso “Torrez, Stella M. y otros v. Gobierno CABA”, *supra* nota 96. Según se informa en este artículo, los restantes casos presentados eran: a) un amparo contra el Gobierno de la Ciudad G. D., A. F. contra GCBA, Expte. 4079, Juzg. N° 8, Sec. N° 16; y b) casos individuales en autos “A., M. C. v. GCBA (Hospital Municipal Bernardino Rivadavia)”, Expte. 839, Juzg. 9, Sec. 18; “V. M. M. v. GCBA, Hospital General de Agudos Cosme Argerich”, Expte. 2160, Juzg. 7; “C. P. L. v. GCBA (Hospital Materno Infantil Ramón Sardá)”, Expte. 2537, Juzg. 1; “C., V. N. v. Htal. Gral. I. Pirovano”, Expte. 2974, Juzg. 10; “R. R., R. P. v. GCBA (Hospital Materno Infantil Ramón Sardá)”, Expte. 3313, Juzg. 5; “A. C., P. J. v. GCBA (Hospital Materno Infantil Ramón Sardá)”, Expte. 3638, Juzg. 10; “T., S. M. y otros v. GCBA (Hospital Municipal Dr. José M. Penna)”, Expte. 3658, Juzg. 1; “V., A. v. Hospital Materno Infantil Ramón Sardá”, Expte. 3693, Juzg. 10, Sec. 19; “G., M. C. v. Hospital Materno Infantil Ramón Sardá”, Expte. 3807, Juzg. 5; “L., C. v. Hospital Municipal Infantil Ramón Sardá”, Expte. 3829, Juzg. 4; “C., S. A. v. GCBA (Hospital Materno Infantil Ramón Sardá)”, Expte. 3837, Juzg. 8.

¹⁰¹ “Fernández, Gladys y otra s/aborto”, Sup. Corte Bs. As., 3/4/1990 (considerando que el Tribunal no debe pronunciarse sobre el aborto en un caso de violación del secreto profesional); “I., D. I. s/aborto”, Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992 (considerando que la procedencia de la persecución penal del caso de aborto independientemente de la violación del secreto profesional); Segueiras, Ismael, C. Nac. Crim. y Corr., Sala 7, 4/5/1995 (declarando la nulidad de lo actuado en un proceso de instrucción por aborto frente a la violación del secreto profesional); “Morales, Rosa Nélide s/aborto”, CSJN, 10/12/1996 (discutiendo cuestiones procesales del otorgamiento de un recurso extraordinario en el

denuncias penales en casos de aborto en las que están involucradas las mujeres y, en algunos casos, prestadores del servicio. Aunque se trata de un dato incompleto, el número de casos considerado por la Corte por cuestiones puramente procesales –en general, de competencia– permite inferir que la persecución penal en casos de aborto es un hecho que enfrentan a menudo mujeres cuyas experiencias se desconocen.

Estos casos, en su mayoría, se han dado en el contexto de discusiones de competencia u otros aspectos procesales relacionados con la determinación del alcance del secreto profesional y sus efectos en la persecución penal de las mujeres. Estos revelan que la persecución penal se vincula, en numerosas ocasiones, a denuncias por parte de profesionales de la salud de las mujeres hospitalizadas por secuelas y complicaciones como consecuencia de abortos¹⁰². Si bien en 1996, en la causa “Morales, R.”¹⁰³ la Corte anuló lo actuado en un caso por violación del secreto profesional, el tribunal no se ha pronunciado en profundidad sobre el tema y existe jurisprudencia contradictoria en distintas jurisdicciones del país (Santa Fe, la provincia de Buenos Aires, Entre Ríos y la Capital)¹⁰⁴. Esta circunstan-

contexto de una investigación de aborto por denuncia de secreto profesional); “Delgado, Marta Esther s/averiguación aborto”, CSJN, 12/3/1996 (resolviendo una contienda negativa de competencia originada en una denuncia de una médica frente a una paciente con indicios de haberse realizado un aborto); “C., C. s/aborto”, CSJN, 11/4/2000 (contienda negativa de competencia en el caso de una denuncia de aborto).

¹⁰² Según lo mencionado en la nota 16 *supra*, la cantidad de mujeres hospitalizadas por casos de aborto en el año 2000 ascendió a 78.894. Si bien no es posible darle su justa dimensión al fenómeno de la denuncia de profesionales de la salud frente a este dato, los casos considerados por la Corte y el Supremo Tribunal de Buenos Aires indican que se trata de una cuestión que requiere ser investigada.

¹⁰³ “Morales, Nélide, Corte Sup.”, 10/12/1996, Lexis 04_319v3t148.

¹⁰⁴ Entre las sentencias que concluyen la improcedencia de la persecución penal en casos de violación del secreto profesional pueden citarse los casos: “Natividad Frías”, Cam. Nac. Crim. y Corr. en pleno, 5/7/66; “Morales, Nélide, Corte Sup.”, 10/12/1996; “L., D. B. y otros”, Cam. Crim. y Corr., San Martín en pleno, 5/7/85, JA 1986- III- 283; “C., J. V., C. Nac. Crim. y Corr., Sala 6, 29/11/1991, JA 1992- III- 309; “Barrios, Angélica y otra”, Cam. Penal Paraná, Sala 1, 9/11/84, JA 1985- II- 66; y “T. de C., M. D. y otros”, C. Crim. Gualeguay, 24/8/82, JA 1983- I- 570. En sentido contrario, otros tribunales han considerado el deber de proseguir de oficio la persecución penal independientemente de la violación del secreto profesional que dio origen a la denuncia, “Marrurano, Amelia y otra”, Cam. Crim. y Corr. Lomas de Zamora, JA 1981- IV- 454; “R., R.”, Cam. Crim. y Corr. Morón en pleno, 8/5/86, JA 1986- III- 593, “Iñíguez, Dominga I.”, Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992, JA1993- II- 64. Finalmente, otros rechazaron la existencia de una violación al secreto profesional ante la existencia de una justa causa para hacerlo, como en el caso “Insaurrealde, Mirta”, Corte Sup. Pcia. Santa Fe, 12/8/1998, Expte. CSJ1105. Para un comentario más extenso de algunas de las sentencias mencionadas, véase Cabal, Lemaitre y Roa (eds.), *Cuerpo y derecho*, cit., p. 96.

cia refuerza la violación de los derechos de las mujeres, que no sólo se ven obligadas a ejercer su derecho al aborto en condiciones sanitarias peligrosas y en la clandestinidad, sino que además, después de enfrentar esas dificultades y haber puesto en riesgo sus vidas, terminan involucradas en un proceso penal, con todas las cargas que ello supone, en especial para las mujeres de menores recursos, que resultan ser las más perjudicadas. Otro efecto mucho más terrible del fenómeno de denuncia, el desconocimiento de la jurisprudencia permisiva y aquella restrictiva, es el temor que la amenaza puede inspirar en las mujeres que enfrentan situaciones críticas post aborto al desincentivar el recurso al hospital en caso de emergencias.

c) *Aborto no punible*. La falta de reglamentación e instrucciones claras a los profesionales de la salud en casos de abortos no punibles ha llevado a la presentación de un par de proyectos¹⁰⁵ legislativos que intentan dar mayor claridad a la regulación del aborto en los casos que el Código Penal autoriza.

Ante la ausencia de una regulación que dirima las controversias existentes respecto de la interpretación del artículo 86 del Código Penal, algunas peticionantes se han visto obligadas a requerir autorización judicial para abortar cuando la vida de la madre estaba en peligro. En las publicaciones jurídicas consultadas se divulgan pocas sentencias que lleguen a resultados contradictorios. En el caso “A., K.”¹⁰⁶ por ejemplo, un juez otorgó la autorización requerida a una mujer embarazada que enfrentaba un riesgo grave de salud por una diabetes severa que además había producido malformaciones en el feto (no se trataba exactamente de un caso de anencefalia). En otro caso reciente¹⁰⁷, sin embargo, los jueces negaron la autorización para llevar a cabo un aborto en los términos del artículo 86, inciso 2 del Código Penal. En “R., H. Y. v. Hospital Interzonal General de Agudos Dr. José Penna”¹⁰⁸, un juez de Bahía Blanca negó la autorización para realizar un aborto a una menor de catorce años que había sido violada por su padre. Después de concluir que el caso no encuadraba en ninguna de las dos situaciones previstas en el artículo 86 como aborto no punible, el juez decidió que, en lugar de “evitar la interrupción del emba-

¹⁰⁵ Véase *supra* nota 17.

¹⁰⁶ Juz. Crim. de Mar del Plata, 5/9/1997, JA 1998- IV- 298.

¹⁰⁷ La revista “Jurisprudencia Argentina” publica otros dos casos de la década del 80: “P., A. J.”, Juzg. Instr. Rosario, 4/11/87, JA 1989- III- 361 (negando la autorización judicial para practicar un aborto a una menor que habría sido violada por su propio padre), y “S., M. E.”, Juzg. Nac. Civ., N° 25, 26/4/88. JA 1989- III- 363 (disponiendo la prohibición de practicar un aborto a una menor con diagnóstico de síndrome de *down* cuyo embarazo era consecuencia de una violación).

¹⁰⁸ Juz. Corr. Bahía Blanca N° 1, 24/11/2003, Lexis 1001313.

raza a fin de conjurar un agravamiento de la salud psíquica de la menor gestante,” era necesario recurrir, en cambio, a “la implementación de un tratamiento psicológico y, en su caso psiquiátrico, por profesionales especializados del fuero de menores y también con la contención que puedan brindar asistentes sociales y el propio grupo familiar”.

En ambos casos, de nuevo, se trata de un fenómeno que se deriva de la ausencia de reglamentación de las normas del Código Penal que, si bien en el primero pudo haber tenido un resultado positivo, asume la judicialización del pedido de autorización y, en el segundo, lo hace además con un resultado que violenta los derechos constitucionales de la menor violada.

d) *Programas de salud reproductiva, anticonceptivos abortivos y educación sexual.* Algunos padres y organizaciones del Movimiento Pro Vida han cuestionado judicialmente la constitucionalidad de leyes y programas de salud sexual y reproductiva. Varios de esos planteos han sido promovidos contra la Ley de Salud Sexual y Reproductiva 418 de la CABA. En la medida cautelar solicitada en autos “Durán, H. y otros v. Gobierno de la CABA”¹⁰⁹, un grupo de padres pretendía que el TSJ prohibiera al jefe de Gobierno promulgar la ley sancionada por la legislatura porteña. Puesto que no existía ley antes de la promulgación, el tribunal declaró la acción inadmisibile.

En otra causa, también en los tribunales de la ciudad¹¹⁰, dos organizaciones pro vida y cinco varones, como padres, interpusieron una acción declarativa de inconstitucionalidad contra la ley 418. Los actores cuestionaban la autorización de la venta y distribución de anticonceptivos, que consideraban abortivos, y la intromisión ilegítima en el ejercicio de la patria potestad derivada, según ellos, de la introducción de educación sexual en las escuelas. El TSJ desestimó el primer planteo por la improcedencia de la vía procesal entablada y rechazó la inconstitucionalidad de los artículos de la ley que preveían el dictado de educación sexual. En sus respectivos votos¹¹¹, los cinco jueces afirmaron la constitucionalidad de la ley garante de los derechos a la salud y la integridad física.

Luego de una audiencia pública en la que participaron expertos y representantes de organizaciones de la sociedad civil, algunos de los cuales se habían presentado como *amici curiae*, los integrantes del TSJ coinci-

¹⁰⁹ Trib. Sup. CABA, 28/6/2000, Lexis 70005384.

¹¹⁰ “Liga de Amas de Casa, Usuarios y Consumidores de la República Argentina y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, Trib. Sup. Jus. CABA, 27/9/2000, N° 70.005.413.

¹¹¹ Votos de los magistrados Ana María Conde, Julio Maier, Alicia Ruiz, José Osvaldo Casás y Eduardo Russo.

dieron en que se trataba de una norma respetuosa de los derechos del niño, reconocidos en la Constitución y en la CDN, y resaltaron los riesgos que los niños y las niñas corren frente al VIH/Sida, el embarazo no deseado y el aborto. Asimismo, varios de los magistrados hicieron profusas referencias al DIDH que incluyeron, además del listado de las normas de los TDH aplicables, la consideración de las decisiones de los comités de monitoreo de Naciones Unidas en casos individuales, recomendaciones y comentarios generales, y recomendaciones específicas a la Argentina y otros países de la región, recomendaciones hechas en la presentación de informes de revisión previstos en los TDH. Junto a la mención de las previsiones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la CEDAW, algunos consideraron también los Planes y Plataformas de Acción de las Conferencias de Viena, El Cairo y Beijing y la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud. Finalmente, la jueza Ruiz, en particular, encontró que la derogación de la ley implicaría un acto discriminatorio en razón del sexo, la clase, la orientación sexual y la edad bajo las normas de la Constitución y demás obligaciones internacionales.

Un caso similar fue presentado por un grupo de padres contra una ordenanza municipal de la localidad de Vicente López que preveía el dictado de clases de educación sexual en colegios de la zona¹¹². En la sentencia, anterior a la del TSJ, los magistrados de Cámara rechazaron el reclamo y consideraron razonable la oferta de educación sexual, práctica que no interfería con el derecho a la patria potestad de los padres sino que por el contrario, en este caso, “el Estado busca[ba] actuar coordinadamente con la familia”. En esta oportunidad, la Cámara reforzó sus argumentos con referencias al articulado de la CDN. En otro planteo contra la misma ordenanza¹¹³, pero en el que se objetaba la interferencia con la patria potestad de la previsión de la misma, que ordenaba garantizar la información, el acceso y la prescripción de diversos métodos anticonceptivos y prestaciones para evitar embarazos no deseados, el mismo tribunal revocó la sentencia de primera instancia que hacía lugar al requerimiento de los padres ordenando que no se aplicaran a sus hijos las previsiones cuestionadas de la ordenanza. Alegó al respecto que la orden era vaga y la propia previsión de la ordenanza de requerir el consentimiento de los

¹¹² “Durán de Costa, Mabel y otro v. Municipalidad de Vicente López”, Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala I, 7/5/2002, JA 2002- III- 508.

¹¹³ “M. del R., M. B. y otros v. Municipalidad de Vicente López”, Cámara 1ª Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, 7/5/2002, disponible en la base de datos de jurisprudencia de la Fundación Gémina.

padres satisfacía el requisito de protección del interés superior del niño y respeto del derecho a la patria potestad de los padres¹¹⁴.

Finalmente, a comienzos del 2003, se presentaron los primeros reclamos contra la entonces recientemente sancionada ley 25.673, que establecía el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. En un caso llevado en Córdoba por la organización Mujeres por la Vida contra el Ministerio de Salud, se reclamó la inconstitucionalidad de la nueva ley¹¹⁵. En esa oportunidad, la jueza de Primera Instancia otorgó la medida cautelar¹¹⁶ solicitada ordenando la suspensión del Programa Nacional previsto en la ley. En marzo de 2003, la Cámara Federal de Córdoba¹¹⁷ hizo lugar al recurso interpuesto por el Ministerio de Salud contra la medida cautelar con base en argumentos procesales y dispuso el rechazo de la acción de amparo¹¹⁸.

e) *Ligaduras tubarias y dispositivos intrauterinos*. En algunas jurisdicciones del país, las normas que regulan el ejercicio profesional de la medicina prohíben la práctica de esterilizaciones definitivas, entre ellas las ligaduras tubarias, salvo en casos de indicación terapéutica. Frente a esa excepción, algunos médicos interpretan que necesitan la autorización judicial para llevar a cabo las ligaduras. Siete¹¹⁹ de las sentencias publicadas se refieren a

¹¹⁴ De la sentencia de primera instancia (Tribunal de Familia N° 2, de Instancia Única, San Isidro, 12/11/2001, disponible en la base de datos de jurisprudencia de la Fundación Gémina) es interesante citar la disidencia del juez Habilde. Éste, a diferencia de sus pares, consideró que la ordenanza no interfería con el derecho a la patria potestad de los padres. Al hacerlo, además de citar varias normas del DIDH y conferencias internacionales, consideró los compromisos asumidos por el país frente a los derechos reproductivos, incluyó una definición amplia de los mismos y contempló el problema en análisis en el contexto de los datos sobre la mortalidad materna en el país.

¹¹⁵ Según la demandante, la ley promovía la venta y distribución de anticonceptivos de carácter abortivo (según lo previsto por la Corte en el caso “Portal de Belén”), la intromisión indebida con el derecho de los padres a ejercer libremente su derecho a la patria potestad por la introducción de la educación sexual y la violación del derecho a la salud que implicaría la distribución gratuita de anticonceptivos dada la crisis del sistema de salud pública del país.

¹¹⁶ El texto de la resolución que otorgó la medida cautelar no ha sido publicada en las revistas jurídicas.

¹¹⁷ Suplemento Constitucional 2003 (junio), 43-LLC 2003, 417.

¹¹⁸ Véase *supra* nota 16.

¹¹⁹ “C., J. L.”, Juz. Crim. Mar del Plata, 6/12/1996, JA 1997- III- 376; “N., M. H.”, Juz. Crim. Mar del Plata, N° 3, 23/8/1996, JA 1997- IV- 346; “A., Z.”, Juz. Crim. y Corr. Trans., 3/2/1999, JA 1999- III- 357; “G., L. M.”, Juz. Crim. y Corr. Trans., 5/3/1999, JA 2000- II- 398; “G., C. E. v. Maternidad Suizo Argentina”, Juz. Nac. Civ. 67, 17/12/2001, Lexis N° 30012347; “A., I. G.”, Juz. Crim. y Corr. Mar del Plata, 12/3/2002; “H., R. A.”, Juz. Crim. Corr. Mar del Plata, 10/5/2004, SJA 8/9/2004.

estos casos y autorizan la realización de una ligadura tubaria en el momento de llevar a cabo una cesárea o independientemente de la existencia de un embarazo riesgoso para la vida de la madre en casos de indicación terapéutica. Si bien el resultado de los reclamos es positivo, es lamentable que el reclamo judicial sea consecuencia de la falta de reglas claras en algunas jurisdicciones, o de la reticencia a aplicar directivas existentes, en otras¹²⁰, respecto de las obligaciones profesionales y de las instituciones hospitalarias de llevar a cabo tales intervenciones sin más autorización. En ese sentido, es particularmente positiva la decisión de un tribunal nacional de imponer sanción a una clínica ante la exigencia improcedente de autorización judicial en la CABA¹²¹, y tal vez sería deseable que los jueces ordenaran a las autoridades, con potestad regulatoria en el tema, poner en marcha los procedimientos necesarios para ahorrar a las solicitantes el acceso a la instancia judicial en un tema en el que hay suficiente legislación en varias jurisdicciones del país y jurisprudencia positiva que reconoce el derecho de las mujeres a practicarse ligaduras tubarias.

Por último, puede citarse el caso “P., C. S. y otro”¹²² en el que un tribunal revocó una decisión de primera instancia haciendo lugar a la presentación de una defensora de menores que requería la colocación de un dispositivo intrauterino a su representada, una menor de 18 años que había sido violada e internada con su hijo de dos años. En esa oportunidad, los jueces y juezas se refirieron genéricamente a las normas de los TDH y a la Plataforma de Acción de Beijing.

Por otro lado, en los casos de solicitud para autorización de ligaduras tubarias más recientes, los jueces han incorporado algunas referencias al texto de la CEDAW y otros TDH. Aunque ninguno consideró, por ejemplo, la recomendación que la Comisión de Derechos Humanos había hecho al país para que eliminara los obstáculos en el acceso a procedimientos de esterilización¹²³.

II. 1. C. Reclamos de discriminación laboral por sexo

En un estudio de las sentencias de tribunales laborales, publicadas en diversas revistas especializadas desde 1994 y 1999, no se encontró ningún

¹²⁰ El fenómeno de falta de reglamentación clara y específica no es homogéneo. En ciertas jurisdicciones se han dado pasos hace ya años regulando la cuestión. Véase *supra* nota 17.

¹²¹ “G., C. E. v. Maternidad Suizo Argentina”, Juz. Nac. Civ. 67, 17/12/2001, Lexis 30012347.

¹²² Cám. Civ. y Com. La Matanza, Sala 1, 18/12/2001, JA 2002- I- 548.

¹²³ Cfr. *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina*, 3 de noviembre, 2000, CDH, Doc. NU CCPR/CO/70/ARG, párr. 14. Citado en Cabal, Lemaitre y Roa (eds.), *Cuerpo y derecho*, cit., p. 26.

caso en el que se imputara a un empleador por discriminación directa o indirecta a causa del sexo¹²⁴. La actualización de esa búsqueda hasta nuestros días no da cuenta de otras decisiones además de las sentencias de primera y segunda instancia en los casos arriba mencionados contra la cadena de heladerías Freddo. Aparte de estos, no se publican reclamos judiciales en los que la actora haya centrado su planteo en la discriminación por razones de sexo en el ámbito laboral. Tampoco se conocen planteos de incumplimiento con normas de igualdad de trato, igualdad de oportunidades en el acceso y la promoción en el empleo, exigibilidad del principio de igual pago por igual tarea, publicidad discriminatoria en la contratación, que son algunas de las causas que se han litigado profusamente en otros países¹²⁵.

La escasa jurisprudencia en materia de regulación laboral del empleo femenino se ha dado en el plano del reclamo de indemnización especial por despidos en caso de embarazo. En los repertorios abundan casos de este tipo, y una revisión de las sentencias de 1994 al 2004, publicadas en la revista "Jurisprudencia Argentina", arroja treinta fallos de Cámara en los que se reconoce el derecho a tal indemnización y una sentencia de la Corte en el caso "Feole, R. v. Artear"¹²⁶, en el que se cuestionaba la constitucionalidad de la norma del Convenio Colectivo 131/75 que prevé la duplicación de la indemnización prevista en el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo para el despido en caso de embarazo. En el caso, adhiriendo al dictamen del procurador, la Corte concedió el recurso extraordinario con base en la arbitrariedad de la sentencia de Cámara, que había considerado inconstitucional la norma del convenio por carecer de proporción con la finalidad perseguida. El procurador consideró que las razones esgrimidas por la Cámara eran genéricas e indemostradas frente a las normas para impedir la discriminación y proteger el matrimonio y la maternidad de la CEDAW y la CADH y dispuso el reenvío de la causa.

En general, en las otras treinta decisiones los tribunales se limitan a constatar las cuestiones fácticas en disputa y a declarar aplicable el artículo 178, sin hacer referencia a las actitudes discriminatorias o imponer otro tipo de sanciones. Además, en cinco de esas decisiones, distintas salas de

¹²⁴ Ackerman, Mario, *La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia en la Argentina*, en Birgin, Haydée (comp.), *Ley, mercado y discriminación: El género del trabajo*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2001, p. 39.

¹²⁵ Para una revisión de la prolífica jurisprudencia desarrollada en Estados Unidos en materia de discriminación en el empleo, hasta fines de la década del 80, véase, por ejemplo, Rhode, Deborah, *Gender and Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1989.

¹²⁶ CSJN, 5/3/2002, Lexis 30000418.

Cámara enumeran varios TDH y hacen especial referencia a la CEDAW. Si bien las citas reflejan el empleo creciente de los textos de los TDH en los tribunales laborales, éstas coinciden temporalmente con otros casos de las mismas salas en los que no se hace ninguna mención al DIDH y no se exploran otros documentos del DIDH en relación con el tema¹²⁷.

Finalmente, sólo se publica una sentencia que reconoce una indemnización en una causa por acoso sexual¹²⁸ y otra en la que se hace lugar a la petición de la actora que reclamaba que la exención correspondiente al impuesto a las ganancias sobre la indemnización por despido fuera aplicable también a la indemnización especial por despido en caso de embarazo¹²⁹. En el primer caso, la Cámara Nacional del Trabajo menciona expresamente a la CEDAW y hace una referencia genérica a la recomendación general del comité de la CEDAW sobre el tema. En la segunda sentencia, en cambio, no se utilizan argumentos de discriminación ni se hace referencia al DIDH.

II. 2. Las citas de TDH por la Corte Suprema de Justicia

La Tabla I, incluida como apéndice y elaborada a partir del índice de citas de la colección de fallos de la Corte de 1993 al 2001, enumera las referencias¹³⁰ hechas por el tribunal a las normas de los TDH y al artículo 75, inciso 22, de la Constitución, y distingue por año la cantidad total de citas, los casos y las ocasiones en las que la Corte hizo alguna interpretación de cláusulas de los TDH. Como puede observarse, los números refuerzan algunos de los hallazgos de la revisión jurisprudencial presentada en el punto anterior. En primer término, se observa que a lo largo de la última década hubo un incremento sostenido en la cantidad de casos y ocasiones en las que la Corte cita las normas de los TDH. Sin embargo, los

¹²⁷ Para una completa revisión de las normas y documentos del DIDH en materia de discriminación por género, véase Lockwood, Carol E.; Barstow Magraw, Daniel y Faith Spring, Margaret, *The International Human Rights of Women*, American Bar Association, 1998; Cabal, Luisa et al., *Los derechos del cuerpo en la sexualidad y reproducción: Marco internacional de protección*, en *Cuerpo y derecho*, p. 17.

¹²⁸ “D., J. M. v. Seguridad y Custodia S. R. L.”, Cám. Nac. Trab., Sala 7, 15/3/2001, JA 2001- IV- 231.

¹²⁹ “Dowd de Gardel”, Patricia F., Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala 4, , 5/7/2001, Lexis 60004298.

¹³⁰ Los estudios de citas en la jurisprudencia son uno de los métodos utilizados por quienes hacen investigaciones empíricas sobre distintos aspectos del discurso judicial en países como Estados Unidos. Reproducir investigaciones de ese estilo en Argentina es difícil por la falta de recursos electrónicos y de publicaciones con las clasificaciones de citas necesarias para posibilitar la indagación.

números son elocuentes respecto de las escasas oportunidades en las que el Tribunal interpreta normas de TDH. Por otra parte, es interesante destacar las divergencias en las pautas de cita entre los tratados de rango constitucional. Hasta el 2001, los documentos más citados fueron los del sistema interamericano y la CDN; los de la CEDAW, por su parte, lo habían sido en tan sólo tres ocasiones y ninguno de sus artículos había sido interpretado por el tribunal. Esto indica que la CEDAW ha sido considerada incluso menos que el PIDESC, incorporado mucho más recientemente al bagaje argumentativo de reclamos de derechos domésticamente.

II. 3. Nota sobre mujeres, acciones colectivas y litigio de interés público

En los últimos años, y especialmente luego de la última reforma constitucional, los tribunales argentinos han testimoniado el desarrollo embrionario de la práctica de justicialización de derechos en casos individuales o colectivos desarrollados, en ocasiones, con el objetivo de producir cambios estructurales¹³¹. Una investigación reciente, llevada a cabo por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) sobre la utilización de acciones colectivas –con los objetivos de cambio o sin ellos– da cuenta del significativo incremento de la justicialización de derechos mediante la interposición de diversas modalidades de acciones colectivas¹³².

Sin embargo, en sólo seis¹³³ de las 149 acciones colectivas identificadas en la investigación se abordan cuestiones de discriminación por sexo. Por otra parte, una revisión del sexo de los legitimados/as activos/as en la totalidad de las acciones presentadas muestra sólo doce presentadas por mujeres de un total de 58 interpuestas por particulares. Entre las 43 acciones en las que las legitimadas activas son ONG, sólo cuatro casos fueron presentados por las ONG que tenían el objetivo de defender derechos de las mujeres, y en dos de esas ocasiones las actoras eran organizaciones del Movimiento Pro Vida.

¹³¹ Véase Maurino, Nino y Sigal, *Las acciones colectivas: análisis conceptual, constitucional, jurisprudencial, procesal y comparado*, citado.

¹³² Véase Maurino, Nino y Sigal, *Las acciones colectivas: análisis conceptual, constitucional, jurisprudencial, procesal y comparado*, citado.

¹³³ Véanse las sentencias de los casos citados más arriba en los autos “Fundación Mujeres en Igualdad v. Freddo”; “Fundación Mujeres en Igualdad v. Gobierno de CABA”; “González de Delgado, C. et al. v. Universidad Nacional de Córdoba”; “Portal de Belén v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”; “Mujeres por la Vida v. Ministerio de Salud”; y “Nieto Suanno, María C. v. Política Abierta para la Integridad Social”.

II. 4. Casos de discriminación por sexo de peticionantes argentinas en fueros internacionales

Los organismos del sistema de protección internacional de derechos humanos se han pronunciado en reducidas ocasiones a solicitud de peticionantes argentinas. Las dos únicas decisiones internacionales disponibles hasta la fecha, en casos de reclamantes argentinas, fueron emitidas por la CIDH. En el primer caso, “X e Y v. Argentina”, la CIDH estimó que las inspecciones vaginales a su privacidad y representaba una violación de su derecho a la integridad física y psicológica¹³⁴. En la segunda ocasión, la CIDH consideró la presentación de María Merciadri de Morini¹³⁵, en la que la actora reclamaba por la violación de su derecho al debido proceso, a un recurso efectivo y a la igualdad ante la ley y la participación en el gobierno frente al incumplimiento del Partido Radical de las normas de la Ley de Cupo Femenino en la integración de mujeres a una lista de candidatos. En el 2001, Merciadri de Morini y el Estado argentino llegaron a una solución amistosa y se considera que la causa impactó en la reforma de la reglamentación de la ley 24.012 de cupo femenino.

II. 5. La discriminación por sexo, la organización del Poder Judicial y el acceso a la justicia

El principio de igualdad del artículo 16 de la Constitución y la obligación de no discriminación a causa del sexo asumida por el Estado argentino en los TDH, y en particular en la CEDAW, implican el deber de organizar las instituciones estatales y los servicios que éstas prestan en condiciones igualitarias y sin discriminación de acuerdo con los estándares del DIDH. En el caso del Poder Judicial, esa obligación se traduce, en primer lugar, en el deber de organizar y prestar el servicio de justicia y el acceso al mismo sin discriminación por razones de sexo y, en segundo término, en el deber de organizar el empleo judicial en condiciones igualitarias para varones y mujeres. La información oficial disponible para evaluar en qué medida la organización y la prestación del servicio de justicia respeta tales obligaciones es reducida¹³⁶. Ello se debe, en parte, a las gran-

¹³⁴ CIDH, Informe Anual 2000 e Informe 38/96, caso 10.506, Argentina, 15/10/1996, en www.cidh.oas.org, consultado en octubre de 2004.

¹³⁵ CIDH, Informe N° 102/99, caso 11.307, Argentina, 17/9/1999, “María Merciadri de Morini v. Argentina”, en www.cidh.oas.org, consultado en octubre de 2004.

¹³⁶ Véase “Obstáculos y límites al acceso a la justicia en la ciudad de Buenos Aires. Servicios de asesoramiento y patrocinio jurídico gratuito en la ciudad de Buenos Aires (en adelante “Servicios de asesoramiento”), informe producido por la Defensoría del Pueblo y el CELS, disponible en www.cels.org.ar/Site_cels/documentos/patrocinio_gratuito.pdf.

des deficiencias en la generación de información cuantitativa y cualitativa que caracteriza a los poderes judiciales federal, nacional y provincial y también a la escasez de indagaciones sociojurídicas sobre el Poder Judicial en general¹³⁷. El sistema judicial no produce información desagregada por sexo sobre la cantidad de mujeres usuarias efectivas del servicio de justicia, sus perfiles demográficos, sus experiencias, la variación de aplicación de penas según el sexo y la existencia de temas, necesidades y problemas específicos¹³⁸. En ese contexto, salvo por algunas jurisdicciones en las que se han establecido comisarías de mujeres o servicios de asistencia jurídica para víctimas de violencia familiar y algunos proyectos piloto de reciente data y alcance limitado, no se conocen políticas públicas nacionales destinadas a prestar servicios de justicia sensibles a los problemas en los que las especificidades de género exigen políticas concretas para la defensa de los derechos de las mujeres, ni programas oficiales de entrenamiento de funcionarios para que desarrollen el trabajo cotidiano incorporando una perspectiva de género. Por otro lado, los proyectos de reforma judicial carecen, en general, de componentes en el tema género; en la agenda de la reforma judicial de la Corte éste fue incorporado sólo recientemente, pero acotado a la violencia familiar¹³⁹. Finalmente, si bien las escasas investigaciones existentes han denunciado en reiteradas ocasiones la reproducción de prácticas sexistas y estereotipos discriminatorios¹⁴⁰ en el discurso judicial, hasta ahora no se han tomado medidas al respecto.

En cuanto al acceso de las mujeres a la justicia, las investigaciones sobre la situación de los servicios de asistencia jurídica para quienes no pueden costear un asesoramiento legal¹⁴¹ privado coinciden en señalar la

¹³⁷ Bergoglio, María Inés, *Argentina: The Effects of Democratic Institutionalization*, en Friedman y Pérez Perdomo, *Legal Culture in the Age of Globalization*, cit.

¹³⁸ El *Anuario de Estadísticas* que publica la oficina de estadísticas de la CSJN no contiene ningún dato desagregado por sexo.

¹³⁹ Recientemente, la CSJN celebró un acuerdo de colaboración para la reforma judicial al que se le dio bastante publicidad. Entre sus temas se incluye el abordar la violencia familiar. Aunque este paso indicaría el reconocimiento de la existencia de un problema específico en la prestación del servicio de justicia en la materia, sin embargo no existen estudios o informes producidos en la administración del poder judicial que den cuenta de la situación y los alcances del problema. Véase el Convenio de cooperación técnica para la reforma judicial en el sitio de Internet de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, www.csjn.gov.ar/convenio/convenio.html.

¹⁴⁰ Véase Motta y Rodríguez, *Mujer y derecho: el caso argentino*, cit.; Cabal et al., *Los derechos del cuerpo en la sexualidad y reproducción*, cit., y Harari, Sofía y Gabriela Pastorino, *Acerca del género y el Derecho*, en Birgin, H. (ed.), ob. cit., p. 121.

¹⁴¹ Me refiero tanto a los servicios de patrocinio jurídico como al asesoramiento para cuestiones jurídicas que no necesariamente involucran el litigio.

existencia de varias barreras que afectan en forma diferencial y agravada a las mujeres, quienes en general encuentran mayores obstáculos económicos, culturales y procesales¹⁴². De acuerdo con los estudios publicados, las que más consultan los escasos servicios de asesoramiento gratuito disponibles son las mujeres y, en general, lo hacen por diversas cuestiones de derecho de familia y violencia¹⁴³.

En conclusión, sobre ninguno de estos dos aspectos –la organización y prestación del servicio de justicia y el acceso al mismo– se conocen políticas de coordinación a escala nacional entre instancias administrativas encargadas del diseño e implementación de políticas públicas de justicia –en el poder ejecutivo o el judicial– y organismos especializados en cuestiones de género, como el Consejo Nacional de la Mujer, con la excepción de algunos proyectos recientes dedicados, principalmente, a la atención de casos de violencia familiar.

En relación con el empleo judicial, en segundo término, investigaciones¹⁴⁴ de la CABA sobre la composición del Poder Judicial y el acceso de las mujeres a la magistratura federal y nacional, con asiento en la misma, registran algunos avances pero en convivencia con formas persistentes de segregación vertical y horizontal¹⁴⁵ por sexo en el empleo judicial. Esas formas de segregación se dan, a su vez, en medio de una grave informalidad en los sistemas de contratación y promoción de empleados que, carecen, entre otras, de reglas o normas de acción positiva y de políticas de servicios básicos, como la prestación del servicio de jardín maternal y guardería. Estas carencias, sin embargo, comparten territorio con los nuevos tribunales de la CABA que, respetando las normas previstas en la

¹⁴² Motta y Rodríguez, *Mujer y derecho: el caso argentino*, cit., p. 103.

¹⁴³ En tal sentido, véase el informe de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires: “Obstáculos y límites al acceso a la justicia en la ciudad de Buenos Aires” disponible en www.defensoria.org.ar/pdf/limites.pdf; y el informe “Servicios de asesoramiento...”, nota 136 *supra*. En la provincia de Buenos Aires, según los informes del área de justicia del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (Cippec) sobre el perfil del consultante en la localidad de San Miguel, el 76.59% de las consultantes son mujeres y el 80% de las consultas son sobre cuestiones de familia, mientras que en la localidad de Mercedes el 65,85% son mujeres y el 54.87% de los temas de consulta son cuestiones de derecho de familia. Disponible en www.cippec.org. Finalmente, véase también Begala, Silvina y Carlos Lista, *Marginalidad y acceso a la justicia: un estudio empírico en una ciudad de Córdoba*, Premio Fundejus 2002, disponible en la sección “publicaciones” de www.fundejus.org.

¹⁴⁴ Kohen, Beatriz, *Gendered Family Law Courts: In-Depth Study of Buenos Aires*, disertación doctoral, Universidad de Durham, Gran Bretaña, 2003 (borrador en poder de la autora). Bergallo, Paola, *¿Un techo de cristal judicial?: la selección de jueces federales y nacionales con asiento en Buenos Aires*, 2004 (mimeo, borrador en poder de la autora).

¹⁴⁵ Kohen, *Gendered Family Law Courts*, citado.

Constitución de la ciudad y los TDH constituyen, en cambio, un ejemplo aislado de respeto de pautas de no discriminación por sexo en su diseño y composición.

III. Patrones, tendencias y propuestas

III. 1. Patrones y tendencias

Los antecedentes jurisprudenciales y las investigaciones sobre acciones colectivas y la organización y acceso al servicio de justicia presentadas hasta aquí sugieren algunos patrones y tendencias en la judicialización de derechos de las mujeres y en el recurso al DIDH.

Primero, la frecuencia con la que los tribunales enfrentan planteos de discriminación por sexo, ya sea en casos individuales o en las escasísimas oportunidades de acciones colectivas, es prácticamente nula. En el litigio en temas de derechos reproductivos es particularmente preocupante, además, que el aumento de los casos se vincula a deficiencias en la regulación, las prácticas institucionales y profesionales y las políticas de salud, que obligan a las mujeres a judicializar solicitudes para colocarse un DIU, hacerse una ligadura tubaria o realizarse un aborto en caso de anencefalia o en otros de aborto no punible. La situación es similar frente a la falta de reglamentación clara del secreto profesional de trabajadores de la salud y la política de persecución penal de los casos de aborto inducido. Paradójicamente, en jurisdicciones como Buenos Aires, el litigio injustificado en los casos de anencefalia puede ilustrar el potencial impacto del litigio en la producción de cambios legislativos, como los que redundaron en la sanción de la ley 1.044¹⁴⁶.

En el mismo sentido, en el campo del litigio laboral, los datos reflejan la inexistencia de reclamos por discriminación en el empleo y por la asiduidad con la que se producen despidos de mujeres embarazadas. En este último sentido, los casos dan cuenta de la frecuencia con que las mujeres despedidas se ven obligadas a judicializar el reclamo de su indemnización, con los gastos y las demoras que esto implica.

Segundo, una confrontación de los datos con las reiteradas ocasiones en las que las mujeres enfrentan situaciones de discriminación intencional o, simplemente, de impacto discriminatorio, y que podrían haberse litigado, como se ha hecho en otros países¹⁴⁷, indica que las mujeres y sus

¹⁴⁶ Si bien esta ley no resuelve totalmente el problema, pues no autoriza el aborto en casos de anencefalia, pone fin a la innecesaria judicialización del pedido de autorización en las intervenciones que califican como “inducción de parto”.

¹⁴⁷ Véase nota 28 *supra*. Entre los temas litigados en Estados Unidos se encuentran las cuestiones de discriminación en el empleo, como el actual caso contra la cadena Wall Mart; la reglamentación de la publicidad para contratar empleados; la objeción frente a

organizaciones subutilizan el reclamo judicial en casos de discriminación por sexo y que es necesario explorar las razones de dicha subutilización.

Tercero, en el plano de las acciones colectivas e individuales, con propósitos de reforma estructural, se observa también una escasa utilización del litigio. Estos datos y las sentencias presentadas más arriba permiten actualizar diagnósticos¹⁴⁸ respecto del subempleo de esta herramienta de acción ciudadana por parte de las mujeres y sus organizaciones en la lucha contra distintas formas de discriminación por sexo¹⁴⁹. La situación contrasta con actitudes más dinámicas de otros sectores organizados de la sociedad civil, que promueven cada vez más la justicialización de derechos de grupos desaventajados, y adquiere especial relevancia cuando se tiene en cuenta que los grupos conservadores que se oponen a la enseñanza mixta en instituciones públicas, o a la distribución de anticonceptivos, recurren con mayor frecuencia al litigio colectivo y obligan a desarrollar una estrategia defensiva.

Cuarto, la subexploración del reclamo internacional es otro diagnóstico interesante que surge de la magra estadística de casos resueltos de peticionantes argentinas. Claro que éste no es un fenómeno exclusivamente argentino. Pese a que el sistema interamericano ha acrecentado significativamente el tratamiento de cuestiones de discriminación por sexo en la última década¹⁵⁰, se trata de un crecimiento moderado, sobre todo si se compara con el fenómeno regional europeo, que ha desarrollado una interesante jurisprudencia en temas de derechos de las mujeres, e incluso

la publicidad que promueve los estereotipos; el aborto; casos de responsabilidad por omisión en la regulación estatal de políticas de igualdad de oportunidades.

¹⁴⁸ Véase en ese sentido, Motta y Rodríguez, *Mujer y derecho: el caso argentino*, cit., p. 103; Cabal *et al.*, *Los derechos del cuerpo en la sexualidad y reproducción*, cit., p. 112, Birgin, Haydée (ed.), ob. cit., p. 12.

¹⁴⁹ Un dato interesante que refuerza esta idea es el hecho de que el litigio para que el colegio universitario sólo recibiera varones, en el caso "González de Delgado", fue promovido por padres y madres, y no por grupos de mujeres que podrían haber reclamado la incorporación de éstas durante los más de treinta años que transcurrieron desde que otros prestigiosos colegios universitarios del país aceptaron el ingreso de mujeres.

¹⁵⁰ Para un detalle de los casos en cuestiones de discriminación por sexo tratados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pueden consultarse las gacetillas "Derechos de Mujeres y Niñas en el Sistema Interamericano" del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, disponible en www.cejil.org/gacetas/15.pdf; y la gacetilla "Los Derechos Reproductivos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", del Centro de Derechos Reproductivos, disponible en www.reproductiverights.org/pdf/pub_bp_sis_tema_inter.pdf. Véase, también, Cabal, Luisa; Roa, M. y Sepúlveda Oliva, L., *What Role Can International Litigation Play in the Promotion and Advancement of Reproductive Rights in Latin America?*, en "Harvard Health and Human Rights Journal" 7:1 (2003).

se ha pronunciado en asuntos clave como el aborto¹⁵¹. En cualquier caso, el dato indicaría la necesidad de investigar si se trata de barreras de acceso al litigio internacional o del desinterés informado por la estrategia¹⁵². Además, es interesante observar que ninguno de los dos casos resueltos por la CIDH fue presentado por una organización local del movimiento de mujeres y que otros casos, en los que estaba en juego la violación de derechos reproductivos básicos, como “Portal de Belén”, no han llegado a instancias jurisdiccionales internacionales.

Quinto, las escasas ocasiones de justicialización de derechos se traducen, a su vez, en la consecuente marginalidad de la contribución de la Corte y de los demás tribunales al desarrollo de un discurso moderno y progresista sobre la igualdad entre los sexos; un discurso que tenga en cuenta, entre otros, la importancia de los ideales de autonomía y neutralidad del Estado frente a las creencias religiosas que subyacen a la discusión sobre el comienzo de la vida, el contexto de desigualdad de oportunidades en el que ejercen sus derechos las mujeres¹⁵³, los efectos históricos de la discriminación y la necesidad de que los jueces y juezas exploren creativamente los remedios procesales disponibles para incentivar políticas y actitudes más igualitarias. Esta conclusión es reforzada cuando se contrasta la riqueza del discurso de los tribunales en aquellos casos que pueden identificarse como de interés público (los promovidos por la ONG Mujeres en Igualdad, por ejemplo).

Sexto, los casos descriptos y el conteo de las citas de TDH indican un aumento paulatino en las referencias que litigantes y tribunales hacen a los TDH. Sin embargo, el discurso judicial no ha desarrollado una interpretación clara y sólida sobre el papel que los distintos recursos del DIDH deberían desempeñar en la argumentación judicial doméstica.

Por último, la falta de adecuación o la promoción de principios de no discriminación por sexo en la administración del Poder Judicial, la prestación del servicio de justicia y las políticas públicas de acceso a la justicia

¹⁵¹ La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) resolvió que es facultad del Estado autorizar un aborto entre las semanas 12 y 18 con certificación previa de dos médicos. Véase “CEDH v. Norway”, 19/5/1992, Nº 17004/90. Véanse, también, “Paton v. Reino Unido”, App. Nº 8416/78, 3 Eur. Ct. H.R. 408 (1980), “CEDH, Bruggemann and Scheuten v. Germany”, App. Nº 6959/75, 3 Eur. H.R. Rep. 244 (1977), “Open Door v. Dublin Well Woman v. Ireland”, 15 Eur. Ct. H.R. Rep. 244 (Serie A, Nº 246) (1992).

¹⁵² Los esfuerzos recientes de varias organizaciones del movimiento de mujeres, para que fuera aprobado el Congreso del Protocolo Facultativo de la CEDAW, indicarían que para estas son importantes los foros internacionales de presentación de casos, aunque no utilizan los disponibles.

¹⁵³ Véase MacKinnon, *Sex Equality*, cit.; *Observaciones Generales del Comité de la CEDAW*, comentadas en Cabal et al., *Los derechos del cuerpo en la sexualidad y reproducción*, cit., ps. 18-43.

para las mujeres son desalentadores. Estas ausencias se reflejan en la carencia de: a) estadísticas e información desagregada por sexo sobre el funcionamiento del aparato de justicia; b) políticas públicas que promuevan igualdad de oportunidades en el empleo judicial y el acceso a la magistratura; c. entrenamiento de empleados y empleadas judiciales y magistrados y magistradas, en la incorporación de una perspectiva de género en la prestación del servicio de justicia; d. políticas judiciales específicas que contemplen las necesidades de usuarias o víctimas mujeres en casos de violencia doméstica, delitos sexuales, etc., y e) políticas de acceso a la justicia y asistencia jurídica gratuita de calidad y especialmente sensibles a las necesidades y problemas que afectan en mayor grado a las mujeres.

III. 2. Algunas propuestas para una agenda de trabajo

Es probable que la limitada cantidad de experiencias de justicialización individual o colectiva de derechos de las mujeres y demás patrones identificados en el punto anterior sean consecuencia de la interacción de varios fenómenos multifacéticos y complejos. En cualquier caso, no obedecen a la inexistencia de problemas de discriminación por sexo, frente a los cuales el recurso al derecho y el reclamo judicial podrían promover cambios y mejoras en casos particulares, en situaciones estructurales, prácticas y diseños institucionales de discriminación.

Es probable, más bien, que el pobre uso de las estrategias de exigibilidad judicial sea consecuencia de las preferencias de las mujeres y sus organizaciones por otros canales de intervención, y de la existencia de barreras más generales, como las que se encuentran en la participación y la acción pública y política de las mujeres¹⁵⁴, y otras más específicas en el plano jurídico, como las que obstaculizan el acceso de las mujeres a los derechos y al ámbito judicial. Entre estas últimas, es pertinente pensar en la falta de información empírica sobre el papel del género en ciertos problemas jurídicos y la dificultad para interpretar algunos fenómenos de discriminación como violaciones de derechos que pueden ser objeto de reclamo judicial; las trabas que deben enfrentar las mujeres y sus organizaciones al tratar de acceder al servicio de justicia cuando los obstáculos anteriores han sido superados; la poca penetración del discurso feminista en la educación de los operadores jurídicos y su consecuente ausencia en

¹⁵⁴ Me refiero aquí, entre otros, a la falta de recursos económicos y de tiempo para el despliegue de estrategias públicas de escala, la concepción del espacio público como espacio masculino, la concentración de la acción social femenina en ámbitos informales, las dificultades para la expresión en condiciones igualitarias en distintos estadios de la deliberación democrática en los foros políticos y de la sociedad civil. Para un análisis de algunas de estas barreras, véase Moreno, María Aluminé, *Carrera de obstáculos: La participación de las mujeres*, en "Escenarios Alternativos", n° 13, Buenos Aires, 2003.

los ámbitos profesionales y en el Poder Judicial; la reducida participación de abogados y abogadas en organizaciones de mujeres y en éstas, la inexistencia de una dedicación especial al despliegue de herramientas jurídicas en el ámbito judicial; la falta de integración más completa de una perspectiva de género y un discurso feminista en las organizaciones de derechos humanos; y en las políticas públicas y privadas de espacios institucionales clave del derecho –el Ministerio de Justicia, la Corte Suprema, el Consejo de la Magistratura, los colegios de Abogados y las facultades de Derecho– y la invisibilidad persistente de numerosas cuestiones de derechos de las mujeres.

Sin duda hace falta un diagnóstico más certero sobre lo anterior. Sin embargo, además de hacer ese diagnóstico, una agenda de trabajo y una asignación de recursos sensible a las potencialidades democratizadoras de las estrategias de justicialización demostradas en otras sociedades y en la incipiente experiencia doméstica, debería evaluarse la promoción, entre otras, de las siguientes propuestas institucionales:

a) *La investigación*. Propiciar diversos tipos de investigación, fundamentalmente de carácter cualitativo¹⁵⁵, en los espacios donde se diseñan e implementan políticas públicas judiciales, en los foros académicos del derecho y en organizaciones de la sociedad civil, facilitaría una acción más informada sobre prioridades y urgencias en la defensa de derechos de las mujeres y en el diseño de las políticas judiciales para abordarlas. Además, esas investigaciones podrían fomentar el conocimiento de experiencias comparadas exitosas.

b) *La asistencia jurídica gratuita*. Uno de los presupuestos de accesibilidad al servicio de justicia es la obtención de servicios jurídicos de calidad y comprensivos en condiciones de igualdad. Los diagnósticos disponibles señalan la necesidad de trabajar en la extensión y la calidad de los servicios jurídicos gratuitos y en el diseño de políticas que incorporen una perspectiva de género y dediquen especial atención a las necesidades jurídicas insatisfechas de las mujeres. Las rudimentarias iniciativas de acción privada, como el trabajo *pro bono* o los servicios brindados por las ONG, también deberían incorporar una perspectiva sensible a los problemas y necesidades concretos de las mujeres.

c) *Promoción del litigio individual y de impacto como parte de una agenda de acción feminista*. Son contadas las ocasiones en las que las organizaciones del movimiento de mujeres han recurrido al litigio de impacto por situa-

¹⁵⁵ Si bien no son numerosas, las investigaciones cuantitativas básicas han tenido un cierto desarrollo. Sin embargo, el trabajo de investigación cualitativa permanece relegado, probablemente por los altos costos en tiempo y recursos para desarrollarlo. Sería importante fomentar este último tipo de investigación para profundizar el conocimiento empírico de las situaciones de discriminación por sexo.

ciones de discriminación utilizando herramientas innovadoras como el amparo colectivo. Para alentar esta práctica se podría impulsar el desarrollo de espacios de trabajo y coordinación con abogadas y abogados capaces de traducir los problemas de discriminación por sexo en reclamos judiciales. Con este fin se podrían crear espacios de litigio en las organizaciones de mujeres o trabajar en coordinación con algunas de las que hoy cuentan con equipos dedicados al litigio o clínicas jurídicas.

Se podría promover también la creación de ámbitos educativos, como las clínicas jurídicas de interés público, que se concentren en temas de género corrientes o en cuestiones específicas de la agenda feminista –los derechos reproductivos, la discriminación en el trabajo o los temas que las organizaciones de mujeres identifiquen como prioritarios–. En igual sentido, sería importante integrar una perspectiva de género a algunas de las organizaciones de defensa de derechos humanos o interés público ya existentes, en las que a veces el tema tiene una presencia a lo sumo marginal.

Trabajos de coordinación y alianzas como las mencionadas podrían, a su vez, redundar en un mayor acceso a los espacios internacionales de protección de derechos e incrementar la utilización de los recursos del DIDH tanto en el plano doméstico como en el internacional.

d) *La coordinación de organizaciones de mujeres.* En los últimos veinte años, diversas organizaciones de mujeres se han puesto de acuerdo para impulsar determinadas causas o actuar en ciertos ámbitos institucionales junto con organismos estatales. Experiencias como las narradas sobre los primeros días del retorno a la democracia o, más recientemente, el caso “MADEL”¹⁵⁶ durante la reforma constitucional de 1994, el trabajo en el Contrainforme para el Comité de la CEDAW¹⁵⁷ o la conformación del Consorcio de Salud y Derechos Reproductivos (Conders), para citar sólo algunas, ilustran la capacidad de acción y la efectividad que resultan de la cooperación entre organizaciones. Este tipo de coordinación y su institucionalización podrían ser claves para trabajar en el desarrollo de estrategias de justicialización en temas de discriminación contra las mujeres y para promover la utilización del DIDH en los tribunales locales.

Como en otros temas, y frente a otras estrategias, la coordinación debería extenderse a las organizaciones internacionales y regionales. Éstas podrían facilitar el trabajo interno por su mayor experiencia y acceso a recursos¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Gutiérrez, María A., *Mujeres autoconvocadas para decidir en libertad (MADEL): la experiencia reciente del movimiento de mujeres*, en Abregú, M. y Ramos, S., *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*, CELS/CEDES, Buenos Aires, 2000, p. 83.

¹⁵⁷ Véase *supra* nota 8.

¹⁵⁸ Véase, al respecto, Ackerly, Brooke A. y Moller Okin, Susan, *Feminists Social Criticism and the International Movement for Women's Rights as Human Rights*, en Shapiro, Ian

e) *La formación de operadores jurídicos comprometidos con la lucha contra la discriminación por sexo.* Para que las propuestas anteriores sean viables es necesario movilizar a abogados y abogadas para que en las diversas funciones que desempeñen se involucren en la defensa y promoción de los derechos humanos y el interés público¹⁵⁹, y lo hagan con particular atención en la dimensión del género. Es fundamental, entonces, promover reformas en la enseñanza del derecho que tiendan a incorporar temáticas de género y a crear espacios concretos y transversales de investigación, educación y reflexión en ámbitos institucionales a los que accedan los profesionales del derecho. En ese sentido, los colegios de abogados o asociaciones de magistrados son terrenos desde los cuales es posible propiciar la movilización y participación activa de los operadores jurídicos en el reclamo de igualdad entre los sexos. Si bien en dichos espacios ya funcionan algunos programas, es necesario institucionalizarlos y proponer asignaciones de recursos que reflejen un compromiso serio en la lucha contra la discriminación por sexo¹⁶⁰.

f) *La discriminación en la práctica de la abogacía y el empleo judicial.* El impulso de políticas de igualdad de oportunidades en la práctica privada de la abogacía, el empleo judicial y la magistratura es también fundamental para promover un servicio de justicia más respetuoso de los derechos de las mujeres. Si los espacios de trabajo de las distintas profesiones jurídicas no respetan criterios igualitarios básicos, no cabe esperar que las decisiones judiciales o las prácticas de los operadores jurídicos sean más respetuosas de tales criterios.

y Hake-Cordón, Casiano (eds.), *Democracy's Edges*, Nueva York, Cambridge University Press, 1999.

¹⁵⁹ Al respecto, acierta Garro: “uno de los principales problemas en lo que concierne al acceso a la justicia es la ausencia de un entrenamiento legal específicamente adaptado a la comprensión de los desequilibrios legales, económicos y sociales, y esta deficiencia disminuye o impide el acceso de los pobres a la justicia. Si los hombres de leyes no perciben que ellos mismos tienen un rol importante que desempeñar en lo relativo al cambio de las reglas responsables de muchos de los problemas legales que afectan a los pobres, ello es en buena medida el resultado de la ausencia de una formación legal orientada al servicio público” (Garro, Alejandro, *El acceso de los pobres a la justicia en América Latina*, en Méndez, Juan E. et al., *La inefectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 302).

¹⁶⁰ A modo de ejemplo, allí podrían surgir iniciativas de investigación y reforma como los Grupos de Trabajo de Discriminación por Género (*Gender Bias Task Forces*), que desde 1981 en Estados Unidos, y más recientemente en Canadá y Gran Bretaña, indagaron sobre la situación y la experiencia de mujeres empleadas, litigantes, abogadas y usuarias de los poderes judiciales nacionales estatales. Véase, al respecto, Resnik, Judith, *Asking about Gender in Courts*, *Signs* 21:952 (1996); Hensler, Deborah y Judith Resnik, *Contested Identities: Bias Task Forces and the Obligations of the Legal Profession*, en Rhode, Deborah, *Ethics in Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Para ello, la preocupación por la igualdad de oportunidades entre los sexos debería estar presente en las agendas de trabajo de los organismos y responsables de la administración del Poder Judicial y de la regulación y control de las condiciones del ejercicio de la abogacía. Esas agendas podrían comenzar por fomentar la investigación de las condiciones de trabajo y las carreras profesionales de varones y mujeres en el derecho, para proponer a su turno las reformas necesarias. Entre esas propuestas se podrían considerar programas de formalización de prácticas de contratación y promoción de empleados, la implementación de políticas de acción afirmativa e igualdad de oportunidades, la disponibilidad de programas de trabajo flexible, la prestación de servicios de jardín maternal y guardería de calidad y alcance suficiente, etcétera¹⁶¹. Asimismo, los capítulos dedicados a las reformas del empleo judicial y de la abogacía en los programas de reforma de la justicia en marcha también deberían incorporar una perspectiva de género.

g) *El género de los proyectos de reforma judicial*. Con éxito dispar, el país viene desarrollando hace años proyectos de reforma judicial en los que participan ministerios de justicia nacional y provinciales, integrantes de distintos ámbitos del Poder Judicial, organizaciones y expertos locales, donantes internacionales y organizaciones multilaterales de crédito. Las iniciativas en marcha y las que surjan en el futuro deberían integrar cuestiones de discriminación contra las mujeres en los diferentes aspectos de los proyectos de reforma. En dicha incorporación deberían participar especialistas y técnicos con formación idónea. También se deberían crear instancias de consulta de usuarios reales y potenciales del sistema y ONGs y expertas del movimiento de mujeres.

Es necesario, también, alentar y facilitar el trabajo conjunto en dichos programas de cientistas sociales y juristas con una perspectiva de género, y entrenarlos a ambos para que puedan trabajar interdisciplinariamente y partiendo del principio de cooperación¹⁶².

h) *Innovaciones procedimentales y remediales*. El impulso de nuevas herramientas procesales y la reglamentación de recursos como el amparo colectivo, el *amicus curiae*, las audiencias públicas y otras formas de participación en el proceso judicial son otras de las tareas pendientes. Por su parte, los jueces y juezas pueden contribuir a ese desarrollo ampliando con creatividad los remedios jurídicos disponibles, imponiendo sanciones pecuniarias ejemplificadoras, exigiendo la implementación de acciones afirmativas compensadoras, etcétera.

¹⁶¹ Véase una lista de propuestas para trabajar en la reforma de la abogacía, en Rhode, Debora, *The Unfinished Agenda: Women and the Legal Profession*, American Bar Association, Chicago, 2001.

¹⁶² Cook, Rebecca, *La superación de la discriminación: una introducción*, en Méndez et al., *La ineffectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, cit., p. 117.

III. 3. Una nota final sobre la calidad del discurso jurídico y la internalización del DIDH

El extremo formalismo y la exacerbada pretensión de autonomía de nuestro discurso jurídico han sido denunciados en numerosas instancias. La jurisprudencia reseñada más arriba no sólo no es la excepción, sino que demuestra el subdesarrollo y la baja calidad del discurso judicial en materia de discriminación por sexo. Ello a pesar, incluso, de que en muchas sentencias los resultados son favorables para las peticionantes.

Por otra parte, los casos presentados indican que nuestros tribunales no han desarrollado aún el papel central que podría cumplir en el proceso de internalización del DIDH para fomentar el respeto del Estado argentino de sus obligaciones internacionales en casos de discriminación por sexo. Si bien el Poder Judicial ha sido utilizado como un foro importante de interacción de redes transnacionales –como el que describen las teorías constructivistas– en temas como la defensa de los derechos humanos frente a las violaciones de la dictadura y más recientemente en la protección de derechos sociales y culturales¹⁶³, esas redes, movilizadas por los derechos de las mujeres, no han explorado los potenciales del DIDH en el discurso judicial doméstico. En consecuencia, éste no parece haber contribuido demasiado a reforzar el respeto del Estado argentino por el DIDH.

Al mismo tiempo, la argumentación judicial de las sentencias consideradas refleja una gran selectividad y arbitrariedad en el recurso al DIDH que muchas veces se reduce al simple listado de artículos de los TDH. Los alcances precisos de esa utilización todavía son controvertidos y la jurisprudencia reseñada demuestra que hay un largo camino por recorrer para definir el uso que se podría hacer de esos recursos. Además, los tribunales han desperdiciado cada oportunidad en la que han enfrentado planteos frente a los cuales podrían haber desarrollado un discurso conceptual, normativo y político sólido sobre las consecuencias de la constitucionalización de los TDH y el papel de los recursos argumentativos del DIDH. De no haber sido así, podrían haber fomentado la internalización de normas del DIDH en materia de derechos de las mujeres, al estilo de las propuestas de las teorías procesalistas. A esa falta de elaboración profunda de las implicancias de la constitucionalización de los TDH se han sumado las contradicciones e indefiniciones evidenciadas en la jurisprudencia de la Corte frente al papel de algunas normas del DIDH, como las decisiones de la CIDH¹⁶⁴.

Por otro lado, incluso en los votos que constituyen ejemplos interesantes del papel que podría dársele al DIDH para apoyar el desarrollo de una doctrina sustantiva de la igualdad entre los sexos, como en el caso

¹⁶³ Véase *supra* nota 8.

¹⁶⁴ Filippini, *Los informes del artículo 51*, citado.

“González de Delgado”, los ministros no han explorado en la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano los estándares internacionales en materia de discriminación por sexo, las recomendaciones generales del Comité de Derechos Humanos y el Comité de la CEDAW, las recomendaciones de éste en las evaluaciones del país, los compromisos asumidos por la Argentina en las Plataformas de Acción de las conferencias de Viena, El Cairo y Beijing, o los informes específicos de la CIDH sobre la Condición de la Mujer en las Américas y los documentos centrales de las agencias de Naciones Unidas –la Organización Internacional del Trabajo o la Organización Mundial de la Salud–¹⁶⁵.

Los casos de salud reproductiva también son un buen ejemplo de la selectividad y superficialidad del recurso al DIDH. En general, la Corte y los tribunales inferiores han hecho una interpretación textual y sin articulación de las normas de la CDN o la CIDH, como si se tratara de reglas que no necesitan ser interpretadas en el contexto de otros preceptos y principios del derecho interno e internacional y de antecedentes como la opinión en el caso “Baby Boy” o recomendaciones de los comités de Naciones Unidas sobre el tema.

Todo esto pone de relieve, en primer lugar, la necesidad de generar una discusión normativa más profunda sobre el papel y el alcance que se le debe atribuir al derecho internacional y al DIDH en nuestras prácticas argumentativas domésticas. Discusión ésta en la que los tribunales y la nueva integración de la Corte deberían jugar un papel fundamental, tal como lo indican varias de las sentencias más recientes de la nueva composición del Tribunal. Sabemos que el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, no es el resultado de un debate público profundo sino más bien de la necesidad de transmitir simbólicamente el compromiso del país con el ideal de los derechos humanos en el contexto de una reforma constitucional deslegitimada. Es necesario, entonces, mejorar el discurso judicial sobre los efectos de dicho artículo y desarrollar un conjunto de criterios y pautas que definan el papel y la “autoridad” de las normas y de los recursos argumentativos del DIDH posconstitucionalización. Dichos criterios deberían considerar en profundidad, entre otras, el papel del Poder Judi-

¹⁶⁵ En la sentencia del caso “González de Delgado”, muchos de los argumentos de los documentos mencionados podrían haber conducido a que los votos más elaborados recalcaran la persistencia de las condiciones de discriminación, y a sugerir, por ejemplo, la necesidad de que el sistema de ingreso al colegio incorporara criterios de promoción afirmativa de las candidatas mujeres para fomentar la formación de líderes que ocupan cargos de conducción política o económica que todavía les son negados a las mujeres. Esos mismos documentos podrían haber sustentado la necesidad de compensar la injusticia histórica que representa el haber solventado con fondos públicos una institución educativa de elite, de cuyos beneficios no pudieron gozar las mujeres durante los más de doscientos años en los que sólo los varones recibieron una educación privilegiada.

cial frente a las obligaciones asumidas por el Estado ante la comunidad internacional con la firma de los TDH y las potestades jurisdiccionales de los organismos del sistema universal y regional. También habría que diferenciar grados de autoridad, dando cuenta del estatus diverso de las recomendaciones, normas y jurisprudencia del DIDH, y de su origen en un conjunto de organismos de competencia y facultad jurisdiccional variada. A pesar de las diferencias, algunos de los modelos normativos de incorporación de la jurisprudencia comparada, desarrollados en los debates contemporáneos sobre *constitucional cross-fertilization* y *borrowings*, sobre prácticas de países como Sudáfrica o la India, podrían enriquecer las discusiones y la definición de tales pautas¹⁶⁶.

En segundo lugar, cualquiera sea la postura que adoptemos frente a los alcances de la idea de aplicación del DIDH en el plano interno, es necesario alentar la enseñanza y la discusión crítica de los TDH y otros documentos del DIDH para que su utilización en nuestras discusiones jurídicas se vea enriquecida con otras experiencias de debate.

¹⁶⁶ Diversas propuestas han intentado ordenar las razones que justifican o exigen el recurso al derecho internacional en la interpretación constitucional en el plano doméstico y los grados de obligatoriedad y autoridad que puede conferirse al precedente internacional. En este sentido, las discusiones sobre la aplicación doméstica de las decisiones del sistema europeo fueron pioneras: argumentaron la obligatoriedad del precedente regional en el ámbito local. Véase, al respecto, Wyatt, Derek y Dashwood, Alan, *European Community Law*, 3ª ed., Wyatt and Dashwood, 1993. Entre las primeras tipologías de interpretación de este fenómeno, en el contexto de otras formas de *cross fertilization* y *transjudicialization*, se encuentran los trabajos de Ann-Marie Slaughter, quien describió la práctica de utilización doméstica de las decisiones de los tribunales europeos como una de las formas de “comunicación vertical” en el progreso hacia un sistema judicial transnacional. Cfr. Slaughter, Ann-Marie, *A Typologie of Transjudicial Communication*, en “University of Richmond Law Review”, 29:99:106 (1994). Con el correr de la década del 90, tribunales de todo el mundo fueron reconociendo una diversidad de papeles al precedente comparado e internacional en la interpretación constitucional. En ocasiones, dichas prácticas incorporaron la obligatoriedad y varios niveles de “autoridad”. Varios estudios han intentado ofrecer argumentos normativos para sustentar la nueva práctica. Así, se han esgrimido razones universalistas, dialógicas, genealógicas, de legitimidad, etcétera. Véase, al respecto, Choudhry, Sujit, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, en “Indiana Law Journal”, 74:819 (1999); Slaughter, Ann-Marie, *A Global Community of Courts*, en “Harvard International Law Journal”, 44:191 (2002); Knop, Karen, *Here and There: International Law in Domestic Courts*, en “New York University Journal of International Law”, 32:501 (2000). En oposición, véase Rosenkrantz, Carlos, *Against Borrowing and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law*, en “International Journal of Constitutional Law”, 1:269 (2003). Estos debates pueden contribuir a enriquecer las discusiones que conduzcan a precisar los contornos y efectos de la constitucionalización del DIDH, y sus implicancias respecto de la obligatoriedad de los precedentes regionales y otras normas del DIDH en la argumentación judicial doméstica.

En la utilización del DIDH se reproduce con frecuencia el mismo formalismo y la pretensión de autonomía del derecho al que estamos acostumbrados en todos los ámbitos del derecho doméstico, sólo que en este caso las actitudes formalistas y las pretensiones de autonomía se refieren al derecho internacional que es reducido al texto de los tratados. Es preciso que la enseñanza y el recurso a las normas, reglas interpretativas y las decisiones del DIDH prescindan de actitudes dogmáticas y den cuenta de las complejidades y limitaciones compartidas por las tareas de interpretación del derecho interno y el internacional.

Finalmente, en la medida en que los TDH integran el texto constitucional, completando el plexo de derechos protegidos por la Constitución, es fundamental integrar la enseñanza del DIDH y su estudio crítico a todas las áreas del derecho terminando con la departamentalización que caracteriza la enseñanza jurídica y que restringe los temas de derecho internacional o DIDH a cursos especializados. Es importante que los recursos argumentativos del DIDH sean incorporados transversalmente a las diferentes áreas del derecho¹⁶⁷.

Conclusión

La jurisprudencia presentada no es demasiado alentadora frente al papel desempeñado por el Poder Judicial como espacio de defensa y promoción de los derechos de las mujeres. Las potencialidades del DIDH, tan fructífero en otros ámbitos como el legislativo, han sido subexploradas por el escaso discurso judicial en el tema. Las investigaciones, reformas y tareas necesarias para fomentar la exigibilidad judicial de derechos por parte de las mujeres y el recurso a los desarrollos del DIDH parecen abrumadoras y sus resultados inciertos. Sin embargo, sin perder de vista la prioridad de las estrategias de acción política para el cambio social y la democratización de las instituciones, tal vez sea hora de explorar sistemáticamente un espacio en el que otras sociedades han promovido importantes transformaciones. En el intento, tal vez se contribuya a mejorar el discurso judicial y su impacto en otros foros democráticos.

¹⁶⁷ Estas reformas educativas también deberían ser parte de los programas de entrenamiento de profesionales de posgrado y de formación de empleados judiciales.

Apéndice
Cantidad de citas, casos e interpretaciones de normas del TDH en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación (1993- 2001)

Datos del tomo/año colección de fallos	Art. 75, inc. 22, Constitución Nacional		Convención Americana de Derechos Humanos		Convención de los Derechos del Niño		Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre		Declaración Universal de Derechos Humanos		Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos		Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales		CEDAW									
	Casos	Interp.*	Casos	Interp.	Casos	Interp.	Casos	Interp.	Casos	Interp.	Casos	Interp.	Casos	Interp.	Casos	Interp.								
324/2001	18	2	50	14	8	20	8	8	4	4	0	5	5	0	16	8	0	4	3	0	2	1	0	
323/2000	24	1	29	17	2	24	9	3	5	4	0	7	5	1	16	13	1	4	3	0	4	1	0	
322/1999	20	19	2	13	11	2	21	9	6	2	2	0	3	2	0	7	6	1	2	2	0	1	1	1
321/1998	17	17	1	46	31	10	1	1	0	4	3	0	7	6	0	21	16	4	0	0	0	0	0	0
320/1997	8	8	2	24	15	6	0	0	0	2	2	0	0	0	0	4	3	0	0	0	0	0	0	0
319/1996	11	11	3	22	16	7	1	1	0	4	4	0	7	6	2	8	6	0	3	3	0	0	0	0
318/1995	10	10	1	16	11	5	10	4	3	2	2	0	2	2	0	2	2	0	1	1	0	0	0	0
317/1994	2	2	2	16	9	4	0	0	0	0	0	0	1	1	0	3	2	0	0	0	0	0	0	0
316/1993	0	0	0	15	10	4	0	0	0	1	1	0	4	1	2	3	2	0	0	0	0	0	0	0

Fuente: Colección de fallos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - Índice de citas.

* Interp.: ocasión en la que las normas del tratado fueron interpretadas por el tribunal.

El derecho a la salud sexual y procreación responsable a más de diez años de la reforma constitucional

Andrés Gil Domínguez*

I. Introducción

Uno de los principales aportes realizados por la reforma constitucional de 1994 al sistema de derechos fue la incorporación del artículo 75, inciso 22, el cual adoptó una dimensión tal que fue catalogado como “núcleo ideológico” del proceso transformador. A partir de su aparición, viejos derechos desarrollaron contenidos distintos y nuevos derechos hicieron su aparición estelar.

El derecho a la salud sexual y procreación responsable surge positivamente de la combinación de la relectura de viejos derechos y el surgimiento de nuevos derechos en el marco de la regla de reconocimiento constitucional. Su impacto es tan fuerte (por cuanto se vincula con un tema que siempre ha estado oculto en el discurso jurídico: el sentido de la sexualidad) que generó el advenimiento de un orden simbólico distinto que permite (desde la norma) una constitución subjetiva distinta a la planteada tradicionalmente.

El objeto del presente trabajo consiste en realizar un balance del desarrollo del derecho a la salud sexual y procreación responsable con motivo del aniversario de la reforma constitucional que permitió desde la regla de reconocimiento constitucional la existencia de un derecho fundamental y un derecho humano que se vincula con los cimientos de un Estado constitucional de derecho.

II. La regla de reconocimiento constitucional como orden simbólico

II. 1. Uno de las principales aportes de la reforma constitucional de 1994 fue incorporar el artículo 75, inciso 22, a partir del cual, la Consti-

* Agradezco al Dr. Horacio Crespo la información brindada sobre el tema mortalidad materna.

tución argentina comparte su jerarquía constitucional de manera originaria con once instrumentos internacionales sobre derechos humanos delimitados por el constituyente, como así también con los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos que adquieran dicha jerarquía de forma derivada mediante un mecanismo de mayorías agravadas previsto por el propio artículo 75, inciso 22.

Existen sólidos trabajos doctrinarios que han abordado la temática desde la óptica de la supremacía constitucional, o bien, han intentado analizar la distintas alternativas que subyacen respecto de la jerarquía existente entre la Constitución y los instrumentos internacionales que ostentan jerarquía constitucional¹. En este sentido, sólo deseamos destacar que el artículo 75, inciso 22, generó un nuevo orden simbólico que necesariamente tarde o temprano se manifestará en las distintas formas en que se expresa la legalidad.

II. 2. En el campo del orden simbólico, la Ley del Padre configura un límite al deseo absoluto demarcando los límites de aquello que está permitido o prohibido. La legalidad cumple un rol de identificación y configuración similar al rol que juega la Ley del Padre en torno a lo permitido y lo prohibido. Lo permitido nos instituye como “sujetos de la ley”, por cuanto recibimos la autorización de la legalidad imperante para actuar como tales. Lo prohibido demarca el límite a nuestro deseo o al deseo de mayorías coyunturales, operando como una interdicción o castración. Cuando el discurso jurídico enuncia que existen ciertas subjetividades que son toleradas pero no fomentadas, emerge una zona gris entre lo prohibido y lo permitido, que coloca al sujeto en una tensión que se resuelve “pagando” determinados “costos” en cuanto hace o deja de hacer.

II. 3. Existe una relación intrínseca entre legalidad, orden simbólico y sujeto. A partir de la ley se construye un orden donde se explicitan por voces o silencios, la simbología a partir de la cual la subjetividad (por adecuación o rechazo) se construye o se frustra.

¹ Ver, entre otros, Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1995; Bidart Campos, Germán J, *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000; Jiménez, Eduardo Pablo, *Derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 2000; Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001; Pizzolo, Calogero, *Constitución Nacional*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002; Manilli, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad (La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho constitucional argentino)*, La Ley, Buenos Aires, 2003; Midón, Mario, *Manual de derecho constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2004; Gil Domínguez, Andrés, *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 2000, y *Constitución, emergencia y amparo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

Las convenciones constituyentes operan como detectores de los síntomas del malestar de una sociedad para canalizarlo mediante la elaboración de un nuevo orden simbólico en donde existan menos frustraciones y más adhesiones al tótem².

El artículo 75, inciso 22, al haber traído al “orden simbólico local” un orden simbólico distinto (el configurado en torno a los derechos humanos)³, necesariamente instituyó –a partir de la regla de reconocimiento constitucional– un nuevo orden simbólico que como tal encontrará en los defensores de la conservación del “viejo orden” a sus mayores detractores.

El artículo 75, inciso 22, trae como consecuencia la *rematerialización* de la Constitución, que necesariamente desembocará en una *resignificación* de conceptos construidos a la luz de viejos paradigmas y la configuración de un nuevo orden simbólico. Los derechos humanos irradian la coexistencia de una constelación plural de opciones de vida en lugar de un supuesto de homogeneidad ideológica o pensamiento único.

II. 4. Uno de los campos más fructíferos en donde se observa esta tensión lo encontramos en torno a la sexualidad.

Hablar de la sexualidad o “develar” secretos a voces mediante voces que dicen secretos, ubica en ciertas ocasiones al “infausto voceador” en una posición desafiante y al “indefenso receptor” en una posición de incómoda resolución. Departir sobre la sexualidad genera desde carraspeos, risas cómplices y acomodamientos corporales hasta virulentas reacciones que llegan a evitar publicaciones en revistas jurídicas de prestigio en donde “los lectores habituales pueden llegar a ofenderse”. Intentar correr el “velo de la ignorancia” en torno a la sexualidad supone un “sacrilegio” similar al realizado por Lacan cuando en el año 1963 debió interrumpir luego de la primera clase, el ciclo habitual de su seminario donde iba a abordar como tema: “Los nombres del Padre”.

II. 5. De manera implícita o expresa, surge de varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional un derecho a la salud reproductiva y la procreación responsable, a partir del cual la sexualidad no se limita solamente a la reproducción sino que a dicha opción se suma la alternativa del goce o placer sexual (más allá de la reproducción) sin temor de adquirir cruentas y mortales patologías⁴.

² Ver Freud, Sigmund, *Obras completas*, t. XIII, *Tótem y Tabú y otras obras (1913-1914)*, Amorrortu, Buenos Aires, 2000.

³ Ver Ignatieff, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós, Buenos Aires, 2003.

⁴ Ver Gil Domínguez, Andrés, *Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 15.

Consecuentemente, un nuevo orden simbólico se erigió a partir de la regla de reconocimiento constitucional respecto de la sexualidad, a partir del cual toda persona “está habilitada” por la ley para vivir la sexualidad más allá de la mera procreación.

III. El derecho a la salud sexual y procreación responsable

III. 1. Se entiende por salud sexual al pleno ejercicio de la sexualidad evitando cruentas y mortales patologías como cánceres genitales, mamarrios y HIV sida, como así también, a la generación de las condiciones socio-económicas que permitan disminuir los índices de morbilidad materna infantil. La defunción materna es la muerte de una mujer mientras está embarazada, o dentro de los 42 días siguientes a la terminación del embarazo, independientemente de la duración y el sitio del mismo, pero no por causas accidentales o incidentales. Las causas pueden ser: a) obstétricas directas: son aquellas que resultan de complicaciones obstétricas en el embarazo, parto o puerperio, debido a intervenciones, omisiones, tratamiento incorrecto o debido a una cadena de acontecimientos originada en cualquiera de las circunstancias mencionadas, y b) obstétricas indirectas: son aquellas que resultan de enfermedades existentes desde antes del embarazo o enfermedades que evolucionaron durante el mismo, no debidas a causas obstétricas directas, pero sí agravadas por efectos fisiológicos del embarazo. En el año 2001, la tasa de mortalidad materna en la República Argentina era del 43%, siendo las tres provincias con más alto porcentaje Formosa (139), Chaco (159) y Jujuy (197).

La morbilidad está relacionada con los daños a la salud que se producen en la mujer o en los niños por similares causas que generan la mortalidad.

III. 2. Se entiende por procreación responsable al derecho a decidir cómo, con quién, bajo qué circunstancia, en qué tiempo o intervalos y qué cantidad de hijos decidimos procrear.

III. 3. El derecho a salud sexual y procreación responsable presenta como contenido estructural los siguientes elementos: *información, prevención y planificación.*

La *información* permite el acceso al conocimiento de todos los métodos anticonceptivos, el porcentaje de eficacia, los beneficios y contraindicaciones, la forma correcta y adecuada de uso, la armonía o contrapunto con las distintas ópticas religiosas, etc. La consecuencia de esta primera función es que a partir del conocimiento genuino de las opciones existentes, las personas pueden optar por el método que más se adecue a su realidad cotidiana y sus más íntimas convicciones.

La función de *prevención* se manifiesta en la posibilidad concreta de evi-

tar embarazos no deseados y los consiguientes abortos que terminan con la pérdida de la vida o la afectación de la salud de las mujeres (especialmente las de escasos recursos). También es un aporte de fundamental importancia en la lucha diaria para evitar la propagación de crueles patologías que azotan a la sociedad.

Desde una óptica civil, laica y pluralista, la procreación es un acto consciente y voluntario en donde una persona o dos personas de manera conjunta deciden cambiar su vida para siempre y afrontar la maternidad/paternidad. Ser o no ser madre o padre forma parte de un proyecto de vida porque modifica sustancialmente cualquier biografía. Y un acto tan esencial a la conformación de una persona como sujeto –en el marco de una sociedad civil y laica– no puede ni debe, por imperativos formales u obstáculos materiales, ser decidido por el orden natural de las cosas (a menos que una persona por sus respetables y sagradas convicciones religiosas decida someterse a dicho orden)⁵. *Planificar* conforme a criterios orientados a ejercer la maternidad/paternidad en las mejores condiciones posibles para la realización de la vida de los hijos, o con relación a la cantidad de hijos o el intervalo entre los nacimientos, es tan importante como la vida misma: *supone la concreción consciente, voluntaria y plenamente deseada de un acto que modifica esencialmente y para siempre la biografía de las personas.*

El derecho a la libertad reproductiva implica una elección libre de coerciones sobre si se va a procrear o no, o con más exactitud, si se participará en la actividad de procreación con un compañero que esté dispuesto a ello. Y forman parte de este derecho tanto las actividades orientadas a la procreación (mediante el coito o por medios no coitivos) como las dirigidas a evitar la reproducción.

La libertad reproductiva puede entenderse apropiadamente como algo que requiere que la reproducción no tenga que ocurrir en circunstancias que den lugar a privaciones injustas, o que tengan cualquier otra consecuencia indebida o abusiva para quienes eligen reproducirse. Esto requiere una amplia gama de prácticas sociales y legales que faciliten concebir y criar hijos.

La anticoncepción ofrece un control en los casos en que no se desea procrear, a la vez, las nuevas técnicas reproductivas hacen posible que las mujeres se reproduzcan en circunstancias en las que, en el pasado, hubiera sido poco probable o incluso imposible que se reprodujeran. El control del momento oportuno de la maternidad/paternidad importa la posibilidad que tienen las mujeres de eludir embarazos cuando son muy jóvenes, o bien cuando son incapaces de poder asumir con plena responsabilidad la maternidad. Por otra parte, permite al hombre y a la mujer trabajar y

⁵ Ver Gil Domínguez, Andrés, *Sociedad civil y matrimonio civil*, en “La Ley”, 1998-E-227.

desarrollar su vida profesional antes de formar una familia, y de esta manera, reducir o eliminar las desventajas profesionales que comúnmente padecen en el lugar de trabajo por el tiempo que dedican a tener y educar hijos.

III. 4. El derecho a la salud sexual y procreación responsable se constituye a través de los aportes que realizan enunciados normativos que contienen otros derechos, como así también, por medio de enunciados normativos que se refieren específicamente a esta temática pero que están dirigidos a un determinado universal (por ejemplo, mujeres, niñas y niños).

El artículo 19 de la Constitución argentina y los artículos 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagran la libertad de intimidad que aporta un ámbito biográfico jurídicamente protegido en donde se desarrolla el plan de vida en torno a la sexualidad.

El artículo 33 de la Constitución argentina desde la implícitud, aporta un elemento normativo que consagra la existencia positiva constitucional de este derecho.

El artículo 42 de la Constitución argentina, y los artículos 3 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12, incisos 1 y 2, del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4, inciso a, 5 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 24, inciso 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño consagran el derecho a la salud (entendida como el *estado de completo bienestar físico, mental y social* y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades⁶), el cual realiza una contribución significativa respecto de la salud sexual.

Los artículos 10, inciso h, y 16, inciso e, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer enuncian:

“Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, con el fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) h) Acceso en material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia incluida la información y el asesoramiento sobre planificación familiar” (artículo 10).

“Los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de

⁶ Ver Mackinson, Gladis, *El derecho a la salud*, en AA.VV., *Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

salud sexual y procreación responsable

igualdad entre hombres y mujeres: (...) e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (artículo 16).

El artículo 24.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece:

“Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) reducir la mortalidad infantil y en la niñez (...), d) asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a la madre (...), f) desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”.

IV. La ley 25.673 y el Decreto 1282/2003

IV. 1. La ley 25.673 y el Decreto reglamentario 1282/2003 desarrollan varios aspectos del derecho a la salud sexual y procreación responsable.

La ley 25.673 contempla en su articulado la creación de un Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el ámbito del Ministerio de Salud (art. 1), los objetivos del Programa (art. 2), el derecho a la no discriminación en el campo de la salud sexual y procreación responsable (art. 3), el ejercicio de la patria potestad y el interés superior del niño (art. 4), las obligaciones estatales (art. 5), los distintos métodos de planificación familiar (art. 6), la incorporación de la temática al Programa Médico Obligatorio (art. 7), la garantía de la información (art. 8), la aplicación en el ámbito educativo privado (art. 9), el régimen de implementación (art. 11) y la competencia concurrente entre el Estado federal, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (art. 13)⁷.

El Decreto 1282/2003, en su Anexo I, reglamentó los siguientes artículos de la ley 25.673, a saber: 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10.

IV. 2. Dentro del marco normativo infranconstitucional, uno de los temas más polémicos fue la articulación entre el derecho a la salud sexual y procreación responsable de los niños y el ejercicio de la patria potestad por parte de los padres⁸.

⁷ Para un análisis global de la ley 25.673, ver Gil Domínguez, *Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable*, cit. También ver Famá, María Victoria; Herrera, Marisa y Revsin Moira, *Una ley bienvenida*, en “La Ley”, Suplemento de Derecho Constitucional, 21 de abril de 2003; y Nicholson, Roberto, *Salud reproductiva, ley progresista*, en “Clarín”, 20 de agosto de 2003.

⁸ Ver Susana Checa (comp.), *Género, sexualidad y derechos reproductivos en la adolescencia*, Paidós, Buenos Aires, 2003.

El artículo 4 de la ley 25.673 establece: “La presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad. En todos los casos se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (ley 23.849)”.

El Decreto 1282/2003, al reglamentar el artículo 4 de la ley 25.673, enuncia:

“A los efectos de la satisfacción del interés superior del niño, considéreselo al mismo beneficiario, sin excepción ni discriminación alguna, del más alto nivel de salud y dentro de ella de las políticas de prevención y atención en la salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades.

En las consultas se propiciará un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de catorce (14) años.

Las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, compleja y oportuna, manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad.

En todos los casos y cuando corresponda, por indicación del profesional interviniente, se prescribirán preferentemente métodos de barrera, en particular el uso de preservativo, a los fines de prevenir infecciones de transmisión sexual y VIH/SIDA. En casos excepcionales, y cuando el profesional así lo considere, podrá prescribir, además, otros métodos de los autorizados por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) debiendo asistir las personas menores de catorce (14) años, con sus padres o un adulto responsable”.

IV. 2. A. El primer aspecto digno que debe ser destacado es que en el ámbito de los menores la ley adopta como piso mínimo a la familia y a los derechos y obligaciones que emanan del ejercicio de la patria potestad. El punto de partida es la familia pero no la familia en términos tradicionales sino en armonía constitucional⁹.

IV. 2. B. La Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 3, punto 1, que en todas las medidas concernientes a los niños que toman las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se deberá atender el “interés superior del niño”. Como señalan Eduardo

⁹ Ver Gil Domínguez, Andrés, *El concepto constitucional de familia*, en “Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, Derecho de Familia N° 15, 1999, ps. 31-43.

Pablo Jiménez y Gabriela García Minella¹⁰, el interés superior del niño es un principio jurídico de neto corte garantista que cambia el paradigma de la *protección irregular* por el de *protección integral* del niño. Una de las principales consecuencias de esta transformación consiste en dejar de lado las políticas asistencialistas en donde los adultos determinan la seguridad y el bien del niño (que es definido por lo que no tiene, no sabe o no es capaz de hacer) para considerarlo un *sujeto de derecho* que es parte integrante de la democracia en donde desarrolla su vida más allá del entorno familiar.

El interés superior del niño se constituye en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. Proporciona una pauta objetiva que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor. De esta manera frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño¹¹. No se trata de un enfrentamiento o dicotomía entre un derecho de familia puerocéntrico (un sistema en donde el menor es la figura central recibiendo toda clase de privilegios y beneficios legales incluso en contraposición a sus propios padres) o familiarocéntrico (en donde lo más conveniente para la salud personal del menor, para los padres y para el Estado es que la educación sexual se realice exclusivamente en el marco familiar)¹², sino de cumplir con la regla de reconocimiento constitucional¹³.

El interés superior del niño es un principio jurídico garantista que obliga al Estado y a los particulares a estimar dicha pauta como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino porque los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos. Desde la vigencia de la Convención, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social

¹⁰ Jiménez, Eduardo Pablo y García Minella, Gabriela, *Los niños y adolescentes argentinos. El nuevo milenio y sus derechos constitucionales. ¿Interés superior del niño?*, en Bidart Campos, Germán J. y Gil Domínguez, Andrés (coords.), *El derecho constitucional del siglo XXI*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

¹¹ Ver Weimberg, Inés M. (dir.), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 44.

¹² Ver Conen, Cristina; Ortelli, Ana María y Camps, Marina, *Patria potestad: contenido y extensión del derecho deber de los padres a la educación de la sexualidad de sus hijos*, en "El Derecho", 1 de agosto de 2002.

¹³ Ver Gil Domínguez, Andrés, *Regla de reconocimiento constitucional: patria potestad, bioética y salud reproductiva*, en "Revista de Derecho de Familia", n° 21, Lexis Nexis, 2002.

deseable –realizado por una autoridad progresista o benevolente– y pasa a ser un principio jurídico que obliga a la autoridad y a los particulares. En este sentido, debe abandonarse cualquier interpretación paternalista autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia. Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo 3 de la Convención como una mera orientación que ampliaría facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención. En este sentido, el Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también tiene el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes-deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior¹⁴.

IV. 2. C. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 17 ha dicho: a) que los niños (entendiendo por tales a toda persona que no haya cumplido los dieciocho años de edad) son titulares de derechos y no sólo objeto de protección, de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la que se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, b) que la expresión “interés superior del niño” (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) implica que el desarrollo del niño en ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida de éste, c) que en relación con los niños, el respeto del derecho a la vida abarca no sólo las prohibiciones establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas, a tales fines la educación y el cuidado de la salud constituyen pilares fundamentales para garantizar el disfrute de la vida digna, y d) que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos pue-

¹⁴ Ver Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en García Méndez, Emilio (comp.), *Ley y democracia en América Latina*, Temis/Depalma, Colombia/Argentina, 1998, ps. 78-80.

dan disfrutar ampliamente de todos los derechos (entre ellos, los económicos, sociales y culturales) que les asignan diversos instrumentos internacionales, debiendo los Estados Parte adoptar medidas positivas para asegurar la protección de tales derechos.

IV. 2. D. Cuando el artículo 264 del Código Civil prescribe: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”, la interpretación y aplicación de dicho precepto debe hacerse en armonía con el interés superior del niño. De no ser así, estaríamos contradiciendo la regla de reconocimiento constitucional e incurriendo en una palpable inconstitucionalidad.

El niño como sujeto de derecho es titular de un conjunto de derechos fundamentales (por imperio del instrumento internacional) que lo ubica en una posición jurídica que dista de la de constituir un mero apéndice de sus padres. El interés superior del niño supone puntos de confluencia entre padres e hijos, pero bajo ningún punto de vista implica la imposición vertical de un plan de vida o biografía.

La Convención sobre los Derechos del Niño contempla expresamente que los niños tienen derecho a: a) formarse un juicio propio para expresar libremente su opinión (art. 12), b) ejercer plenamente la libertad de conciencia, de religión y de pensamiento (art. 14), y c) disfrutar en el más alto nivel posible de salud y de servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24).

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los padres son los encargados –en realidad están obligados– a la crianza y desarrollo del niño pero siempre subordinado al interés superior del niño (art. 18). Una parte de la crianza está orientada al pleno ejercicio del derecho a la salud en general y en particular a la salud reproductiva. Los padres orientan y dirigen a los niños para que ejerzan los derechos reconocidos por la Convención en “consonancia con la evolución de sus facultades” (art. 5). Por lo tanto, los niños a mayor evolución adquieren un mayor ámbito de decisión y autonomía de los padres en lo atinente a los derechos reconocidos en la Convención. Toda reserva o declaración interpretativa que desconozca dicha pauta elemental es nula –conforme lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su art. 19, inc. c– por ser contraria al objeto o fin del tratado. Si se intentara limitar arbitrariamente la aplicación de la ley de salud reproductiva o inaplicarla a los niños en virtud del ejercicio de la patria potestad, las normas de orden civil que contemplan dicho instituto serían claramente inconstitucionales por palpable violación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A partir de los 14 años existe una presunción de derecho en torno a la madurez del menor respecto del ejercicio del derecho a la salud repro-

ductiva. El artículo 286 del Código Civil establece que los mayores de dieciséis años no necesitan la autorización de sus padres para reconocer hijos y si los desconocieran responden por los daños y perjuicios derivados de dicha conducta. No se puede impedir a los menores el acceso a la información y a los métodos de planificación en virtud de la patria potestad, en la medida en que los padres nunca serán responsables del hijo concebido ni del eventual desconocimiento.

Mientras los hijos son menores de edad, sus padres ejercen sobre ellos la patria potestad, pero cuando no obstante la minoridad – y en virtud del interés superior del niño– un niño o niña menor de dieciséis años tiene discernimiento (por la evolución de sus facultades) titulariza derechos fundamentales que bien cabe situar en el espacio constitucional de la autonomía personal¹⁵.

El interrogante que surge alrededor del derecho a la salud reproductiva (tanto en lo que respecta a brindar información como el suministro de anticonceptivos) de los niños y niñas es el siguiente: ¿las normas de salud reproductiva son violatorias del derecho-deber a la patria potestad y del derecho a la libertad de intimidad familiar?

La libertad de intimidad es conculcada si el Estado o los particulares pretenden imponer coactivamente una visión o un plan de vida. En este sentido, la Ley de Salud Reproductiva deja librado a la conciencia, los principios y las creencias de cada persona la utilización de métodos anticonceptivos y de prevención de enfermedades. Plantea una opción, no una obligación, y esto se refleja claramente en la ausencia de una sanción o conminación frente a un eventual “incumplimiento”. Cada niño, cada niña, los utilizará o no pero siempre tendrá la información y los métodos a su disposición.

A partir de la reforma constitucional de 1994, la patria potestad es un derecho-deber que tiene jerarquía constitucional por imperio de la Convención de los Derechos del Niño. Desde su introducción preambular, dicho instrumento internacional establece que la familia es el “grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños” dando de esta manera entidad positiva a la patria potestad. Pero el contenido de dicho derecho-deber, en una primera aproximación, tiene como complemento a una pauta normativa, objetiva y axiológica cual es el “interés superior del niño”. El adjetivo “superior” no implica una automática jerarquía. Ambos preceptos deben combinarse armónicamente, pero en aquellos supuestos en donde la convivencia equilibrada sea de imposible cumplimiento y en la medida que el menor demuestre un determinado grado de

¹⁵ Ver Basterra, Marcela I., *En un valioso precedente, la justicia convalida una ordenanza de salud reproductiva*, en “Jurisprudencia Argentina”, 28 de agosto de 2002.

desarrollo o discernimiento, el interés superior del niño –en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención– prevalece sobre la voluntad de los padres expresada en la patria potestad.

Es necesario distinguir entre educación sexual y salud reproductiva (tanto en su faceta informativa como prescriptiva). La familia, y subsidiariamente el Estado, será el ámbito donde el menor adquirirá los conocimientos pertinentes en torno a la sexualidad humana; pero una vez acaecido dicho proceso, y en la medida de su desarrollo, el niño o la niña titulariza un derecho fundamental a la salud reproductiva que prevalece nítidamente sobre la patria potestad.

Ahora bien: ¿cuál es el parámetro que debe ser utilizado para establecer si un menor tiene el discernimiento suficiente conforme a la evolución de sus facultades, o bien, como enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño “esté en condiciones de formarse un juicio propio conforme a su madurez” (art. 12, incs. 1 y 2)? Desde nuestra óptica, si un niño o niña menor de dieciséis años –a partir del advenimiento de su desarrollo sexual– decide recabar información sobre los distintos métodos anticonceptivos y habiendo decidido tener relaciones sexuales elige uno de ellos más allá de la ideología y la voluntad de los padres, *esta actitud de subjetivación (en cuanto la elaboración del propio yo que lo ubica como un ser distinto de los padres) es una clara y evidente muestra de su madurez o discernimiento*. Se podrá objetar el diagnóstico y colocación de dispositivos intrauterinos, pero como este método sólo procede en las mujeres que han estado embarazadas, si una mujer menor ha pasado por dicho estado (más allá de la culminación o la interrupción del embarazo) es evidente que tiene un alto grado de madurez para poder elegir la colocación de un DIU. A pesar de considerar maduro al menor para recibir información y el suministro o prescripción del método que elija, es importante que los efectores promueven la participación de los padres, tutores o encargados en todo lo atinente a la salud sexual del menor, pero en aquellos supuestos que por expreso pedido del niño o niña (por temor a sentirse coaccionado o violentado por la presencia de sus padres o por sus consecuencias futuras) y en virtud del “interés superior del niño” debe necesariamente prevalecer la voluntad del menor¹⁶.

¹⁶ En este sentido, Germán J. Bidart Campos ha elaborado el siguiente criterio: “Mientras un efector no tenga conocimiento de que los progenitores se oponen, y en tanto se le haga accesible comprender que el menor (mujer o varón) tiene discernimiento suficiente, debe proporcionarle la información y el servicio previstos en la ley” (ver Bidart Campos, Germán J., *Patria potestad y autonomía personal de los hijos*, en “La Ley”, 7 de septiembre de 2000).

En tanto, María Josefa Méndez Costa si bien coincide en general con la postura de Bidart Campos, considera que el peligro constitucional para el ejercicio de la patria potestad y para los intereses del menor provienen de la eventual falta de un adecuado

IV. 2. E. En la causa “Ligas de amas de casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”¹⁷, el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires —con el voto de sus cinco miembros— declaró la constitucionalidad de la Ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la Ciudad de Buenos Aires (que presenta una redacción bastante similar a la ley nacional).

El caso fue promovido por la Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y la Asociación Pro Familia. El objeto del proceso se circunscribió a determinar si los artículos 5 (que establece como destinatarios a la población en general y especialmente a las personas en edad fértil) y 7 (que desarrolla los contenidos del derecho fundamental a la salud reproductiva, a saber: información, prevención y prescripción) de la ley colisionaban con el derecho-deber de los padres que emerge de la patria potestad.

Con sólidos argumentos, cada uno de los jueces y juezas del Tribunal Superior estableció que la salud reproductiva es un derecho fundamental que titularizan los niños, niñas y adolescentes más allá de la decisión de sus padres.

La jueza Ana María Conde sostuvo que, según lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, debe respetarse el mejor interés del niño. Esto implica que el Estado no puede dejar que el proceso educativo quede librado al exclusivo arbitrio de los padres: debe adoptar las políticas que mejor contribuyan al desarrollo de los programas de vida de todos los

nivel de excelencia del efector en cuanto a su información y formación (ver Méndez Costa, María Josefa, *Patria potestad y disposiciones sobre “salud reproductiva y procreación responsable”*, en “El Derecho”, 1 de agosto de 2002).

Por último, María Victoria Famá, Marisa Herrera y Moira Revsin sostienen: “A partir del momento en que el niño está en edad de procrear, le asiste el derecho de recibir información respecto del cuidado de su propio cuerpo y resolver si realmente desea ser padre o madre” (ver Famá, María Victoria; Herrera, Marisa y Revsin Moira, *¿Hasta cuando relegaremos a la salud reproductiva de la nómina de los derechos fundamentales?*, en “La Ley”, Suplemento de Derecho Constitucional, 2 de diciembre de 2002). También, ver Famá, María Victoria; Herrera, Marisa y Revsin Moira, *¿Las mujeres somos nuestras propias enemigas? Un fallo a favor de la ley sobre salud sexual y procreación responsable dictado por hombres*, en “La Ley”, Suplemento de Derecho Constitucional, 17 de junio de 2003, y *Un paso más hacia su consolidación... Los derechos sexuales y reproductivos como un derecho humano*, en “La Ley” Córdoba, año 21, n° 8, septiembre de 2004.

¹⁷ Ver Gil Domínguez, Andrés, *Constitución, patria potestad y salud reproductiva en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, en “La Ley”, Suplemento de Derecho Constitucional, 20 de febrero de 2004, y *Jóvenes y salud reproductiva*, en “Clarín”, 5 de noviembre de 2003. Ver, también, Casas, Laura Julieta y López, Claudia Inés, *¿La salud sexual y reproductiva de los niños es patrimonio de los padres?*, en “Doctrina Judicial”, 11 de febrero de 2004.

grupos religiosos, culturales y comunitarios sin imponer una determinada concepción de vida, ni la utilización de métodos anticonceptivos. No resulta irrazonable o arbitrario, ni requiere el consentimiento de los padres, que el Estado implemente acciones destinadas a prevenir enfermedades mortales o embarazos prematuros y que los niños, niñas y adolescentes accedan a estos beneficios.

El juez Julio Maier argumentó que tanto los fines perseguidos por la ley como los medios escogidos son constitucionales. Máxime si se tiene en cuenta que la norma persigue la equidad e igualdad de oportunidades de acceso a la información y asistencia en materia de salud reproductiva para las personas en situación de pobreza o que no puedan acceder a un servicio de salud oneroso. El Comité de los Derechos del Niño (órgano de control de la Convención) ha expresado reiteradamente que los Estados están obligados a proveer servicios de educación sexual y salud reproductiva como medio idóneo para prevenir embarazos no deseados, abortos voluntarios y patologías mortales. También el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (órgano de control de dicho instrumento) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (órgano de control del mencionado tratado) han expresado la necesidad de poner a disposición de niños, niñas y adolescentes servicios de información y asistencia en materia de salud reproductiva. En sintonía, la ley local le asigna prioridad a la voluntad del niño, niña o adolescente en edad fértil en las cuestiones que conciernen a su salud reproductiva.

La jueza Alicia Ruiz enunció que tanto la jurisprudencia internacional como la Convención sobre los Derechos del Niño, han resignificado el concepto de patria potestad orientándolo hacia un concepto que está directamente asociado a la capacidad progresiva. La acción planteada contiene una pretensión de carácter discriminatorio en razón del sexo (porque la derogación de la norma influiría sobre todo en niñas y adolescentes de sexo femenino), de la clase (porque afectaría de forma directa a los sectores más pobres de la población), de la orientación sexual (porque al poner énfasis en la salud reproductiva deja fuera de contexto las demandas de información y prevención de adolescentes lesbianas, homosexuales y travestis que con la derogación de la norma sólo podrían ser satisfechas en el ámbito de la salud privada), y de la edad (porque ser joven predispone a la discriminación y marginación de manera más intensa y notoria que para el resto de la sociedad).

El juez José Osvaldo Casás expresó que del régimen de patria potestad vigente en nuestro país no se desprende que los hijos menores deban contar obligatoriamente con el consentimiento expreso e indubitable de los padres para informarse sobre temas vinculados con la salud reproductiva, ni para llegado el caso, y habiéndose cumplido con todos los recaudos establecidos en la ley, solicitar la asistencia pública para la prescripción de métodos anticonceptivos no abortivos. Si un o una joven menor de edad resuelve acudir a un establecimiento público de salud para asesorarse

sobre los distintos aspectos de la salud reproductiva, lo hace a partir de un maduro grado de discernimiento. De esta manera, se garantiza el disfrute del más alto nivel posible de salud y el Estado se compromete a que ningún niño, niña o adolescente sea privado de la satisfacción de los servicios sanitarios.

Por último, el juez Eduardo Russo sostuvo que el concepto de capacidad consagrado en el Código Civil ha sido superado por el que emana de la Convención sobre los Derechos del Niño en tanto el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes se encuentra determinado por la evolución de sus facultades. El niño ha dejado de ser un objeto de derecho, alcanzando la categoría de sujeto de derecho. De tal manera que el ejercicio de la patria potestad encuentra límites precisos en los derechos consagrados por la mencionada Convención.

V. Conclusiones

En torno al derecho a la salud sexual y procreación responsable arribamos a las siguientes conclusiones:

a) Reconstruye desde la normatividad, un orden simbólico distinto en donde la constitución subjetiva respecto de la sexualidad deja de estar delimitada en exclusividad por la procreación y se amplía al goce no reproductivo.

b) Permite vivir la sexualidad de manera plena y sin que cruentas patologías terminen con la vida de las mujeres y los niños, o bien les generen daños irreversibles a la salud.

c) Presenta como contenido estructural los siguientes elementos: información, prevención y planificación.

d) Se configura positivamente a través de los aportes que realizan enunciados normativos que contienen otros derechos, como así también por medio de enunciados normativos que se refieren específicamente a esta temática pero que están dirigidos a un determinado universal (por ejemplo, mujeres, niñas y niños).

e) Se ha desarrollado infraconstitucionalmente con la sanción de la ley 25.673 y el dictado del Decreto reglamentario 1282/2003.

f) Posibilita que los niños y las niñas tengan una actitud de subjetivación (en cuanto la elaboración del propio yo que lo ubica como un ser distinto de los padres) que constituye una clara y evidente muestra de madurez o discernimiento a partir del cual pueden ejercer plenamente este derecho con el objeto de evitar embarazos adolescentes, abortos clandestinos y patologías cruentas y mortales.

Por todo lo expuesto, podemos decir que es un excelente balance desde el plano normativo y psicoanalítico. Nuestro mayor anhelo es que rápidamente se refleje en todos los índices de una realidad que agobia, pero ante la cual nunca debemos claudicar.

Capítulo VIII

Derechos sociales

La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos

Christian Courtis

La década transcurrida desde la reforma constitucional de 1994 ha dado muestras de un sorprendente activismo judicial en materia de protección del derecho a la salud. La intención de este texto no es la de brindar un panorama completo de este fenómeno, sino la de explorar el papel que ha jugado en ese desarrollo jurisprudencial el empleo de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la Argentina. Para ello, privilegiaré el análisis del ya considerable cúmulo de decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto, aunque mencionaré también algunos precedentes de otros tribunales. Pretendo de este modo subrayar cuál ha sido el sentido de la cita de instrumentos internacionales en la materia, qué aspectos de la elaboración conceptual del derecho a la salud realizada en sede internacional han sido aprovechados por los tribunales locales, y cuáles han permanecido ausentes de la discusión judicial.

I. Los instrumentos internacionales y la incorporación del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional

Hasta la reforma de 1994, el texto de la Constitución federal argentina carecía de una referencia clara relativa al reconocimiento del derecho a la salud como derecho subjetivo de jerarquía constitucional. El artículo 14 nuevo, incorporado por la reforma de 1957, menciona apenas el mandato dirigido al Estado de otorgar “los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable”, y el establecimiento de un “seguro social obligatorio”. Sin embargo, amén de no mencionar expresamente la protección de la salud, la norma responde a una noción contributiva de la seguridad social, entendida centralmente a partir de la inserción laboral del trabajador en el mercado formal, y limitada en general a la cobertura de “eventos” o “infortunios” interruptivos de la capacidad laborativa –en especial, la vejez y la incapacitación por accidentes y

enfermedades¹. Frente a esta ausencia, sólo quedaba la poco fiable vía de postular la existencia de un derecho a la salud implícito en el artículo 33 de la Constitución. Como puede apreciarse, la base textual que ofrecía la Constitución estaba lejos de consagrar un derecho universal a la protección de la salud o a la asistencia sanitaria.

En las discusiones sobre la necesidad de introducir reformas a la Constitución llevadas a cabo por el Consejo para la Consolidación de la Democracia se formó un cierto consenso sobre la conveniencia de incluir un derecho a la protección de la salud en el texto constitucional. Sin embargo, aunque el dictamen final elaborado por ese organismo tuvo fuerte influencia sobre la propuesta acercada del para cerrar el denominado Pacto de Olivos, lo cierto es que en el texto final de ese acuerdo –incluido en la ley 24.309, de declarativa de la necesidad de reforma constitucional– la incorporación del derecho a la salud no figura ni en el llamado “Núcleo de Coincidencias Básicas”, ni entre los “temas habilitados para el debate por la Convención Constituyente”.

Llevada a cabo la reforma, la tutela de la salud como bien constitucionalmente protegido queda consolidada a partir de varias vías. Una primera mención puede encontrarse en el artículo 42 de la Constitución reformada, referido a la protección de los consumidores y usuarios. Allí se reconoce el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a la “protección de la salud y seguridad” en la relación de consumo. Como se ve, tampoco se trata de la consagración de un derecho universal a la salud –en ese sentido, la limitación de la protección de la salud a las relaciones de consumo constituye un reflejo actualizado de la limitación de la protección de la salud a la relación de trabajo–.

La consagración plena del derecho a la salud como un derecho de rai-gambre constitucional ha tenido lugar indirectamente, a través de la concesión de jerarquía constitucional a una serie de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75, inciso 22. Varios de estos instrumentos incorporan expresamente el derecho a la salud y mencionan su alcance, mandatos para el Estado, objetivos o metas de política pública en la materia y recaudos específicos referidos a grupos que requieren especial protección.

¹ Aunque también influida por un modelo centrado en las relaciones de trabajo, la Constitución de 1949 –derogada en 1956– era más explícita sobre la inclusión de la salud entre sus bienes tutelados. Así, el artículo 37.I.5, que consagraba los derechos del trabajador, se refería, bajo la rúbrica “Derecho a la preservación de la salud”, a la protección de la salud en el ámbito laboral; el artículo 37.I.6 hacía expresa la cobertura de eventos que significaran la disminución, suspensión o pérdida de la capacidad de trabajo en el régimen de la seguridad social; el artículo 37.III.5 mencionaba el “derecho al cuidado de la salud física” de los ancianos.

Así, el derecho es consagrado o mencionado expresamente en los artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 23 incisos 3 y 4, 24, 25, 26, 27, 32 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 10.h, 11.1.e y f, 11.2, 12, 14.b y c, y 16.e, de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y 5 e.iv, de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial².

II. La aplicación jurisprudencial de los instrumentos internacionales de derechos humanos para identificar el derecho a la salud y determinar su contenido

Veamos ahora cuál ha sido el empleo jurisprudencial de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos para identificar y asignar alcance al derecho a la salud como derecho constitucionalmente tutelado. Se trata, sin mayor duda, de uno de los casos de utilización más fértil de los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que han llevado a cabo los tribunales federales argentinos. En este campo, desde la promulgación de la reforma constitucional, los tribunales han reconocido –utilizando, ciertamente, argumentos diversos– la existencia de un derecho a la asistencia sanitaria y de obligaciones estatales que dimanen de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos. Un breve recorrido por algunos de los precedentes más significativos dará una idea del empleo que han hecho los jueces de estos tratados en materia de salud. Me limitaré aquí a mencionar las líneas más importantes de empleo de los instrumentos internacionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema, para analizar posteriormente con más detalle sus precedentes.

Entre los precedentes decididos por la Corte Suprema de Justicia –que en muchos casos remiten al dictamen del procurador general de la Nación– pueden encontrarse referencias a los tratados internacionales de jerarquía constitucional en los siguientes contextos:

– como normas que establecen un derecho subjetivo a la vida y a la atención sanitaria: así, la Corte ha citado los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para identificar los derechos a la

² Me limito aquí a los textos de jerarquía constitucional. Una enumeración completa de los textos de jerarquía supralegal incluiría, además, la consideración del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

vida y a la integridad personal como derechos constitucionalmente protegidos, y ha derivado de esos derechos un derecho a la protección de la salud. Simultáneamente, la Corte se ha referido al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para fundar la tutela del derecho a la salud. En otros casos, la Corte ha traído a colación los artículos 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño como fuente para la protección constitucional del derecho;

- como normas que establecen un derecho colectivo a la protección de la salud, y correlativas obligaciones positivas al Estado;

- como normas que imponen al Estado obligaciones positivas en materia de organización de servicios de salud, y que –correlativamente– le impiden desentenderse de ese mandato;

- como normas que facultan al Estado a imponer obligaciones positivas sobre obras sociales y empresas de medicina prepaga;

- como normas que obligan al Estado a imponer legislativamente una indemnización plena en materia de responsabilidad por accidentes y enfermedades laborales;

- adicionalmente, y aunque no se trate estrictamente de casos que envuelvan el derecho a la salud, la Corte ha mencionado normas de tratados internacionales para hacer valer la prohibición de discriminación por razones de salud en materia laboral. Para ello, ha citado la necesidad de interpretar la leyes federales a la luz de los principios antidiscriminatorios establecidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La identificación del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional constituye un primer paso para asegurar su tutela jurisdiccional –habilitando así, por ejemplo, el empleo de la acción de amparo, y la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación–. Sin embargo, para la adecuada tutela del derecho no basta con identificarlo como un derecho: es necesario una tarea hermenéutica capaz de determinar su *contenido*, es decir: su titularidad, el deudor de las obligaciones negativas y positivas impuestas por el derecho, el alcance de esas obligaciones y sus restricciones o limitaciones.

En otros trabajos hemos explorado el problema de la determinación de la conducta debida u obligación de los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Nuestra conclusión al respecto ha sido que no existe ninguna imposibilidad conceptual de definir el contenido de estos derechos: es necesaria, sin embargo, una tarea concreta de especificación normativa y dogmática, similar a la efectuada tradicionalmente con los derechos civiles y políticos, y con algunos derechos sociales tales como los derechos laborales y los relacionados con la seguridad social³ –tarea en gran medida pendiente en nuestro medio jurídico–. Aunque el trabajo de especificación del contenido del derecho a la salud –en especial, de su contenido esencial, o contenido mínimo esencial, es decir, del contenido

impuesto por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos a los poderes políticos y, por ende, obligatorio y no disponible para éstos—excede el objeto de este trabajo, sugeriré algunos apuntes para efectuar su delimitación⁴.

Ya he señalado que el derecho a la salud es referido parcialmente por artículos del texto constitucional, y más extensamente por declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional. Pues bien, los principios de interpretación comunes a los tratados internacionales sobre derechos humanos prescriben la interpretación integradora y *pro homine*, es decir, la interpretación más favorable a la persona humana⁵. Concretamente, en el caso de la Constitución argentina y de los tratados y declaraciones de jerarquía constitucional, esto supondría una operación interpretativa consistente en los siguientes pasos: a) la identificación del derecho de marras en el texto constitucional y en los distintos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional; b) la comparación de los diversos textos que consagran el derecho; y c) la integración interpretativa de los aspectos más favorables a la persona humana contenidos en esos diversos textos⁶.

Semejante ejercicio en materia de derecho a la salud impondría al intérprete considerar la extensión de ese derecho en los ya mencionados artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 23, incisos 3 y 4, 24, 25, 26, 27, 32 y 39 de la Convención sobre los Derechos del

³ Ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 122-126; ídem, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, en Abramovich, Víctor; Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, ps. 55-78. Específicamente sobre el derecho a la salud, ver Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, en “La Ley”, 2001-D-22. y *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, en “La Ley”, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 25 de junio de 2001, ps. 15-16.

⁴ Ariza Clerici, Rodolfo, *El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en www.juridice.com.ar/doctrina/salud.htm; González, Enrique, *El derecho a la salud*, en Abramovich, Añón y Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, cit., ps. 143-180.

⁵ Ver Pinto, Mónica, *El principio pro homine. Criterios hermenéuticos y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, ps. 163-171.

⁶ Puede encontrarse un excelente ejemplo de aplicación de estos pasos hermenéuticos en Parra Vera, Oscar, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003.

Niño, 10.h, 11.1.e y f, 11.2, 12, 14.b y c, y 16.e de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 5.e.iv, de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y 14 *bis* y 42 de la Constitución nacional. Considerada la extensión de estos textos, el intérprete debería integrar los aspectos más favorables a la persona humana, teniendo además en consideración las especificaciones realizadas por los instrumentos internacionales y por la Constitución en función de la situación de la persona –por ejemplo, del hecho de participar de relaciones de trabajo o de consumo– o de sus circunstancias subjetivas –por ejemplo, el ser mujer, niño o niña, pertenecer a un grupo racial o étnico, etcétera– o de una combinación de ambas –ser mujer y habitar en poblaciones rurales, ser niño o niña con discapacidad–.

La interpretación de los textos de instrumentos internacionales requiere un ejercicio suplementario, que es la verificación de la existencia, en sede internacional, de interpretaciones generales o particulares del alcance del derecho, provenientes de órganos de supervisión o aplicación de los instrumentos mencionados –como la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité sobre los Derechos del Niño, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁷. En materia de derecho a la salud, resulta imprescindible la consulta de la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸, las Observaciones Generales 3 y 4 del Comité sobre los Derechos del Niño⁹, y los Comentarios Generales 15 y 24 del Comité para la

⁷ Esto, de acuerdo a la propia doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Giroldi” y “Bramajo”. Ver, al respecto, Abregú, Martín, *Introducción*, y Moncayo, Guillermo, *Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino*, en Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., ps. 19-20 y 98-100, respectivamente. Sobre el carácter de fuente de las observaciones generales de los Comités, ver Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., ps. 65-78; ídem, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, en Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., ps. 317-327. Veremos a continuación cuán extenso ha sido el alcance de la aplicación de esta doctrina referido al derecho a la salud.

⁸ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (2000).

⁹ Ver Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 3, “El VIH/SIDA y los derechos del niño” (2003); Observación General 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño” (2003).

Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁰. Aunque los casos individuales relativos a la materia en sede internacionales son aún escasos, la Comisión Interamericana ha producido algunos avances interesantes en materia de medidas cautelares relacionadas con la provisión de medicamentos¹¹.

Por último, también resulta relevante la determinación del alcance de las obligaciones generales establecidas por los instrumentos internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, obviamente aplicables en materia de derecho a la salud. El establecimiento de criterios y estándares propios de interpretación referidos a los derechos sociales se ha desarrollado particularmente en sede internacional en los últimos quince años, y se ha plasmado en Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹², y en dos instrumentos interpretativos –instrumentos internacionales que corresponden al denominado *soft law*–, los Principios de Limburgo sobre Obligaciones en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los Principios de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³. Sin ánimo de exhaustividad, entre las obligaciones generales en materia de derechos económicos, sociales y culturales aplicables en parti-

¹⁰ Ver Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Comentario General 15, “Eliminación de la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales para la prevención y control del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)” (1990); y Comentario General 24, “Artículo 12 de la Convención: Mujer y salud” (1999).

¹¹ Para un recuento de estos casos, ver Álvarez, Ignacio J., *Suministro de medicamentos para personas con VIH/SIDA mediante medidas cautelares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en Courtis, Christian; Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Nuevos desafíos en la protección internacional de derechos humanos*, Porrúa/ITAM, México, 2005.

¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, “La índole de las obligaciones de los Estados parte, párrafo 1 del art. 2 del Pacto” (1990), y Observación General 9, “La aplicación interna del Pacto” (1998).

¹³ Los Principios de Limburgo fueron elaborados por un grupo de expertos reunidos en Maastricht, entre el 2 y el 6 de junio de 1986, y emitidos como un documento oficial de Naciones Unidas. Ver UN Document E/CN.4/1987/17. Los Principios de Maastricht fueron adoptados por un grupo de expertos en una reunión efectuada en Maastricht entre el 22 y el 26 de enero de 1997 y, pese a no haber sido adoptados formalmente por un órgano de Naciones Unidas, han sido empleados con frecuencia por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para evaluar los informes estatales y para desarrollar las distintas observaciones generales al PIDESC. Ver, por ejemplo, Dankwa, Victor; Flinterman, Cees y Leckie, Scott, *Commentary on the Maastricht Guidelines on the Violation of Economic, Social and Cultural Rights*, en *Human Rights Quarterly*, 20 (1998), ps. 705-731.

cular al derecho a la salud se encuentran la prohibición de discriminación, la obligación de adoptar medidas inmediatas para hacer plenamente efectivo el derecho –que comprende las obligaciones de formulación de un plan y de provisión de recursos, incluidos los recursos judiciales–, la obligación de garantizar el nivel o contenido mínimo o esencial de los derechos, y la obligación de progresividad –que implica la prohibición de regresividad, o prohibición de retroceso social–¹⁴.

Pasemos entonces a analizar aspectos relativos a la determinación del contenido del derecho o bien –como veremos– de las obligaciones estatales que imponen las normas internacionales en materia de salud a partir de la experiencia jurisprudencial argentina. En vista de la limitación de las decisiones judiciales a las particularidades de la situación fáctica sobre la que deben resolver, el relevamiento puede apenas inferir algunas líneas que permiten articular tendencias en la materia. Las conclusiones al respecto son, por ende, especulativas, dado el limitado número de casos que ha llegado a la Corte Suprema, y la ausencia de algún *leading case* que haya motivado una reflexión general del Tribunal sobre el contenido del derecho. De todas maneras, el cúmulo actual de casos constituye una novedad si lo comparamos, por ejemplo, con las decisiones relativas al derecho a la salud previas a la reforma constitucional de 1994.

En todo caso, son necesarias algunas aclaraciones previas para poner en adecuado contexto las decisiones de la Corte Suprema. La vía procesal y el tipo de agravio planteado –o más bien, el tipo de agravio que la Corte decide considerar– han sido poco propicios para la consideración del contenido del derecho a la salud a la luz de su inclusión en tratados internacionales. En la gran mayoría de los casos resueltos, aunque afirme que el derecho a la salud está consagrado en instrumentos internacionales de derechos humanos y goza de jerarquía constitucional, el Tribunal abre su jurisdicción por cuestionarse el alcance de una ley de contenido federal –de modo que la cuestión examinada se limita a una cuestión de interpretación legal, y no estrictamente de interpretación constitucional–. Lo mismo sucede en casos en los que el Tribunal decide abrir el recurso extraordinario ante un planteo de arbitrariedad. Adicionalmente, en un considerable número de casos en los que se demandan medidas cautelares, la Corte se ha considerado competente en forma originaria, por tratarse de demandas contra la Nación y contra una provincia, y ha concedido liminarmente las medidas peticionadas. Esto ha sucedido aun en casos en los

¹⁴ Para un análisis más extenso, ver Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., ps. 92-116; y *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., ps. 334-350; Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003, ps. 323-332.

que el Tribunal se declara incompetente. En estos casos tampoco hay un planteo ceñido estrictamente al contenido constitucional del derecho a la salud.

Uno podría señalar, sin embargo, que la interpretación que la Corte efectúe de la ley federal, de las normas de derecho común o local en los casos de arbitrariedad o de la normativa invocada en los casos de jurisdicción originaria, será una interpretación conforme a la Constitución y a los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional y, por ende, echará alguna luz sobre el contenido constitucional del derecho en juego. En todo caso, la limitación es importante.

Dada esta limitación, en la mayoría de los casos tratados por la Corte Suprema –con alguna excepción importante– la cuestión tratada involucra el incumplimiento por parte de la administración de una disposición fijada en la ley. Pocos son los casos en los que se cuestione la vulneración por parte del Poder Legislativo del contenido esencial del derecho, o el incumplimiento de mandatos, prohibiciones o principios constitucionales en la formulación de ley. Hará falta la acumulación de un mayor número de precedentes para evaluar cuánta deferencia concede la Corte Suprema al Congreso en la reglamentación del derecho a la salud, o bien, inversamente, cuán estricta es en la revisión del cumplimiento de estándares internacionales en la materia –a falta de estándares específicos que puedan extraerse del texto constitucional propiamente dicho–.

II. 1. Obligaciones del Estado en materia de derecho a la salud

Los precedentes donde la Corte¹⁵ aborda más enfáticamente el tenor de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de derecho a la salud son los casos “Campodónico de Beviacqua”¹⁶ y

¹⁵ Además de los casos que dieron origen a los precedentes tratados por la Corte Suprema, varios fallos importantes de segunda instancia federal y aun de tribunales provinciales han reflejado la tendencia de invocar instrumentos internacionales de derechos humanos para tutelar el derecho a la salud. Ver, por ejemplo, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, “C. y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires”, 2 de septiembre de 1997; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “Viceconte, Mariela c/Estado nacional –Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986”, 2 de junio de 1998; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, “Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo”, 19 de mayo de 1997; Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala II, “González, Amanda Esther c/Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán y otro s/amparo”, 15 de julio de 2002. Pueden consultarse otros casos en la contribución de Lorenzetti, Ricardo *Derechos humanos y derecho privado*, en este mismo volumen.

¹⁶ “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, 24 de octubre de 2000.

“Monteserin”¹⁷. Algunas de las reflexiones de la Corte tenían como antecedente el dictamen del procurador general de la Nación en el caso “Asociación Benghalensis”, al que se remite el voto de la mayoría de la Corte, y cuya orientación también recogen algunos votos particulares.

En el caso “Asociación Benghalensis”¹⁸, una acción de amparo colectivo llevada a cabo por una serie de organizaciones no gubernamentales para obligar al Estado a cumplir con la provisión de medicamentos destinados a tratar el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida mandada por la ley 23.798, el Estado interpone recurso extraordinario contra la sentencia de segunda instancia que hace lugar a la demanda. La Corte confirma la decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, rechazando los argumentos del Estado.

En su dictamen, el procurador general de la Nación afirma que “el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN), entre ellos, el art. 12, inc. c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos [*sic*] –Pacto de San José de Costa Rica– e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva”. En consecuencia, “el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”¹⁹. Sobre esta base, el procurador afirma, para el caso concreto, que “dichos principios llevan a concluir que el Estado tiene la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad”²⁰.

La sentencia cuenta con dos votos concurrentes que agregan algún énfasis y mayor detalle al dictamen del procurador. El voto concurrente de los jueces Moliné O'Connor y Boggiano afirma categóricamente que “a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se

¹⁷ “Recurso de hecho deducido por el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad en la causa Monteserin, Marcelino c/Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad”, 16 de octubre de 2001.

¹⁸ Cfr. “Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16.688”, dictamen del procurador general de la Nación del 22 de febrero de 1999, decisión de la Corte del 1 de junio de 2000.

¹⁹ “Asociación Benghalensis”, cit., dictamen del procurador, cons. X.

²⁰ “Asociación Benghalensis”, cit., dictamen del procurador, cons. X.

encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22”, enumerando y refiriendo el contenido del artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (derecho a que la salud de toda persona sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad), el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios), y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (señalando que, entre las medidas que los Estados Parte deben adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, figuran “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, la lucha contra ellas, y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”)²¹. En el mismo sentido, sostiene que “la protección del derecho a la salud (...) es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria”²².

Por su parte, el voto concurrente del juez Vázquez afirma que “el derecho a la salud [es] contemplado en nuestra Carta Magna en virtud de la incorporación de los tratados internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22”, repitiendo la enumeración y alusiones al contenido de las normas de los tratados hecha por los jueces Moliné O’Connor y Boggiano. Vázquez agrega que el virus VIH afecta también la calidad de vida de la población infectada, “dado que la falta de respeto del derecho a la salud (equilibrio físico, psíquico y emocional) acarrea inexorablemente esta consecuencia”²³.

Por último, el dictamen de procurador general y los votos concurrentes esbozan –aunque argumentado sobre fundamentos legales y no constitucionales o internacionales– el criterio que se concretará más claramente en decisiones posteriores en materia de competencia del Estado federal en relación con las obligaciones emanadas del derecho a la salud: independientemente de la repartición de competencias que haga la ley entre los niveles federal y local, es responsabilidad del Estado federal, en

²¹ Cfr. “Asociación Benghalensis”, cit., voto concurrente de los jueces Boggiano y Moliné O’Connor, cons. 10.

²² Id., cons. 11.

²³ Cfr. “Asociación Benghalensis”, cit., voto concurrente de los jueces Vázquez, cons. 7.

su carácter de autoridad de aplicación que diseña el plan de distribución de medicamentos, velar por su correcto cumplimiento, asegurando la continuidad y regularidad del tratamiento²⁴.

El mismo día en que decidió “Asociación Benghalensis”, la Corte resolvió el caso “A., C. B.”²⁵, con idéntica remisión al dictamen del procurador general. A diferencia de “Asociación Benghalensis”, sin embargo, “A., C. B.” es un amparo individual, en el que la peticionaria reclama la entrega de un medicamento para su propio tratamiento relativo a la infección del virus VIH. El amparo fue acogido en primera y segunda instancia, y el Estado interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de Cámara. El procurador rechaza los argumentos del Estado, remitiéndose a lo dicho en su dictamen de “Asociación Benghalensis”²⁶.

En “Campodónico de Beviacqua”, en el que la Corte confirma la decisión de Cámara de obligar al Estado a continuar el suministro de una medicación costosa a un niño, el Tribunal dedica varios párrafos a las obligaciones internacionales del Estado en materia de salud. Centralmente, y en relación con los hechos del caso, la Corte afirma aquí:

– que el derecho a la preservación de la salud –comprendido en el derecho a la vida– tiene rango constitucional, “a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional”²⁷;

– que “la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaqa”²⁸;

– que los pactos internacionales protegen específicamente la vida y la salud de los niños²⁹;

²⁴ Cfr. “Asociación Benghalensis”, cit., dictamen del procurador, cons. XI; voto de los jueces Moliné O’Connor y Boggiano, cons. 16 y 17; voto del juez Vázquez, cons. 15, 16, 17 y 18. En el considerando 20, el juez Vázquez afirma que el caso obligó a la Corte a esclarecer “la normativa en juego y determinar el papel del Estado Nacional para el logro de fines tales como el afianzamiento de la salubridad en consonancia con los más altos principios fijados en la Carta Magna y los tratados internacionales”, aunque en la resolución concreta de la cuestión de competencia no haya mayor mención a las exigencias de los tratados internacionales.

²⁵ “A., C. B. c/Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986”, dictamen del procurador general de la Nación del 19 de marzo de 1999; decisión de la Corte del 1 de junio de 2000

²⁶ “A., C. B.”, cit., dictamen del procurador, Consid. VIII.

²⁷ Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 16.

²⁸ Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 16.

²⁹ Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 17.

protección jurisdiccional del derecho a la salud

– que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los Estados Parte de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad”³⁰;

– que “los Estados Parte se han obligado “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado”³¹;

– que, para los Estados de estructura federal, del tratado se deriva que, sin perjuicio de las obligaciones establecidas para las entidades que formen la federación, “el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto”³²;

– que también la Convención Americana sobre Derechos Humanos “impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar ‘de inmediato’ las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, para que las autoridades competentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado”³³;

– que “la Convención sobre los Derechos del Niño incluye, además, la obligación de los Estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento”³⁴;

– que aunque la ley coloque responsabilidades específicas en cabeza de las obras sociales, “frente al énfasis puesto en los tratados internacionales

³⁰ Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 18, con referencia explícita al art. 12 del PIDESC.

³¹ Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 19, con referencia explícita al art. 2.1 del PIDESC.

³² Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 19, con referencia explícita a la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus Observaciones Finales al Informe estatal suizo de 20 y 23 de noviembre de 1998.

³³ Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 20, con referencia explícita al art. 28, incs. 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁴ Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 20, con referencia explícita a los arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

para preservar la vida de los niños, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial, conclusión que lleva en el *sub examine* a dar preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor y revaloriza la labor que debe desarrollar con tal finalidad la autoridad de aplicación”³⁵.

La Corte sintetiza su doctrina del siguiente modo:

“... el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes, so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales”³⁶.

Como puede verse, amén de identificar la fuente del derecho a la salud del niño en tratados internacionales, la Corte extrae y hace aplicables contenidos normativos de las distintas cláusulas citadas. Aunque los párrafos precedentes no están dirigidos propiamente a definir el contenido del derecho subjetivo a la protección de la salud, la Corte sin embargo delinea a partir de las normas internacionales citadas algunas obligaciones que pesan sobre el Estado en la materia. La primera a destacar es el mandato de llevar a cabo acciones positivas para garantizar el derecho, que incluye el acceso a servicios de salud. La segunda es la responsabilidad última del Estado como garante del cumplimiento de las obligaciones en materia de salud, sin perjuicio de la estructura federal o de la participación en el diseño del sistema de salud de actores privados o de otro tipo de entidades. La tercera, mencionada pero no desarrollada por la Corte, es la obligación de comprometer el máximo de los recursos disponibles para lograr la plena efectividad del derecho a la salud.

Adicionalmente, la Corte establece la existencia de algunas obligaciones específicas referidas al derecho a la salud de los niños y, en especial, de los niños con discapacidad –al menos, la garantía de acceso a los servicios sanitarios, a servicios de rehabilitación y al sistema de seguridad social, modulados por la consideración de la situación de los responsables de su mantenimiento–.

³⁵ Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 33.

³⁶ Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 21, con referencia explícita al art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Establecido el marco constitucional provisto por los tratados internacionales, la Corte continúa su análisis a partir de la consideración de que el marco legal aplicable constituye la especificación legislativa de estas exigencias constitucionales.

Las circunstancias fácticas de “Monteserin” son similares a las de “Campodónico de Beviacqua”: el padre de un niño con discapacidad promovió acción de amparo contra el Estado nacional, a efectos de afiliarlo a una obra social y obtener así los beneficios sanitarios y de rehabilitación establecidos por la ley. El amparo fue acogido en primera y segunda instancia, y el Estado interpuso recurso extraordinario contra la sentencia que lo condenaba. La Corte rechaza los argumentos de la representación estatal y confirma la sentencia de segunda instancia.

En lo que aquí interesa, el procurador general de la Nación resume las conclusiones que hizo suyas la Corte en “Campodónico de Beviacqua”:

– “... que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales de jerarquía constitucional (...), se ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud (...) y se ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales”³⁷;

– “... que el Estado nacional asumió compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales”³⁸.

En la misma línea de ideas, la Corte reafirma lo sostenido en “Campodónico de Beviacqua”. Reconoce la vigencia del derecho a la preservación de la salud a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, y “la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar esos derechos con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”³⁹.

³⁷ Cfr. “Monteserin”, cit., dictamen del procurador general de la Nación del 30 de marzo de 2001, consid. VII.

³⁸ Cfr. “Monteserin”, cit., dictamen del procurador general de la Nación del 30 de marzo de 2001, consid. VII.

³⁹ Cfr. “Monteserin”, cit., cons. 11

Seguidamente, la Corte efectúa un resumen de lo decidido en “Campodónico de Beviacqua”, recalcando la asunción de “compromisos explícitos tomados por el gobierno ante la comunidad internacional encaminados a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, en especial los que presenten impedimentos físicos o mentales; a esforzarse para que no sean privados de esos servicios y a procurar una cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social”, mencionando expresamente los artículos 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁰.

Por último, la Corte señala que “el Estado nacional no puede desentenderse de aquellas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades –públicas o privadas– pues es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten, habida cuenta de la función rectora que también le atribuye la legislación nacional en ese campo y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario en el país, en miras de lograr la plena realización del derecho a la salud”⁴¹.

Como se ve, se trata de una formulación que consolida las doctrina de “Asociación Benghalensis” y de “Campodónico de Beviacqua”, junto con la de casos anteriores referidos a las obligaciones en materia de salud de obras privadas y empresas de medicina prepaga, que analizaré a continuación. Así, a la fórmula de “Asociación Benghalensis” y “Campodónico de Beviacqua”, referida a las obligaciones del Estado federal sin perjuicio de las de otras jurisdicciones, se agrega la mención a las responsabilidades de obras sociales y de empresas de medicina prepaga en orden a la satisfacción del derecho a la salud. Analizaré esta cuestión en el próximo acápite.

Otro precedente relevante resuelto por la Corte Suprema en materia de obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud es, como “Asociación Benghalensis”, un caso de amparo colectivo iniciado ante la justicia federal por una organización no gubernamental –cuyo objeto es la lucha contra la esclerosis múltiple–. Se trata del caso “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”⁴², en el que la organización actora impugnó judicialmente una resolución del Ministerio de Salud que modificaba el Programa Médico Obligatorio aplicable a las entidades participantes en el

⁴⁰ Cfr. “Monteserin”, cit., cons. 12.

⁴¹ Cfr. “Monteserin”, cit., cons. 13.

⁴² “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud - Estado Nacional s/acción de amparo - medida cautelar”, dictamen del procurador general de la Nación del 4 de agosto de 2003, decisión de la Corte del 18 de diciembre de 2003.

sistema del seguro de salud, reduciendo la cobertura correspondiente a esa enfermedad de baja incidencia y tratamientos de alto costo. La Cámara Federal de Apelaciones de Salta había hecho lugar al amparo, declarando la nulidad de la resolución cuestionada. La representación estatal interpuso entonces recurso extraordinario ante el Máximo Tribunal.

En lo que importa para la cuestión que estoy tratando⁴³, la Corte confirma la sentencia de segunda instancia, adhiriendo a los fundamentos del dictamen del procurador general de la Nación. En relación con la invocación de normas internacionales de derechos humanos, el procurador reitera que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en tratados internacionales con rango constitucional, citando el artículo 12, inciso c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 6 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y recalcando que el derecho es extensivo no sólo a la salud individual sino también a la colectiva⁴⁴. Sobre la base de estas y otras consideraciones de índole constitucional, se inclina por la procedencia de la vía del amparo para impugnar la resolución bajo escrutinio judicial –citando a la Corte, subraya la “imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud”–⁴⁵.

Más interesante es el alcance que el procurador asigna al derecho a la salud –que afirma “está resguardado no sólo por normas nacionales sino también de protección internacional⁴⁶ que tienden a una actitud de apoyo progresivo en el tratamiento de estas manifestaciones del aparato neurológico”– para rechazar los argumentos del Estado⁴⁷. El argumento central del procurador parece ser el carácter contradictorio de las razones argüidas por el Estado en sustento de la resolución ministerial impugna-

⁴³ El caso involucra también algunos planteos procesales, como la legitimación del defensor del pueblo de la Nación y la adhesión de asociaciones de esclerosis múltiple de otras provincias.

⁴⁴ “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, cit., dictamen del procurador, cons. VII.

⁴⁵ “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, cit., dictamen del procurador, cons. VII.

⁴⁶ Lamentablemente, el Procurador no cita norma ni estándar alguno para ilustrar sus dichos. Al respecto, el art. 2.1 del PIDESC, y las Observaciones Generales 5 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hubieran podido aportarle alguna ayuda.

⁴⁷ “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, cit., dictamen del procurador, consid. VIII.

da: en efecto, la norma excluye la cobertura del tratamiento para personas que sufran de esclerosis múltiple pero no hayan padecido de brotes o exacerbaciones en los últimos dos años, pero la mantiene para los tratamientos en curso, bajo la excusa de protección del derecho a la salud al no autorizarse tratamientos innecesarios. Adicionalmente, el procurador afirma que la norma establece una desigualdad de trato injustificada entre enfermos de la misma clase.

II. 2. Las obligaciones de sujetos no estatales participantes del sistema sanitario

Veamos, pues, el juego de los casos referidos al alcance de las obligaciones de sujetos no estatales participantes del sistema sanitario en materia de derecho a la salud.

Un primer caso relevante, anterior a la doctrina de “Asociación Benghalensis”, “Campodónico de Beviacqua” y “Monteserin”, estableció límites a la posibilidad de que el Estado imponga obligaciones positivas a los particulares que forman parte del sistema de salud. En la causa “Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”⁴⁸, la Corte respaldó el reclamo de un hospital privado que impugnaba una decisión del secretario de salud de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que se negaba a aceptar el traslado de una niña internada en terapia intensiva en el establecimiento privado a un hospital público, bajo el argumento de que la paciente contaba con cobertura privada. La sentencia de segunda instancia acogió el pedido del establecimiento privado, y la representación del gobierno municipal interpuso recurso extraordinario por considerar que la sentencia era arbitraria. Como puede notarse, se trata de un caso complejo, en el que entran en juego varios intereses: el interés de la niña y de sus padres de mantener la internación en el hospital privado, el interés del establecimiento privado de poner fin a la internación, y el interés del Estado de resistir el traslado. El alcance de la prestación debida por el establecimiento privado a la paciente era a su vez objeto de litigio.

La Corte confirmó la sentencia de segunda instancia y rechazó los argumentos del gobierno municipal, señalando que la representación estatal no invocó norma alguna que impusiera a los servicios de medicina prepaga mantener a pacientes en terapia intensiva por un período superior al establecido en el contrato de adhesión que liga a paciente y prestadora privada. En lo que hace al tema que aquí interesa, la Corte –amén de

⁴⁸ “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa *Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S. A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”, 11 de junio de 1998.

citar normas de la Constitución local– funda su decisión en el artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señalando que “impone a los Estados Parte la obligación de reconocer a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social y de adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de ese derecho”⁴⁹. Sobre esa base, la Corte considera que corresponde al Estado asumir la internación y tratamiento de la paciente, como garante del derecho a la salud.

Como puede apreciarse, el sentido del fallo es equívoco. La mención del derecho a la salud y a la seguridad social de la niña internada –cuyo interés no es considerado directamente por la Corte– se utilizan para descargar de responsabilidad a la prestadora privada y para hacer recaer la responsabilidad de la internación en el Estado. Es dudoso que semejante razonamiento haya tenido en consideración el derecho a la salud de la paciente: la interrupción de la internación y su traslado a un establecimiento público no indican una gran preocupación por la salud de la niña. Parece, más bien, que la Corte ha favorecido el interés comercial de la prestadora privada, dirimiendo indirectamente el conflicto de intereses entre paciente y empresa de medicina a favor de esta última y haciendo finalmente responsable al Estado de la internación y tratamiento. En todo caso, cabe señalar que –en sentido similar al de los precedentes ya comentados– la decisión de la Corte impone sobre el Estado obligaciones positivas a efectos de cumplir sus obligaciones relativas al derecho a la salud –no es clara, sin embargo, la justicia de la solución, en la medida en que para ello minimizó las obligaciones del prestador privado–. Como veremos, esta tendencia fue modificada en decisiones posteriores.

Un último argumento –de orden constitucional local– empleado por la Corte se refiere a la posibilidad de que, en caso de determinarse en otro juicio que la prestación era debida por el establecimiento privado, el Estado repita contra aquel los costos de la internación y tratamiento⁵⁰. El argumento, sin embargo, podría revertirse: si en interés de la salud de la paciente hubiera correspondido el mantenimiento de la internación en el hospital privado, y finalmente se hubiese determinado judicialmente que la prolongación de la internación no resultaba cubierta por el plan médico de la paciente, al establecimiento privado le cabía la posibilidad de repetir los costos de la internación al Estado –dado que, según la propia Corte, se trata del garante último del sistema sanitario–. Con esta solución se resguardaban de mejor modo el interés de la paciente, el interés comercial del establecimiento privado, y la responsabilidad última del Estado.

⁴⁹ “Policlínica Privada”, cit., cons. 8.

⁵⁰ Cfr. “Policlínica Privada”, cit., cons. 9, con cita del art. 20 *in fine* de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Como he dicho, en decisiones posteriores la Corte ha variado su orientación y ha sido más enérgica en la imposición de obligaciones en materia de prestaciones de salud a prestadoras privadas. En relación con el tema, se perfilan centralmente dos tipos de casos: aquellos en los que la Corte decide dar cobertura constitucional a la imposición legal de obligaciones de prestación a sujetos privados –como obras sociales y empresas de medicina prepaga– y aquellas en las que respalda la demanda de un individuo contra una obra social o una empresa de medicina prepaga referida a su inclusión en un plan médico o a la cobertura de cierto tratamiento.

Un ejemplo notable de la primera orientación es la decisión adoptada en el caso “Hospital Británico”⁵¹. En la especie, un hospital privado impugnó la constitucionalidad de la norma que extendió a las empresas de servicios de medicina prepaga la cobertura de las prestaciones obligatorias dispuesta para las obras sociales en la ley 24.455 respecto de los riesgos derivados de la drogadicción y del contagio del VIH (ley 24.754). Se trata de una ley que impone obligatoriamente tratamientos a las empresas de medicina prepaga. La actora alegó violaciones al principio de igualdad, al derecho de propiedad, a la libertad contractual y al principio de razonabilidad.

La sentencia de segunda instancia acogió los argumentos de la empresa y declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Ante esa situación, la representación del gobierno interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la queja examinada por la Corte.

La mayoría de la Corte afirmó que la sentencia de segunda instancia era arbitraria, ya que la impugnante no demostró concretamente el gravamen que la ley le causaría. En consecuencia, revirtió la sentencia y declaró la constitucionalidad de la ley impugnada. En lo que aquí importa, se remitió a los fundamentos del procurador general de la Nación, cuyo dictamen sostuvo:

“... debe señalarse que, superada la etapa de considerar implícitos como garantías constitucionales los derechos a la vida y a la salud, el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna –que confirió jerarquía constitucional a numerosos documentos internacionales en materia de derechos humanos– vino a introducir de manera explícita –vía, por ejemplo, el art. 12, punto 2, ítem c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (v. ley 23.313)– la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para la “prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas...” (confr., además, los arts. 25, párrafo 1, de

⁵¹ “Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo”, dictamen del procurador general de la Nación del 29 de febrero de 2000, decisión de la Corte del 13 de marzo de 2001.

protección jurisdiccional del derecho a la salud

la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”; IX de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y 10° del “Protocolo de San Salvador”, en especial, su ap. 2, ítems b, c y d⁵²; entre otras disposiciones del derecho internacional en la materia)⁵³.

El procurador considera, entre otros argumentos, que la imposición de deberes a las empresas de medicina privada en materia de cobertura de tratamientos contra el SIDA se justifica como medida adoptada por el Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales en la materia. Es decir, a efectos de cumplir con sus obligaciones positivas en el tema, el Estado puede regular la actividad de las empresas privadas dedicadas a prestar servicios de salud, imponiéndoles cargas específicas de cobertura. De acuerdo con el procurador, este es el marco en el que hay que interpretar las leyes 24.455 y 24.754. En este sentido, el dictamen afirma que

“Las precedentes disposiciones [es decir, las leyes 24.455 y 24.754], así como otras en materia de salud y asistencia sanitaria, entiendo que vienen a constituirse en la expresión legislativa de la asunción por el Estado nacional de aquellos compromisos, respecto de materias que por su proximidad con los derechos a la vida y a la dignidad personal deben entenderse entre las señeras del ordenamiento, como, por otra parte –insisto– lo dejaron establecido, por medio del art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, los constituyentes en ocasión de la última reforma”⁵⁴.

Amén de este argumento, el procurador opina que las mencionadas leyes pueden ser entendidas como un ejercicio concreto de la facultad del Congreso de establecer medidas de acción positiva para el logro de la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos para las personas con discapacidad, establecidas en el art. 75, inc. 23, de la Constitución nacional –con este argumento se produce una nueva conexión entre el derecho a la salud, reconocido por tratados internacionales, y las medidas adoptadas por el Congreso para garantizarlo–⁵⁵.

⁵² El procurador general peca aquí de un cierto apresuramiento: su dictamen es del 29 de febrero de 2000 y Argentina recién depositó el instrumento de ratificación del Protocolo de San Salvador el 23 octubre de 2003 –es decir, no era parte aún del tratado–.

⁵³ Cfr. “Hospital Británico”, cit, dictamen del procurador, consid. IV.

⁵⁴ Cfr. “Hospital Británico”, cit, dictamen del procurador, consid. IV.

⁵⁵ El procurador hubiera podido extender el argumento, señalando las obligaciones concretas relacionadas con la adopción de acción destinadas a garantizar el derecho a la

La mayoría de la Corte y varios de sus miembros en votos particulares adhieren a la opinión del procurador general. Sin embargo, el juez Vázquez se extiende aquí en mayores consideraciones, algunas de las cuales tienen relevancia para el tema que tratamos. Así, Vázquez dedica algunos párrafos a discutir el argumento de la empresa, de acuerdo con el cual el Estado nacional es el responsable exclusivo del debido resguardo del derecho a la salud de los habitantes de la Nación.

Vázquez recuerda nuevamente que “con motivo de la última reforma constitucional, el Estado nacional asumió numerosos compromisos en materia de derechos humanos al incorporar un importante grupo de tratados que enumeró en el art. 75, inc. 22”, mencionando las cláusulas respectivas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y transcribiendo los incisos c y d del art. 12 de este tratado (“entre las medidas que los Estados Parte deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental deberían figurar “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” –inc. c–, y “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”)⁵⁶.

A continuación, Vázquez efectúa una disquisición bastante dudosa:

“Sentado lo anterior, corresponde diferenciar el interés simple del interés legítimo y el derecho subjetivo. Repárese, que para ejercer el derecho subjetivo a la salud es necesario realizar una actividad conducente a fin de completar y coadyuvar a que el Estado brinde las posibilidades reseñadas en las cláusulas expuestas”⁵⁷.

salud a las personas con discapacidad y las personas infectadas por el virus VIH. Cfr., por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 5, “Personas con discapacidad”, párr. 34 y Observación General 14, “El derecho a la salud”, párr. 26; Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 3, “El VIH/SIDA y los derechos del niño”, párrs. 17, 18, 25 y 36; Observación General 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, párrs. 25, 26, 31, 35 y 38; y Observación General 5, “Medidas generales de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, párrs. 43 y 44; Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Comentario General 15, “Eliminación de la discriminación contra la mujer de las estrategias nacionales para la prevención y control del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)”, puntos b y d; Comentario General 18, “Mujeres con discapacidad”, y Comentario General 24, “Mujer y salud”, párrs. 17, 18, 25 y 31.b.

⁵⁶ Cfr. “Hospital Británico”, cit., voto del juez Vázquez, cons. 9.

⁵⁷ Cfr. “Hospital Británico”, cit., voto del juez Vázquez, cons. 9.

Esta distinción no se desprende de ninguno de los tratados mencionados, y es contradictoria con la línea de argumentación sostenida en los casos que he analizado, en los cuales el derecho subjetivo a la protección de la salud –con todas las calificaciones que pudieran imponerse por vía reglamentaria– es un derecho de raigambre constitucional que surge no de “realizar una actividad conducente a fin de coadyuvar” al Estado, sino de la sola condición de ser humano sujeto a la jurisdicción del Estado.

Vázquez concluye con una observación que, sin embargo, no se deriva en absoluto de lo dicho antes:

“En la situación planteada en esta causa, se pone en evidencia que la iniciativa personal del particular que se abona a un sistema de medicina prepaga o afilia a una obra social le otorga tal derecho, correspondiéndole al Estado no satisfacer la prestación en forma directa sino vigilar y controlar que las prestatarias cumplan su obligación”⁵⁸.

Uno puede coincidir con la conclusión –que el Estado, como garante del derecho a la salud, debe controlar la debida prestación del servicio médico en los casos en los que el prestatario sea privado– sin necesidad de aceptar que el derecho a la salud sólo deviene derecho subjetivo cuando uno “realiza una actividad conducente para coadyuvar al Estado”, que no es más que un eufemismo para decir “cuando uno paga el servicio”. Sin embargo, cuando –de acuerdo con su capacidad contributiva– uno hace aportes a la obra social o se abona a un servicio de medicina prepaga, el Estado, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, tiene facultades para regular y supervisar el servicio prestado, asegurándose, por ejemplo, de que las condiciones de contratación y prestación sean equitativas y no discriminatorias.

Vázquez reitera a renglón seguido la doctrina del Tribunal en fallos anteriores (“este Tribunal reafirmó en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y destacó la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”⁵⁹). Finalmente, justifica el dictado de las leyes 23.798, 24.455 y 24.754 a la luz de la “necesidad de hacer efectivos los derechos contenidos en los aludidos pactos internacionales (concernientes principalmente a la vida, la salud y la dignidad personal)”⁶⁰.

⁵⁸ Cfr. “Hospital Británico”, cit., voto del juez Vázquez, cons. 9.

⁵⁹ Cfr. “Hospital Británico”, cit., voto del juez Vázquez, cons. 10.

⁶⁰ Cfr. “Hospital Británico”, cit., voto del juez Vázquez, cons. 11.

La Corte ha decidido varios casos que representan la segunda vertiente mencionada –casos en los que respalda la demanda de un individuo contra una obra social o una empresa de medicina prepaga referida a su inclusión en un plan médico o a la cobertura de cierto tratamiento–.

En “Etcheverry c/Omint”⁶¹, la mayoría de la Corte hizo lugar al recurso extraordinario del actor, afiliado a una empresa de medicina prepaga como anexo de su remuneración que, ante la pérdida del empleo en relación de dependencia, solicita a esa empresa el mantenimiento del vínculo contractual, ofreciendo hacerse cargo personalmente del abono de la cuota correspondiente. Ante la detección del VIH en el actor, la empresa de medicina prepaga se rehúsa a aceptar la solicitud del mantenimiento de la relación contractual. Tanto el juez de Primera Instancia como la alzada rechazaron la acción de amparo, bajo el argumento de la libertad contractual de la empresa de medicina prepaga.

La Corte adhiere nuevamente a los argumentos del dictamen del procurador general de la Nación. Analizando centralmente el caso a partir del reproche de arbitrariedad de la sentencia de rechazo del amparo, el procurador –en lo que aquí interesa– invoca normas internacionales para encuadrar la relación contractual de las partes. Así, el procurador afirma que

“... no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga atañe esa índole [la de un negocio comercial] (arts. 7 y 8, inc. 5° del Cód. de Com), en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, Declaración Universal de los Derechos Humanos; 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 42 y 52, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios que obsta a que, sin más, puedan desconocer un contrato, so consecuencia de contrariar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. art. 1, ley 24.754)”⁶².

Dicho de otro modo, el procurador sugiere una interpretación del régimen de contratación de adhesión típico del negocio de la medicina prepaga conforme a las cláusulas constitucionales e internacionales que establecen el derecho a la salud. Esto importa un reconocimiento de eficacia horizontal del derecho constitucional a la salud en las relaciones

⁶¹ “Etcheverry, Roberto E. c/Omint Sociedad Anónima y Servicios”, dictamen del procurador general de la Nación del 17 de diciembre de 1999, decisión de la Corte del 13 de marzo de 2001.

⁶² Cfr. “Etcheverry c/Omint”, cit., dictamen del procurador, cons. IV.

entre particulares⁶³ –es decir, la aplicación concreta de la doctrina de la *drittwirkung* al derecho a la salud– que obliga a considerar especialmente el objeto de la relación contractual –en este caso, una prestación privada destinada a satisfacer el derecho a la salud– para establecer el alcance de las respectivas obligaciones de las partes. La noción de “compromiso social con sus usuarios” supone la posibilidad de establecer cargas o modulaciones que tomen en consideración el carácter satisfactorio de un derecho humano que reviste la prestación, independientemente de que sea llevada a cabo por una empresa privada.

Amén de la remisión de la mayoría de la Corte a los fundamentos del dictamen del procurador –y de las disidencias de los jueces Belluscio, Bossert y Petracchi, que se limitan declarar inadmisibles el recurso extraordinario–, el juez Vázquez emite también aquí un voto particular. Sin embargo, Vázquez no argumenta mayormente sobre la base de tratados internacionales⁶⁴, sino que abunda sobre el alcance de las obligaciones que emanan de los contratos de adhesión en materia de medicina prepaga.

En “N., L. M. y otra c/Swiss Medical Group S. A.”⁶⁵, la Corte, adhiriendo a los fundamentos expuestos en el dictamen del procurador fiscal de la Nación, revocó la decisión de segunda instancia que había dejado sin efecto una medida cautelar solicitada por los actores en contra de la empresa de servicios médicos demandada, consistente en asegurar los fondos suficientes para cubrir la totalidad de las prestaciones médicas destinadas a un niño, a partir de lo estipulado en un convenio homologado judicialmente. Dictada la medida cautelar en primera instancia, la Cáma-

⁶³ A diferencia de otros países, en los que la discusión sobre la posibilidad de invocación de derechos constitucionales en relaciones entre privados presenta duras controversias, la Corte Suprema argentina ha aceptado el efecto horizontal de esos derechos desde finales de la década de los cincuenta. Ver “Kot, Samuel S.R.L. s/hábeas corpus”, 5 de septiembre de 1958, en el que se discute explícitamente la cuestión, que constituye, a su vez, el motivo de la disidencia de dos jueces en esa sentencia. Sobre la doctrina de la *drittwirkung*, ver nota 67 *infra*. Sobre la posibilidad de invocación de derechos derivados de normas internacionales de derechos humanos entre particulares, ver Courtis, Christian, *La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares*, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

⁶⁴ Salvo, tal vez, para afirmar la existencia de garantías constitucionales violadas, que sin embargo no se identifican explícitamente. Cfr. “Etcheverry c/Omint”, cit., voto del juez Vázquez, cons. 4.

⁶⁵ “Recurso de hecho deducido por L. M. N. y Virginia M. Catenazzi por sí y en representación de su hijo menor F. M. N. en la causa N., L. M. y otra c/Swiss Medical Group S. A.”, dictamen del procurador fiscal de la Nación del 11 de junio de 2003, decisión de la Corte de 21 de agosto de 2003.

ra Nacional de Apelaciones en lo Civil la revocó, por considerar que no se había determinado concretamente el tratamiento que correspondía al paciente. Entre los argumentos invocados por los demandantes se encuentra la violación de tratados internacionales con jerarquía constitucional, tales como el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En lo que aquí resulta materia de análisis, el procurador fiscal opina que –pese a que en principio las decisiones relativas a medidas cautelares son ajenas al recurso extraordinario–, cabe hacer excepción a ese principio cuando lo decidido ocasiona un perjuicio de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. De acuerdo con el procurador, esta circunstancia se da en el caso examinado. Para reforzar su argumento, el procurador señala que

“No puede escapar a este examen, que lo decidido –como lo acabo de expresar– compromete el interés superior de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional. Esta Procuración ha recordado (...) que, como lo señalaron los jueces Fayt y Moliné O’Connor en Fallos: 318:1269 –a quienes se sumó el juez López en Fallos: 318:1676– los menores, máxime en circunstancia en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención citada impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos –según parecer de Fallos: 322:2701 y 324:122, y voto de los jueces Moliné O’Connor y López en Fallos: 324:975– viene a orientar tanto como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos”⁶⁶.

La línea de argumentación del procurador recuerda la vertiente alemana y española de interpretación de la doctrina de la *drittwirkung*, es decir, el efecto “mediato o indirecto” de la eficacia de derechos fundamentales entre particulares: no se imputa violación de un derecho fundamental a la empresa privada, sino a la sentencia que no lo protege⁶⁷. El

⁶⁶ “N., L. M.”, cit., dictamen del procurador, cons. III.

⁶⁷ Para una discusión de la doctrina de la *drittwirkung*, ver Bilbao Ubillas, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986; Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; de la Qua-

resultado, en todo caso, es idéntico al de la argumentación adelantada por el procurador general en “Etcheverry c/Omint”: la empresa privada es condenada a cumplir la medida cautelar.

En la causa “Martín, Sergio Gustavo y otros c/Fuerza Aérea Argentina”⁶⁸, probablemente el precedente de mayor activismo judicial en esa materia, la Corte acoge una demanda de amparo promovida por los padres de una niña con discapacidad afiliada a la obra social de la Fuerza Aérea, destinada a obligar a la entidad a hacerse cargo de su tratamiento integral. La particularidad del caso es que esa obra social no adhirió al Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad (ley 24.901).

La mayoría de la Corte –con el voto de dos conjueces y la disidencia de los jueces Belluscio, Boggiano y Petracchi– se remite nuevamente a los fundamentos del procurador general de la Nación.

El procurador recuerda que “ha quedado en claro no sólo el plano constitucional en que [la Corte] sitúa el asunto sino, también, la índole de las obligaciones que conciernen al Estado nacional en su condición de garante primario del sistema de salud –inclusive en el orden internacional– sin perjuicio de las que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga”⁶⁹. Aunque considera que la obra social demandada reviste carácter de organismo estatal, acepta que no adhirió al sistema de las leyes 23.660, 23.661 ni 24.901 –con lo cual, no existiría base legal para imponer la obligación a la demandada–.

Sin embargo, el procurador funda la decisión de acoger la demanda en deberes de solidaridad que emanarían de los compromisos internacionales asumidos por el Estado nacional en materia de asistencia integral a la discapacidad, y del interés superior del niño, consagrado como principio

dra-Salcedo, Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981, y Venegas Grau, María, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004. Sintéticamente, Gomes Canotilho, Jose Joaquim y Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, ps. 144-148, y Gomes Canotilho, Jose Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 1998, ps. 1150-1160; Wolfgang Sarlet, Ingo, *Direito Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, en Wolfgang Sarlet, Ingo (org.), *A Constituição concretizada. Construindo pontes como o público e o privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, ps. 107-163.

⁶⁸ “Martín, Sergio Gustavo y otros c/Fuerza Aérea Argentina - Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/amparo”, dictamen del procurador general de la Nación del 31 de octubre de 2002, decisión de la Corte de 8 de junio de 2004.

⁶⁹ Cfr. “Martín”, cit., dictamen del procurador, cons. III.

de rango constitucional por la inclusión de la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional. Repitiendo el párrafo citado en la causa “N., M. L. y otra c/Swiss Medical Group”, el procurador afirma que, si toda autoridad nacional e incluso los jueces están obligados a velar por el cuidado del interés superior del niño, “no es admisible pueda resultar notoriamente dejada de lado por un ente como la Dirección General de Bienestar para la Fuerza Aérea, situado, finalmente, en órbita del Ministerio de Defensa de la Nación; es decir, del Poder Ejecutivo Nacional”⁷⁰. Reitera así la “impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis a aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales (...), cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales”⁷¹.

Sobre esa base, el procurador considera que el comportamiento de la obra social es incompatible con las obligaciones impuestas por el cuidado del interés superior del niño, por no haber adoptado conducta alguna destinada a lograr “la realización plena de los derechos de la menor discapacitada a los beneficios de la seguridad social (...), con el alcance integral que en esta materia estatuye la normativa tutelar a que se hizo varias veces referencia”⁷².

La línea argumental expuesta por el procurador parece sugerir la ruptura por parte de la obra social de obligaciones fiduciarias hacia la niña con discapacidad afiliada, impuestas por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Finalmente, la solución propuesta por el procurador se funda en razones de urgencia: se subraya el peligro de frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional si la niña debiera esperar el inicio de un nuevo trámite dirigido a una entidad diferente. Para respaldar esta tesis, el procurador se refiere a la inadmisibilidad de la suspensión de la satisfacción de los intereses de la niña en juego, con cita indirecta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷³.

Cabe señalar que la disidencia de los jueces Belluscio, Boggiano y Petracchi se funda en la ausencia de arbitrariedad de la conducta de la demandada, y en la inexistencia de analogía de la causa examinada con

⁷⁰ Cfr. “Martín”, cit., dictamen del procurador, cons. VIII.

⁷¹ Cfr. “Martín”, cit., dictamen del procurador, cons. VIII.

⁷² Cfr. “Martín”, cit., dictamen del procurador, cons. VIII.

⁷³ Cfr. “Martín”, cit., dictamen del procurador, cons. VIII.

los precedentes que invoca el procurador, es decir, “Campodónico de Beviacqua” y “Monteserin”.

En autos “V., W. J. c/OSECAC”⁷⁴, la Corte acogió la demanda del actor, destinada a obligar a la obra social de empleados de comercio a obtener cobertura médico-asistencial en condición de adherente voluntario. Los hechos son similares a los ya expuestos en “Etcheverry c/Omint”: un afiliado a la obra social en virtud de su condición de asalariado pierde el empleo, y solicita la continuación de la cobertura en carácter de beneficiario voluntario. Detectado la infección con el virus VIH, la obra social rechaza el pedido. El actor alega, entre otros argumentos, que la sentencia de segunda instancia que confirma el rechazo de la demanda viola los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Nuevamente, la Corte se remite a los fundamentos expuestos por el procurador general de la Nación. El procurador sostiene, como en casos anteriores, que “si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presenta rasgos comerciales, en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren también un compromiso que excede o trasciende el mero plano comercial”⁷⁵. El procurador afirma que se encuentran en situación de riesgo los derechos fundamentales a la vida y a la salud del quejoso, que involucran también obligaciones de las obras sociales y de las entidades de medicina prepaga. Señala que la sentencia de segunda instancia no consideró los argumentos relativos a la falta de justificación de la obra social del rechazo de la solicitud de afiliación presentada por el actor⁷⁶, ni los relacionados con los derechos constitucionales a la vida y a la salud del peticionario –y por ende, debe ser considerada arbitraria–.

Por último, aunque sin referir argumentos fundados en normas internacionales, señala que el rechazo de la obra social es irrazonable, condena al peticionario a una situación de difícil o imposible acceso a otra cobertura sanitaria similar, y vulnera el principio de buena fe en las relaciones contractuales, teniendo en cuenta la relación jurídica preexistente entre el actor y la demandada.

Finalmente, en una interesante causa, “M., S. A.”⁷⁷, en la que hizo enérgico uso de sus facultades para solicitar medidas para mejor proveer y diseñar el remedio procesal adecuado a la cuestión debatida, la Corte

⁷⁴ “V., W. J. c/Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/sumarísimo”, 2 de diciembre de 2004.

⁷⁵ “V., W. J.”, cit., dictamen del procurador, cons. V.

⁷⁶ “V., W. J.”, cit., dictamen del procurador, cons. V.

⁷⁷ “Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de S. A. M. en la causa M., S. A. s/materia: previsional s/recurso de amparo”, 23 de noviembre de 2004.

invocó nuevamente argumentos fundados en normas internacionales de derechos humanos para revocar por arbitraria una sentencia de segunda instancia y dar curso a una acción de amparo interpuesta por los padres de una niña afectada de atrofia muscular espinal (enfermedad de Werdnig-Hoffman), originariamente destinada a obligar a la obra social –Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina– a cubrir la solicitud de ayuda económica para realizar en el exterior un tratamiento médico.

El amparo, acogido en primera instancia, fue rechazado por la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, bajo argumentos de incongruencia de lo decidido con respecto a lo originalmente peticionado y violación al derecho de defensa. La cuestión central para adoptar esa decisión fue el cambio de destino del tratamiento –originalmente se había solicitado el traslado a una institución rusa, y posteriormente se modificó el destino del pedido, reclamándose la cobertura del tratamiento en Cuba–.

La Corte, por unanimidad, consideró arbitraria la sentencia de segunda instancia, pero modificó el alcance de la resolución, por considerar que no estaba demostrada la necesidad de un tratamiento en el exterior, sino la necesidad de un tratamiento continuo que podía realizarse en un hospital local.

En lo que hace a los argumentos fundados en normas internacionales, la Corte reitera la necesidad de respuestas judiciales expeditas y adecuadas, que eviten la frustración de derechos tutelados constitucionalmente, cuando se trata de resguardar el interés superior del menor⁷⁸.

Afirma, entonces:

“Que la decisión del *a quo* ha soslayado dichas pautas. Con un razonamiento ritual, impropio de la materia que se debate, ha hecho hincapié en la extemporaneidad del cambio de destino solicitado para el tratamiento, sin atender al propósito sustancial de la acción de amparo, que ha sido, en definitiva, preservar la vida, la salud y la integridad física de la menor ante el grave riesgo en que se hallaba, lo que compromete derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país (fs. 78/86; 300/301 vta. de los autos principales; arts. 3, 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Fallos: 323:3229; 324:3569 y sus citas)”⁷⁹.

La Corte reitera que está en juego la evaluación del interés superior de la niña, encarecido por el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁰, y requiere informe al Cuerpo Médico Forense acerca de la

⁷⁸ “M., S. A”, cit., cons. 9.

⁷⁹ “M., S. A”, cit., cons. 10.

⁸⁰ “M., S. A”, cit., cons. 12 y 19.

existencia de tratamientos para la enfermedad y de instituciones que desarrollen en el ámbito nacional terapias eficaces dirigidas a mejorar la calidad de vida de la niña. En sentido similar, requiere al Hospital Garrahan una evaluación médica completa, con indicación del plan terapéutico sugerido para el alivio de la menor. A partir de esos informes, considera que la menor requiere terapias de rehabilitación continuadas en el tiempo, de intensidad progresiva y seguimiento profesional constante, exigencias que no fueron satisfechas por la obra social, ni podrían ser cubiertas con tratamientos contingentes fuera del país. La Corte afirma a partir de la prueba producida que existen en el país condiciones concretas para prestar la atención sanitaria requerida por la niña, y condena a la obra social a garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país, declarando el derecho de la niña a obtener los cuidados que su estado requiere, en las condiciones indicadas por el Cuerpo Médico Forense y los especialistas del Hospital Garrahan.

Sin embargo, no todas las demandas han sido exitosas. El fallo “Chena”⁸¹ marca un límite negativo a estos casos: en esa actuación judicial, los actores plantearon por vía de amparo que tramitó originariamente ante la Corte un pedido de extensión de la cobertura de la obra social del personal de la sanidad que había cesado por la situación de desempleo del peticionante. La petición se dirige a obtener cobertura gratuita de la atención médica y tratamiento terapéutico y asistencial de su hija con discapacidad auditiva. Los actores invocan el respeto del derecho a la salud y el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte evita abordar el planteo relativo al derecho a la salud, y –a partir de la aplicación del artículo 10 de la Ley de Obras Sociales (ley 23.660)– declara que el cese de la cobertura por parte de la obra social no es manifiestamente ilegal o arbitraria, sino ajustada a derecho, dada la extinción del contrato de trabajo y el transcurso de los tres meses de prórroga sin mediar aportes.

Subsidiariamente, los actores solicitan la asistencia del Estado nacional, de la provincia y de la municipalidad. La Corte considera que la conducta de los codemandados no canceló el derecho de los peticionantes a obtener asistencia y, en consecuencia, tampoco es manifiestamente ilegal o arbitraria. Por ello, el Tribunal rechaza liminarmente el amparo.

El estilo legalista de resolución del caso contrasta con la mayor proclividad de casos posteriores a invocar el interés superior del niño, el respeto de su derecho a la salud y la urgencia de la situación como principios

⁸¹ “Chena, Patricia Susana y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 13 de noviembre de 2001.

que gobiernan el caso –y, en consecuencia, un menor rigor procedimental y formal–. La Corte parece reprochar la estrategia procesal elegida: el intento de extensión *praeter legem* de la cobertura de la obra social a quien perdió el beneficio, y la ausencia de agotamiento del trámite de cobertura frente a los poderes públicos.

Contrastar este caso con la línea de casos posteriores en los que se enjuicia a una obra social o a una empresa de medicina prepaga abre un interrogante preocupante: los deberes de “solidaridad social” invocados en “Etcheverry”, “N., L. M.”, “Martín” y “V., W. J.” se limitan a los supuestos en los que el usuario paga el aporte u ofrece pagarlo. Producida la desafiliación –ligada, generalmente, a una situación de desempleo–, poco espacio queda para reclamar *solidaridad social* de la obra social. Queda sólo el recurso de dirigirse a las autoridades públicas. No obstante, cabe señalar que el sentido de los precedentes “Campodónico de Beviacqua”, “Monteserin” y “Alcalá” refuerza la posibilidad de exigir cobertura –al menos la estipulada por vía legislativa– a los poderes públicos.

II. 3. Medidas cautelares

La Corte Suprema ha resuelto también un gran número de casos –generalmente acciones de amparo– en los que, ejerciendo su jurisdicción originaria –y aun considerándose incompetente– ha concedido medidas cautelares consistentes en la provisión de medicamentos, sillas de ruedas, elementos ortopédicos, dispositivos de asistencia, la realización de tratamientos médicos y de intervenciones quirúrgicas⁸². Se trata de casos

⁸² Ver, por ejemplo, entre los casos en los que la Corte se considera competente originariamente, “Álvarez, Oscar Juan c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo”, 12 de julio de 2001; “Orlando, Susana Beatriz c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 4 de abril de 2002; “Díaz, Brígida c/Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación) s/amparo”, 25 de marzo de 2003; “Benítez, Victoria Lidia y otro c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo”, 24 de abril de 2003; “Mendoza, Aníbal c/Estado Nacional s/amparo”, 8 de septiembre de 2003; “Rogers, Silvia Elena c/Buenos Aires, Provincia de y otros (Estado Nacional) s/acción de amparo”, 8 de septiembre de 2003; “Sánchez, Enzo Gabriel c/Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/acción de amparo”, 18 de diciembre de 2003; “Laudicina, Angela Francisca c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo”, 9 de marzo de 2004; “Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo”, 11 de mayo de 2004, e intimación y fijación de *astreintes* por incumplimiento de lo ordenado del 8 de junio de 2004. Entre los casos de declaración de incompetencia para entender en el amparo y, sin embargo, concesión de la medida cautelar dado el peligro en la demora, ver “Diéguez, Verónica Sandra y otro c/Buenos Aires, Provincia de s/acción de amparo”, 27 de diciembre de 2002; “Kastrup Phillips, Marta Nélica c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo”, 11 de noviembre de 2003; “Podestá, Leila Grisel c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo”, 18 de diciembre de 2003.

resultos brevemente, en los cuales la argumentación del Tribunal se limita a considerar acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Aunque en ninguno de estos casos la Corte abunda en consideraciones referidas al derecho internacional, parece obvio que para efectuar el juicio de verosimilitud de un derecho, el juzgador debe aceptar la existencia del derecho invocado y la correlación entre ese derecho y la medida solicitada. No es arriesgado, entonces –aunque la Corte no lo haga explícito– postular la vinculación entre aquellos precedentes ya comentados en los que el Tribunal reconoce la existencia del derecho a la preservación de la salud de acuerdo tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional –que fungen como la fuente de identificación del derecho que se considera verosímil– y el contenido de las medidas cautelares concedidas.

II. 4. Los límites a la justiciabilidad del derecho a la salud o la impotencia de la Justicia

El caso “Ramos”⁸³ aparece como una anomalía en la profusa línea de precedentes ya reseñados. En una causa correspondiente a su jurisdicción originaria, la Corte –desdiciéndose de gran parte de las afirmaciones normativas realizadas en casos anteriores y reafirmadas en casos posteriores– rechaza *in limine* la acción de amparo en la que la peticionante reclama, entre otros derechos sociales, la tutela del derecho a la salud de sus hijos menores de edad.

Analizaré el caso con algún detenimiento, ya que marca los límites a la justiciabilidad del derecho a la salud –y, por añadidura, de otros derechos sociales– que establece la propia Corte. Comparar este caso con los casos en los que el Tribunal ofreció una respuesta favorable a los peticionantes puede arrojar luz al respecto de cuándo es conveniente emplear la vía judicial para reclamar derechos sociales, y cuándo la estrategia judicial se vuelve inviable.

El relato de la actora del caso “Ramos” es dramático –y sin embargo similar al de miles de argentinos, en especial a partir de la brutal crisis exteriorizada en diciembre de 2001–. Dice habitar en una vivienda humilde con ocho hijos, varios de ellos enfermos, que está desempleada, que sus hijos en edad escolar no asisten a clase por falta de medios, que una de sus hijas requiere una intervención quirúrgica por padecer de una cardiopatía congénita, que no tiene familiares a quienes reclamar alimentos,

⁸³ “Ramos, Marta Roxana y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 12 de marzo de 2002.

que sólo dos de sus hijos fueron reconocidos por sus padres y que ninguno de éstos se encuentra en condiciones económicas de procurarse siquiera su propio sustento. Alega que la situación de pobreza estructural en la que se encuentra y sus carencias educativas le impiden una inserción laboral, lo que seguramente se repetirá con sus hijos, que no podrán completar sus estudios y sufren además de desnutrición. Afirma que no cuenta con bienes materiales que le permitan asegurar la supervivencia de sus hijos, y ni siquiera se encuentra en condiciones de mandarlos a estudiar.

Su demanda está encaminada a que las autoridades nacionales y provinciales respeten sus derechos y los de sus hijos a una alimentación sana, a la salud, a la educación y a una vivienda digna, y que por ende, les suministren de manera concreta, efectiva, continua y mensual una cuota alimentaria que les permita satisfacer sus necesidades básicas y vivir dignamente; reclama además la cobertura de las prestaciones médicas requeridas por su hija enferma, las condiciones materiales para que sus hijos en edad escolar concurren a un establecimiento educacional, que se declare la invalidez constitucional de toda norma que impida lo anterior, que se declare la inconstitucionalidad del accionar de los demandados por omisión de cumplimiento de lo peticionado, y que se declare la constitucionalidad del derecho que les asiste a que se les suministre una cuota alimentaria.

La demanda invoca normas constitucionales, y los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre los Derechos del Niño y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Puede imaginarse fácilmente la respuesta de la Corte ante semejante caudal de peticiones. Todos los votos –el de la mayoría, los concurrentes y los disidentes– adoptan un tono rígido y tradicional, que desdice gran parte de lo afirmado en los precedentes antes comentados. El Tribunal elude completamente el tratamiento de los agravios relativos a violaciones a los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados en la demanda. Veamos entonces –más allá de los posibles defectos de planteamiento de la acción– qué argumentos emplea para desecharla.

En primer término, la Corte repite la fórmula restrictiva referida a la procedencia del amparo, a la que echa mano cuando prefiere eludir el tratamiento de una cuestión incómoda. Así, afirma que “el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño

concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva”⁸⁴.

El argumento genera, claro está, varias observaciones. La primera es obvia: una mujer reclama tutela judicial ante la situación de desnutrición de sus hijos, su ausencia del sistema escolar, y la necesidad de asegurar una intervención quirúrgica de una hija que padece de una cardiopatía. Si estas no son “delicadas y extremas situaciones en las que (...) peligra la salvaguarda de derechos fundamentales”, es difícil pensar a qué circunstancias fácticas puede aplicarse esa calificación. Además, el argumento es contradictorio con lo dicho por la propia Corte en un considerable número de precedentes ya comentados: que el derecho a la salud es un derecho fundamental que exige acciones positivas del Estado, que los jueces están obligados a considerar el interés superior del niño, que deben evitar rigores formales o cortapisas procesales cuando éste está en juego, y que el amparo es justamente procedente cuando peligra el derecho a la salud, y cuando está comprometido el interés superior del niño⁸⁵.

Para justificar el rechazo del amparo, la Corte afirma que, de los términos de la demanda y de la documentación acompañada no surge que los accionados “hayan negado en forma directa el acceso a la educación o a las prestaciones médicas requeridas”⁸⁶. Así, afirman que no está acreditado que exista un impedimento para que los hijos de la presentante acudan a un establecimiento educacional, ni que se hubiera denegado a la niña que requiere una intervención quirúrgica ese tratamiento. Esta forma de encuadrar los hechos planteados aparece en tensión con la afirmación de que el Estado debe, en materia de derechos sociales, acciones positivas y no meras abstenciones⁸⁷. Considerar que la conducta del Estado no reviste visos de ilegalidad dada la ausencia de una negativa expresa del Estado para acceder a los servicios educativo y sanitario parece un prisma de lectura poco adecuado para entender la situación que se denuncia: la denunciante y sus hijos no pueden acceder de hecho a esos servicios por carencias estructurales. Las acciones positivas adecuadas, en este caso, son las que permitan a la persona en situación de carencia acceder a

⁸⁴ Cfr. “Ramos”, cit., cons. 3.

⁸⁵ Cabe confrontar esta afirmación, por ejemplo, con lo dicho en “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 20 y 21; “Monteserin”, cit., cons. 12 y 13; “N., L. M.”, cit., dictamen del procurador, cons. III; “Martín”, cit., dictamen del procurador, cons. VIII; “M., S. A.”, cit., cons. 9, 10, 12 y 19.

⁸⁶ “Ramos”, cit., cons. 4.

⁸⁷ Cfr., por ejemplo, lo dicho en “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 16; “Monteserin”, cit., cons. 11; y “Asociación Benghalensis”, dictamen del procurador, cons. X.

los servicios cuando, por dificultades fácticas, esto no ocurra. La paradoja de la lectura de la Corte es que, si el Estado ofrece el servicio pero no se preocupa de que quienes más lo requieran accedan a él, el resultado es una asignación regresiva del servicio: acceden a él sólo quienes están en situación material de hacerlo, y quedan excluidos quienes no pueden—que son, justamente, aquellos con mayores necesidades—.

El tercer argumento, aplicado a la situación denunciada, es sorprendentemente artificioso, y nuevamente contradictorio con lo dicho por la Corte en otros casos: que la pretensión de recibir del Estado una prestación alimentaria para cubrir necesidades básicas “importa transferir a las autoridades públicas el cumplimiento de una obligación que tiene su origen en las relaciones de parentesco”⁸⁸. Huelga decir que el argumento, aplicado a la situación de la actora, es inconducente: la propia demanda afirma la imposibilidad de la madre de cubrir las necesidades alimentarias, sanitarias y educativas de sus hijos, y la imposibilidad de reclamar esa cobertura a otros parientes. Devolverle la cuestión a la actora es casi como decirle que solucione el problema como pueda. Aplicada a casos como “Campodónico de Beviacqua” o “Monteserin”, esta afirmación hubiera conducido a hacer recaer en los padres y no en el Estado la cobertura del tratamiento médico reclamado⁸⁹.

A continuación, la Corte sostiene que no es a los tribunales donde debería haber acudido la actora, sino a la administración⁹⁰. Los votos particulares dan un paso más allá, señalando a la actora la posible coincidencia de su situación con los requisitos sustanciales de concesión del beneficio de una pensión alimentaria instituida por la ley 23.746⁹¹. Esta actitud contrasta también con el temperamento adoptado en otros casos, de acuerdo con los cuales dada la situación de urgencia y el compromiso de los derechos fundamentales en juego, no puede exigirse de la actora la carga de reconducir la tramitación a otras esferas o reparticiones de gobierno⁹².

⁸⁸ “Ramos”, cit., con. 5.

⁸⁹ Ver, por ejemplo, el argumento de la Corte en “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 33; aunque la ley establezca responsabilidades en materia de atención a niños con discapacidad, el Estado no puede desentenderse de ella, en especial cuando las obras sociales han demostrado fallas en la cobertura. No es difícil aplicar el mismo argumento cuando quienes fallan en la cobertura son los parientes obligados a brindar prestaciones alimentarias.

⁹⁰ Cfr. “Ramos”, cit., cons. 6.

⁹¹ Ver “Ramos”, cit., voto concurrente de los jueces Bossert y Petracchi, cons. 4; voto concurrente del juez Vázquez, cons. 4. Ver también voto en disidencia de los jueces Boggiano y Fayt, cons. 4, aunque señalando que ello no constituye obstáculo para la procedencia de la acción de amparo.

⁹² Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, cons. 31 y 34; “Martín”, cit., dictamen del procurador, cons. VIII; “M., S. A.”, cons. 10.

El Tribunal agrega otras dos consideraciones: “el desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte, toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado (...), ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es a ella a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75, incs. 18 y 32”⁹³. Esta tesis se contradice directamente con lo afirmado en “Campodónico de Beviacqua” y fallos concordantes, en los que se dice que, estando el juego el interés superior del niño, corresponde a todos los departamentos del gobierno –incluso a los jueces– velar por ese interés⁹⁴. Si la Corte acepta la existencia de una situación de desamparo y un cuadro social dramático que aqueja a ocho niños, no se entiende por qué en este caso debería dejar de entender en la cuestión, mientras en los demás casos comentados consideró que sí le correspondía entender. Cuesta además entender en qué sentido estaría la demanda requiriendo que el Tribunal *valore o emita juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado*. El reclamo parece encaminado puntualmente a obtener de la Corte una solución a la situación de penuria de la actora, y no a un juicio general de la situación política o socioeconómica. El párrafo deja entrever, en realidad –como una suerte de acto fallido–, los miedos de la Corte de hacerse cargo de este tipo de peticiones.

Finalmente, la Corte reitera otra típica fórmula autorre restrictiva, que evidentemente casa mal con el activismo demostrado en la generalidad de las causas comentadas en este trabajo. El Tribunal afirma que “la acción de amparo no tiene por objeto obviar los trámites legales ni alterar las instituciones vigentes (...), ni justifica la extensión de la jurisdicción legal y constitucional de los jueces (...), a quienes no les corresponde el control del acierto con que la administración desempeña las funciones que la ley le encomienda válidamente o la razonabilidad con que ejerce sus atribuciones propias”⁹⁵. Si éste hubiese sido el temperamento de la Corte en “Campodónico de Beviacqua”, “Monteserín”, “A., C. B.”, “Asociación Benghalensis” o “Asociación de Esclerosis Múltiple”, el resultado hubiera sido la deferencia judicial frente a la actuación de la administración, y por ende la convalidación de la actitud asumida por las autoridades sanitarias –exactamente la postura opuesta a la adoptada–.

⁹³ Cfr. “Ramos”, cit., cons. 7.

⁹⁴ “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 21; “Monteserín”, cit., cons. 12 y 13, “Policlínica Privada”, cit., cons. 8, “N., L. M.”, cit., dictamen del procurador, cons. III; “Martín”, cit., dictamen del procurador, cons. VIII; “M., S. A.”, cit., cons. 9, 10, 12 y 19.

⁹⁵ Cfr. “Ramos”, cit., cons. 8.

Además de los votos concurrentes –coincidentes en lo fundamental con el voto de la mayoría, con el agregado señalado *supra*–, los jueces Boggiano y Fayt elaboran una opinión disidente. Este voto, aunque parece guardar cierta prudencia antes de establecer principios generales demasiado contundentes⁹⁶, decide amparar a la actora, señalando que sólo se está reclamando en el caso medidas del gobierno para dar satisfacción a los “derechos más primarios”⁹⁷ de la peticionaria y de sus hijos, y que “debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados y no generar situaciones que sólo conducirían, eventualmente, a interpretarlas como extremos fundantes de responsabilidades patrimoniales del Estado”⁹⁸. La disidencia esboza aquí uno de los principios fundamentales en materia de derecho a la atención sanitaria: el remedio de una situación de violación de ese derecho exige primariamente la prestación del servicio, y no la concreción de un daño irreparable que genere un posterior reclamo indemnizatorio. Lo que se pretende aquí es atención sanitaria oportuna, no reparaciones monetarias tardías.

“Ramos” proyecta algunas consecuencias importantes para quienes pretendan litigar en causas ligadas a problemas de pobreza extrema en la Argentina. Es muy probable que la Corte se haya sentido inhibida de dar una solución judicial al cuadro planteado –al menos en términos de emplazar al gobierno a ofrecer una solución temporaria al problema mientras, por ejemplo, se tramitara la concesión de la pensión a la que se refieren los votos concurrentes– por temor a un “efecto cascada”, que dirigiera al Tribunal un caudal importante de reclamos motivados en la emergencia social que atraviesa nuestro país. Al parecer, la extensión del cuadro de desesperación presentado por la actora y la multiplicidad de los pedidos efectuados han conspirado contra la posibilidad obtener una solución judicial. Esta autoinhibición de la Corte contrasta con la respuesta ofrecida en casos en los que el pedido formulado es mucho más concreto

⁹⁶ Dos ejemplos pueden fungir como muestra de esta afirmación. Por un lado, la coincidencia con la opinión de la mayoría de la Corte, en el sentido de que “la situación de desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación –en el que se encuentra una parte importante de la población del país– revela un dramático cuadro social, que no puede ser resuelto por la Corte toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado”, “Ramos”, cit., voto de los jueces Boggiano y Fayt, cons. 6. Por otro, la negativa a pronunciarse, por prematuro, sobre “los alcances que en el caso quepa reconocer al derecho a la vida, la salud, la educación y la vivienda digna de los peticionarios y los deberes que, en su caso, pesarían en este sentido sobre los Estados nacional y provincial”, “Ramos”, cit., voto de los jueces Boggiano y Fayt, cons. 7. En todo caso, y a favor de los jueces disidentes, el considerando remata afirmando: “Pero, del mismo modo, no puede sin más negarse su existencia y operatividad”.

⁹⁷ “Ramos”, cit., voto de los jueces Boggiano y Fayt, cons. 6.

⁹⁸ “Ramos”, cit., voto de los jueces Boggiano y Fayt, cons. 6.

y acotado; frente a esas hipótesis, el Tribunal ha accedido con mayor facilidad a la petición de los demandantes –aunque ello significara revisar la forma en que la administración ejerce facultades legales o constitucionales, la imposición de obligaciones positivas, y la flexibilización del rigor procesal o formal ante lo que los magistrados perciben como una situación de urgencia o gravedad apremiante–.

II. 5. Casos conexos

Por último, quisiera referirme a otros dos casos que, no obstante no tratar directamente el contenido del derecho a la salud, tienen conexiones importantes con el tema que nos atañe, y despliegan algunas consecuencias interesantes aplicables también a temas relativos a la atención sanitaria.

El primero, “Benítez c/Policía Federal”⁹⁹, es un caso relacionado con la detección del virus VIH en un miembro de la Policía Federal. En la causa se plantean centralmente dos cuestiones: la primera, si la Policía tiene facultades para practicar a sus miembros exámenes de VIH/SIDA en forma secreta y sin requerir el consentimiento de los interesados. La segunda, si la detección del virus es causa justificada de retiro obligatorio de la fuerza. Ambas cuestiones requieren la interpretación de la ley 23.798; el actor plantea además violación del derecho constitucional a la privacidad y a la prohibición de discriminación.

Con respecto a la primera cuestión, con fundamentos dudosos y varias disidencias, la mayoría de la Corte se pronuncia a favor de la justificación de las facultades de realización de exámenes sin consentimiento por parte de la Policía Federal a sus miembros, sobre la base de argumentos relativos a la necesidad de verificación de su “buena salud” (requisito que sería a su vez indicio de su “idoneidad”) y de protección de la salud pública y del derecho a la salud de terceros¹⁰⁰. Para ello, la mayoría de la Corte debe interpretar que la enumeración de excepciones al requerimiento de consentimiento para efectuar exámenes relativos al virus VIH hecha por los artículos 5, 7 y 9 de la ley 23.798 –donde no se prevé la hipótesis del caso– es meramente ejemplificativa y no taxativa¹⁰¹. Los miembros de la mayoría del tribunal rematan el razonamiento afirmando que el sometimiento voluntario del actor al régimen de la institución implica sacrificar el derecho a la intimidad¹⁰². La posición de la mayoría de la Corte adop-

⁹⁹ “Benítez, Ricardo Ernesto c. Policía Federal s/amparo”, 17 de diciembre de 1996.

¹⁰⁰ “Benítez”, cit., cons. 9, 10 y 11.

¹⁰¹ Éste es, entre otros, el motivo de las disidencias parciales sobre el punto de los jueces Fayt y Petracchi.

¹⁰² “Benítez”, cit., cons. 12.

ta un tono de argumentación holista, en el que la persecución de la protección de la salud pública fulmina cualquier derecho individual que pueda oponérsele –no me extenderé en la cuestión, pero no es difícil imaginar las consecuencias fatídicas de extender este razonamiento a otros casos de persecución de un fin colectivo, como por ejemplo la seguridad nacional o la seguridad interior–.

Sobre la segunda cuestión, la decisión de la Corte va en el sentido opuesto: afirma que el pase a retiro motivado por la detección del virus VIH implicó una violación del derecho al trabajo del actor, por no ponderarse debidamente los efectos reales de la infección sobre la aptitud laboral del agente. En consecuencia, la Corte considera que la conducta de la demandada es discriminatoria y viola los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰³. Por ende, la Corte confirma la sentencia de segunda instancia que había hecho lugar al amparo del actor.

Pese a no tratarse de un caso de reclamo del derecho a la salud, la decisión de la mayoría de la Corte es importante porque proyecta consecuencias sobre las posibles justificaciones del empleo de razones sanitarias para restringir derechos individuales. Si bien en el caso de la realización de exámenes compulsivos o sin consentimiento la sentencia sienta un precedente negativo, es destacable que la Corte haya considerado que la invocación de razones sanitarias como motivo automático de separación de un puesto de trabajo es discriminatoria, y que haya invocado para ello la aplicación de normas internacionales de derechos humanos como la Convención Americana.

El segundo caso que traeré a colación ha tenido repercusiones en la opinión pública: se trata de la causa “Aquino”¹⁰⁴, en la que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la restricción legal de la posibilidad de reclamar indemnización integral en caso de accidentes o enfermedades de trabajo. Aunque no se trate estrictamente del contenido del derecho a la atención sanitaria, la Corte efectúa importantes consideraciones relativas a las obligaciones internacionales del Estado en materia de protección de la salud laboral –en especial, sobre el contenido de las obligaciones del Estado en materia de legislación que regula las indemnizaciones cuando la salud del trabajador se ve afectada–.

La cuestión central planteada en el caso fue la constitucionalidad de la norma del artículo 39, párrafo 1, de la ley 24.557 (llamada Ley de Riesgos del Trabajo), que excluye la posibilidad de que el trabajador damnificado por un accidente o enfermedad de trabajo reclame a su empleador una indemnización plena, salvo caso de dolo. Nuevamente, me ceñiré a la

¹⁰³ “Benítez”, cit., cons. 14.

¹⁰⁴ “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S. A. s/accidentes ley 9.688”, 21 de septiembre de 2004.

invocación de normas internacionales de derechos humanos que hace la mayoría de la Corte –y algunos votos concurrentes–.

Como complemento de su análisis de base constitucional, centrado en los artículos 19 y 14 *bis*, la mayoría de la Corte aborda las implicaciones de la concesión de jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos frente al tema en análisis. La sentencia sorprende porque, frente a la relativa parquedad de las citas al derecho internacional en otros casos relativos a derechos sociales, la mayoría del tribunal se extiende profusamente, mencionando no sólo el texto de instrumentos internacionales, sino también sentencias de tribunales internacionales, observaciones generales de comités de supervisión de los pactos internacionales y hasta recomendaciones finales de esos comités frente a informes estatales. Si la tesis de la Corte se mantuviera, el potencial para argumentar sobre esta base en materia de derechos sociales se ampliaría enormemente.

Veamos cuáles son los argumentos empleados por la mayoría de la Corte. En primer lugar, el voto mayoritario subraya que la concesión de jerarquía constitucional vino a reforzar la protección ofrecida por el artículo 14 *bis* en materia de derechos sociales:

“... la manda constitucional del art. 14 *bis*, que tiene ya cumplidos 47 años, a su vez, se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución nacional, art. 75, inc. 22)”¹⁰⁵.

El voto cita, así, para encuadrar la cuestión debatida, la aplicabilidad de los artículos 7, incisos a.ii, y b, y 12, incisos 2.b y c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); los artículos 11, incisos 1.f y 2.d, de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, las citas del PIDESC están encaminadas a demostrar la correlación entre el derecho a condiciones dignas y equitativas de trabajo, condiciones dignas de existencia para los trabajadores y sus familias, seguridad e higiene en el trabajo, el derecho a la salud y la obligación debida por el Estado, para asegurar ese derecho, del mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo, y de la prevención y tratamiento de las enfermedades profesionales. Con cita de doctrinaria de Matthew Craven, se subraya que el

¹⁰⁵ Cfr. “Aquino”, cit., cons. 8. En sentido coincidente, ver votos de los jueces Belluscio y Maqueda, cons. 7, y Highton de Nolasco, cons. 9.

artículo 7, inc. b, del PIDESC (referido a la seguridad e higiene en el trabajo), “implica que, una vez establecida por los Estados la legislación apropiada en materia de seguridad e higiene en el trabajo, uno de los más cruciales aspectos sea la reparación a que tengan derecho los dañados”¹⁰⁶.

A continuación, en el mismo considerando, el voto acude a la autoridad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para determinar el alcance de las obligaciones emanadas de las normas citadas del PIDESC¹⁰⁷. Así, se resalta la “gran importancia que el PIDESC reconoce a la protección del trabajador víctima de un accidente laboral”, citándose como respaldo las observaciones críticas del Comité a la ley de accidentes de trabajo neocelandesa que pone en cabeza del trabajador víctima parte del costo del tratamiento médico; se subraya, además, la preocupación del Comité, incorporada en las directrices dirigidas a disciplinar la elaboración de los informes nacionales, por obtener información de los Estados Parte relacionadas tanto con las disposiciones normativas como con estadísticas relativas a seguridad e higiene laborales, en especial sobre la incidencia de accidentes y enfermedades; se menciona también las advertencias del Comité referidas al incumplimiento de leyes de seguridad en el trabajo y a la consecuente tasa elevada de accidentes laborales, citándose las observaciones finales al tercer informe periódico polaco.

Por último, en la misma enumeración, el voto de mayoría recalca las menciones críticas relativas a las condiciones de seguridad e higiene del trabajo incorporadas en las observaciones finales a dos informes estatales presentados por nuestro país –respectivamente, el de 1994 y el de 1999–. En el primer documento, el Comité expresó preocupación por el incumplimiento de las normas de higiene y seguridad del trabajo, e instó al Gobierno a analizar los motivos de la falta de eficacia de sus políticas en la materia y a que hiciera esfuerzos por mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad medioambiental y laboral. En el segundo documento, el Comité mostró su inquietud por la privatización de las inspecciones laborales y por los resultados insatisfactorios de la aplicación de normas de seguridad e higiene en el trabajo, y le encomendó mejorar la eficacia de las medidas en la esfera de la seguridad y la higiene en el trabajo, mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad ambientales e industriales, y asegurar que la autoridad pública vigile e inspeccione las condiciones de higiene y seguridad industriales.

¹⁰⁶ Cfr. “Aquino”, cit., cons. 8.

¹⁰⁷ Sin afirmarlo, parece confirmar la línea de argumentación de “Giroidi” y “Bramajo”, en el sentido de que para asignar sentido a las disposiciones de un tratado internacional debe acudir como guía hermenéutica ineludible a la interpretación que hagan en sede internacional sus propios órganos de aplicación. La Corte había citado interpretaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el caso “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 19. Ver *supra* nota 8.

En tercer lugar, e invocando nuevamente la autoridad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el voto afirma que el artículo 14 *bis* coincide con uno de los tipos de obligaciones impuestas por el PIDESC al Estado: “la de ‘proteger’, por cuanto requiere que este último ‘adopte medidas para velar que las empresas o los particulares’ no priven a las personas de los mentados derechos”¹⁰⁸, con apoyo en las Observaciones Generales 12, 13, 14 y 15 del Comité. El voto subraya además, con cita de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de su Informe Anual de 2002, las obligaciones positivas de los Estados, que le imponen “el deber de ‘garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder, y también en relación con actuaciones de terceros particulares’”¹⁰⁹. En sentido similar, haciendo aplicable a las víctimas de infortunios laborales las elaboraciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales referidas a las obligaciones estatales en materia de derechos de las personas con discapacidad, la mayoría recalca las obligaciones positivas del Estado destinadas a reducir las desventajas estructurales de aquellas y favorecer su plena realización e igualdad, invocando la Observación General 5.

A partir de estas premisas, la mayoría concluye que las reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral deben conferir a la reparación la mayor amplitud, y evitar la fijación de limitaciones. Ello –afirma el voto– en línea con los postulados de las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos. Para ilustrar esa afirmación, cita la doctrina en materia de indemnización plena estipulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Bámaca Velásquez”¹¹⁰.

Las referencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos no concluyen aquí. En el considerando siguiente, la mayoría de la Corte invoca, con citas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho comparado, la *prohibición de regresividad* o *prohibición de retroceso social* en materia de derechos económicos, sociales y culturales, para censurar la disminución de la protección del trabajador en materia de indemnización de infortunios laborales operada por la norma impugnada con respecto al régimen anteriormente vigente¹¹¹. En este sentido, la mayoría de la Corte sostiene que

¹⁰⁸ Cfr. “Aquino”, cit., cons. 8.

¹⁰⁹ Cfr. “Aquino”, cit., cons. 8.

¹¹⁰ Cfr. “Aquino”, cit., cons. 9.

¹¹¹ Cfr. “Aquino”, cit., cons. 10. En el mismo sentido, aunque con una enunciación bastante más matizada, se expide la jueza Highton de Nolasco, con invocación del art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos –cfr. cons. 15–.

“este retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT según lo que ha venido siendo expresado, pone a ésta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se ‘compromete a adoptar medidas (...) para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos’ (art. 2.1). La norma, por lo pronto, ‘debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata’. Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los estados deben proceder lo ‘más explícita y eficazmente posible’ a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el sub lite, ‘todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo’¹¹² a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, p. 18, párr. 9; asimismo: Observación General 15, cit., p. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo –art. 6– del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Philippe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, p. 14, párr. 23).

Más todavía; existe una *fuerte presunción* contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales 14 y 15, cit., ps. 103 –párr. 32– y 122 –párr. 19–, respectivamente), sobre todo cuando la orientación del PIDESC no es otra que “la mejora continua de las condiciones de existencia”, según reza, preceptivamente, su art. 11.1”.

El considerando abunda en la recepción de la prohibición de regresividad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26) y en la jurisprudencia constitucional de diversos países, como Bélgica, Portugal y Francia. Recoge también aplicaciones concretas hechas por el Comité de

¹¹² Aunque la cita literal es correcta, el texto oficial en castellano de la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene un error de traducción: donde dice *retroactivo*, debe entenderse *regresivo*. La traducción confundió el término *retrogressive*, que hace referencia al empeoramiento de la situación de goce de un derecho, es decir, alude al resultado de la evaluación del contenido sustantivo de una norma con respecto a una anterior, con el término “retroactivo”, que sólo se refiere al problema de la aplicación intertemporal de una norma, y por ende tiene significado meramente formal. El carácter “deliberadamente retroactivo” de una norma social más protectora no plantearía inconveniente alguno a la luz del principio de progresividad y la prohibición de regresividad. Las traducciones mejoran en observaciones generales posteriores.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales para censurar medidas legislativas en observaciones finales dirigidas ante un informe presentado por Alemania. Cita, por último, las palabras del miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957, respecto del artículo 14 *bis*.

El voto insiste aún sobre la vulneración por parte de la norma impugnada de dos principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la *dignidad humana* y la *justicia social*.

Sobre el valor normativo de la dignidad humana, que considera “el fundamento definitivo de los derechos humanos”¹¹³, el voto invoca la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDESC, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Insiste, además sobre la común calificación de la “dignidad humana” y las “condiciones dignas de trabajo”, citando como autoridad el Proyecto de Observación General sobre el Derecho al Trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cita lo dicho en “Campodónico de Beviacqua”, en el sentido de que “la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”, y el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de acuerdo con el cual “toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales *indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”.

Por último, respecto de la justicia social, el voto recuerda que es recogida como principio en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, los Preámbulos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el artículo 34 de aquella Carta¹¹⁴. Menciona además su reconocimiento en la Declaración Sociolaboral del Mercosur, en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986, en el caso “James” de la Corte Europea de Derechos Humanos, y en el voto concurrente del juez Cañado Trindade, en la decisión sobre medidas provisionales del caso de la “Comunidad de Paz de San José Apartado” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Semejante profusión de citas resulta ciertamente intimidante, aunque la mayoría de la Corte tal vez haya considerado que eran necesarias para justificar la furibunda declaración de inconstitucionalidad de una norma que ya contaba con varios años de vigencia y que había generado juris-

¹¹³ Cfr. “Aquino”, cit., cons. 11.

¹¹⁴ Cfr. “Aquino”, cit., cons. 12.

prudencia contradictoria. En todo caso, un examen crítico requiere ordenar la multiplicidad de fuentes a las que acude la Corte, y distinguir aquellas que cumplen en la sentencia un papel más bien retórico, de aquellas que pueden sentar las bases para la resolución de casos futuros.

En ese orden de ideas, también es útil recalcar el diferente peso y nivel de concreción que tienen las diversas orientaciones y principios sugeridos por la Corte con apoyo en normas internacionales de derechos humanos. Brevemente, y sin ánimo de exhaustividad, quisiera ofrecer mi punto de vista respecto de aquellos principios contenidos en la sentencia que pueden proyectar consecuencias normativas de cierta fertilidad en la invocación del derecho a la salud y, en general, de derechos sociales –y, en sentido opuesto, señalar cuáles creo que tienen pocas probabilidades de prosperar de ser empleadas como base de una acción judicial–.

Un primer punto importante a tener en cuenta es el reconocimiento de la Corte de la necesidad de complementar el examen del contenido de derechos y principios constitucionales con el proveniente de normas internacionales de derechos humanos. La jurisprudencia reseñada en este trabajo es buena muestra de la tendencia de la Corte de tomar en consideración los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional para identificar derechos y obligaciones estatales generales, y extraer algunos contenidos normativos más concretos a partir del texto de aquéllos.

La Corte se ha mostrado errática en la concesión de valor normativo claro a decisiones, documentos e instrumentos emanados de órganos internacionales de protección de los derechos humanos establecidos por los tratados de jerarquía constitucional. “Aquino” es el ejemplo extremo de invocación de fuentes de toda índole; la mezcla de fuentes es poco indicativa al respecto del peso que realmente concede la Corte a cada tipo de documento en particular. En todo caso, puede concederse un mayor peso a la cita de observaciones generales de los comités, destinadas a especificar el sentido de las disposiciones de los respectivos pactos, la cita de observaciones finales de los comités a los Estados (en especial, al Estado argentino) y la cita de jurisprudencia de órganos tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida en que su autoridad está fincada justamente en el texto de los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional. Frente a ellos, la cita de otros documentos –informes, proyectos de observaciones generales, jurisprudencia extranjera– parece tener un valor meramente ejemplificativo.

Como tercer punto, la Corte parece adoptar claramente la prohibición de regresividad o prohibición de retroceso social como principio operativo en materia de derechos humanos, o al menos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. El reconocimiento explícito del principio es bienvenido; resta saber en qué otros contextos aceptará la Corte su aplicación, y qué estándares empleará para compatibilizarlo con la libertad de

configuración de los derechos y políticas del legislador democrático y, en especial, con las situaciones de emergencia económica. De acuerdo con lo que habíamos sugerido en un artículo escrito hace tiempo¹¹⁵, el principio requiere un análisis específico que implica una comparación temporal entre norma anterior y norma posterior para determinar si existió o no empeoramiento del nivel de goce de un derecho. La Corte parece haber efectuado un análisis de este tipo en “Aquino”¹¹⁶: la llegada de mayor cantidad de casos en los que se plantee el argumento de violación del principio de progresividad a los tribunales dará una pauta de cuán seriamente se asumen las consecuencias normativas de su plena adopción.

Por último, debo manifestar mi escepticismo sobre las posibilidades de invocación de los principios de dignidad humana y de justicia social como pauta normativa que permita decidir a los jueces. No quiero con ello decir que no sea posible señalar casos en los que estos principios resultan vulnerados, pero su gran indeterminación –en especial cuando se los trae a colación en una situación de cierta complejidad normativa– acarrea el serio riesgo de situar la discusión judicial en el campo de la pura especulación idiosincrática. La cita por parte de la Corte de estos dos principios para decidir “Aquino” parece más bien un ornamento retórico colocado *a posteriori* de haber decidido declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, que una razón para concluir que la norma era inconstitucional. Es dudoso que, sobre esa única base, los jueces se vean movidos a romper la tendencia deferente con los actuación de los poderes políticos.

III. (Breves) conclusiones

Concluiré con algunas reflexiones sucintas sobre el panorama reseñado. De lo dicho, creo que ha quedado claro que

– la Corte ha reconocido la raigambre constitucional del derecho a la salud a partir del otorgamiento de jerarquía constitucional a instrumentos internacionales de derechos humanos;

¹¹⁵ Ver Abramovich y Courtis, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., ps. 334-350; y *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., ps. 92-116; Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit., ps. 323-332. Sobre la aplicación de la prohibición de regresividad en Aquino puede verse Suárez Gallo, Cecilia y García Vior, Andrea, *La Corte Suprema de Justicia y el principio de progresividad*, en “Jurisprudencia Argentina”, 2004-IV, número especial: *El derecho laboral en la nueva integración de la Corte*, 24/11/2004, ps. 30-37.

¹¹⁶ En casos anteriores, y sin aludir expresamente al principio, la Corte efectúa un análisis de tenor similar. Ver, por ejemplo, la consideración de la conducta previa del Estado en “Campodónico de Beviacqua”, y el razonamiento de procurador general en “Asociación de Esclerosis Múltiple”, al que la Corte adhiere. Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, cit., cons. 28, 29 y 30; “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, cit., dictamen del procurador, cons. VIII.

– el derecho a la salud genera para el Estado obligaciones positivas, y no meramente obligaciones de abstención;

– la legislación sanitaria sancionada por el Congreso de la Nación constituye una de las formas de llevar a cabo esas obligaciones internacionales. Por ende, la inobservancia por parte de la administración de esas leyes faculta a los damnificados individual y colectivamente a reclamar judicialmente su cumplimiento;

– el Estado nacional es el garante último del sistema de salud, independientemente de las obligaciones que correspondan a otros actores públicos y privados;

– el Estado está facultado a imponer obligaciones en materia de cobertura de tratamientos de salud a actores no estatales, tales como obras sociales y empresas de medicina prepaga, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales;

– los actores no estatales que forman parte del sistema de salud –como las obras sociales y las empresas de medicina prepaga– tienen con respecto a sus afiliados o potenciales afiliados obligaciones específicas que exceden el carácter meramente mercantil de la relación, dado que su actividad está destinada a resguardar un derecho fundamental; y

– todos los actores involucrados –públicos, incluyendo todas las ramas del gobierno, y no públicos, incluyendo obras sociales y empresas de medicina prepaga– tienen obligaciones específicas referidas al resguardo del derecho a la salud de los niños y de las personas con discapacidad.

La jurisprudencia de la Corte ha dejado, sin embargo, varios temas abiertos, que aún requieren de mayor precisión conceptual. Entre ellos me permito apuntar:

– el contenido de las obligaciones constitutivas del derecho a la salud que emanan directamente de las normas internacionales de jerarquía constitucional y, por ende, se imponen y no son susceptibles de alteración o desconocimiento por parte del legislador;

– en el mismo sentido, el alcance de las obligaciones de asistencia médica del Estado –es decir, de parte de sus obligaciones positivas–, en especial para personas en situaciones de carencia extrema que no pueden pagar los servicios; y

– el valor normativo de opiniones emanadas del órganos internacionales de derechos humanos, tales como las observaciones generales de los Comités previstos por los tratados del sistema universal de derechos humanos.

Faltan 4 trabajos

Capítulo XII

Libertad de expresión

Jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión: avances y desafíos

Eduardo A. Bertoni

I. Introducción

El artículo “La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y los límites a las responsabilidades ulteriores” fue incorporado en el capítulo 5 referido a la *Libertad de expresión e información* de la primera edición de este libro aparecida en 1997¹.

En aquella época, el tratamiento del contenido del artículo 13 de la CADH por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) era escaso; no existían decisiones en casos individuales traídos a conocimiento del Tribunal que sólo se había expedido sobre la materia específica en las Opiniones Consultivas 5 y 7 (OC-5 y OC-7). Incluso en esta función consultiva, sólo en la OC-5² se había hecho un monumental trabajo de interpretación del artículo 13 que, algunos podrían sostener, era innecesario para responder a la cuestión concreta que había planteado el Estado de Costa Rica. Por muchos años, la OC-5 se mantuvo como un excelente “manual” de estudio para todos aquellos que querían investigar sobre los contenidos del derecho a la libertad de expresión en el ámbito del sistema interamericano.

La situación en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) era sensiblemente distinta en 1997: en cuanto a las responsabilidades ulteriores permitidas por el artículo 13 de la CADH, el “Informe sobre la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Con-

¹ Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997.

² Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 5/85 (en adelante OC-5 o *La colegiación obligatoria*) del 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5.

vención Americana de Derechos Humanos”³ marcó un hito en la materia al afirmar el efecto intimidatorio que genera la sanción penal para quienes desean expresarse críticamente en cuestiones de interés público. Esta idea que germina en ese informe dará frutos con el correr de los años no sólo en las recomendaciones de la CIDH sino también en las decisiones de la Corte IDH y, por cierto, en algunas legislaciones locales. Fuera de este informe de la CIDH, existían algunas recomendaciones importantes sobre otros temas, por ejemplo, situaciones vinculadas con la censura previa.

Valiéndome de estas fuentes, sumadas a otras que provenían de decisiones de tribunales locales y de doctrina clásica y contemporánea, escribí el artículo que mencioné al inicio. Allí argumenté sobre la posibilidad de equiparar las responsabilidades ulteriores desproporcionadas con la censura previa, porque, como dije, los efectos en el libre debate de ideas podrían ser los mismos. Dije en esa oportunidad que “dado que las responsabilidades posteriores son aceptables incluso en las sociedades democráticas, entonces, y por las mismas razones, también lo sería la censura previa; por lo expresado antes, no habría argumentos lógicos para establecer alguna diferencia en las consecuencias de la aplicación de uno u otro mecanismo⁴. Con igual fuerza se llegaría a la conclusión contraria: dado que no es admisible la censura previa, tampoco lo es la aplicación de responsabilidades posteriores a la publicación porque ellas generan, a través de mecanismos de autocensura, iguales consecuencias que las que se quieren evitar con la primera”⁵.

A manera de conclusión, sostuve que “para contrarrestar el efecto intimidatorio que equipararía a las responsabilidades ulteriores con la censura previa, sólo se permiten las de índole civil pero no penal; en conclusión, cualquier regulación en este último campo resultaría contraria al espíritu de la Convención”. Sin embargo, en la última nota agregada a continuación del párrafo citado, puse también en duda que en todos los casos, aun en casos desproporcionados, las responsabilidades ulteriores de carácter civil fueran compatibles con la Convención. En las palabras utili-

³ CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995 (en adelante, “Informe sobre la compatibilidad de las leyes de desacato”).

⁴ Siempre, por métodos directos (censura) o indirectos (autocensura) se restringiría el libre flujo de ideas.

⁵ Esta idea, en parte, ha sido expuesta de manera concreta y concisa por Germán Bidart Campos en un antiguo artículo titulado *La autocensura en la libertad de expresión*, en “El Derecho”, t. 83, p. 895.

libertad de expresión: avances y desafíos

zadas en aquella oportunidad dije que “esta afirmación es insuficiente, porque no se responde a la pregunta de por qué la sanción penal (por ejemplo cuando no sea de cumplimiento efectivo) es más intimidatoria que la condena civil que puede conducir al quebranto de la empresa periodística, o incluso la sola posibilidad de ser llevado a juicio por los gastos que ello significa”.

Como decía más arriba, al momento de arribar a esas conclusiones, el sistema interamericano sólo había tratado el tema de las responsabilidades posteriores en forma general en la OC-5, y en una forma más focalizada en el mencionado informe de la CIDH.

La aproximación en la OC-5 respecto al tema de las responsabilidades posteriores se hizo, por un lado, destacando la importancia de la libertad de expresión en un sistema democrático, lo que denominaré el “estándar democrático”, y, por el otro, reafirmando el contenido dual de la libertad de expresión, lo cual se ha llamado “las dos dimensiones de la libertad de expresión”.

Tanto la CIDH como la Corte IDH han afirmado la relación de la libertad de expresión con la democracia en cada uno de los casos en que han tratado violaciones al artículo 13 de la Convención. En palabras de la Corte: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública (...) Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre”⁶.

Este “estándar democrático”⁷ resulta básico para la interpretación del contenido del derecho a la libertad de expresión. La ligazón a la democracia implica que la libertad de expresión “resulta un derecho humano que si se pierde, pone en peligro la vigencia de todos los demás valores y principios imperantes en una sociedad democrática. Consecuentemente, la protección del derecho a expresar las ideas libremente es fundamental para la plena vigencia del resto de los derechos humanos. Sin libertad de expresión e información no hay una democracia plena, y sin democracia,

⁶ *La colegiación obligatoria*, párr. 70. En igual sentido, en el 4 Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (1993), la Comisión dijo que “considera también en este difícil momento de recuperación democrática guatemalteca, que la existencia de una prensa independiente, responsable y profesional es requisito indispensable” (CIHD, 4 Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 16 rev., Cap. IX, I, 2).

⁷ Sobre la vinculación de la libertad de expresión y la democracia, ver además, Bertoni, Eduardo, *Libertad de expresión y democracia*, Gaceta n° 14, CEJIL, 2001.

la triste historia hemisférica ha demostrado que desde el derecho a la vida hasta la propiedad son puestos seriamente en peligro”⁸.

El estándar democrático aparece reflejado en la Carta Democrática Interamericana⁹. La Carta representa el compromiso asumido por los Estados para promover y defender la democracia, dado que ésta resulta esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas. La Carta destaca la vinculación de la democracia con el ejercicio de la libertad de expresión: el artículo 4 de la Carta ubica a la libertad de expresión y de prensa como uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia.

El concepto sobre las dos dimensiones de la libertad de expresión propone que el contenido de ésta no se vincule sólo con el aspecto individual del derecho, sino también se dirige a una dimensión colectiva. Ello surge claramente de la decisión de la Corte IDH en la Opinión Consultiva 5: “El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión ‘comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (...)’ Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. Ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”¹⁰.

Estas consideraciones de la Corte IDH aparecidas en 1985 fueron retomadas por la CIDH en el “Informe sobre leyes de desacato”, y ambos nutrie-

⁸ Bertoni, Eduardo, *El derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en Martín, Claudia; Rodríguez Pinzón, Diego y Guevara B., José A. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana y Distribuciones Fontamara, México, 2004, p. 409.

⁹ Organización de Estados Americanos –OEA–, Carta Democrática Interamericana, adoptada en Asamblea General, Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

¹⁰ Corte IDH, *La colegiación obligatoria*, Opinión Consultiva OC-5/85, cit., párr. 30.

libertad de expresión: avances y desafíos

ron mi artículo aparecido en la primera edición de este libro. También nutrieron la jurisprudencia posterior del sistema interamericano. Hoy la situación es notoriamente diferente.

En el ámbito de la CIDH, el número de recomendaciones en casos individuales aumentó considerablemente¹¹; por otro lado, en 1998, la CIDH creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión¹². Una de las tareas importantes que ha realizado la Relatoría fue la elaboración de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. La idea de desarrollar una Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión nació en respuesta a la necesidad de otorgar un marco jurídico que regule la efectiva protección de la libertad de expresión en el hemisferio, incorporando las principales doctrinas reconocidas en diversos instrumentos internacionales. La Comisión Interamericana aprobó la Declaración durante su 108 período ordinario de sesiones en octubre del año 2000. Tal Declaración constituye un documento importante para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana. Su aprobación no sólo es un reconocimiento de la importancia de la protección de la libertad de expresión en las Américas sino que además incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva del ejercicio de este derecho¹³. El rol de la Relatoría también ha sido importante en materia de interpretación del artículo 13 con la incorporación en sus informes anuales de temas tales como la ética en los medios de difusión, mujer y libertad de expresión, internet y libertad de expresión, terrorismo y libertad de expresión, libertad de expresión y pobreza, acceso a la información pública, publicidad oficial y medios indirectos de violación a la libertad de expresión, entre otros¹⁴.

¹¹ Sobre la jurisprudencia del sistema interamericano, ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Libertad de expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, p. 253 (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003) (en adelante *Los cinco primeros informes*).

¹² La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión es una oficina de carácter permanente con independencia funcional y presupuesto propio que fue creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dentro de la esfera de sus atribuciones y competencias y que opera dentro del marco jurídico de ésta. La Relatoría tiene su origen en la II Reunión Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno, que tuvo lugar en Santiago, Chile, en abril de 1998. Sobre el mandato, competencia y actividades, ver *Los cinco primeros informes*, p. 35.

¹³ Sobre la Declaración de Principios, ver *Los cinco primeros informes*, p. 45

¹⁴ Estos temas pueden ser consultados en el sitio oficial de la Relatoría en www.cidh.org/relatorial/.

eduardo bertoni

La Corte IDH produjo por su lado cinco decisiones vinculadas específicamente a violaciones a la libertad de expresión. Si en 1997 decíamos que la jurisprudencia del Tribunal era prácticamente inexistente, hoy podemos decir que el avance es promisorio, máxime si se tiene en cuenta que al momento de escribir este artículo la Corte tendrá que decidir un caso más que ya fue puesto a su consideración.

Este aumento de jurisprudencia en el sistema interamericano ha tenido impacto a nivel local, lo cual quedó demostrado en el cambio de legislación interna (incluso a nivel constitucional) y en decisiones judiciales acordes con los estándares internacionales.

A continuación describiré las cinco decisiones de la Corte IDH agrupadas en tres temas que, en mi opinión, fueron la conclusión principal en cada sentencia. El interés en destacar esas conclusiones radica en que en cada uno de los casos, el estándar democrático y el contenido dual fueron la base argumentativa para el resto de la decisión. Esa base argumentativa, dada por la OC-5, es fundamental tenerla en cuenta y mantenerla en casos futuros, pero el objetivo ahora no es profundizar sobre ella sino describir qué se construyó sobre tal base en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Las categorías que incluyo a continuación son la censura previa y la responsabilidad internacional de todos los poderes del Estado; el menoscabo a la libertad de expresión por medios indirectos y la importancia del contexto para determinarlos; y, finalmente, el problema de la difamación criminal y los delitos de desacato como responsabilidad ulterior inaceptable en el sistema interamericano. Finalmente elaboraré algunas conclusiones.

II. Censura previa y responsabilidad internacional de todos los poderes del Estado

Pasados poco más de quince años de pronunciada la OC-5, la Corte IDH decidió el caso “La última tentación de Cristo”¹⁵ que se vinculaba directamente con una violación al artículo 13 de la Convención.

El 29 de noviembre de 1988, el Consejo de Calificación Cinematográfica chileno había rechazado la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”, ante una petición realizada por la “United International Pictures Ltda.”. Dicha empresa apeló la resolución del Consejo, pero la resolución fue confirmada por un tribunal de apelación en marzo de 1989. En noviembre de 1996, el Consejo de Calificación Cinematográfica revisó la prohibición de exhibición de la película “La última tentación de Cristo”, ante una nueva petición de la United International Pictures Ltda.

¹⁵ Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, Nº 73.

libertad de expresión: avances y desafíos

y autorizó su exhibición, por mayoría de votos, para espectadores mayores de 18 años. En enero de 1997, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de protección interpuesto por varias personas en su nombre, a nombre de Jesucristo y de la Iglesia Católica, y dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica. Esta decisión fue apelada y en junio del mismo año la Corte Suprema de Justicia de Chile la confirmó¹⁶.

Los fundamentos de las decisiones judiciales estaban sustentados en la Constitución chilena y en diversas normas reglamentarias. El artículo 19, inciso 12, de la Constitución Política de Chile de 1980 –vigente durante la época del litigio– establecía, tal como lo tuvo por probado la Corte IDH, un “sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”. Por su lado, el decreto ley 679, del 1 de octubre de 1974, facultaba al Consejo de Calificación Cinematográfica –que formaba parte del Ministerio de Educación– para orientar la exhibición cinematográfica en Chile y efectuar la calificación de las películas. El reglamento de esa ley estaba contenido en el Decreto Supremo de Educación 376, del 30 de abril de 1975.

Antes que la Corte IDH decidiera el caso se había intentado sin éxito una reforma constitucional del artículo mencionado, que pretendía eliminar la censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación que consagrara el derecho a la libre creación artística. Tal reforma se produjo finalmente como consecuencia de la decisión del Tribunal Interamericano.

Para decidir el caso, la Corte IDH repasó primero consideraciones ya vertidas en la OC-5. Se refirió en primer término a las dos dimensiones de la libertad de expresión e insistió en el “estándar democrático”. La novedad fue la afirmación que “el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”¹⁷.

Con ello, quedó fuera de toda duda que para la Corte, el artículo 13 establece una prohibición de la censura previa prácticamente absoluta, lo cual reafirmaba lo dicho muchos años antes en la OC-5 en cuanto a que “la comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto (art. 19) demuestra clara-

¹⁶ Estos son los hechos que la Corte consideró probados, tal como se expuso en la sentencia.

¹⁷ Caso “La última tentación de Cristo”, párr. 70.

mente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *minimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas". Más de quince años atrás, para hacer esa comparación, la Corte IDH le había otorgado un gran valor a la primera frase del inciso 2 del artículo 13 en cuanto establece la prohibición de la censura.

Esta decisión de la Corte IDH también fue novedosa en otro aspecto. Muchas veces se ha entendido que los actos que restringen la libertad de expresión, por ejemplo, los actos de censura previa, emanan sólo de los poderes ejecutivos o legislativos. Sin embargo, dentro del sistema interamericano puede entenderse también que, resoluciones emanadas del Poder Judicial son actos que vulneren el artículo 13 de la Convención. En este caso, la Corte Interamericana dijo específicamente que "esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso, ésta se generó en virtud de que el artículo 19, número 12, de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial"¹⁸.

Como anticipé más arriba, Chile llevó adelante una serie de modificaciones legislativas dirigidas a cumplir con la decisión de la Corte IDH. En la etapa de seguimiento de las recomendaciones, el Estado informó que el 10 de julio de 2001, el Congreso chileno aprobó el proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y a la eliminación de la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación que sería regulado por ley, y que ese proyecto fue promulgado e incorporado a la Carta Fundamental el 25 de agosto de 2001. Asimismo, Chile informó que la ley 19.846 (Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica) se publicó y entró en vigor el 4 de enero de 2003, y en su artículo primero estableció un sistema para la calificación de la producción cinematográfica que se realiza por edades, destinado a orientar a la población adulta respecto de los contenidos de la producción cinematográfica y de proteger a la infancia y a la adolescencia en atención a lo señalado en diversos tratados internacionales suscriptos por el mencionado Estado. También se informó que el 9 de enero de 2003, la película "La última tentación de Cristo" fue recalificada por el nuevo Consejo de Calificación y quedó comprendida dentro de la categoría "para

¹⁸ Caso "La última tentación de Cristo", párr. 72.

libertad de expresión: avances y desafíos

mayores de 18 años”. La empresa encargada de la distribución en Chile de la película “La última tentación de Cristo”, United International Pictures Ltda., realizó la *avant premier* el 11 de marzo de 2003 en la sala del Cine Arte Alameda en Santiago, donde se exhibió para todo público mayor de 18 años.

Con todo ello, la Corte IDH decidió que el Estado chileno había cumplido con las recomendaciones de la sentencia del 5 de febrero de 2001 y dio por terminado el caso¹⁹. Más allá del beneficio para la sociedad chilena de los cambios provocados por la decisión de la Corte IDH, con este caso se mostró el impacto que puede tener la utilización del sistema interamericano de protección de los derechos humanos cuando los Estados tienen la voluntad de respetar los compromisos internacionales que asumen.

III. Menoscabo de la libertad de expresión por medios indirectos y la importancia del contexto para su determinación

Un día después de la decisión en “La última tentación de Cristo”, la Corte IDH decidió otro asunto cuyo eje central estaba en la determinación de la violación del artículo 13 de la Convención Americana. Me refiero al caso “Ivcher”²⁰.

A diferencia del caso chileno, el Tribunal se enfrentó con una situación fáctica que lo llevó a determinar la importancia, el contenido y la manera de identificar medios indirectos de violación a la libertad de expresión. La relevancia del caso “Ivcher” radica en que si bien es cierto que la Convención dispone que no puede limitarse la libertad de expresión por medios indirectos, no lo es menos que muchas veces determinar cuál es un medio indirecto idóneo para limitar la libertad de expresión puede ser complicado.

Sobre la distinción entre medios directos e indirectos, la Corte IDH ya había dado algunas pautas en la OC-5. En 1985 había sostenido que “las infracciones al artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido”. La Corte distinguió entre lo que llamó las supresiones “radicales” y el resto: “En verdad no toda transgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por el poder público, se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el

¹⁹ Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo”, cumplimiento de sentencia, Resolución del 28 de noviembre de 2003.

²⁰ Corte IDH, “Caso Ivcher Bronstein”, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, N° 74.

eduardo bertoni

secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental”. Dentro de las que no eran supresiones radicales, la Corte expresó que “la supresión de la libertad de expresión como ha sido descrita en el párrafo precedente, si bien constituye el ejemplo más grave de violación del artículo 13, no es la única hipótesis en que dicho artículo pueda ser irrespetado. En efecto, también resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno”²¹.

Sin embargo, la Corte IDH nunca se había enfrentado a un caso concreto donde tuviera que determinar cuándo ciertas acciones del Estado podían ser calificadas como un medio indirecto, o “no radical”. Al decidir el caso “Ivcher”, lo hizo.

La legislación peruana vigente en el año de 1997 disponía que, para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos en Perú, se requería gozar de la nacionalidad peruana. Al señor Baruch Ivcher Bronstein, de origen israelí, le había sido otorgada la nacionalidad peruana en noviembre de 1984, renunciando en diciembre del mismo año a la nacionalidad israelí. Acorde a la legislación en materia de nacionalidad y propiedad de medios de difusión, desde 1986 el señor Ivcher era propietario mayoritario de las acciones de la empresa operadora del Canal 2 de la televisión peruana. Además, en 1997, el señor Ivcher Bronstein era director y presidente del directorio de la empresa y se encontraba facultado para tomar decisiones de tipo editorial respecto de la programación del Canal 2.

Uno de los programas emitidos por el Canal 2 era “Contrapunto”. Desde ese programa se difundieron, a partir de 1997 distintos reportajes de interés nacional. Por ejemplo, en abril de 1997, se denunciaron las supuestas torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército; en el mismo mes salió al aire una denuncia sobre los supuestos ingresos millonarios percibidos por el señor Vladimiro Montesinos Torres, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú. Tal como lo tuvo por probado la Corte IDH, como consecuencia de los reportajes difundidos en el programa “Contrapunto”, el señor Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias²².

²¹ OC-5, párrs. 53-55.

²² La Corte consideró, entre otras, visitas de miembros de la Dirección Nacional de Policía Fiscal y de otras personas a las oficinas del Canal 2 para sugerirle que cambiara la línea informativa; vuelos de supuestos helicópteros del Ejército sobre las instalaciones de su fábrica Productos Paraíso del Perú; y la apertura de un proceso contra su persona por la Dirección Nacional de Policía Fiscal el 23 de mayo de 1997.

libertad de expresión: avances y desafíos

Al mes siguiente de la aparición de la salida al aire del programa “Contrapunto”, el Poder Ejecutivo de Perú reglamentó la Ley de Nacionalidad estableciendo la posibilidad de cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados. También en el mismo mes, Ivcher fue denunciado por difamación a las Fuerzas Armadas. Al mismo tiempo, fueron modificadas la composición y atribuciones de algunos tribunales judiciales, que posteriormente fueron los que intervendrían de manera directa en el litigio llevado adelante en la jurisdicción peruana.

En el mes de julio de 1997, el Canal 2 presentó un reportaje sobre grabaciones ilegales de las conversaciones telefónicas sostenidas por candidatos de la oposición, jueces y periodistas, entre otras personas. En forma contemporánea con la emisión de ese programa, el director general de la Policía Nacional expuso las conclusiones de un informe de la Dirección General de Migraciones y Naturalización, según el cual no se había encontrado en los archivos de esa dirección el expediente que dio origen al título de nacionalidad del señor Ivcher, y no había sido demostrado que éste hubiera renunciado a su nacionalidad israelí. Como consecuencia de ello, se dejó sin efecto legal el título de nacionalidad peruana del señor Ivcher Bronstein. Al carecer de la condición de nacional peruano, el resto de los accionistas de la empresa iniciaron acciones legales para que se dejara sin efecto la compra de las acciones de la empresa realizada por el señor Ivcher. También solicitaron una medida cautelar para que se suspendiera al señor Ivcher en el ejercicio de sus derechos como accionista mayoritario de la compañía y para que se suspendiera su nombramiento como director y presidente de la misma. La medida cautelar fue otorgada. Todas las acciones iniciadas en la jurisdicción interna por el señor Ivcher y su familia fueron negadas por los tribunales cuya composición y competencia había sido previamente modificada.

En septiembre, otros accionistas asumieron el control del Canal 2, se prohibió el ingreso de periodistas que trabajaban en el programa “Contrapunto” y se cambió la línea informativa de dicho programa²³.

Antes que la Corte IDH decidiera el caso, el 7 de noviembre de 2000, el Estado declaró nula la “resolución directoral” que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher. Este hecho se produjo luego de la caída del gobierno del ex presidente Alberto Fujimori, durante cuyo mandato ocurrieron los hechos antes mencionados.

Al decidir la violación a la libertad de expresión en el caso, la Corte IDH destacó la doble dimensión de este derecho, y en ese contexto, valoró la importancia de proteger y mantener la independencia de los periodistas quienes son los que “mantienen informada a la sociedad”²⁴.

²³ Éstos son los hechos que la Corte IDH tuvo por probados y así fueron expuestos en la sentencia.

²⁴ “Caso Ivcher Bronstein”, párr. 150.

eduardo bertoni

Sobre esa base, la Corte IDH explicó cómo debía hacerse para determinar cuáles medios indirectos vulneran la libertad de expresión y están prohibidos por el artículo 13.3 de la Convención. Dijo el Tribunal que “al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el Tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron”²⁵.

A partir de allí, la Corte IDH entendió que “en el contexto de los hechos señalados, esta Corte observa que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que trabajaban e investigaban para el programa “Contrapunto” del Canal 2 de la televisión peruana”; y que “al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa “Contrapunto”, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática”²⁶.

Nótese, como no podía ser de otro modo, que una “resolución sobre ciudadanía” no se encuentra expresamente incluida dentro de los ejemplos que enuncia el artículo 13.3 de la Convención como medios indirectos de violación a la libertad de expresión. Sin embargo, dado el contexto del caso, la Corte IDH así lo entendió. A partir de esta sentencia ha quedado totalmente claro que la enunciación del artículo 13.3 es simplemente ejemplificativa, no taxativa, y que habrá que demostrar muy bien no sólo la acción del Estado que se considera contraria a la libertad de expresión sino también el contexto que así lo demuestra.

Sin perjuicio que desde la sentencia del caso “Ivcher” ni la Corte IDH ni la CIDH se han referido en otro caso individual de manera tan concreta a las violaciones indirectas, en el año 2003 la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión incluyó en su informe anual un capítulo sobre “medios indirectos”, focalizado en uno: la asignación discriminatoria de la publicidad oficial. Al concluir ese capítulo, se dice que “la multitud de casos denunciados [sobre asignación discriminatoria] prueban el carácter generalizado de las presuntas violaciones indirectas a la libertad de expresión. Estas posibles violaciones indirectas son promovidas por la falta de disposiciones legales que ofrezcan recursos adecuados frente a la asignación discriminatoria de publicidad oficial, pues este vacío legal da lugar a

²⁵ “Caso Ivcher Bronstein”, párr. 154.

²⁶ “Caso Ivcher Bronstein”, párrs. 162-163.

libertad de expresión: avances y desafíos

un poder discrecional excesivo por parte de las autoridades que adoptan las decisiones en la materia”²⁷.

Esto abre las puertas para la denuncia internacional de acciones que muchas veces solapadamente están dirigidas a menoscabar el ejercicio de la libertad de expresión de las personas. Las bases sentadas a partir del caso “Ivcher” dan suficiente espacio para hacerlo, en los casos que el contexto así lo permita.

IV. Responsabilidades ulteriores: los casos de difamación criminal y el delito de desacato

La OC-5 dio alguna luz sobre supuestos generales en los que es posible imponer responsabilidades ulteriores como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión. Para la Corte IDH, ello es admisible siempre y cuando la imposición sea “necesaria en una sociedad democrática”, y que “la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.

Como expliqué más arriba, la CIDH trató un caso especial de imposición de responsabilidades ulteriores al producir el informe que determinó la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana²⁸. La CIDH entendió que “las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad de expresión porque traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario público (...) El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor”²⁹. Sobre el efecto intimidatorio, en forma terminante, también agregó que “si se con-

²⁷ Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 70 rev. 2, 29 de diciembre de 2003, original: español, párr. 86.

²⁸ Ver *Informe sobre la compatibilidad de las leyes de desacato*, citado.

²⁹ *Informe sobre la compatibilidad de las leyes de desacato*, ps. 210 y siguientes.

sideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica³⁰.

A partir de los postulados allí establecidos³¹, muchos países comenzaron a derogar sus leyes de desacato y la CIDH siguió su evolución en el tratamiento de las responsabilidades penales aplicadas como consecuencia de expresiones que pudieran estar vinculadas a asuntos de interés público en casos de juicios contra el honor. Fue así que sometió a la Corte IDH en el año 2002 dos casos sobre condenas penales por delitos de difamación que fueron decididos dos años más tarde. En ambos casos, la demanda de la CIDH expresaba que el proceso penal y las sanciones penales como consecuencia de las expresiones constituían violaciones al artículo 13 de la Convención Americana. Los argumentos para ello fueron similares a los que sintetice más arriba y que con más extensión expuse en el artículo publicado en la primera edición de este libro en 1997.

El primer caso que decidió la Corte IDH es "Herrera Ulloa"³². Como indicó el Tribunal, el caso versa sobre el procedimiento y la sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa y la sanción civil impuesta a este último y al señor Fernán Vargas Rohrmoser, representante legal del medio de comunicación social "La Nación" de Costa Rica, como consecuencia de haber publicado diversos artículos que reproducían parcialmente información de algunos periódicos europeos referentes a supuestas actividades ilícitas del señor Félix Przedborski³³. En la época de dichas

³⁰ *Ibidem*, cap. V, IV Conclusión.

³¹ La CIDH ha manifestado: "En la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más aún cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad de expresión. En efecto, si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica (...) La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla".

³² Corte IDH, caso "Herrera Ulloa", Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107.

³³ El periodista indicó en sus artículos que los periódicos belgas "De Morgen", "La Libre Belgique", "Le Soir Illustré" y "Financieel-Ekonomische Tijd", y el periódico ale-

libertad de expresión: avances y desafíos

publicaciones, el señor Przedborski era representante de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica en Austria, en calidad de cónsul *ad honorem*. Cuatro de los artículos publicados en el periódico “La Nación” fueron objeto de dos querrelas interpuestas por el señor Przedborski, lo cual dio lugar a un fallo condenatorio, en el cual se declaró al señor Herrera Ulloa autor de cuatro delitos de “publicación de ofensas en la modalidad de difamación” con sus respectivas consecuencias penales y civiles. Además, se declaró al periódico “La Nación” como responsable civil solidario.

La Corte, al decidir, adelantó que no analizaría si los artículos publicados constituían un delito determinado de conformidad con la legislación costarricense, sino si a través de la condena penal (y sus consecuencias) impuesta al señor Mauricio Herrera Ulloa y la condena civil impuesta, el Estado vulneró o restringió el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención. La respuesta fue afirmativa.

Al resolver la cuestión de fondo, la Corte Interamericana señaló que “las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto

mán “Der Spiegel”, hicieron varias publicaciones en las que señalaban al señor Przedborski como sospechoso de haber recibido comisiones ilícitas en las negociaciones de la venta de helicópteros italianos de combate al Estado de Bélgica, con las cuales habría invertido sumas millonarias en proyectos turísticos de Costa Rica. Refirió que dichos periódicos, con base en fuentes diplomáticas y policiales anónimas, le atribuían un amplio expediente policial en Bélgica y en la Policía Internacional (INTERPOL), por lo que el señor Przedborski se habría refugiado en la inmunidad de su cargo diplomático costarricense como medio para continuar con sus actividades ilícitas, las cuales abarcaban desde el tráfico de monedas, cigarrillos, armas y estupefacientes, hasta contratos fraudulentos en perjuicio de la aerolínea alemana Lufthansa. También señaló que los periódicos, basados en informes de inteligencia occidentales, indicaban que Przedborski había infiltrado espías de algunos países de Europa del Este durante la época de la Guerra Fría y provisto de pasaportes falsos a varios agentes secretos polacos. Informó que la prensa belga cuestionaba el origen de su exorbitante fortuna y propiedades en Miami, en la Costa Azul, Francia, y en Tervueren, Bélgica, señalando que en una ocasión, en 1981, se vio enfrentado a una causa penal por defraudación fiscal en Bélgica. Asimismo, indicó que ante una solicitud del gobierno de Costa Rica para integrar a Przedborski en la sede de la UNESCO, en París, el Ministerio de Francia habría rechazado la postulación debido a las polémicas actuaciones de dicho funcionario. Estas cuestiones aparecieron en distintos artículos publicados por el diario “La Nación” de Costa Rica (ver artículo del 25 de mayo de 1995, *Nexo tico en escándalo belga*, “La Nación Online”, y artículo del 13 de diciembre de 1995, *Polémico diplomático en la mira*, “La Nación Online”).

no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. Para la Corte, “el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”³⁴.

La Corte prestó especial atención a que el señor Herrera Ulloa fue sometido a un proceso penal que terminó con una sentencia condenatoria en la que el juez, aplicando el Código Penal de Costa Rica, sostuvo que la *exceptio veritatis* invocada por el querellado debía ser desechada porque éste no logró probar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos al señor Félix Przedborski, sino que sólo pudo demostrar que “el querellante fue cuestionado a nivel periodístico en Europa”. La Corte Interamericana entendió que ello significaba que el juzgador costarricense no aceptó la excepción mencionada porque el periodista no había probado la veracidad de los hechos indicados en las publicaciones europeas. Para la Corte, esa exigencia “entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención”³⁵ toda vez que “produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad”³⁶.

En definitiva, la Corte entendió que Costa Rica violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa, dado que la restricción al ejercicio de este derecho sufrida por el mencionado periodista excede el marco contenido en dicho artículo³⁷.

Es importante destacar el impacto de esta decisión en la jurisdicción interna, ya que una vez notificada la decisión de la Corte IDH, el Tribunal

³⁴ Caso “Herrera Ulloa”, párrs. 128-129.

³⁵ *Ibidem*, párr. 132.

³⁶ *Ibidem*, párr. 133.

³⁷ El presidente de la Corte, juez Sergio García Ramírez, emitió un voto concurrente razonado que amplía notoriamente el argumento sobre la inconveniencia de la sanción penal en este caso.

libertad de expresión: avances y desafíos

costarricense que había impuesto la condena penal decidió revocarla, junto a sus efectos, para dar cumplimiento a la decisión internacional³⁸.

El segundo caso sobre la misma materia es el caso “Canese”³⁹.

Ricardo Canese fue procesado y condenado por el delito de difamación como consecuencia de expresiones formuladas en agosto de 1992 cuando era candidato presidencial en Paraguay. Sus declaraciones cuestionaban a otro candidato, Juan Carlos Wasmosy, como “prestanombre” de la familia del ex dictador Stroessner en la empresa CONEMPA. Algunos de los socios de la empresa presentaron una querrela criminal en contra de Canese por delitos de calumnias e injurias. El señor Canese fue condenado en primera instancia el 22 de marzo de 1994. Apeló y la sentencia fue confirmada el 4 de noviembre de 1997, imponiéndosele una pena de dos meses de penitenciaría y una multa. Como consecuencia del proceso penal, fue sometido a restricciones de salida del país por más de 8 años. El 11 de diciembre de 2002, con posterioridad a la interposición de la demanda ante la Corte IDH, la Corte Suprema de Justicia acogió un recurso de revisión interpuesto por el señor Canese en el que anuló las sentencias en su contra. A este respecto, lo Corte IDH destacó en la sentencia la importancia de esta decisión de la Suprema Corte paraguaya pero hizo notar que “los hechos generadores de las violaciones alegadas se cometieron duran-

³⁸ La decisión fue la siguiente: “Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, a las once horas con cuarenta y tres minutos del veinticuatro de agosto del dos mil cuatro. Con motivo de la sentencia de 2 de junio de 2004 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este Tribunal resuelve: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 2 de junio del año en curso, dejó sin efecto en todos sus extremos –incluyendo los alcances que la misma tiene respecto de terceros–, la sentencia dictada por este Tribunal a las 14 horas del 12 de noviembre de 1999. En virtud de lo anterior, se ordena: a) cancelar la inscripción del juzgamiento del señor Mauricio Herrera Ulloa visible en el asiento #01, tomo #136, folio #395 del Registro y Archivo Judicial; b) dejar sin efecto el pago de trescientos mil colones que debía cancelar don Mauricio por la pena de multa impuesta; c) dejar sin efecto la orden de publicación del “Por Tanto” de dicha sentencia en el periódico La Nación, en la sección denominada “El País”; d) dejar sin efecto la orden de retiro, por parte del periódico La Nación, del enlace existente en La Nación Digital, que se encuentra en Internet entre el apellido Przedborski y los artículos querrelados; e) dejar sin efecto la orden impartida a La Nación para que estableciera una “liga” en La Nación Digital entre los artículos querrelados y la parte dispositiva de la sentencia; f) dejar sin efecto el pago de las costas procesales y personales; y g) dejar sin efecto el pago de sesenta millones de colones por concepto de daño moral causado. En relación a los puntos 5 a 13 de la parte dispositiva del fallo *supra* citado, por no ser resorte del tribunal su cumplimiento, deberán los interesados acudir a la vía correspondiente. Notifíquese. Lic. Elizabeth Tosi Vega, Lic. Omar White Ward y Lic. Marta Muñoz Delgado. Jueces de Juicio”.

³⁹ Corte IDH, caso “Ricardo Canese”, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

te el proceso penal seguido en contra de la presunta víctima hasta la emisión de la sentencia absolutoria el 11 de diciembre de 2002. La Corte debe recordar que la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional, aunque sólo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios. Una posible reparación posterior llevada a cabo en el derecho interno, no inhibe a la Comisión ni a la Corte para conocer un caso que ya se ha iniciado por supuestas violaciones a la Convención Americana, tal como el presente que se inició en el sistema interamericano en julio de 1998⁴⁰. Es por ello que la sola emisión de las mencionadas decisiones por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay en agosto y diciembre de 2002 no pueden ser consideradas por la Corte como elementos para dejar de conocer sobre las alegadas violaciones a la Convención Americana supuestamente ocurridas con anterioridad a su emisión⁴¹.

Al referirse al artículo 13 de la Convención, la Corte IDH repasó las dos dimensiones que engloba el derecho en cuestión y resaltó, una vez más, lo que he llamado el “estándar democrático”. Conectado con esto último, fue novedosa la valoración que hizo el Tribunal con relación a las expresiones vertidas durante períodos electorales, considerando que “en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión⁴². Además, la Corte IDH consideró que es indispensable que “se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos

⁴⁰ Cfr. caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, *supra* nota 2, párr. 75; y caso “Cinco Pensionistas”, Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, N° 98, párrs. 130-141.

⁴¹ Caso “Canese”, párr. 71.

⁴² Caso “Canese”, párr. 88

libertad de expresión: avances y desafíos

y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí⁴³. Sin duda que estas manifestaciones de la Corte en el caso “Canese” han aumentado en buena medida todo lo dicho hasta esta sentencia respecto de la vinculación de la libertad de expresión con la democracia.

Pero el análisis de los límites a las responsabilidades ulteriores es el punto principal de esta sentencia. La valoración que hizo la Corte IDH respecto del proceso penal y la sentencia contra Canese, entendiendo que habían sido violatorios de su libertad de expresión, vino a reforzar y consolidar la jurisprudencia que había empezado en el caso “Herrera Ulloa”.

En primer lugar, la Corte IDH hizo referencia a las restricciones permitidas en una sociedad democrática, para lo cual se valió del parámetro de “necesidad” elaborado en la OC-5. En segundo lugar, destacó el mayor margen de tolerancia que debe existir frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público⁴⁴ y conectado con ello, explicó que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas particulares que ejercen funciones de naturaleza pública deben gozar de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público. La consecuencia de ello fue insistir, como lo había hecho en la sentencia anterior, sobre el diferente umbral de protección que gozan ciertas personas, no por sus cualidades personales, sino por lo que pueden involucrar las manifestaciones que sobre ellas se hacen. La Corte IDH dijo claramente que “trátándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada”.

Sobre estas bases, la Corte IDH estimó que en el proceso contra el señor Canese los tribunales debieron tomar en consideración el contexto de campaña electoral en el cual se habían producido las declaraciones, “ponderando el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre

⁴³ Caso “Canese”, párr. 90.

⁴⁴ Caso “Canese”, párr. 97.

eduardo bertoni

temas de interés o preocupación pública”⁴⁵. Y a renglón seguido, la conclusión más importante: “El proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y la restricción para salir del país aplicada durante ocho años y casi cuatro meses, hechos que sustentan el presente caso, constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió la presunta víctima en el marco de la campaña electoral, respecto de otro candidato a la Presidencia de la República y sobre asuntos de interés público; así como también limitaron el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública y restringieron el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese de emitir sus opiniones durante el resto de la campaña electoral. De acuerdo con las circunstancias del presente caso, no existía un interés social imperativo que justificara la sanción penal, pues se limitó desproporcionadamente la libertad de pensamiento y de expresión de la presunta víctima sin tomar en consideración que sus declaraciones se referían a cuestiones de interés público. Lo anterior constituyó una restricción o limitación excesiva en una sociedad democrática al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Ricardo Canese, incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana (...) Asimismo, el Tribunal considera que, en este caso, el proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años y casi cuatro meses constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese. Al respecto, después de ser condenado penalmente, el señor Canese fue despedido del medio de comunicación en el cual trabajaba y durante un período no publicó sus artículos en ningún otro diario”⁴⁶.

Estas dos sentencias de la Corte IDH me permiten resaltar que ésta ha comenzado a delinear, tanto en el caso “Herrera Ulloa” –a través del voto concurrente del Presidente– como en el presente caso “Canese”, el argumento que pone en duda la utilización del derecho penal para imponer responsabilidades ulteriores compatibles con la Convención.

El presidente de la Corte se preguntó en su voto en el caso “Herrera Ulloa”: “... si es necesario y conveniente, para la adecuada solución de fondo del problema (...) recurrir a la solución penal, o basta con prever responsabilidades de otro orden y poner en movimiento reacciones jurídicas de distinta naturaleza: administrativas y civiles, por ejemplo...”. Esta pregunta, la siguió con una contundente apreciación teórica: “es preciso recordar que, en general –y salvo rezagos históricos y tentaciones autori-

⁴⁵ Caso “Canese”, párr. 105.

⁴⁶ Caso “Canese”, párrs. 106-107.

libertad de expresión: avances y desafíos

tarias, que no son pocas ni se hallan en receso–, prevalece la corriente favorable al denominado derecho penal “mínimo”, es decir, al empleo moderado, restrictivo, marginal del aparato punitivo, reservado precisamente para aquellos casos en que es imposible o francamente inadecuado optar por soluciones menos abrumadoras. El aparato penal constituye la herramienta más severa con que cuenta el Estado –la sociedad, mejor todavía–, en el despliegue de su monopolio de la fuerza, para enfrentar conductas que atentan gravemente –muy gravemente– contra la vida de la comunidad y los derechos primordiales de sus integrantes⁴⁷. Estas sugerencias formuladas en el citado voto concurrente aparecen reflejadas –aunque no con igual claridad– en la sentencia del caso “Canese”: “corresponde al Tribunal determinar si, en este caso, la aplicación de responsabilidades penales ulteriores respecto del supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión a través de declaraciones relativas a asuntos de interés público, puede considerarse que cumple con el requisito de necesidad en una sociedad democrática. Al respecto, es preciso recordar que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita⁴⁸. La pregunta en ambos casos es idéntica, y la apreciación teórica que le sigue es similar: la aplicación del derecho penal, en estos casos, resultaría inadecuada.

Finalmente, es posible extraer algo más de ambas sentencias: no sólo la sanción penal puede constituir una responsabilidad ulterior indebida en los términos del artículo 13 de la Convención, sino que el proceso penal en sí mismo, en éstos casos, puede ser considerado igualmente una violación. Nótese que antes de comenzar el análisis jurídico de la cuestión, la Corte IDH dijo que debía determinar “si el Paraguay restringió o no indebidamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Ricardo Canese, como consecuencia *del procedimiento penal*, de las sanciones penales y civiles impuestas, así como de las restricciones para salir del país a las que se vio sometido durante ocho años y casi cuatro meses⁴⁹. Y al decidir, dijo que “*el proceso penal*, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y la restricción para salir del país (...) constituyeron una sanción innecesaria”. La Corte IDH bien pudiera haberse referido sólo a la condena, pero no lo hizo: destacó todos los momentos procesales como violaciones a la libertad de expresión de Ricardo Canese⁵⁰.

⁴⁷ Caso “Herrera Ulloa”, voto concurrente de Sergio García Ramírez, párrs. 14-15.

⁴⁸ Caso “Canese”, párr. 104.

⁴⁹ Caso “Canese”, párr. 76.

⁵⁰ No existe en el sistema interamericano jurisprudencia que hubiera tratado un caso individual donde los hechos constitutivos de la violación fueran un proceso penal

En el año 2005, la Corte Interamericana dicta sentencia en un nuevo caso, el caso "Palamara"⁵¹. En lo que se refiere a la violación del artículo 13 de la Convención, sintéticamente la Corte tenía que decidir dos cuestiones: 1) Si la prohibición de censura previa que trae el artículo 13.2 tiene sólo la limitación del 13.4; y 2) Si los delitos de desacato son incompatibles con el artículo 13. Los argumentos de la Corte responden a esas dos cuestiones.

Respecto del primer punto, en esta sentencia la Corte esquivó decir claramente que la censura previa es permitida únicamente bajo los supuestos del inciso 4 del artículo 13⁵². Como se dijo más arriba, esto era

sin condena. Sin embargo, es importante tener presente que la CIDH decidió la admisibilidad de un caso en esas condiciones (Inf. N° 71/02, "Santander Tristán Donoso v. Panamá", 24 de octubre de 2002). La CIDH entendió que, en el caso, "el Estado no ha alegado las razones por las cuales el proceso penal que se adelanta en contra del señor Tristán Donoso por los delitos de calumnias e injurias es el recurso *adecuado y eficaz* para remediar la violación alegada del artículo 13 de la Convención". En consecuencia, decidió admitir la petición.

⁵¹ Corte IDH, "Caso Humberto Palamara Iribarne v. Chile", Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Tal como se desprende de la propia sentencia, los hechos del caso se reflejan en los expuestos por la CIDH al demandar al Estado chileno: "La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte declare que el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 21 (Derecho a la Propiedad Privada) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derechos Interno) de la misma, en perjuicio del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne. Los hechos expuestos en la demanda se refieren a la supuesta prohibición, en marzo de 1993, de la publicación del libro del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne, titulado *Ética y servicios de inteligencia*, 'en el cual abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos'; la presunta incautación de los ejemplares del libro, los originales del texto, un disco que contenía el texto íntegro y la matricería electrostática de la publicación, todo efectuado en la sede de la imprenta donde se publicaba el libro; así como la supuesta eliminación del texto íntegro del libro del disco duro de la computadora personal que se encontraba en el domicilio del señor Palamara Iribarne, y a la incautación de los libros que se encontraban en dicho domicilio. Según lo indicado por la Comisión 'el señor Palamara Iribarne, oficial retirado de la Armada chilena, se desempeñaba en el momento de los hechos como funcionario civil de la Armada de Chile en la ciudad de Punta Arenas'. La Comisión indicó que al señor Palamara Iribarne 'lo sometieron a un proceso por dos delitos de desobediencia y fue condenado por ello', y 'dio una conferencia de prensa producto de la cual fue procesado y en definitiva condenado por el delito de desacato'" (párr. 2 de la sentencia).

⁵² Dijo en cambio cuestiones importantes que seguramente tendrán impacto en futuras decisiones. Por ejemplo, en los párrs. 72-73 afirmó:

"72. Tal como ha establecido la Corte, 'la expresión y la difusión del pensamiento

libertad de expresión: avances y desafíos

lo establecido en el caso “La última tentación de Cristo”. “Palamara” es un caso fácticamente más complejo para dilucidar los límites a la censura previa. Desde la lógica más elemental, si un militar adquiere conocimiento de ciertos secretos que realmente hacen a la seguridad nacional y decide publicarlos, parece claro que el Estado debería tener la potestad de impedirlo, no sólo sancionarlo después. Por ejemplo, si durante un conflicto armado, un militar decide publicar la ubicación de las tropas o los arsenales bélicos, es razonable que se le impida hacerlo. Sin embargo, la lectura que hasta “Palamara” había dado la Corte es que la censura previa es sólo admitida para los casos del inciso 4, por lo que la situación del militar planteado quedaría fuera.

La Corte en “Palamara” dijo que no analizaba si había o no confidencialidad que Palamara debía guardar, porque se demostró que su libro era de interés público y además no se basaba en cuestiones que Palamara había adquirido en razón de su cargo en la marina. La pregunta es entonces, ¿qué hubiera pasado si esa no era la situación? ¿Hubiera sido posible la censura previa? Mi opinión es que aun cuando la Corte puede confundir al decir que no analiza la cuestión del deber de confidencialidad (en realidad, si no se puede censurar aun en esos casos el comentario de la Corte confunde al lector), la respuesta está en las palabras de la Corte cuando afirma que la violación del deber de confidencialidad puede acarrear responsabilidades posteriores pero en ningún lugar hace referencia a la posibilidad de restricción o censura previa⁵³.

son indivisibles’, por lo que para garantizar efectivamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión el Estado no puede limitar indebidamente el derecho a difundir las ideas y opiniones.

73. En el presente caso, para que el Estado garantizara efectivamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Palamara Iribarne no bastaba con que permitiera que escribiera sus ideas y opiniones, sino que tal protección comprendía el deber de no restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que éstos pudieran recibir tal información”.

⁵³ Caso “Palamara”, párr. 77: “El Tribunal entiende que puede ocurrir que los empleados o funcionarios de una institución tengan el deber de guardar confidencialidad sobre cierta información a la que tienen acceso en ejercicio de sus funciones, cuando el contenido de dicha información se encuentre cubierto por el referido deber. El deber de confidencialidad no abarca a la información relativa a la institución o a las funciones que ésta realiza cuando se hubiere hecho pública. Sin embargo, en ciertos casos, el incumplimiento del deber de confidencialidad puede generar responsabilidades administrativas, civiles o disciplinarias. En el presente caso no se analizará el contenido del deber de confidencialidad debido a que ha quedado demostrado que para escribir el libro *Ética y servicios de inteligencia* el señor Palamara Iribarne había utilizado información proveniente de ‘fuentes abiertas’” (*supra* párr. 63.23).

Respecto de los delitos de desacato, también la Corte da en “Palamara” una interpretación final positiva y acorde con lo que venía sosteniendo la CIDH desde 1994⁵⁴. Al leer la decisión, se advierte que constantemente la Corte hace referencia “al presente caso” y a la “desproporción” de la reacción estatal. Hasta allí, los argumentos de condena por violación al artículo 13 de la Convención siguen la línea de “Canese” y “Herrera Ulloa”, incluso con la cuestión del diferente umbral a aplicar en los casos de expresiones sobre interés público. Hasta el párrafo 88 de la sentencia de la Corte, nada nuevo bajo el sol. Pero a partir de párrafo 89⁵⁵, la Corte gira un poco su línea argumental y termina pidiendo a Chile la derogación del delito de desacato que queda subsistente en la legislación. Culmina en el párrafo 95 con la oración más clara que trae el fallo: “Asimismo, al haber

⁵⁴ Ver *supra* nota 3.

⁵⁵ Los párrafos que me parecen más relevantes son los siguientes:

“88. La Corte estima que en el presente caso, a través de la aplicación del delito de desacato, se utilizó la persecución penal de una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática, por lo cual se privó al señor Palamara Iribarne del ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en relación con las opiniones críticas que tenía respecto de asuntos que le afectaban directamente y guardaban directa relación con la forma en que las autoridades de la justicia militar cumplían con sus funciones públicas en los procesos a los que se vio sometido. La Corte considera que la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (...)

92. La Corte nota con preocupación que, a pesar del valioso aporte de la reforma legislativa, se conserva en el artículo 264 del Código Penal reformado un tipo penal de ‘amenaza’ a las mismas autoridades que constituían, con anterioridad a la reforma de dicho Código, el sujeto pasivo del delito de desacato. De esta manera se contempla en el Código Penal una descripción que es ambigua y no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean penalizadas indebidamente a través del tipo penal de amenazas. Por ello, si decide conservar dicha norma, el Estado debe precisar de qué tipo de amenazas se trata, de forma tal que no se reprima la libertad de pensamiento y de expresión de opiniones válidas y legítimas o cualesquiera inconformidades y protestas respecto de la actuación de los órganos públicos y sus integrantes.

93. Además, este Tribunal observa que la modificación legislativa establecida por medio de la ley 20.048 no abarcó todas las normas que contemplan el delito de desacato, ya que se conserva su tipificación en el Código de Justicia Militar. De esta forma se continúan estableciendo sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros y se contempla una protección mayor a las instituciones militares y sus miembros de la que no gozan las instituciones civiles en una sociedad democrática, lo cual no es compatible con el artículo 13 de la Convención Americana”.

libertad de expresión: avances y desafíos

incluido en su ordenamiento interno *normas sobre desacato contrarias al artículo 13 de la Convención*, algunas aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención” (destacado agregado).

Para concluir: nótese que el incumplimiento del artículo 2 de la Convención no se encontró ni en “Canese” ni en “Herrera Ulloa”. ¿Cuál es la diferencia? Una respuesta posible es la siguiente: tanto en “Canese” como en “Herrera Ulloa”, se ventilaban cuestiones referidas a delitos de calumnias, injurias, o dicho de manera genérica, de difamación tipificada penalmente. La Corte no encontró que esas leyes fueran contrarias al artículo 13 de la Convención, sin perjuicio de que la violación había sido consecuencia de su desproporcionada aplicación y sin perjuicio de los argumentos vertidos especialmente por el presidente de la Corte en “Herrera Ulloa” que se explicó más arriba. En “Palamara” el tipo penal es el de desacato, y aquí sí, la Corte sin ninguna duda pidió su derogación.

V. Conclusiones

El período 1994-2004 tiene un saldo positivo en lo referido a interpretación del derecho a la libertad de expresión por parte de los órganos del sistema interamericano.

Como he explicado más arriba, con anterioridad a 1994, la jurisprudencia del sistema era escasa. Aunque el impacto de la OC-5 en las recomendaciones de la CIDH fue indudable, sólo aquella opinión consultiva conformaba la jurisprudencia de la Corte IDH. Pero desde 1994, hay una suerte de evolución que no había ocurrido en los 10 años anteriores.

En 1995, la CIDH publicó el informe sobre la incompatibilidad de los delitos de desacato con la libertad de expresión. A partir de allí, aumentaron las recomendaciones en casos individuales sobre libertad de expresión tratados por la Comisión. En 1997, se creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, que comenzó a funcionar a finales de 1998. Desde ese momento, el sistema cuenta con los informes de esa Relatoría, tanto generales como específicos (ya sea por países o por temas). En el año 2000, la CIDH aprobó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, que se está asentando como una guía interpretativa en el sistema interamericano.

En febrero de 2001, la Corte decide los primeros casos donde la libertad de expresión era el centro de la discusión. Temas como la prohibición de censura previa y la evaluación de medios indirectos violatorios de la libertad de expresión quedan impresos en la interpretación que se dio al artículo 13 de la Convención. Y, finalmente, en 2004, la Corte decidió otros dos casos, en los cuales el foco de atención fue la interpretación de la imposición de responsabilidades ulteriores de índole penal a expresiones de interés público, resolviendo que en esos casos se había violado la libertad de expresión.

Para completar el balance, es necesario revisar también la situación en cuanto a las modificaciones de la legislación o prácticas judiciales que han operado a nivel del derecho interno de los Estados. Tomemos, por ejemplo, el delito de desacato: más allá de la importancia de la decisión de la Corte en el caso “Palamara” antes descrito, a partir de 1994, varios países han derogado el delito de desacato de su legislación, comenzando por Argentina. Las leyes de difamación criminal cuando son utilizadas de igual modo que el delito de desacato, también están siendo discutidas: existen proyectos al respecto en Argentina, Costa Rica, y en 2004 El Salvador modificó su Código Penal en este sentido. Por supuesto que hay todavía países que mantienen en su legislación el delito de desacato, o que se siguen utilizando los delitos de calumnias, injurias o difamación para los mismos fines. Pero en esta última década se ha instalado una discusión que antes no existía, y los logros en muchos Estados ya están plasmados en sus leyes o decisiones judiciales.

Otro ejemplo es la vinculación del derecho al acceso a la información pública con el ejercicio de la libertad de expresión en su dimensión colectiva. La CIDH a través de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, ha dado especial tratamiento y recomendaciones generales sobre esta cuestión⁵⁶. A partir del año 2002 se han acelerado las reformas legislativas en ese sentido, y son varios los países que han adoptado legislación específica. En materia de jurisprudencia de la Corte, es importante notar que al momento de escribir este artículo, el máximo Tribunal Interamericano conocerá un caso específicamente sobre la posible violación a este derecho⁵⁷. Esta decisión de la Corte ampliará aún más su jurisprudencia en materia de libertad de expresión.

Los cambios producidos en esta década son notables, pero es necesario consolidarlos y profundizarlos. En muchos de nuestros países pervive una fuerte cultura autoritaria que no admite la pluralidad en las discusiones y el debate abierto y desinhibido. También una cultura de “secretismo” flota en el aire de las administraciones públicas. La libertad de expresión estará afianzada en nuestro hemisferio cuando esas prácticas se destierren. Las leyes y las decisiones judiciales respetuosas de los estándares internacionales pueden contribuir a ese proceso o pueden estar demostrando que ese proceso se está dando. Propongo entonces que hagamos un nuevo balance de lo sucedido durante la década que enfrentamos para ver los resultados.

⁵⁶ Relatoría para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Información Pública en las Américas, 2004.

⁵⁷ Ver *First Freedom of Information Case Reaches Americas' Court*, comunicado de prensa de Open Society Justice Initiative, Nueva York, 14 de julio de 2005. Texto del comunicado con resumen del caso en www.justiceinitiative.org/regions/lam.

El derecho a la libertad de expresión y las convenciones internacionales sobre derechos humanos: algunas asignaturas pendientes

Santiago Felgueras

La libertad de expresión es parte integrante de cualquier concepción de democracia, de tal suerte que un sistema democrático de gobierno no puede funcionar si no se garantiza suficientemente la libertad de expresarse libremente. Por otra parte, los frecuentes e inevitables conflictos y tensiones que genera el ejercicio serio y comprometido del periodismo y de la ciudadanía, llevan a permanentes vaivenes en esta área, por lo que los límites a la capacidad de expresarse libremente son frecuentemente puestos a prueba, por acción u omisión, por los actores en el debate público y por las agencias encargadas de hacer cumplir con los límites legalmente establecidos a este derecho. Los recurrentes y trágicos golpes de Estado que se sucedieron en nuestro país entre los años 1930 y 1983 impidieron que generaciones enteras participaran y se familiarizaran tanto con las instituciones democráticas, como con esa constante generación y resolución de conflictos provocados por el ejercicio de la libertad de expresión. Así las cosas, cuando las instituciones constitucionales tomaron nueva fuerza tras la caída del cruento gobierno militar de 1976-1983, había mucho camino por recorrer en esta área, camino que debía andarse de la mano de una población –incluyendo aquí a sus periodistas, jueces y dirigentes– que no había sido beneficiada por la práctica continuada de la democracia y del debate público. Es precisamente en ese momento histórico cuando se ratifican los principales pactos internacionales sobre derechos humanos, cuya influencia será materia de discusión en este trabajo.

Formular consideraciones acerca de las consecuencias que las convenciones sobre derechos humanos han tenido sobre las cuestiones vinculadas al derecho a la libertad de expresión, y sobre el camino que resta por recorrer a los fines de compatibilizar el sistema jurídico interno con dichas convenciones, configura una tarea extensa, acaso inagotable. En esta breve contribución sólo me referiré a algunas de las cuestiones que surgen en este campo. La selección de los temas que incluiré en este trabajo refleja las áreas en las que la aplicación de las convenciones puede tener efectos más inmediatos y eficaces, pero no debe verse en esta selección un

santiago felgueras

juicio de valor sobre la importancia de algunas de las cuestiones que quedarán excluidas de ella. Por el contrario, algunos de los problemas actualmente más acuciantes en nuestro país en materia de libertad de expresión no serán tratados en este trabajo, debido a que no existen al respecto estándares internacionales suficientemente precisos, por lo que es dudoso que puedan tener una incidencia directa en su solución. Es así que en este trabajo sólo me ocuparé de las cuestiones vinculadas con la existencia de tipos penales que incriminan las calumnias y las injurias; con la falta de reglamentación del derecho de réplica; y con la admisión de la censura previa judicial.

Entre las cuestiones que no serán tratadas en este trabajo, algunas merecen, al menos, una breve mención, a fin de que las tres cuestiones de las que me ocuparé no queden desprovistas por completo del escenario en el que están insertas.

En primer lugar, es necesario señalar los graves problemas que representa para la libertad de expresión la distribución discrecional de publicidad oficial. Si bien ésta es una cuestión de difícil solución para las cortes de justicia, no lo es tanto para el poder legislativo, como bien surge implícitamente del cuestionable voto mayoritario de la Corte Suprema en el caso “Emisiones Platenses”¹. Es, precisamente, la decisión de esa previsible mayoría, la que desalentó el recurso a la vía judicial con el fin de objetar la difundida práctica de otorgar publicidad oficial en forma desigual a los distintos medios de comunicación, en muchos casos siguiendo criterios contrarios a la Constitución nacional. En dicha sentencia, la mayoría de la Corte Suprema reclamó la prueba judicial de una intención discriminatoria o impropia por parte de la administración, a los fines de dejar sin efecto la decisión de conceder la totalidad de la publicidad oficial en medios gráficos a uno sólo de los dos diarios que se editaban en la ciudad de La Plata². Con esta decisión, reservó dicha vía sólo para aquellos raros casos en los que dicha prueba judicial está disponible³, dejando a salvo del con-

¹ CSJN, “Emisiones Platenses S. A. s/acción de amparo” del 12 de junio de 1997, *Fallos*: 320:1121.

² La situación fáctica que trató la Corte Suprema en ese caso fue descrita del siguiente modo por el voto de minoría: “... se encuentra fuera de discusión que en la ciudad de La Plata se editan solamente dos periódicos, ‘El Día’ y ‘Hoy en la noticia’; que la publicidad de la comuna se adjudica sólo al primero; que el procedimiento escogido para la contratación es la compra directa –modalidad a la que autoriza el art. 156 inc. 4º de la ley orgánica de las municipalidades local– y, por último, que la actora realizó gestiones de distinta índole para obtener parte de aquella publicidad, sin alcanzar resultado favorable” (del voto en disidencia de Fayt, Petracchi y Bossert, cons. 8). Debe agregarse que el diario que recibía publicidad oficial era el de mayor tirada.

³ Como sucede tantas veces en nuestro país, la realidad, especialmente la realidad política, avanza más allá de cualquier pronóstico, aun de los que auguran peores futu-

libertad de expresión: asignaturas pendientes

trol judicial al grueso de las decisiones de este tipo⁴. Si bien en estos momentos está a estudio de la Corte Suprema de Justicia un recurso contra la provincia de Neuquén por la desigual distribución de la publicidad oficial⁵, es probable que sea necesario mucho más que una sentencia de la Corte Suprema para encauzar un problema tan complejo. Especialmente, si no se cuenta con el debido espíritu democrático de parte de quienes tienen en su poder la facultad de comprar espacios para publicidad oficial, poder que está distribuido en muchas manos (gobierno nacional, gobiernos provinciales, intendentes, etc.)⁶. Sobre este punto, no es

ros. Los comentaristas de la sentencia de la Corte en “Emisiones Platenses” consideraron, en general, que el estándar probatorio sostenido por el voto de mayoría (para aceptar la revisión judicial de las decisiones de la administración en materia de publicidad oficial era necesario probar su arbitrariedad o directamente la intención discriminatoria de la administración) era de prueba imposible o raramente disponible. Sin embargo, esas pruebas que se anunciaban imposibles hoy vienen mansamente a nuestro encuentro mediante la simple lectura de los diarios.

⁴ En rigor, la distinta valoración de la situación de hecho y de la importancia de la distribución de la publicidad oficial llevó a la mayoría y a la minoría de la Corte Suprema a disentir en el nivel de exigencia que se impondría a las decisiones administrativas en sede judicial. Mientras que la mayoría se conformó con la mera razonabilidad (o no arbitrariedad) de la medida (que en el caso consideró satisfecha por el hecho de que el diario favorecido tenía una mayor tirada), la minoría reclamó “motivos suficientes que la justificasen”, y descartó que la mayor tirada, por sí misma, pudiera marginar por completo al segundo diario en circulación de toda publicidad oficial (cons. 21). Sin embargo, el tono y los términos utilizados en uno y otro voto marcan claras diferencias, en tanto mientras que la mayoría claramente tendió a dejar a salvo del control judicial las decisiones públicas sobre publicidad oficial, la minoría pareció preocupada por este tema, e intentó –aunque posiblemente en forma algo precaria– establecer criterios compatibles con la libertad de expresión.

⁵ Causa “Editorial Río Negro S. A. c/Neuquén, Pcia. del s/amparo”, en la cual la Corte Suprema ya ha rechazado por unanimidad un pedido de medida cautelar con fecha 4 de julio de 2003, y está pendiente de resolución el fondo del asunto. En esta causa, sin embargo, el diario alega tener pruebas sobre los motivos impermisibles que llevaron al retiro de la publicidad oficial, por lo que, según la posición del diario, el caso podría resolverse favorablemente sin modificar el estándar establecido en “Emisiones Platenses” (aunque a nadie escapa que son pocos los jueces de aquella mayoría que permanecen en la Corte Suprema). Existe también una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por este caso.

⁶ Es este un problema de mayores dimensiones, vinculado con la ausencia de una cultura política que resguarde a los medios de comunicación de las presiones que, por distintas vías, ejercen los poderes políticos sobre ellos. La misma crítica deberían formularse a sí mismos los medios de comunicación que, en algunos casos, aceptan e incluso favorecen prácticas o relaciones con el poder político (o con funcionarios individuales) que son incompatibles con la función que los medios de comunicación deben cumplir en la sociedad.

claro cuánto pueda aportar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tanto, si bien en el sistema interamericano existen algunos hechos alentadores que servirán de indudable guía para las autoridades nacionales⁷, no hay, por el momento, decisiones al respecto, a pesar de la larga historia de abusos en esta área que se registra en el continente.

En segundo lugar, es necesario señalar que la concentración de la propiedad de los medios de comunicación ha generado un evidente obstáculo para que voces minoritarias, o con un discurso diferente del que se propaga habitualmente, accedan en condiciones razonables al debate público⁸. A esto se agrega la cada vez más frecuente participación accionaria en los medios de comunicación de capitales vinculados prioritariamente con otras actividades comerciales. Es evidente que, en estas condiciones, en un país de pequeña escala como lo es Argentina, la posibilidad de que exista un debate público rico y diverso será cada más azarosa e improbable. Muestra de ello son las dificultades que han tenido los sectores sumidos en la más absoluta pobreza para hacer oír su voz y sus justos reclamos, cosa que en general sólo logran mediante acciones que el poder judicial viene mayoritariamente considerando como delictivas. Más allá de los dilemas y las paradojas sociales y legales que presentan los piquetes y los cortes de ruta⁹, es evidente que ellos son emergentes de una situación económica y social desesperada, que los medios de comunica-

⁷ En este sentido, merece mencionarse el Principio 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de octubre de 2000: "La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión". Este principio coincide y amplía lo que establece el punto 7 de la Declaración de Chapultepec (formulada en la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión, realizada en México D. F., el 11 de marzo de 1994).

⁸ Al respecto es interesante señalar la existencia de un capítulo sobre este tema en el último informe del relator especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2004, capítulo V).

⁹ La repetida y sostenida reacción penal contra estas manifestaciones de los sectores más pobres y desamparados presenta múltiples cuestiones legales, respecto de las cuales no es claro cuánto pueden aportar los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

libertad de expresión: asignaturas pendientes

ción no han sabido mantener viva en el debate público. Quizá con una mayor y mejor pluralidad de voces, y una más justa distribución de la capacidad de instalar temas en la agenda pública, algunos de estos problemas podrían, al menos, volverse menos acuciantes.

Por último, no puede dejar de señalarse las múltiples cuestiones que suscita una antigua y autoritaria ley de radiodifusión, que, sin entrar a considerarla pormenorizadamente, establece criterios incompatibles con la radiodifusión en un sistema democrático, y ha originado, en los hechos, una amplia discrecionalidad en su aplicación, que en líneas generales no ha sido utilizada en forma virtuosa. Esto, naturalmente, conspira contra la independencia de los medios de comunicación radiofónicos respecto del poder político.

I. Introducción

La entrada en vigor para Argentina de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos coincidió con el retorno de la democracia tras la dictadura de 1976-1983. En los primeros años posteriores al retorno de la democracia, tanto la Corte Suprema como los demás poderes del Estado actuaron en el ámbito de las libertades públicas con conciencia (o esperanza) de que se inauguraba una nueva era, signada por la ausencia de golpes de Estado y por la continuidad de las instituciones. Más allá de las muchas y muy justificadas críticas que pueden hacerse al rumbo que ha seguido en estas últimas décadas nuestro sistema político e institucional, esa esperanza primera y elemental fue afortunadamente satisfecha. Es así que muchos de los primeros fallos sobre libertades públicas y derechos esenciales de las personas tomaron la forma y la estructura de las decisiones fundacionales. Si esto es cierto respecto de muchos derechos humanos, es especialmente visible en el ámbito de la libertad de expresión, que fue una de las libertades civiles restringidas con mayor frecuencia y profundidad durante los gobiernos surgidos de los sucesivos golpes de estados.

Resulta imposible, al menos para mí, discernir cuál fue el papel que jugaron en esos primeros años los tratados internacionales, en tanto en muchas cuestiones la doctrina de la Corte Suprema se orientó, según lo ha hecho tradicionalmente, hacia la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Es así que si bien los tratados aparecen citados en muchas de estas decisiones, no parecen integrar el núcleo del fallo, ni ser la fuente normativa principal sobre la que se basan las decisiones. Por otra parte, el sistema interamericano no había generado, en esos primeros años, criterios precisos y operativos sobre estos temas, mientras que los casos del sistema universal basado en el protocolo facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos rara vez son citados por nuestros tribunales.

Con algunas excepciones, tampoco los otros poderes del Estado pare-

santiago felgueras

cieron encaminar sus actos hacia la plena eficacia de los tratados en este tema. Sólo por mencionar algunos ejemplos: nunca se dictó la ley reglamentaria del derecho de réplica; tampoco se dictó una ley que prohibiera la propaganda a favor de la guerra; continúa vigente sin mayores modificaciones la Ley de Radiodifusión (ley 22.285), que tiene disposiciones incompatibles con la radiodifusión de un sistema democrático; a más de veinte años de la restauración del sistema democrático de gobierno, el acceso a la información de interés público, aun la que está en poder del Estado, es, para utilizar un calificativo esperanzador, incierto, etcétera.

Sin perjuicio de ello, los avances en esta materia durante este período son indudables. La vigencia prolongada del sistema democrático de gobierno permitió ir lentamente perfeccionando algunas de las iniciativas y medidas que en el ámbito de los tres poderes del Estado se tomaron para abandonar regulaciones sólo compatibles con regímenes dictatoriales y adoptar un sistema de regulación de las comunicaciones y de la libertad de opinión y de expresión más compatible con una república democrática. Las escuetas pero claras previsiones de nuestra Constitución histórica en materia de libertad de expresión, junto con la permanente influencia de la jurisprudencia estadounidense, parecieron guiar este primer período. Las disposiciones de los tratados internacionales completaron lagunas que los textos históricos presentaban, y vinieron a complementar el sistema constitucional argentino.

Sin embargo, resulta interesante señalar aquí que la sociedad civil, y muy especialmente los medios de prensa y los grupos que se interesaron por estas cuestiones, han tenido hasta el presente una conducta reactiva respecto de los problemas que existen en nuestro país en torno a la libertad de expresión. En general, las cuestiones han sido abordadas a medida que se volvían acuciantes, sin que se advierta una agenda clara a favor de un mejor funcionamiento del debate público por parte de los actores políticos y ciudadanos. De este modo, la estrategia comunicacional de cada gobierno ha ido presentando diversas dificultades y problemas a los medios de prensa¹⁰, cuya solución conformó, de hecho, la agenda sobre

¹⁰ Sólo a título ilustrativo, pueden señalarse, entre otros, la concentración de medios en poder del Estado y los frecuentes llamados de funcionarios públicos en una primera etapa, el recurso a las querrelas criminales contra los críticos en una segunda etapa y a la entrega de al menos algunos medios de comunicación a grupos económicos afines –para decirlo con alguna elegancia– o con relevantes relaciones comerciales con el Estado, a los actuales problemas relacionados con la distribución de publicidad oficial, la ausencia de conferencias de prensa y el trato discriminatorio hacia algunos medios de prensa. Cada período generó reacciones, que llevaron, entre otras cosas, a la privatización de los canales de televisión y de numerosos radios, a la derogación del delito de desacato, a la adopción jurisprudencial de las doctrinas de la real malicia y del reporte neutral, etcétera.

libertad de expresión: asignaturas pendientes

el tema, no sólo del gobierno sino también de los medios de prensa y de la oposición. Es así que muchas cuestiones esenciales referidas a estos temas no han sido abordadas en forma decidida y con seriedad simplemente porque se ha podido convivir con ellas¹¹. Es evidente que resulta necesario un cambio de actitud de los medios de prensa, de los actores sociales que se ocupan de estas cuestiones y de la comunidad política, para abordar los muchos y muy serios problemas que tiene nuestro país en esta área. Si la tarea de fijar una agenda abarcativa sobre estos temas no se toma con seriedad, continuaremos obteniendo avances parciales, en muchos casos aislados, y en general reactivos a problemas concretos, que frecuentemente permiten un reajuste a las nuevas reglas del juego de los actores que se oponen a un debate más abierto y desinhibido, con lo que lograremos mejores y más civilizadas formas, pero similares resultados.

A partir del cambio de jurisprudencia que realizó la Corte Suprema en el conocido caso "Ekmekdjian c/Sofovich"¹² fallado en el año 1992, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pasó a tener un papel más relevante en la jurisprudencia argentina¹³. Esto llevó a que las nor-

¹¹ Para decirlo con más propiedad, los medios de prensa han podido convivir con ellas. Un ejemplo de esto es que sólo a 20 años de recuperada la democracia se instaló en la agenda pública la cuestión referida al acceso a la información pública. Durante todos estos años, existió la misma necesidad que existe ahora respecto del conocimiento de esta información. Sin embargo, la cuestión permaneció fuera de las prioridades simplemente porque los medios de prensa podían realizar su tarea sin esa ley, aunque a nadie escapa que hubieran podido realizar una tarea mejor si hubiesen contado con dicha información durante estas dos décadas. Lo mismo cabe señalar respecto de la distribución de la publicidad oficial, del acceso al debate público de los grupos más desaventajados, de la concentración excesiva de medios de comunicación, de la propiedad de licencias de radio y televisión por parte de empresas cuyos emprendimientos principales no son comunicacionales, y de tantas otras cuestiones que no son abordadas con la seriedad y la prontitud que merecen.

¹² Fallos: 315:1492 (1992).

¹³ Resultó particularmente relevante el cambio de criterio que adoptó la Corte Suprema respecto de la función del Poder Judicial. En palabras de la Corte: "Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y *previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente*" (Corte Suprema, causa "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y Ot.", del 7 de julio de 1992, cons. 19. El destacado no está en el original. Cfr. también, Corte Suprema, "Cafés La Virginia S. A.", del 13 de octubre de 1994, cons. 27 del voto de Boggiano).

mas internacionales sobre libertad de expresión (especialmente el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) comenzaron a ocupar un lugar de mayor importancia en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Este proceso fue robustecido cuando en la reforma constitucional de 1994 se les otorgó a algunos tratados e instrumentos sobre derechos humanos jerarquía constitucional. Más aún, el célebre giro “en las condiciones de su vigencia” que se incorporó en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional otorgó, de conformidad con la interpretación que de dicho pasaje hizo la Corte Suprema, un papel preponderante a la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos (papel que la Corte Suprema ya le había asignado en el mencionado caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”).

En forma más o menos simultánea con este desarrollo interno, la jurisprudencia internacional sobre libertad de expresión se acrecentó notablemente tanto en el sistema interamericano como en el sistema europeo.

En primer lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió, en un lapso inferior a un año, dos opiniones consultivas relacionadas con la materia (OC-5 y OC-7). Por otra parte, en la Opinión Consultiva 5 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó ver que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos serviría de guía en la interpretación del Pacto, en todas aquellas áreas del derecho a la libertad de expresión en las cuales los textos de ambas convenciones no difirieran significativamente. Esto llevó a que paulatinamente nuestros tribunales, en todas las instancias, comenzaran a mencionar fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es rica en esta materia. Por último, y ya más recientemente, la Corte Interamericana dictó sentencia sobre algunos casos relacionados con la libertad de expresión, que le permitieron ratificar los criterios generales que había establecido en la OC-5, y comenzar el largo camino de ir tomando posición frente a la variada y muy diversa gama de cuestiones que presenta este derecho.

II. Sanciones penales por difamación

La capacidad de la comunidad y de sus medios de prensa de opinar libre y críticamente sobre los funcionarios públicos y las figuras públicas, así como sobre las personas que se involucran en cuestiones de interés público, depende en buena medida de la fuerza con la que se proteja a la libertad de expresión en estas cuestiones. Regulaciones desfavorables para la libertad de expresión, así como regulaciones que no permiten prever razonablemente qué es lo que está permitido y qué es lo que está prohibido por la ley, terminan atemperando o aun suprimiendo las críticas y silenciando informaciones que, aunque podrían originar litigios, son de interés público y necesarias para la comunidad.

libertad de expresión: asignaturas pendientes

Es, por lo tanto, un área crucial para la salud y la vida de la democracia, a punto tal que no podría siquiera pensarse en la existencia de un sistema democrático de gobierno si no estuviera garantizada una férrea protección legal para los críticos de la conducta oficial, y aun de la conducta de las personas públicas o de aquellas que se involucran en cuestiones de interés general. Desde los primeros años posteriores a la Revolución de Mayo se dictaron normas que tendían a proteger la libertad de crítica al gobierno y a los funcionarios públicos. Sin embargo con anterioridad a 1983 fueron breves y escasos los períodos en los cuales podían formularse sin riesgos críticas severas a los funcionarios públicos, ya sea por la vigencia de criterios legales y jurisprudenciales que protegían insuficientemente a la libertad de expresión, o por la ruptura del orden institucional mediante el copamiento del poder estatal por parte de las fuerzas armadas, lo que ineludiblemente llevó a restricciones gravísimas de la libertad de expresión, que llegaron a expresarse con la clausura de medios de comunicación, la intervención lisa y llana de un diario o, más cruentamente, con la desaparición forzada de los periodistas críticos.

En los oscuros años de la dictadura de 1976-1983, el temor, las acciones directas del poder público y los delitos cometidos desde el poder político contra los opositores y críticos marcaron, de hecho, los límites a la crítica política. Aunque la jurisprudencia de estos años, dictada en su totalidad bajo la vigencia de un prolongadísimo estado de sitio, era claramente favorable a la supresión oficial de la crítica política, fue un estado de cosas y de terror lo que, en todo caso, marcó los límites de lo que podía decirse, para aquellos que hubieran querido decir otras cosas.

Fue a partir de 1983, en un contexto en el cual el debate público se despertaba lentamente a los tiempos democráticos, cuando el derecho y los tribunales comenzaron a hablar sobre la protección que recibiría la libertad de expresión y sobre los límites que se convalidarían jurisprudencialmente. Como decía anteriormente, la simultánea entrada en vigor de los tratados sobre derechos humanos impide saber a ciencia cierta cuánta influencia han tenido en esta primera época los instrumentos internacionales. Para decirlo de otro modo, es imposible para mí discernir si estos primeros fallos y decisiones sobre libertad de expresión habrían sido distintos si los tratados no hubieran estado en vigor. En todo caso, es indudable que la ratificación de los tratados fue una decisión política de mucha relevancia, que colaboró a generar un contexto político y social favorable para que los tribunales resolvieran los casos con criterios que tendían a proteger las libertades públicas.

La difusión de información relevante para la comunidad y la formulación de críticas al gobierno u otras instituciones de relevancia pública y a las personas que bajo una u otra forma se vinculan con asuntos de interés general, encuentra su límite y regulación legal en las normas que

regulan la difamación y las que protegen el derecho a la intimidad¹⁴. La difusión diaria de miles de datos, opiniones e informaciones sobre personas públicas y privadas genera una potencialidad de conflicto que ninguna otra área del derecho a la libertad de expresión iguala. Esto permite a los tribunales elaborar doctrinas que aborden en forma más o menos detallada las distintas hipótesis de conflicto que presentan esta clase de casos. Sin embargo, esto no garantiza una regulación judicial clara del derecho a la libertad de expresión. Por el contrario, la permanente aplicación de fórmulas ambiguas ha llevado a que haya áreas en las cuales es muy difícil predecir el alcance de las prohibiciones legales, aun cuando una significativa cantidad de sentencias hayan lidiado con esas cuestiones.

De conformidad con la legislación argentina, las restricciones existentes a la libertad de expresión pueden originar sanciones tanto civiles como penales. El sistema legal adoptado por nuestro país permite a quien inicia acciones con motivo de la afectación del derecho al honor optar en forma libre entre la iniciación de una querrela penal por calumnias o injurias o la iniciación de un juicio civil por daños, o ambas. Si en cambio lo que se afecta es el derecho a la intimidad, la única vía posible es una acción civil, ya que no existe un tipo penal que sancione estas conductas. A pesar de que en los juicios contra el honor la regulación legal es esencialmente similar en el Código Penal y en el Código Civil, el panorama jurisprudencial de ambos fueros, y sobre todo los resultados finales que esta clase de juicios arrojan en ambos fueros, son sustancialmente distintos.

Debido a la variedad y complejidad de las cuestiones que presenta la forma en que tramitan estos juicios en sede civil, resulta imposible en el breve espacio de este trabajo discutir las adecuadamente. Como consecuencia de ello, no me adentraré en estos terrenos. Sin embargo, considero oportuno señalar algunos de los criterios que campean en este fuero, que no parecen compatibles con el derecho a la libertad de expresión.

En primer lugar, dada la relativa libertad con la que se mueven los jueces de dicho fuero para identificar daños resarcibles, sin otra base que en el principio de que quien causa un daño debe repararlo (art. 1109 del Código Civil), se presentan numerosos casos en los que la causal del daño resulta innominada (v. gr., los dichos no configuran injurias, ni calumnias, ni

¹⁴ Si bien existen algunos casos en los que el conflicto judicial versa sobre otros criterios legales, tras la derogación del delito de desacato casi la totalidad de los casos judiciales referidos a la restricción del derecho de crítica y del derecho a difundir información de interés público toman la forma de juicios por violación al derecho al honor o a la intimidad. Aunque sería útil tomar nota de que los cada vez más frecuentes casos vinculados al derecho a la imagen parecen querer ganar un espacio considerable en este universo.

libertad de expresión: asignaturas pendientes

una intromisión en la vida privada, ni una violación al derecho a la imagen). Si bien en el marco general de la responsabilidad civil la mera constatación de un daño, asociado en forma causal a una conducta ilícita culpable, genera la obligación de reparar, cuando dicha reparación configura una restricción a los derechos humanos, pero muy especialmente cuando configura una restricción a la libertad de expresión, se encuentra vedado a los jueces crear jurisprudencialmente causales de restricción bajo el genérico axioma previsto en el artículo 1109 del Código Civil¹⁵.

En segundo lugar, es frecuente constatar una fuerte resistencia a la aplicación de la doctrina de la real malicia, a pesar de que dicha doctrina ha sido claramente adoptada por la Corte Suprema de Justicia. Se registran fallos en los que directamente se rechaza la aplicación de la doctrina, y otros en los que se intenta limitar indebidamente su aplicación recurriendo a argumentos incompatibles con ella. Se trata en verdad de intentos de acatar en lo formal la jurisprudencia de la Corte Suprema, para desnaturalizarla en su aplicación concreta. Todo esto conduce a la aplicación del sistema general de responsabilidad del Código Civil, que resulta inadecuado para regular un área como la de la libertad de expresión, que requiere de criterios más rígidos y previsible, a los fines de evitar la autocensura de los medios de comunicación.

Por último, también existe un criterio restrictivo y excesivamente conservador respecto de la determinación de los asuntos que serán considerados de interés público, y de las personas que serán catalogadas como figuras públicas, lo que reduce considerablemente la protección que el derecho a la libertad de expresión otorga.

En el área de las sanciones penales, mientras que son contadas y relativamente escasas las sanciones penales aplicadas contra periodistas y contra particulares desde 1983 hasta la fecha (y casi inexistentes los casos en los que se efectiviza la pena de prisión), son numerosísimas las querrelas presentadas ante los tribunales, con el consiguiente efecto disuasorio respecto de la crítica política y la difusión de hechos desfavorables para los potenciales querellantes. La historia reciente de nuestro país en este ámbito deja ver a las acciones penales por calumnias e injurias como una vía a la que han recurrido en forma relativamente frecuente las personas públi-

¹⁵ Este criterio no sólo surge de los arts. 14 y 28 de la Constitución nacional, sino que ha sido adoptado en forma estricta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las Opiniones Consultivas 5 y 6 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La colegiación obligatoria de periodistas, arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos”), OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5; y “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, N° 6) y en su jurisprudencia posterior. Es también el criterio adoptado por la Corte Europea de Derechos Humanos.

santiago felgueras

cas (funcionarios y no funcionarios), que sin embargo en una abrumadora mayoría no han llegado a sentencias condenatorias.

En los hechos, estas circunstancias han convertido a las querellas por calumnias e injurias en un instrumento idóneo para amedrentar a los críticos, presionarlos y generarles dificultades de diversa índole. Ha sido también un instrumento idóneo para imponer sobre los medios, especialmente los de menor capacidad económica, y sobre los periodistas, una carga económica significativa en gastos legales. Sin embargo, y salvo excepciones, se ha mostrado inadecuado como instrumento para obtener una sanción legal contra el querellado¹⁶.

A pesar de la simpleza con la que está regulado el proceso penal para este tipo de delitos, lo cierto es que generalmente se convierten en laberintos procesales en los cuales la acción penal no avanza, en parte por la resistencia de las defensas, y en parte por la permisividad del sistema legal frente a la inacción del querellante. Esto generó un panorama judicial en el cual las acciones penales rara vez avanzan hasta el juicio oral y público. En algunos casos no avanzan ante la impotencia del querellante que ofrece un esfuerzo genuino por llegar a una sentencia, y chocan contra los vericuetos del proceso judicial y los planteos de las defensas. Pero en otros casos, no avanzaban como consecuencia de dos realidades judiciales distintas: por un lado, el esfuerzo de las defensas para que el proceso se dilate indefinidamente (compulsión natural del defensor en nuestro sistema), junto con la falta de interés del querellante en llegar a un juicio oral donde deberían ventilarse muchas situaciones que podrían terminar perjudicando en mayor medida al querellante que al querellado.

Decisiones jurisprudenciales sobre dos aspectos vinieron a completar la escena. Por un lado, la declaración de inconstitucionalidad de la norma que obligaba al querellante a impulsar la acción al menos cada 60 días hábiles y a concurrir a las dos audiencias de realización obligatoria durante el proceso¹⁷. Por otro lado, la progresiva amplitud con la que se inter-

¹⁶ No deseo minimizar la gravedad de las condenas penales que han sido efectivamente dictadas en estos años. Cada condena es grave en sí misma, y no sólo tiene graves consecuencias para la persona sancionada, sino que amedrenta, en forma indirecta, al resto de la sociedad. Sin embargo, la proporción de condenas respecto de la cantidad de acciones iniciadas es llamativamente baja.

¹⁷ La declaración de inconstitucionalidad de estas normas, con el argumento de que una norma de naturaleza procesal no puede regular un instituto de derecho de fondo –la extinción de la acción penal– implicó que el querellante pudiera no concurrir a las audiencias de realización obligatoria sin que ello acarreará consecuencias para él (debería convocarse a nuevas audiencias, hasta que concurra a una de ellas) y que el querellante podía “dejar dormir” el expediente por el tiempo que desease –sin que esto acarree consecuencias para él–, en tanto y en cuanto impulsara la acción penal y obtuviera

libertad de expresión: asignaturas pendientes

pretaron las normas que regulan la prescripción de la acción penal, que de la mano de la Casación Penal y de la Corte Suprema de Justicia pasaron de los claros y precisos criterios que prevalecían hasta la creación de la Cámara de Casación¹⁸ a un criterio completamente permisivo para la querrela, según el cual, en tanto no abandone en forma expresa o grosera el proceso, la acción no puede prescribir¹⁹. La combinación de ambas decisiones dio nacimiento a un panorama desolador, en el cual el querellante puede mantener abierta la causa sin que se registren avances significativos por muchísimos años, sin que el querellado ni el juzgado puedan solicitar o decretar, respectivamente, la finalización de la causa²⁰. Naturalmente que estas decisiones proporcionaron a los funcionarios públicos una formidable arma contra sus críticos. Podían ahora someterlos a proceso penal y mantenerlos en esa condición durante períodos que en ocasiones superaron la década, sin que en todo este tiempo se arribara al juicio oral. Y con un agravante más, el avance de la acción penal dependía exclusivamente de la voluntad del querellante, de tal modo que podía ser utilizado como sanción indirecta incluso respecto de futuras opiniones del querellado que desagradaran al funcionario, aun cuando no pudieran generar ninguna sanción legal (ante cualquier crítica futura, el funciona-

un acto interruptivo del curso de la prescripción antes de que esta operase. Para una exposición de los principales argumentos a favor y en contra de la inconstitucionalidad de los arts. 422 y 423 del CPP, ver Bruzzone, Gustavo, *Hacia un juicio abreviado sin "tope" y otras adecuaciones constitucionales*, en Maier, Julio B. J. (comp.), *El procedimiento abreviado*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, ps. 191-227.

¹⁸ Según la jurisprudencia predominante, sólo interrumpían la prescripción antes de la sentencia la interposición de la querrela, la primera citación a audiencia de conciliación, la citación a comparecer a juicio y ofrecer prueba, y la sentencia.

¹⁹ La doctrina mencionada en la nota anterior fue modificándose paulatinamente, en primer lugar en algunas salas de la Casación Penal, y luego en la Corte Suprema. El caso extremo de esta ampliación del criterio de secuela de juicio fue el conocido caso del ex presidente Menem contra el cineasta Pino Solanas. Cuando faltaban pocos días para que se cumplieran doce años desde la iniciación de la causa sin que se dictara sentencia, la Corte Suprema sostuvo que la voluntad indeclinable del querellante de proseguir con el juicio, demostrada con sucesivas presentaciones –en muchos casos meras respuestas a traslados de la defensa– impedía que prescribiera la acción (CSJN, "Recurso de hecho deducido por la querrela en la causa Menem, Carlos Saúl c/Solanas, Fernando y otros", del 20 de marzo de 2003).

²⁰ La ausencia de toda norma válida que obligue al querellante a impulsar la acción en un plazo razonable tras la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 422 y 423 del CPP, le permite mantenerse inactivo en tanto no opere la prescripción. Por lo tanto, basta al querellante con obtener un acto que interrumpa la prescripción antes de que transcurra el lapso previsto para ello para que el conteo del plazo vuelva a cero, y nuevamente pueda dejar pasar el tiempo sin ninguna actividad.

santiago felgueras

rio tenía a su disposición el recurso de volver a impulsar la acción que mantenía en estado latente en los tribunales). En otras palabras, siempre será imposible determinar cuántos de los numerosísimos casos de acciones penales prolongadas y sin avances significativos se debieron a la especulación política o a la utilización perversa de esta posibilidad por parte del querellante, y cuántos a razones de otra índole. Pero lo cierto es que nuestros tribunales acumulan una cantidad asombrosa de juicios por calumnias e injurias que tramitaron durante lapsos larguísimos sin llegar a sentencia.

Esta situación se ha visto parcialmente modificada con la sanción de la ley 25.990 que modificó la regulación de la prescripción de la acción penal, estableciendo determinados actos que interrumpen la prescripción, en lugar de dejar el asunto librado a la interpretación judicial, como lo hacía el texto anterior. Sin embargo, será necesario aguardar algún tiempo para saber cuánto ha mejorado este panorama con esta modificación legal, ya que, puestos a descubrir argumentos en favor de la prolongación de la vida de esta clase de acciones penales, nuestros tribunales –especialmente la Casación Penal– han sido notablemente productivos.

Cualquiera que sea el resultado que arroje la nueva ley sobre prescripción, el panorama antes descrito abre, para nuestro país, un doble universo de casos relacionados con los procesos penales por calumnias e injurias que generan una afectación a la libertad de expresión.

Uno de ellos es el de los relativamente pocos casos que llegaron a sentencia condenatoria.

El otro es el universo de la gran mayoría de casos que, sin llegar nunca al juicio oral, han tenido bajo proceso a cientos de periodistas durante prolongadísimos lapsos, generando un indudable efecto de autocensura, temor y desaliento en la tarea periodística.

A estos dos grupos de supuestos, quizá deberían agregarse los casos en los que el temor a las consecuencias de un proceso penal llevó a acuerdos conciliatorios en muchos casos reñidos con los principios que sustentan el derecho a la libertad de expresión, promovidos en ocasiones por notorios funcionarios públicos²¹.

Visto desde la óptica de los tratados sobre derechos humanos, este escenario resulta inaceptable por diversas razones.

²¹ Naturalmente no deben incluirse aquí las conciliaciones basadas en el genuino acercamiento de las partes, ya sea por el reconocimiento de errores o excesos por parte del periodista o por el efecto de explicaciones satisfactorias que calman el ánimo del querellante y permiten resolver la cuestión.

III. La cuestión de la despenalización de las calumnias y las injurias

En primer lugar, es interesante señalar que la existencia misma de tipos penales que sancionan la difamación ha sido señalada por importantes ONG que litigan ante el sistema interamericano de derechos humanos y recientemente por la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos como incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La situación de este planteo en el sistema interamericano actualmente no es muy clara, por lo que intentaré dar cuenta de ella.

Abro aquí un breve paréntesis para dar noticia del principal argumento que fundamenta esta pretensión. Básicamente, se sostiene que ante la gravedad que tiene una sanción penal (en términos profesionales, familiares, personales, económicos, etc.), la conducta más razonable de cualquier periodista, frente a la amenaza de sanción, será la de silenciar toda información que potencialmente pueda exponerlo a este riesgo. De tal suerte que no sólo quedarán excluidas del debate público las informaciones que no son verdaderas (hecho en principio plausible), sino que serán también excluidas aquellas informaciones respecto de las cuales el periodista no tiene absoluta certeza de su veracidad, y aun aquellas que siendo verdaderas y contando con la certeza del periodista acerca de su veracidad, no existe certeza respecto de si podrán ser probadas como verdaderas en juicio. Así las cosas, una porción significativa de la información sobre hechos de interés público quedaría excluida del debate público como consecuencia de la autocensura que se impondrían los periodistas profesionales –y la propia ciudadanía– ante el temor de terminar con una condena penal.

En los últimos tiempos, la Comisión Interamericana ha propuesto a la Corte Interamericana que interprete el artículo 13 de la Convención Americana en el sentido de que la mera existencia de normas penales que “criminalicen” ciertas acciones protegidas por el derecho a la libertad de expresión es incompatible con la Convención.

En el caso “Herrera Ulloa”, la Comisión propuso los siguientes argumentos:

“... b) las disposiciones penales sobre difamación, calumnias e injurias tienen por objeto un fin legítimo en Costa Rica, pero cuando se sancionan penalmente las conductas que involucran expresiones sobre cuestiones de interés público, se está ante la vulneración del artículo 13 de la Convención, pues no existe interés social imperativo que justifique la sanción penal. La aplicación de las leyes de privacidad dentro del derecho interno debe ajustarse a los estándares internacionales que exigen un adecuado balance entre la protección de la privacidad y la honra y el resguardo de la libertad de expresión...”;

“... j) el proceso y la sanción penal aplicados como supuesta responsabilidad ulterior a Mauricio Herrera no fueron proporcionados a ningún interés legíti-

santiago felgueras

mo del Estado, y no justificaba la utilización del mecanismo de restricción más poderoso del Estado, esto es, el proceso y la sanción penal, máxime cuando existían otros mecanismos para ese efecto”²².

Meses más adelante, en el caso “Canese”, la Comisión precisó su posición del siguiente modo:

“... g) el artículo 13 de la Convención prohíbe la restricción a la libertad de expresión por vías o medios indirectos. Las sanciones penales como consecuencia de determinadas expresiones podrían ser consideradas en algunos casos como métodos indirectos de restricción a la libertad de expresión. El efecto inhibitorio de la sanción penal puede generar autocensura en quien quiere manifestarse, lo cual produce prácticamente el mismo efecto que la censura directa: ‘la expresión no circula’. Tales casos se limitan a expresiones que se relacionen con el interés público...”;

“... h) los tipos penales de calumnias, injurias y difamación tienden a proteger derechos garantizados por la Convención. El bien jurídico honor está consagrado en el artículo 11 de la Convención, por lo que no podría afirmarse que los tipos penales de calumnias e injurias vulneran la Convención. Sin embargo, en los casos en los que la sanción penal que se persigue se dirige a cuestiones de interés público o a expresiones políticas en el marco de una contienda electoral, se vulnera el derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, porque no existe un interés social imperativo que justifique la sanción penal o porque la restricción es desproporcionada o constituye una restricción indirecta. La no punibilidad debería establecerse en el caso de manifestaciones realizadas en el ámbito de cuestiones de interés público, como puede ser la contienda electoral. En estos casos se pueden aplicar acciones civiles siempre que se cumpla con el estándar de la real malicia, es decir, se debe probar que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de dañar o tuvo pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas. La sanción penal como consecuencia de expresiones de interés público resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Convención. Existen otros medios menos restrictivos mediante los cuales las personas involucradas en asuntos de interés público pueden defender su reputación frente a ataques infundados”²³.

En el caso “Canese”, la víctima estuvo representada por CEJIL, una

²² Consideraciones de la Comisión Interamericana en el caso “Herrera Ulloa”, tal como son reseñadas por la Corte Interamericana en el punto 101 de la sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia de 2 de julio de 2004).

²³ Alegato de la Comisión Interamericana en el caso “Canese”, tal como son reseñadas por la Corte Interamericana en el punto 72 de la sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia de 31 de agosto de 2004).

libertad de expresión: asignaturas pendientes

ONG de profusa actuación en el sistema interamericano. Los alegatos de CEJIL en este punto fueron más allá que los de la Comisión:

- “... c) la penalización de los delitos contra el honor, aunque tiene el objetivo legítimo de proteger el derecho al honor o a la reputación y está establecida en el Código Penal del Paraguay, es insostenible en el sistema interamericano. La tipificación y la penalización de la difamación no son necesarias en una sociedad democrática, son desproporcionadas y constituyen un medio indirecto de restricción a la libertad de expresión e información;
- d) es indispensable que la Corte establezca estándares precisos y consistentes con la Convención en relación con las leyes que restringen la libertad de expresión en las Américas;
- e) la ‘penalización recortada’ propuesta por la Comisión limita los supuestos de no criminalización a cuestiones referentes a personas públicas en relación con asuntos de interés público y mantiene las figuras penales de los delitos contra el honor. Además, plantea la necesidad de iniciar una investigación para determinar efectivamente si se trata de una persona pública o de un asunto de interés público, lo cual genera efectos lesivos a la libertad de expresión. En este sentido, no obstante la existencia en el Paraguay de una cláusula clara y precisa que ordenaba al juez no castigar asuntos relacionados con la ‘causa pública’ de acuerdo al artículo 377, inciso 3, del antiguo Código Penal, el juez de primera instancia condenó al señor Canese...”²⁴.

Tanto en el caso “Herrera Ulloa”, como en el caso “Canese”, la Corte desestimó, sin dar fundamentos, estas pretensiones. En el caso “Canese”, en el cual esta cuestión había sido planteada con mayor precisión y firmeza, la Corte Interamericana, luego de declarar la violación al artículo 13 de la Convención por considerar desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática la sanción aplicada al Sr. Canese, rechazó pronunciarse sobre estos planteos lacónicamente:

“109. La Corte no se pronuncia sobre las pretensiones de los representantes de la presunta víctima sobre la supuesta violación al artículo 2 de la Convención, dado que los hechos del presente caso no se encuadran dentro de sus presupuestos”²⁵.

Si bien esta breve oración ha sido entendida como un rechazo de las pretensiones de desincriminar las calumnias e injurias, lo cierto es que,

²⁴ Alegato de la víctima, representada por CEJIL, en el caso “Canese”, tal como son reseñadas por la Corte Interamericana en el punto 73 de la sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia de 31 de agosto de 2004).

²⁵ Caso “Canese”, citado.

por un lado, y desde un punto de vista formal, la Corte Interamericana sostiene que “no se pronuncia” sobre la cuestión. Por otra parte, la omisión de brindar fundamentos para la decisión acaso señale que el tema no está cerrado. En todo caso, es indudable que la Corte no aceptó (aun cuando pueda discutirse hasta qué punto la rechazó) la posición de la víctima en “Canese”, y por lo tanto, a la luz de estas decisiones, no puede sostenerse que la Convención Americana, tal como ha sido interpretada por la Corte Interamericana, imponga la obligación de derogar toda norma penal que castigue los delitos de calumnias e injurias. Sin embargo, si la Comisión insiste con su criterio de una “desincriminación parcial” (sólo para aquellos casos en los que se debatan asuntos de interés público) o aun si ampliase su criterio a una total “desincriminación” de estas conductas, sería de esperar que la Corte Interamericana abordase el tema con más detalle y precisión, a los fines de clarificar la cuestión.

Merece señalarse que la propuesta de desincriminar las calumnias e injurias no tendría precedentes en otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos²⁶, ya que tanto el sistema europeo de derechos humanos²⁷ como el sistema universal aceptan las sanciones

²⁶ De hecho, es el que rige en los EE.UU., Estado de notoria preponderancia política en la OEA. En los EE.UU., la inexistencia de sanciones penales por difamación no es consecuencia de una interpretación de la Constitución de los EE.UU. que establezca la incompatibilidad de las sanciones penales con la primera enmienda de la Constitución de aquel país, sino que es producto de la decisión legislativa de cada uno de los estados que componen la unión de derogar las leyes que preveían los delitos de difamación. Sin embargo, es posible que luego del avance jurisprudencial que se ha registrado en la segunda mitad del siglo XX en los EE.UU., cualquier intento de volver a criminalizar las expresiones difamatorias choque con límites constitucionales que no habían sido establecidos al momento en que se derogaron aquellas normas.

²⁷ El sistema europeo ha ido evolucionando hacia una menor tolerancia de la utilización del derecho penal como forma de restringir las expresiones. Sin embargo, sólo pueden encontrarse decisiones más o menos precisas sobre el tema cuando se impone pena de prisión. Si bien la Corte Europea en forma permanente repite que su jurisprudencia no ha sindicado como incompatible con este derecho a las sanciones penales, en un fallo reciente sobre difamación ha sostenido:

“115. Aunque establecer las sanciones es en principio una cuestión reservada a las cortes nacionales, la Corte considera que la imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa será compatible con la libertad de expresión de los periodistas tal como está garantizada en el artículo 10 de la Convención sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como, por ejemplo, en los casos de discurso del odio [*hate speech*, en el original] o de incitación a la violencia (...). En este sentido, la Corte nota las recientes iniciativas legislativas de las autoridades rumanas, tendientes a remover el delito de insulto del Código Penal y a la abolición de las sentencias a la pena de prisión por difamación...”

¹¹⁶. Las circunstancias del presente caso –un clásico caso de difamación de un

libertad de expresión: asignaturas pendientes

penales como respuesta a los *abusos* de la libertad de expresión, aunque limitan el uso del poder penal para los casos más graves. Por otra parte, importaría la obligación de derogar o modificar la legislación vigente en prácticamente la totalidad de los Estados que integran el sistema interamericano²⁸.

A fin de culminar con esta apretada presentación de la situación, debe señalarse que en el marco de procesos de solución amistosa ante la Comisión Interamericana, el Estado argentino ha ofrecido modificar la legislación interna derogando parcialmente los tipos penales de calumnias e injurias, con un criterio de desincriminación que guarda similitudes con el criterio que propuso la Comisión Interamericana en el caso “Canese” antes reseñado²⁹. Si bien esta propuesta fue luego desatendida por el pro-

individuo en el contexto de un debate sobre una cuestión de legítimo interés público—no presenta ninguna clase de justificación para la imposición de una pena de prisión. Esta sanción, por su propia naturaleza, tendrá inevitablemente un efecto inhibitor de las expresiones [*chilling effect*, en el original], y el hecho de que el peticionario no haya cumplido su condena en prisión no altera esta conclusión, en vista de que los perdonos individuales que han recibido son medidas sujetas al poder discrecional del presidente de Rumania; además, mientras que este acto de clemencia libera a los condenados de cumplir sus condenas, no las deja sin efecto...” (Corte Europea de Derechos Humanos, “Cumpana y Mazare v. Rumania”, apl. n.º 33348/96, del 17 de diciembre de 2004).

Este caso ha precisado y posiblemente extendido un criterio que venía esbozándose en casos anteriores, según el cual el recurso a la pena de prisión sólo es admisible en este campo en limitadas y determinadas circunstancias (entre los casos que fueron formando esta doctrina pueden citarse, entre otros, “Feridun Yazar v. Turkey”, n.º 42713/98, de septiembre de 2004, § 27, 23 y “Süreç and Özdemir v. Turkey [GC]”, n.º 23927/94 y 24277/94, del 8 de julio de 1999, § 63).

²⁸ Esto en sí mismo no configura una objeción válida, en tanto a nadie puede sorprender que en América Latina rijan en forma generalizada criterios legales incompatibles con el pleno respeto de los derechos humanos. Sin embargo, este hecho muestra la magnitud del cambio propiciado y, acaso, el poco consenso que dicha posición tendría entre los Estados Parte en la Convención Americana.

²⁹ En su parte pertinente, el proyecto de ley presentado en el senado por el senador Yoma dice:

“Artículo 2: Se reemplaza el artículo 111 del Código Penal de la Nación por el siguiente: No será punible la difusión por cualquier medio, de informaciones o juicios de valor que versaren sobre hechos de interés público referidos a funcionarios, personalidades públicas o a particulares, cuando estos últimos se hayan involucrado voluntariamente en cuestiones de relevante interés público. Se entiende por juicio de valor también a las expresiones humorísticas;

Artículo 3: Se reemplaza el artículo 113 del Código Penal de la Nación por el siguiente:

El que a sabiendas de su carácter injurioso o calumnioso reprodujere por cualquier medio injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, salvo que se dieran las circunstancias del artículo 111.

pio Estado durante varios años, en las audiencias de marzo de 2005, el Estado argentino manifestó la voluntad de insistir con ella e impulsar la sanción de dicha ley. Si esto finalmente ocurriese, algunos de los problemas antes reseñados desaparecerían, y otros quedarían desplazados del ámbito del derecho penal al ámbito de las reparaciones civiles.

Es necesario llamar la atención sobre las consecuencias que tendría un corrimiento en bloque de estos reclamos al fuero civil, bajo la forma de juicios de daños y perjuicios. Aun cuando la perspectiva de una pena de prisión, aún en suspenso, puede tener un fuerte efecto disuasivo para quienes participan en el debate público, el desplazamiento de esos conflictos al ámbito de los reclamos de daños podría tener efectos más nocivos que los que se pretende corregir. Se trata de un fuero que se ha mostrado reacio a permitir que las doctrinas constitucionales modifiquen el sistema general de responsabilidad del Código Civil, y que utiliza criterios en general más conservadores y tradicionalistas sobre estos temas que el fuero penal³⁰. Hay que agregar aquí que dicho corrimiento implicaría también la pérdida de las garantías que rodean al imputado en la causa penal, entre las que cabe destacar, en esta clase de casos, el principio de publicidad del juicio oral. Por otra parte, la perspectiva de juicios que salvo contadas excepciones arriban en forma invariable a una sentencia sobre el fondo de la cuestión, y que ponen en juego el patrimonio de los periodistas, probablemente tendrán un efecto similar o aún más nocivo que el que actualmente tienen las querellas por calumnias e injurias³¹. En

No serán punibles quienes reproduzcan fielmente informaciones o juicios de valor sobre hechos de interés público ya vertidos por otros medios de difusión o por autoridades públicas o entidades intermedias de cualquier índole o por un particular.

No serán punibles a título de los artículos 109 y 110 las manifestaciones críticas formuladas en público por cualquier persona siempre que dichas manifestaciones tengan las demás características enunciadas en el artículo 111 del Código Penal”.

Dado los alcances y la finalidad de este trabajo, no me detendré a analizar las virtudes y defectos de este proyecto legislativo, ni las posibles consecuencias que podría apa-
rejar para el debate público.

³⁰ A lo que cabe agregar que, como consecuencia del fuero de atracción que ejercen los concursos y las quiebras sobre todos los juicios iniciados contra un medio de prensa concursado o quebrado, un número de casos considerables, debido a la crisis que atraviesa nuestro país, fueron a parar al fuero comercial, que en muchos casos ha adoptado criterios aún menos favorables a la libertad de expresión que los que campean en el fuero civil.

³¹ Al respecto, es interesante señalar al menos dos cuestiones. Por un lado, la vulnerabilidad de los medios de comunicación frente a las violentas oscilaciones de la economía argentina pone con cierta frecuencia a muchos de ellos en el umbral de la cesación de pagos –umbral que se atraviesa en muchos casos con facilidad–. Esto implica

libertad de expresión: asignaturas pendientes

todo caso, si tal corrimiento fuese a suceder, sería estrictamente necesario asegurar de algún modo que el fuero civil tratará estas cuestiones con la cautela necesaria para no debilitar el debate público³². Las reformas legislativas propuestas son a mi juicio insuficientes, por un lado, porque no tienden a resolver algunas cuestiones importantes que actualmente presenta la jurisprudencia dominante en el fuero civil y, por otro lado debido a que quizá acarreen tantos problemas como soluciones en las áreas que regulan³³.

Estas últimas consideraciones no me llevan a una posición adversa a la derogación –total o parcial– de los delitos de calumnias e injurias. Desde un punto de vista abstracto, y sin considerar la situación concreta que puede presentarse en un país determinado, la supresión de la represión penal para los *excesos* en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión parece razonable y más compatible con los principios que sustentan a la libertad de expresión. Es más, a la luz de los últimos pronunciamientos del sistema europeo de derechos humanos, y de las demandas formuladas por la Comisión Interamericana en los casos “Herrera Ulloa” y “Canese”, es posible que en los años que vienen nos toque presenciar un paulatino y saludable abandono del recurso a la represión penal en esta área.

Sin embargo, los medios de prensa (mediante la práctica cotidiana del periodismo) y los jueces (mediante la resolución constante de casos sobre derecho de prensa) tienden a un diálogo y a un equilibrio que se obtiene por la interacción de factores de distinta índole³⁴. Un cambio radical en la

que, salvo acaso los grandes multimedios, ningún medio de comunicación ofrece garantías a sus trabajadores respecto de su capacidad de pago –incluso de su subsistencia– para el momento en que las indemnizaciones por las informaciones y opiniones publicadas son debidas –rara vez antes de seis o siete años después de la publicación de la nota–. Por otra parte, los relativamente exiguos salarios que se abonan en los medios de prensa –especialmente en la gráfica, y excluyendo aquí a los periodistas más destacados y mejor pagos– hacen virtualmente imposible afrontar las condenas que actualmente se establecen en los juicios de daños y perjuicios, sin que se genere un colapso en la economía personal del periodista.

³² Por ejemplo, mediante el afianzamiento y la clarificación de la jurisprudencia o, eventualmente, mediante una reforma legislativa.

³³ Si bien algunos de estos problemas podrían superarse con modestas modificaciones en la redacción del texto del proyecto de ley.

³⁴ Sólo por mencionar algunos, pueden nombrarse: la adaptación de las prácticas periodísticas a los criterios jurisprudenciales, de modo de caer dentro del ámbito de lo legalmente protegido según la jurisprudencia dominante; la paulatina aceptación de nuevas formas de periodismo y de expresión por parte de los jueces, como efecto de cambios sociales que, aunque siempre en forma tardía –dado que abogados y jueces conforma-

legislación alterará dicho equilibrio, y a menos que se prevean adecuadamente los efectos nocivos de dicho cambio –que sobrevendrán junto con los efectos positivos– es probable que en el corto plazo los costos superen a los beneficios, y es también posible que aun en el largo plazo no se alcancen los loables objetivos que este tipo de reforma legislativa aspira a alcanzar. En un país como el nuestro, en el que hace bastante tiempo que no se encarcela (efectivamente) a nadie por estos delitos, y en el que las condenas efectivamente dictadas fueron escasas y excepcionales, la amenaza penal no tiene la entidad que tiene en países en los cuales se registran encarcelamientos periódicos de periodistas, y en los que la prisión es una contingencia de dicha profesión. Por otra parte, durante la década de los 90 la Corte Suprema ha debilitado en forma alarmante su autoridad para establecer criterios legales que sean luego respetados por los tribunales inferiores, capacidad que sólo se restaurará paulatinamente, recorriendo el camino inverso al que recorrió aquella Corte. Esto pone en duda la capacidad de la Corte Suprema de establecer en forma clara criterios legales compatibles con la libertad de expresión que sean respetados por los jueces de instancias inferiores de los distintos fueros. Así las cosas, aunque merece saludarse la creciente animadversión de los sistemas europeo e interamericano respecto de la pena de prisión para los *delitos de prensa*, es necesario ser muy cauteloso al momento de reformar el sistema legal vigente en un país que muestra un estado de cosas como el que hoy presenta Argentina.

En conclusión, aunque en términos generales la abolición de las sanciones penales para los delitos de difamación es saludable, la derogación de los delitos de calumnias e injurias sólo resultaría conveniente en nuestro país si fuese acompañada de medidas legislativas o judiciales que garantizaran criterios compatibles con la libertad de expresión en los fueros que pasarán a resolver esta clase de litigios.

IV. Compatibilidad entre la forma en que tramitan las causas penales por difamación y los tratados sobre derechos humanos

Mientras la tipificación de los delitos de calumnias e injurias continúe en su estado actual, resulta inevitable realizar una reforma al procedi-

mos un sector particularmente conservador y tradicionalista de la sociedad–, modifican también la conducta y los puntos de vista de los jueces; la percepción del *riesgo legal* de los periodistas, que es lo que en definitiva generará mayor o menor autocensura por temor a las sanciones legales –riesgo que no sólo depende de la gravedad de las consecuencias de caer fuera del ámbito legal, sino también, y muy especialmente, de la probabilidad de que efectivamente esto ocurra (incluyo en el concepto de riesgo no solamente la posibilidad de una sentencia adversa, sino también la posibilidad de tener que pagar gastos judiciales, de tener que dedicar tiempo para preparar la defensa, etc.)–.

libertad de expresión: asignaturas pendientes

miento que se aplica para juzgar estos delitos, si se pretende resguardar el derecho a la libertad de expresión y las garantías más elementales de los imputados. Mientras que es evidente que el sistema debe marchar hacia una forma distinta de tramitar estos juicios, son muchas las variantes que podrían mejorar la situación. Las cuestiones que se plantean en esta área son demasiado amplias para ser tratadas en este trabajo, por lo que nos limitaremos a señalar los principales problemas.

IV. 1. Es indispensable dar algún tipo de solución a la posibilidad de que estos juicios se extiendan por lapsos demasiado extensos, superiores incluso a la década, a los fines de minimizar en todo cuanto sea posible el éxito de los intentos de hostigar a la prensa, al mismo tiempo que para resguardar debidamente el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

En primer lugar, es necesario dar operatividad al plazo de caducidad para que la querrela impulse la acción, a fin de evitar que el querellante pueda permanecer inactivo durante lapsos prolongados, sin riesgo para su derecho y con evidente violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable³⁵ y de la libertad de expresión. Dicho resultado puede lograrse mediante la reversión de la jurisprudencia de la Casación Penal hoy dominante, mediante la modificación del artículo 59 del Código Penal, o mediante la aplicación directa de doctrinas constitucionales o internacionales que tienden a resguardar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable³⁶.

Por otra parte, es necesario que se respeten criterios razonables referidos a las causales de interrupción de la prescripción. Tanto la Casación Penal como la Corte Suprema de Justicia, en su anterior integración, han ido disociando esta clase de juicios de los juicios penales ordinarios en las cuestiones relativas a la interrupción del curso de la prescripción. Mientras que en los delitos de acción pública existían determinados actos que

³⁵ Art. 8.2 de la Convención Americana. En palabras de la Corte Suprema de Justicia: "Debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el artículo 18 de la Constitución nacional el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma– un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal" (cons. 14), en el célebre caso "Mattei" (*Fallos*: 272:188), doctrina ratificada recientemente por la Corte Suprema en los autos "B., R. E. T. s/defraudación por administración fraudulenta", del 9 de marzo de 2004.

³⁶ Estimo que esta última solución es la menos aconsejable, ya que no tenderá a proporcionar criterios claros, y convertirá en litigioso cualquier intento de obligar al querellante a que opte entre impulsar la acción o por desistirla.

interrumpían la prescripción³⁷, en los delitos de acción privada (entre los que se incluyen los de calumnias e injurias) no sólo existían actos que interrumpían la prescripción, sino que inclusive una acción decidida y permanente de la querrela, según la Casación Penal, impedía que operase la prescripción aun cuando la causa no hubiera registrado avances significativos. Esto, claro está, no sucedía con la acción de la querrela o del fiscal en los delitos de acción pública. La reciente reforma al régimen de prescripción en principio solucionaría algunos de estos problemas, aunque, como ya se señaló, antes de formarse una opinión sobre sus efectos es necesario comprobar su aplicación por los tribunales, que en esta materia suele producir hechos inesperados³⁸.

Por último, sería aconsejable que se revise el criterio establecido por la Corte Suprema en *Fallos*: 321:2375, según el cual la reedición de un libro importa una nueva comisión del supuesto delito, por lo cual el plazo de prescripción comienza a correr nuevamente de cero con cada edición³⁹. Naturalmente que esto facilita que, en el caso de libros bien recibidos por el público, la posibilidad de que el proceso penal llegue, algún día, a su fin, se vuelva incierta y hasta improbable.

IV. 2. Sería también conveniente que se diese solución a la siguiente situación: mientras que en los delitos de acción pública el imputado tiene derecho a no ser llevado a juicio oral y público a menos que existan pruebas suficientes como para sospechar fundamentamente de su responsabilidad

³⁷ Si bien ésta era una cuestión abierta a distintas interpretaciones con anterioridad a la sanción de la ley 25.990, aun así había un cierto consenso respecto de cuáles eran los hechos interruptivos del plazo de prescripción.

³⁸ Simultáneamente con la finalización de la redacción de este trabajo, el Poder Ejecutivo ha enviado al Congreso un proyecto de ley que complementa la ley 25.990 y que dispone que son interruptivos del curso de la prescripción penal los siguientes actos: "En los delitos de acción privada, la primera convocatoria a las partes a la audiencia de conciliación y la fijación de fecha para el debate oral". Si la Casación Penal se ciñera a la voluntad del legislador y tomara esta norma como taxativa, este problema podría considerarse superado. De todos modos, es conveniente señalar que en el fallo de la Corte Suprema en la causa "Menem c. Pino Solanas" jugó un papel principal el concepto de suspensión del curso de la prescripción –aplicado en el caso con prodigalidad y sin mayor base legal, siguiendo el dictamen del procurador general–, cuestión que no se modifica con el proyecto de ley referido.

³⁹ Es interesante señalar que esta decisión de la mayoría de la Corte Suprema no sólo es contraria a lo que se había resuelto en el fuero penal, sino que también contraría el criterio que se aplica en el fuero civil (cfr., por ejemplo, Cámara Nacional en lo Civil, Sala I, en autos "Mammana, Cristina B. c/XYZ Editora S. A.", resuelta el 18 de marzo de 2004, en "La Ley", 23/8/2004).

libertad de expresión: asignaturas pendientes

penal (estado de sospecha que se establece mediante el auto de procesamiento, y más adelante con el auto de elevación a juicio⁴⁰), en los delitos de acción privada, el procedimiento comienza directamente en la etapa de debate, por lo que, fuera del control inicial que se realiza a los fines de admitir o de rechazar *in limine* la querrela (rechazo que sólo esporádicamente ocurre), no existe otro auto de mérito distinto de la sentencia definitiva⁴¹. Esto pone al imputado por calumnias e injurias no sólo en una situación de desigualdad frente a los imputados por delitos de acción pública⁴², sino que al mismo tiempo le impide plantear ante el juez el cierre de las actuaciones con base en que no existen pruebas suficientes como para llevarlo a juicio oral. Naturalmente que esto favorece el asedio sobre los medios de prensa, ya que una vez iniciada la causa penal, el proceso seguirá su curso hacia el juicio oral sin necesidad –ni posibilidad– de que se evalúe si la acusación reúne los méritos suficientes para llevar al acusado a juicio. Esto posibilita que querellas poco serias, manifiestamente carentes de sustento probatorio, o aun abiertamente inviables, generen efectos sustancialmente similares a las querellas bien fundadas y justificadas, ya que, ante la ausencia generalizada de condenas, el imputado sufre presiones y restricciones similares en ambos casos. Es así como periodistas que han informado hechos ciertos y de interés público, que pueden ser probados en juicio, deben soportar la situación de estar sometidos a un proceso que durará varios años sin que esté a su alcance promover un pronto cierre de las actuaciones mediante el simple recurso de aportar sus

⁴⁰ Quizá habría que hacer aquí la salvedad de que según alguna jurisprudencia en las causas que han sido delegadas al fiscal es posible que el fiscal solicite directamente la elevación a juicio sin que exista un auto de procesamiento (ver, por ejemplo, “Stella, Gustavo Ángel s/art. 196, CPPN”, Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, del 5 de agosto de 2005). Esta jurisprudencia es por ahora excepcional; pero aun si se generalizase, la situación guardaría diferencias con el procedimiento que presentan los delitos de calumnias e injurias, ya que, por un lado, un tercero imparcial a los hechos (el fiscal, quien si bien es la parte acusadora en el proceso, no es la víctima del delito, y debería actuar conforme a su conciencia) determina si hay elementos para solicitar la elevación a juicio y, por otra parte, la causa sólo arriba al juicio oral si el juez dicta el auto de elevación a juicio, lo que importa un auto de mérito sobre la viabilidad de la acusación.

⁴¹ Si bien en forma más o menos frecuente se intenta utilizar la vía de la excepción de falta de acción a los fines de impedir que continúe por varios años la tramitación de una querrela que desde el comienzo (*ab initio*, es el latinazgo de rigor) puede anticiparse que no puede prosperar, sólo ocasionalmente estas excepciones son aceptadas.

⁴² Que en una proporción extraordinariamente alta consiguen evitar el juicio oral y público, y tienen en el auto de procesamiento una garantía de que el proceso no avanzará en su contra a menos que se reúnan pruebas suficientes.

pruebas a la causa. Esta situación, combinada con las otras circunstancias que mencionamos anteriormente, es especialmente favorable a la utilización de las querellas penales como medio de asedio a la prensa⁴³.

V. Derecho de rectificación o respuesta

En nuestro sistema legal, la única norma con alcance nacional que se refiere al derecho de réplica es el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁴. Si bien nuestro país se obligó a respetar este derecho desde el momento mismo de la ratificación de la Convención⁴⁵, la Corte Suprema registra un período relativamente largo en el cual las sentencias privaban de toda vigencia efectiva a este artículo de la Convención con el pretexto de que se trataba de un derecho programático⁴⁶. Lo más llamativo de este período, a mi juicio, es el hecho de que

⁴³ La posibilidad de que esta clase de procesos se extiendan en forma más o menos indefinida es incompatible con la debida protección a la libertad de expresión. De hecho, esta circunstancia no ha pasado inadvertida a la jurisprudencia de los EE.UU., de notoria influencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema en estos temas. Los tribunales de ese país han resuelto mediante el instituto procesal denominado *summary judgment*—que, en términos muy generales, permite oponerse al progreso de una acción civil solicitando al juez que cierre el caso en forma sumaria cuando considera que no existe mérito suficiente para llevarlo a juicio—juicios sobre libertad de expresión a fin de evitar los efectos nocivos del progreso de los pleitos originados por querellas injustificadas. Un conocido precedente de una Corte estadual estadounidense: “En el área de la primera enmienda, procedimientos sumarios son (...) esenciales. Porque lo que está en juego aquí, si el hostigamiento tiene éxito, es el libre debate público. Uno de los propósitos de los principios de ‘New York Times v. Sullivan’ (...) es evitar que las personas sean desalentadas en su libre y pleno ejercicio de sus derechos garantizados por la primera enmienda...” (cfr. “Washington Post Co. v. Keogh”, 59 Ill.App.3rd 745, 17 Ill.Dec. 78, 375 N.E. 2d 1362 -1978).

De hecho, cuando la acción es iniciada por una persona pública, el 75% de los casos son resueltos mediante este instituto procesal (cfr. “PLI Forum Considers Libel, Access Issues”, 6 Media Law Reporter, N° 29, News Notes), sobre la base de que ya en una instancia previa al juicio puede establecerse que el querellante no podrá probar lo que los estándares constitucionales referidos a la libertad de expresión le exigen para que pueda ganar su caso.

⁴⁴ Algunas constituciones y leyes provinciales han regulado este derecho. Sin embargo, en nuestro sistema constitucional tal regulación ha sido delegada al Congreso Nacional, con excepción de las cuestiones procesales vinculadas con este instituto.

⁴⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-7/86, del 29 de agosto de 1986 (Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁴⁶ La primer decisión sobre la vigencia de este derecho es, curiosamente, el caso “Costa, Héctor Rubén c/M. C. B. A. y otros” (Fallos: 310:508), que no consistía en un

libertad de expresión: asignaturas pendientes

todas las decisiones de la Corte Suprema son posteriores a la OC-7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en todas ellas se sostiene una posición opuesta a la de este tribunal internacional, que ni siquiera es mencionado por las sentencias de la Corte Suprema.

En el año 1992, en el conocido caso “Ekmekdjian c/Sofovich”⁴⁷, la Corte Suprema revierte su propia doctrina y, alegando la inactividad del legislador, le confiere a este derecho carácter operativo, a pesar de que la situación legal de este instituto había permanecido invariable desde la ratificación del Pacto. En esta sentencia, la Corte Suprema establece varios criterios de mucha importancia en el área de los derechos humanos y del derecho internacional en general, que la llevan a asignar fundamental importancia a la Opinión Consultiva OC-7/86, opinión que había ignorado en todas las decisiones previas sobre el tema. Esta sentencia fue objeto de merecidas y fundadas críticas, en tanto extendió el derecho de réplica en su aspecto sustancial mucho más allá de lo que el texto de la Convención parecía indicar, generando al mismo tiempo una restricción inaceptable a la libertad de expresión. Afortunadamente, la amplitud del caso “Ekmekdjian c/Sofovich” fue morigerada en el caso “Petric Damoj c/Página 12”⁴⁸, fallo en el cual, con la sola excepción de Belluscio, el resto de la Corte Suprema falló a favor de la vigencia y operatividad de este derecho. Sin embargo, siguiendo en aspectos centrales la disidencia de Petracchi y Moliné O’Connor en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”, la mayoría adoptó en “Petric” una interpretación restrictiva del derecho de réplica, más compatible con el derecho a la libertad de expresión y con la libre circulación de informaciones e ideas. En los puntos más salientes, el

pedido de derecho de réplica, sino en un reclamo de reparación civil con motivo en una afectación al honor del actor. A los fines de extender pretorianamente la previsión relativa a la publicación de la sentencia contenida en el art. 1071 *bis* del Código Civil (sólo prevista para la afectación del derecho a la intimidad), y ante la alegación del medio de prensa en el sentido de que dado que existía el derecho de réplica era incorrecto ampliar el alcance de aquel precepto, la Corte Suprema señaló en una oración y sin dar fundamentos que el derecho de réplica no tenía vigencia hasta tanto no fuese reglamentado por una ley del Congreso (cfr. cons. 16 del voto de la mayoría y cons. 16 del voto de Severo Caballero). Con posterioridad a este precedente, la Corte Suprema resolvió en un mismo día dos casos referidos al tema, en los cuales reiteró la doctrina del caso “Costa” en el sentido de que el derecho era programático y rechazó, además, la alegación de que el derecho de réplica era uno de los derechos implícitos reconocidos en el art. 33 de la Constitución nacional (casos “Raúl Sánchez Abelenda c/Ediciones De La Urraca SA y Otro” y “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Neustadt, Bernardo y Otros s/amparo”, Fallos: 311:2553 y 311:2497 respectivamente).

⁴⁷ Fallos: 315:1492.

⁴⁸ Fallos: 321:885.

fallo "Petric" dejó en claro que sólo procede el derecho de réplica cuando quien pretende replicar ha sido directamente afectado por la información, y cuando la información que se pretende replicar es inexacta. La Corte Suprema descarta de este modo la posibilidad de formular réplicas respecto de ideas, opiniones o juicios de valor (insusceptibles por su propia naturaleza de ser verdaderos o falsos) así como la posibilidad de replicar sobre opiniones o informaciones que no se refieran en forma directa a quien pretende replicar. Por otra parte, limita el texto de la réplica a la corrección de la inexactitud. Tengo para mí que, en lo sustancial, ésta es la versión más restringida del derecho de réplica compatible con el texto de la Convención (inclusive podría argumentarse que es demasiado restringida, a la luz del texto internacional, en tanto sólo permite replicar las expresiones agraviantes en tanto éstas sean también fácticamente inexactas).

Si bien en el fallo "Petric" se corrigió la exagerada amplitud que en lo sustancial había establecido el fallo "Ekmekdjian c/Sofovich", también se amplió de hecho el derecho de réplica a los medios gráficos. Justo es señalar que el caso "Ekmekdjian c/Sofovich" (que declaró la vigencia del derecho de réplica frente a expresiones vertidas en televisión) parecía aceptar la aplicación del derecho de réplica también para esta clase de medios⁴⁹, pero lo cierto es que "Petric" es el primer precedente de la Corte Suprema que extiende el derecho a la gráfica. Esta decisión de la Corte implicó el rechazo de un argumento que venían haciendo los medios gráficos y algunos especialistas sobre el tema, en el sentido de que mientras que el derecho de réplica es compatible con aquellos medios cuya existencia se origina en una licencia estatal (radio y televisión, fundamentalmente), resulta incompatible con los medios no regulados ni regulables en nuestro sistema constitucional. Basan este argumento sobre el artículo 32 de la Constitución nacional y sobre el propio artículo 14 de la Convención Americana, en tanto habla de "medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general". Dado que por imperio del artículo 32 de la Constitución nacional, los medios gráficos no pueden ser legalmente reglamentados, éstos quedarían fuera del alcance de este derecho. Por otra parte, recogen los argumentos de la Corte Suprema estadounidense, que consideró al derecho de réplica incompatible con la libertad de expresión⁵⁰. Es interesante destacar aquí que en la ya mencionada OC-7/86, el

⁴⁹ Cfr. cons. 23 de la mayoría y cons. 25 del voto de Petracchi y Moliné O'Connor.

⁵⁰ Un relativamente antiguo precedente de la Corte Suprema estadounidense estableció una distinción entre los medios de comunicación que requieren de una licencia estatal para funcionar (en aquel tiempo, radio y televisión) y aquellos que no la requieren (fundamentalmente medios gráficos). Estos últimos deben ser protegidos de toda regulación, de modo tal de conservar el poder de censura "del pueblo sobre el gobier-

libertad de expresión: asignaturas pendientes

voto disidente del juez Héctor Gros Espiell se ocupó expresamente de rechazar esta distinción⁵¹.

Más allá de los esfuerzos que ha hecho la Corte Suprema en “Petric” para delimitar este instituto ante la persistente ausencia de una ley reglamentaria, ha quedado sin resolver una cantidad importante de cuestiones de fondo o de procedimiento que son imprescindibles para dar forma y eficacia al instituto, y para acotarlo debidamente. La inactividad legislativa presenta dos consecuencias de diverso signo, ambas indeseables. En primer lugar, resulta un hecho disuasivo de la promoción de acciones por

no, y no ponerlo en el gobierno sobre el pueblo”, como decía Madison. Esta misma distinción, por el contrario, admitía una amplia regulación de la radio y la televisión, que incluía un derecho aún más amplio que el derecho de réplica contenido en la Convención Americana (cfr. “Red Lion Broadcasting Co. V. FCC” 395 U.S. 367 1969). Como consecuencia de esta distinción, la Corte Suprema estadounidense declaró inconstitucional una ley del Estado de Florida que imponía un derecho similar al derecho de réplica a los medios gráficos de ese Estado (cfr. “Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo”, 418 U.S. 241 1974). La disidencia de este último fallo estadounidense –que, contrariamente a lo que resuelve la mayoría sostiene la constitucionalidad del derecho de réplica impuesto a medios gráficos– es citada por nuestra Corte en “Ekmekdjian c/Sofovich”.

⁵¹ Lo expresa en los siguientes términos:

“La información inexacta o agravante debe haberse emitido en perjuicio de la persona ‘a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general’. La expresión ‘medios de difusión legalmente reglamentados’ aparece en lo que es hoy el párrafo 1 del art. 14 de la Convención, en la última etapa de redacción de texto, en la Conferencia Especializada de 1969, como propuesta del Grupo de Trabajo que redactó la versión final de este artículo, sin que se señalara la razón o el sentido de la incorporación de dicha expresión” (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1973 –en adelante, “Actas y Documentos”– repr. 1978, ps. 280-282).

Atendiendo primeramente al texto, de acuerdo con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 31), debe concluirse que con esa expresión se individualiza a todos los medios de difusión que, de una u otra forma, están regulados, por medio de la ley, en el derecho interno de los Estados Parte. No se refiere a una forma específica o concreta de reglamentación, ni puede interpretarse en el sentido de que incluye sólo a los medios de difusión para el funcionamiento de los que la ley exige una autorización, concesión o habilitación previa. La Convención no hace esta distinción y, por ende, no hay fundamento alguno para que el intérprete la realice. Pero, además, si se hiciera una distinción entre uno u otro medio de difusión, incluyendo por ejemplo a la radio y a la televisión y excluyendo a la prensa escrita, se estaría efectuando una discriminación, por ende prohibida, y se violaría el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad, garantizados por la Convención (arts. 1.1 y 24). Punto 4 de la opinión separada del juez Héctor Gros Espiell en la OC-7/86. Debe resaltarse que fue el único juez que se refirió a este tema, y que la cuestión no volvió a ser tratada por la Corte Interamericana.

santiago felgueras

esta vía, en tanto ante la ausencia de una regulación legal reina la incertidumbre acerca de cuestiones de tipo formal y procesal, que en los hechos tiende a configurar un obstáculo para el ejercicio del derecho. Por otro lado, representa una amenaza para la libertad de expresión, ya que la falta de regulación permite a los jueces moverse con menores limitaciones y mayor discrecionalidad, y ante la pluralidad de opiniones de la Corte Suprema tanto en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” como en el caso “Petric”, así como ante la cambiante composición de la Corte Suprema, el panorama jurisprudencial no es lo suficientemente claro como para que la situación sea previsible para los medios de comunicación.

Un último comentario al respecto. Tengo para mí que si se descarta la posibilidad de que la opinión de Belluscio prevalezca en la Corte, lo que llevaría a privar de vigencia al instituto del derecho de réplica en violación a las obligaciones internacionales asumidas, no habrá mejor momento para dictar la ley reglamentaria que el presente, en tanto el escenario que presenta el fallo de la Corte Suprema en “Petric” ha restringido el derecho de réplica en lo sustancial a límites razonables, y lo ha delimitado de tal modo que la restricción que genera a la libertad de expresión, aunque significativa, aparece como la más tolerable de las que podría generar este instituto. Por otra parte, la delicada cuestión de la identificación de los medios y formas de comunicación respecto de los cuales este derecho es exigible (que incluye la ya comentada distinción entre medios gráficos y medios licenciados, pero que también presenta problemas respecto de muchas otras formas y medios de comunicación) debería ser abordada por el Poder Legislativo, que tiene competencia natural en nuestro sistema para tomar esta clase de decisiones, para luego ser sometida a la correspondiente revisión judicial. No debe perderse de vista que la reglamentación de hecho de este derecho por parte del Poder Judicial (que es lo que viene sucediendo ante la inactividad legislativa) no sólo implica una alteración en las funciones propias de cada poder, sino que además implica que decisiones delicadas y complejas serán tomadas por órganos estatales que no están especialmente capacitados al efecto, que no vienen precedidas por un procedimiento adecuado a tales fines, y que carecen de legitimidad popular directa. Resulta claro que el Congreso Nacional es el ámbito natural para tomar esta clase de decisiones, tanto porque así lo dispone la Constitución nacional como porque es el órgano mejor capacitado y legitimado para hacerlo. Por otra parte, los hipotéticos errores que eventualmente cometa el Poder Legislativo en la redacción de la ley podrían encontrar solución en las facultades interpretativas, y aun anulatorias, del Poder Judicial. Mientras que si las decisiones son tomadas en forma directa por el Poder Judicial, este proceso de revisión y perfeccionamiento será más dificultoso y acotado.

VI. Censura previa

La tristísima historia de clausuras, censuras previas, secuestros de ediciones y hasta confiscaciones de diarios (a lo que deben sumarse los ataques personales a periodistas) que registra nuestro país⁵² comenzó a reescribirse en un sendero algo más cercano a la Constitución nacional con el retorno a la democracia de 1983, aunque hasta la fecha la Corte Suprema no ha presentado todavía una doctrina clara en este tema⁵³.

Cuando la Corte Suprema dictó sentencia en el conocido caso “Servini de Cubría c/Tato Bores”⁵⁴, tenía ante sí la pretensión de una jueza federal de que el Poder Judicial le prohibiera a uno de los más reconocidos actores cómicos del país hacer una breve e inocente broma sobre ella. A pesar de la simplicidad jurídica que presentaba el caso, inexplicablemente la causa llegó a la Corte Suprema con una sentencia de la Cámara de Apelaciones favorable a la censura previa. La Corte Suprema, que ya había dejado pasar la oportunidad de sentar doctrina sobre censura previa en el caso de la solicitada a favor del dictador Videla⁵⁵, revocó por unanimidad la sentencia dictada en favor de la jueza, aunque no hubo criterios uniformes respecto de cuestiones sustanciales. De hecho, se trató de nueve

⁵² Sería una imprudencia siquiera dar noticia de esta larga y oscura historia en una nota de pie de página. Sólo señalaré que las doctrinas de la Corte Suprema y la actitud de los poderes políticos oscilaron al vaivén de los sucesivos golpes de Estado que asolaron al país. Los momentos más oscuros muestran fallos notablemente favorables a la censura previa (especialmente los dictados durante los períodos de estado de sitio), junto con actos del Poder Ejecutivo que van desde la simple censura previa, hasta la confiscación y apropiación de medios de comunicación; y desde las persecuciones embozadas (despidos y listas negras) hasta las persecuciones más bárbaras, que incluyeron la ejecución y la desaparición forzada de periodistas; todo ante la inacción o acción tardía del Poder Judicial.

⁵³ Es conveniente aquí diferenciar el concepto formal de censura previa, de actos que alcanzan los mismos fines que la censura previa pero no configuran, técnicamente, censura previa, aun cuando tengan su origen causal en el poder público (por ejemplo, y para citar un ejemplo clásico, la decisión “editorial” o “empresarial” de levantar una nota, un reportaje, o inclusive un programa de radio o de televisión, motivada por presiones o pedidos de los poderes públicos, o hecho con la esperanza de ganar los favores del poder público).

⁵⁴ Fallos: 315:1943.

⁵⁵ Fallos: 312:916, caso “Horacio Verbitsky y Otros”. El voto mayoritario rechazó el recurso por cuestiones formales; sólo Fayt, en su disidencia, trató la cuestión de fondo. Justo es señalar, de todas maneras, que la resolución de la Corte Suprema es formalmente inobjetable. Sin embargo, a la luz de los terribles años que el país acababa de atravesar, quizá hubiera sido más razonable que, al menos en un *obiter dictum*, la Corte Suprema se refiriera al tema.

votos distintos, que presentaron matices y algunas diferencias profundas. Sin embargo, la simplicidad del caso favoreció una decisión contundente en el tono y en las declamaciones, aunque débil en sus proyecciones futuras. Por otra parte, el tiempo que insumió la Corte Suprema para fallar un caso de estas características (casi cuatro meses) dio claras cuentas de que la Corte no sentaría pautas firmes en contra de la censura previa.

Posteriormente, y ya en tiempos más recientes, la Corte Suprema tuvo que fallar un caso con particulares connotaciones emocionales⁵⁶. Se presentó la madre de una niña, que había iniciado un juicio de filiación contra Diego Maradona, y que pretendía que el Poder Judicial prohibiese a la prensa dar toda información sobre la existencia del juicio, y sobre la identidad de las partes en el juicio de filiación. En las dos instancias anteriores había obtenido resoluciones favorables a la censura previa, aun cuando el alcance de la orden de censura había sido reducida en la Cámara de Apelaciones⁵⁷. Llegado el caso a la Corte, siete jueces convalidaron la orden de censura previa, aunque redujeron un poco más su alcance⁵⁸. Sólo Belluscio y Petracchi rechazaron en forma terminante y absoluta la posibilidad de ejercer la censura previa. Sin entrar a analizar en profundidad esta decisión, es interesante señalar algunas cuestiones de trascendencia. Cuatro jueces continuaron sosteniendo la doctrina adoptada por los jueces Barra y Boggiano en el caso “Servini de Cubría”, según la cual la acción preventiva de la justicia que impide llevar adelante una publicación o prohíbe difundir determinados datos u opiniones no es estrictamente censura previa, sino que sólo impropiamente puede asimilarse a ella⁵⁹. A pesar de la

⁵⁶ Corte Suprema, “S., V. c. M., D. A.”, 3 de abril de 2001.

⁵⁷ El juez de Primera Instancia había ordenado “hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general, que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia”. La Cámara de Apelaciones redujo la prohibición a los siguientes términos: “... limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados”.

⁵⁸ Sostienen los votos que forman mayoría: “Que el Tribunal advierte que la prohibición de propalar ‘cualquier noticia vinculada a la filiación de autos’ excede la tutela que requiere la intimidad de la menor, ya que la medida dispuesta conduciría al extremo de impedir la difusión de noticias relacionadas con el juicio de filiación, aun cuando se limitase debidamente la publicación masiva de aquellos datos que pudieran conducir a su identificación”.

⁵⁹ “La intervención preventiva de los jueces –que impropiamente podría denominarse censura– supone siempre la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros pode-

libertad de expresión: asignaturas pendientes

aguda e irónica respuesta que dicha posición recibió de parte de Petracchi⁶⁰, lo cierto es que sólo faltó un voto para que este criterio formara mayoría en forma explícita en la Corte Suprema⁶¹, y sobraron dos votos para la autorización expresa de la censura previa judicial. Y ello a pesar de que sólo dos meses antes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había fallado el caso “Olmedo Bustos”, en el que consideró violatorio de la prohibición de censura previa que establece la Convención Americana a la censura previa judicial que estableció la Corte Suprema chilena sobre

res del Estado, que resulta ajeno a los intereses en disputa, y que toma sus decisiones observando el derecho de defensa en juicio de los involucrados” (*Fallos*: 315:1943, voto del juez Boggiano, cons. 9; voto del juez Barra, cons. 8). Estos pasajes son reproducidos aprobatoriamente en el caso “S., V. c/ M., D. A.” en el cons. 27 del voto de los jueces Moliné O’Connor y López y en el cons. 10 del voto de los jueces Boggiano y Vázquez.

⁶⁰ Al criterio mencionado en la nota anterior responde Petracchi: “18) Que algunos pueden pensar que, en vez del sistema descrito, hubiera sido preferible adoptar otro que no proscibiera de raíz todo acto de censura sino que permitiese su ejercicio en determinadas circunstancias y a determinada clase de personas. Éstas, seleccionadas por su probidad y conocimiento (léase, jueces), ponderarían en cada caso –balance ad hoc e inaudita parte– los valores o intereses en pugna: de un lado, la eventual expresión de que se trata, del otro, los derechos que podrían verse afectados por su exteriorización. Así podrían determinar cuál de los dos imaginarios platillos de la balanza tendría más peso o entidad para resolver si procede, o no, una supresión (total o parcial) de la expresión antes de que ésta se manifieste. A ello debe responderse que, en materia de censura, el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones. La aversión a los sistemas de censura no se basa en la presunta deshonestidad o ignorancia de quienes los ejercen. Los probos y los doctos han sido, históricamente, los censores más eficazmente represivos al momento de ejercer la actividad censoria. La propia dinámica del sistema de censura es la nociva –con su tutela paternalista que controla anticipadamente lo que se puede decir, oír o ver–, no las personas llamadas a ejecutarlo”.

“19) Que, de todos modos, no es en el terreno de la polémica donde la cuestión debe dirimirse, sino en el de la simple constatación de cuál es el sistema adoptado por la Ley Fundamental. Como resulta de los textos analizados en los considerandos precedentes surge claramente que aquél ha proscrito (con las salvedades indicadas) a la censura previa como categoría. Por ello es innecesario –o, más bien, improcedente– considerar si el concreto acto de censura importó un ejercicio ‘bueno’ o ‘malo’ de la facultad censoria. Es ésta la que no existe como posibilidad jurídica. Esto concluye la cuestión. No hay que formular ninguna elección, porque ésta ya ha sido hecha. Puede también aquí decirse que ‘esta es precisamente la clase de opciones [que la ley constitucional] hizo por nosotros (425 U.S. 748, 770 - 1976)’” (cons. 18 y 19 del voto del juez Petracchi).

⁶¹ En verdad, dado que el primer voto, firmado por los jueces Nazareno y Bossert, inexplicablemente ni siquiera menciona las cuestiones referidas a la censura previa, no puede aventurarse cuál es su criterio al respecto. Sin embargo, el hecho de que ni siquiera hayan considerado necesario mencionar la cuestión parecería indicar que al menos compartían el criterio de estos cuatro votos, o que, peor aun, adoptaron una postura más radical a favor de la capacidad censoria del Poder Judicial, al excluirlo por com-

la película *La última tentación de Cristo*⁶². Si bien es cierto que en dicha sentencia no se trata específicamente la cuestión referida a la pretendida diferenciación entre la censura previa del Poder Judicial y la que proviene de los otros poderes del Estado, es relevante que en un caso de censura previa judicial con base directa en una norma constitucional que permitía la censura de obras cinematográficas, la Corte Interamericana haya sostenido: “En el presente caso ésta [la responsabilidad internacional] se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial”⁶³. Este criterio es concordante con lo que ya había establecido la Corte Interamericana en la OC-5⁶⁴, criterio luego seguido por la Comisión Interamericana⁶⁵ y por la propia Corte Interamericana en posteriores pronunciamientos.

Más allá de la clara terminología de la Convención Americana sobre censura previa, y de los también claros pasajes que tanto la Corte como la Comisión Interamericana han suscripto al respecto, es posible que algunas de las cuestiones vinculadas con posibles excepciones a la prohibición de censura previa permanezcan aún pendientes de solución en el sistema interamericano. Sin embargo, es llamativo que la mayoría de la Corte Suprema, en el ya mentado caso “S.,V. c/ M., D. A. s/filiación”, haya decidido apartarse de los precedentes de la Corte Interamericana –expresa y

pleto de la prohibición de censura previa. No puedo dejar de señalar la perplejidad que causa ver el nombre del juez Bossert bajo este primer voto, juez que tan bien ha votado en materia de libertad de expresión en tantos casos.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Última Tentación de Cristo” (caso “Olmedo Bustos y otros”), Sentencia de 5 de febrero de 2001.

⁶³ Punto 72 de la sentencia, *in fine*.

⁶⁴ En dicho pronunciamiento dice la Corte Interamericana:

“38. El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención”.

“39. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-5, ya citada, puntos 38 y 39).

⁶⁵ Cfr., entre otros, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “Martorell”, Informe 11/96, caso 11.230, Chile, del 3 de mayo de 1996.

libertad de expresión: asignaturas pendientes

extensamente citados por Petracchi, y también referidos, en forma breve, por Belluscio, en ambos votos disidentes–, sin responderlos ni analizarlos. El amplio poder censor que, en los hechos, la Corte Suprema otorgó a los jueces en dicho caso ha provocado luego medidas cautelares incompatibles con la normativa constitucional e internacional vigentes para nuestro país, que en forma expresa prohíben la censura previa. Parece cuanto menos peligroso que en un país en el que en muchas provincias no existe una verdadera independencia del Poder Judicial respecto del poder político, se otorgue a los jueces esta facultad. Petracchi describe en dicho fallo a este futuro como “el camino al infierno (...) empedrado de buenas intenciones”. En los años que van desde esa decisión hasta el presente ya hemos podido comprobar de qué forma se han dictado medidas cautelares que configuran censura previa respecto de situaciones triviales, que en modo alguno tienen la excepcionalidad que los votos de mayoría en el caso “S. V.” dicen requerir para habilitar la censura previa judicial. Quizá sean éstas las primeras piedras del camino que menciona Petracchi. A ello hay que agregar otros aspectos preocupantes. En ocasiones, estas medidas cautelares agotan su objeto en un lapso de pocas horas o pocos días, por lo que la vía recursiva resulta ineficaz, ya que la cuestión deviene rápidamente abstracta, y la oportunidad de conocer determinado hecho o situación se pierde inexorablemente⁶⁶. En otras ocasiones, la vía recursiva de una medida cautelar de esta naturaleza podría consumir mucho tiempo (especialmente si se dicta dentro de la justicia provincial, por lo que debe recorrerse un largo camino antes de poder acceder a un órgano judicial ajeno a la provincia en cuestión), lo que abre un peligroso escenario de potencial control sobre lo que publicarán los medios, sobre todo en provincias con poderes políticos fuertes y medios no oficialistas débiles.

En suma, dicha sentencia ha abierto una puerta peligrosa e ingobernable⁶⁷. Es además un criterio incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino. Resulta claro que el criterio que expresan Petracchi y Belluscio en dicha sentencia (prohibición absoluta de la censura previa) es el que resulta más compatible con la Convención Americana y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Pero aun si se prefiriese conservar una “válvula de escape” para situaciones críticas en las que dicha prohibición absoluta podría llevar a resultados intolerables –cosa que no sucedía en el caso “S. V.”–, es evidente que

⁶⁶ Piénsese, por ejemplo, en la prohibición de la cobertura periodística de una reunión, de una salida de una clínica, o de algún otro hecho determinado.

⁶⁷ Para decirlo con una expresión muy usada en la doctrina estadounidense: el gato ya está fuera de la bolsa y no hay manera de volver a meterlo en ella.

santiago felgueras

deben establecerse parámetros estrictos e inflexibles, que disten mucho de los poco claros criterios que propuso la mayoría en dicho caso. Es ésta, por tanto, una materia pendiente en nuestro país, y sería conveniente que se pusiera remedio a ella, contrariamente a lo que suele ocurrir en nuestro sistema político y legal, antes de que la espada de Damocles caiga sobre nuestras cabezas. Para continuar con la figura de Petracchi, ojalá no tengamos que presenciar cómo se construye, sentencia a sentencia, el temido camino al infierno, sino que podamos cambiar de rumbo cuando el censor, todavía, no se hizo fuerte en estas tierras.

Aplicación de los principios de libertad de expresión del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Damián Loretti

Puestos a pensar sobre la aplicación por los tribunales argentinos de los términos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debemos analizar no sólo los distintos incisos que lo conforman, sino los estándares de interpretación que surgen de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión que dictó la Comisión Interamericana en su 108 período de sesiones, en octubre de 2002.

En este orden de ideas, repasaremos diversas sentencias en el orden que nos propone el texto de la Convención y, cuando quepa, lo relacionaremos con la Declaración de Principios.

Por supuesto, en estas páginas no habremos de agotar el recorrido completo de resoluciones judiciales que interpretan los estándares de la libertad de expresión en la Argentina, pero sí intentaremos indicar algunas aristas pocas veces indagadas sobre la materia, generalmente analizada a la luz de las responsabilidades penales y civiles de la prensa.

I. Artículo 13.1: el principio de universalidad de sujetos y medios

El inciso primero del artículo 13 reconoce el principio de universalidad de los sujetos del derecho a la información y a la libertad de expresión, en tanto implica el derecho de recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones por cualquier medio o soporte.

Citaremos, entonces, algunos fallos que recogen este principio de universalidad.

Una de las actividades en las que predominantemente este derecho venía y sigue siendo violentado es en la radiodifusión. Por mandato del artículo 45 de la heredada ley 22.285 de la dictadura, una de las condiciones ineludibles para ser licenciatario es ser sociedad comercial regularmente constituida.

Esta condición fue declarada inconstitucional en dos oportunidades por

damián loretti

la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar en los casos “Asociación Mutual Mujica”¹ y “Cooperativa Santa Rosa Río Primero” que

“Según el marco normativo en materia de radiodifusión, para poder concursar a fin de ser prestadora legalmente autorizada de una estación de radiodifusión sonora con modulación de frecuencia, se requiere necesariamente ser persona física o sociedad comercial, legalmente constituida, lo que excluye a las sociedades civiles, cooperativas y asociaciones mutuales sin fines de lucro (...) Tal reglamentación no puede ser arbitraria y excluir de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinadas personas jurídicas de la posibilidad de acceder a una licencia de radiodifusión por no haberse constituido en una sociedad comercial, pues ello importa, en definitiva, una irrazonable limitación al derecho a expresarse libremente y de asociarse o no hacerlo (...) Si bien el incremento de la demanda informativa, la extensión de la zona de influencia del medio, la modernización de los medios materiales a utilizarse en la radiodifusión y circunstancias de naturaleza comercial, financiera y social determinaron la organización comercial y empresarial de la radiodifusión para lograr mayor efectividad y eficiencia del servicio, ello no desplaza la posibilidad de que personas jurídicas sin fines de lucro, que contribuyen al desarrollo del bien común, puedan tener acceso a tales medios de comunicación, con sujeción a las normas reglamentarias (...) La participación de una asociación mutual en un concurso público para acceder a una licencia de radiodifusión, en el supuesto de ser seleccionada, facilita el pluralismo de opiniones que caracteriza a las sociedades democráticas, e importa un verdadero contrapeso o poder equilibrador de los grupos económicos. Por lo que la limitación que establecen las normas impugnadas no tiene fundamento alguno e importa una clara violación al derecho de asociarse con fines útiles, pues impone cuál debe ser el espíritu que ha de animar a quienes conforman tal organización colectiva, sin que se sustente en un motivo suficiente que justifique que ciertas entidades de bien público no puedan desarrollar una actividad que es cultural por esencia (...) No se advierte la existencia de un interés superior que autorice a prohibir que la actora intervenga en un concurso público para normalizar su situación legal y poder, en el caso de ser seleccionada, ejercer su derecho a la libre expresión. Por lo que el párrafo primero del art. 45 de la ley 22.285 y las normas dictadas en su consecuencia, en cuanto impiden que la demandante participe en concursos para la obtención de una licencia por no constituirse en una sociedad comercial, resultan violatorias de los arts. 14, 16, 28 y 75, inc. 23, de la Constitución nacional y del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Antecedentes previos existen en varios juzgados y cámaras de apelaciones en el interior del país.

¹ CSJN, A. 215. XXXVII, “Asociación Mutual Carlos Mujica c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - COMFER) s/amparo”, 1/9/2003.

principios de libertad de expresión

En idéntico sentido, el Juzgado Federal de Río Cuarto garantizó el derecho a recibir informaciones y opiniones a los habitantes de dos poblaciones pequeñas del sur de Córdoba en el caso “Borio, Américo José y otros c/COMFER y otros - Acción de Amparo Ley 16.986”², en el que tras la orden de cierre del Comité Federal de Radiodifusión contra un canal codificado por aire en UHF que había solicitado la licencia pero aún no contaba con ella y que irregularmente funcionaba vinculado a una cooperativa de servicios públicos. Allí se dejó sin efecto la orden de cierre por petición de los vecinos con el argumento de que “impedir que los habitantes de Mattaldi y Nicolás Bruzone accedan a la información televisiva importa una sanción arbitraria porque la empresa cumple con los requisitos exigidos por la ley y su reglamentación, debiendo el COMFER respetarla y hacerla respetar (...) Las sucesivas suspensiones de los concursos para otorgar las frecuencias implica matar el derecho de acceso a la información de las personas de aquellas poblaciones del interior del país en donde la carestía o escasez es de oferentes para la explotación de frecuencias y no de superposición de empresas(...) La actividad del Estado Nacional y sus organismos especializados en materia de radiodifusión no debe propender con la legislación reglamentaria a limitar groseramente el derecho al acceso a la información, provocando la denominada ‘autocensura’, por la falta de cumplimiento de algún requisito formal para el otorgamiento de frecuencias UHF, que en la especie no se da”.

Este fallo, aun cuando lo hace de modo oblicuo, reconoce tanto el derecho a la información en una comunidad pequeña, como la obligación de los Estados de administrar correctamente el espectro de frecuencias, de acuerdo al mandato del artículo 13, inciso 3, de la Convención Americana.

También en materia de libertad de expresión y el reconocimiento de la universalidad de su goce y ejercicio, una reciente sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de Santa Cruz³ explicita el derecho de los dirigentes sindicales de los periodistas a hacer uso de sus derechos de libertad de expresión en su aspecto de la libertad de expresión sindical en el propio medio en el que trabajan. En el caso, la Cámara revocó una sentencia haciendo lugar al desafuero ordenado en primera instancia basado en que el demandado (secretario general del Sindicato de Prensa de Santa Cruz y de Asuntos Profesionales de la FATPREN) había insertado una declaración sindical crítica de la empresa en la que trabajan y de otros medios de la ciudad de Río Gallegos.

² Resolución del 4/7/2003.

³ “L.J.K. Editorial S.A. c/Granero Raúl Gustavo s/exclusión de tutela sindical”, Expte. L-18.450/01.

damián loretti

Sostiene el fallo que la garantía de libertad de expresión sin censura previa del artículo 14 de la CN debe ser complementada con las de los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las de los artículos 11, 12 y 13 de la Constitución provincial. En la misma inteligencia, al analizar el conflicto de derechos trabado en la litis, la Cámara afirmó que “frente a la protección del ‘honor de la persona jurídica’ empresa editorial y la protección de la libertad de expresión, el derecho de representación gremial y la libertad de expresión sindical, me inclino por estos últimos, ya que el goce de los derechos sólo queda garantizado a través de la efectiva protección, sin tutela efectiva del ejercicio, no hay derecho, se ha escrito con toda razón”.

De tal modo, se enfatiza el alcance universal del derecho a la libertad de expresión, tanto para quienes difunden, como para quienes reciben. Quiéramos agregar, por último, que consideraciones sobre la libertad de expresión de los trabajadores de los medios respecto a sus empresas reconocen pocos antecedentes jurisprudenciales. Uno de ellos es “Fuentes Bobo c/España”⁴, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En mérito al derecho a investigar informaciones, además del cada vez más reconocido derecho de acceso a la información pública, se desprende –del derecho a investigar⁵– el derecho al secreto periodístico, no sólo sobre la identidad de las fuentes sino sobre la documentación, información no publicada y las comunicaciones y los soportes de los periodistas y comunicadores sociales. Este punto forma parte de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión en el apartado 8⁶.

En el fallo recaído en “Thomas Catan s/recurso de queja”, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal⁷, tras indicar que entre los aspectos fundamentales de la libertad de expresión se destaca el acceso libre a las fuentes de información, la posi-

⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de febrero de 2000.

⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos consagró la tutela amplia del derecho de libertad de prensa en cuanto sostuvo que “el artículo 13 (de la Convención Americana) señala que la libertad de pensamiento y expresión (...) comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole” (Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal, Sala II, “Ordoñez, Matías s/querrela por calumnias e injurias c/Verbitsky”, causa 12.439, 4/3/97).

⁶ “8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales”.

⁷ Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal, Sala II, “Incidente de Thomas Catan en autos 14.829/2002”, Registro 20.377, 28/10/2002.

principios de libertad de expresión

bilidad de recoger noticias, transmitir las y difundirlas, y de resguardar razonablemente en el secreto la fuente de donde esas noticias se han obtenido, indica que este paradigma “también se observa en los artículos 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen que la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones”.

En el caso, el juez federal Claudio Bonadío había ordenado a Catan entregar sus números telefónicos a fin de coleccionar por pedido a las prestadoras telefónicas las llamadas entrantes y salientes del periodista. La Sala observó en ese sentido que “se advierte que el juez con el objeto de establecer la identidad de las personas que habrían comunicado los hechos investigados a Catan solicitó el listado de llamados de su abonado telefónico. De allí que, aun cuando no se haya obligado al periodista a revelar personalmente esa circunstancia, se ha producido indefectiblemente un conflicto con su interés de mantener el secreto en ese aspecto”. Finalmente, ordenó la destrucción de los legajos confeccionados con los listados: “En conclusión, aquí resulta innecesario afectar el secreto de las fuentes de información de Catan con el objeto de reunir elementos útiles para la causa, ya que existen otras alternativas probatorias que permiten perseguir ese mismo fin. En el marco de esa situación, la medida cuestionada constituye una restricción irrazonable a la libertad de expresión y, por ende, ilegítima, por lo que se declarará la nulidad de la providencia de fs. 74 del principal en la que ella se dispuso toda vez que afecta las garantías constitucionales ya reseñadas (arts. 14 de la Constitución nacional, 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y arts. 168, segundo párrafo, y 172 del Código Procesal Penal de la Nación)”.

II. Artículo 13.2, primer párrafo: prohibición de la censura previa

Tomando como corpus de análisis el inciso segundo del artículo 13 de la Convención Americana, habremos de desagregarlo.

En primer lugar, consideraremos algunos fallos vinculados a la prohibición de la censura, sin perjuicio de la tensión que surge de la contraposición de los términos contundentes de la Convención, que la prohíbe y sujeta los contenidos a la aplicación de responsabilidades ulteriores y de la admisión de medidas restrictivas de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así también, debemos mencionar que la imposibilidad de realizar actos de censura aparece en varias resoluciones judiciales como introducción al

damián loretti

tratamiento de las responsabilidades, en orden a reconocer que la libertad de expresión no es absoluta.

Sin embargo, nuestro interés es reconocer aquellos fallos en los que el tema de la censura previa es considerado como corpus principal o tema de fondo, y no sólo en materia periodística sino de la totalidad de las expresiones que el artículo 13.1 reconoce. Más aún en sociedades tan imbricadas por los medios de comunicación como la nuestra.

En materia de limitaciones basadas en el respeto a principios religiosos “alegado como fundamento de la solicitud de una medida que tiende a evitar la divulgación de una obra cinematográfica, no puede llevar a admitir, como regla, una protección judicial preventiva sobre presuntos agravios. Lo contrario implicaría establecer la censura previa, que debe ser desestimada, ya que afectaría una garantía constitucional expresa y directamente establecida para la libertad de expresión, que cubre también las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinematográfica (art. 14 de la Constitución Nacional). Ella sólo puede admitirse como excepción respecto de la publicación de noticias en algunas y precisas circunstancias, resultando improcedente contra la divulgación de ideas y obras intelectuales”⁸.

Una de las formas en las que la cuestión de la censura es introducida en los tribunales es la solicitud de una medida cautelar presentada por una persona que cree o sabe que será citada en una publicación periódica, libro o en un programa de un medio electrónico. Aún sin citarlo, el antecedente “Martorell” de la Comisión Interamericana es habitualmente seguido por los tribunales argentinos en los casos que no involucran niños, ya que generalmente se rechaza la solicitud sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores.

En este orden de ideas, es sumamente ilustrativa esta cita: “La libertad de expresión, garantizada por el art. 14, Constitución nacional y el 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos quedaría claramente vulnerada no sólo si se impide la difusión del programa, sino si este tribunal de justicia interviene para limitar, condicionar o imponer modalidades a la forma en que las imágenes o los nombres hayan de ser publicados (...) Los valores que el actor intenta preservar, tales como su reputación o el principio de la inocencia (que, según dice, podría ser conculcado por la difusión de los hechos que determinaron la filiación), no son susceptibles de protegerse mediante la censura previa. La Convención Americana de Derechos Humanos recién citada deja a salvo las “responsabilidades ulteriores” (art. 13, inc. 2) y a éstas deberá acudir el demandante si se cree con dere-

⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “Darío c/Imagen Satelital Canal Space s/amparo”, 6/6/97.

principios de libertad de expresión

cho”, que señaló la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en “Salvo Aragón”⁹.

Uno de los problemas más complejos de dilucidar sobre el establecimiento de límites previos a la difusión de informaciones y opiniones es la resolución de las tensiones que surgen en épocas electorales. Tanto por la llamada *veda electoral* como por la prohibición de la difusión de *encuestas de boca de urna*¹⁰.

Fue el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires quien consideró el tema en una acción de amparo promovida por la Asociación de Teleriodifusoras Argentinas pidiendo la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del artículo 5 de la ley 268 de la ciudad, referido a estas limitaciones.

La demanda fue rechazada por el Máximo Tribunal porteño. Apuntaremos algunas de las cuestiones más relevantes en aquello que hace a la libertad de expresión:

“El Pacto de San José de Costa Rica exige que los ciudadanos puedan votar y ser elegidos en elecciones periódicas y auténticas. La autenticidad de una elección implica no sólo la ausencia de fraude y de coacción electoral sino, también, de toda manipulación del ciudadano antes, durante e inmediatamente después de que haya emitido su voto”¹¹.

“El art. 5º de la ley 268 lejos de restringir la libertad de expresión en todas sus formas, la asegura en un sentido más amplio que el señalado por quienes ven restringida su actividad empresarial, pues tiende a garantizar durante el proceso electoral una libertad de expresión inherente a la organización democrática del poder y del Estado, que es la que desarrolla el pueblo en su conjunto, cuando vota. (...) No restringe la libertad de prensa. Los medios de radiodifusión, prensa escrita, etc., continúan antes y durante el comicio con sus actividades. Es decir, los periódicos se publicarán, las radios y los canales de televisión emitirán sus programas informativos habituales, sin que exista censura alguna sobre sus contenidos, adecuándolos a las limitaciones del Código Electoral Nacional, de la Ley de Partidos Políticos y, en esta Ciudad, de la ley 268. Incluso las encuestas son emprendibles y realizables, sólo existe un lapso en el cual no se admite la difusión de sus resultados”¹².

⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, “Salvo Aragón, Leopoldo Vicente c/ARTEAR S.A. canal 13 s/amparo”, 15/9/97. Con cita de CSJN, Fallos: 248:664, cons. 4.

¹⁰ Art. 5 de la ley 269 de la Ciudad: “Artículo 5 - Desde las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del comicio y hasta tres (3) horas después de su finalización, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, de los resultados de encuestas electorales”.

¹¹ Del voto de Maier y Ruiz.

¹² Del voto de Maier y Ruiz.

damián loretti

“El art. 5 de la ley 268, que veda la difusión –por cualquier medio– de las encuestas electorales durante las 48 horas previas y las 3 horas posteriores al comicio, tiene por finalidad tanto la de mantener la tranquilidad pública como la de asegurar a la población la certeza de la información que recibe. Por ello, sólo veda la difusión de las encuestas mas no la propagación de los resultados electorales a partir del momento en que se los obtiene del escrutinio y tampoco prohíbe la formulación de proyecciones razonables sobre la base de resultados oficiales. (...) El cuestionado art. 5º de la ley 268 no prohíbe la realización de encuestas, ni la difusión de los datos que surjan de ellas; sólo establece un breve lapso de interdicción para esta actividad. Es que en la confrontación entre la legítima expectativa empresarial y el adecuado ejercicio de los derechos electorales de la población, aquélla debe ceder ante éste; máxime cuando tal preferencia se encuentra acotada en el tiempo en forma precisa”¹³.

En materia de restricciones previas por la difusión de noticias sobre niños, ello puede llevarse a los estrados judiciales por diversos motivos. Uno de ellos se basa en razones de protección a la vida privada, sobre todo cuando se trata de cuestiones vinculadas a juicios de filiación, por ejemplo. Otro aspecto que es llevado a instancia judicial es el relativo a la identificación de niños como autores, víctimas o testigos de delitos.

Sobre la primera de las circunstancias apuntadas, existe jurisprudencia en la que se debatió la aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño y cómo armonizarla con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, en “S.V. c/M., D.A”¹⁴, la Corte Suprema registró una votación dividida en este sentido.

La resolución previa de la Cámara Nacional de Apelaciones limitó una resolución del juez de Primera Instancia, en el marco de un juicio de filiación, la decisión de “hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia”. Esta medida fue apelada por la agencia Diarios y Noticias S.A. (DYN), tras lo cual la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la modificó “limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados”.

La apelante promovió el recurso extraordinario sobre el que la Corte se expidió con –como dijimos– votación dividida.

¹³ Del voto de Conde.

¹⁴ CSJN, Fallos: 324:975, 3/4/2001.

principios de libertad de expresión

En la posición de la mayoría (Nazareno, Bossert, y luego por sus votos, Moliné, López, Boggiano, Vázquez y Fayt) debía modificarse la sentencia de Cámara por su alcance, debiendo limitarse la medida.

Para las disidencias individuales de Belluscio y Petracchi correspondía la revocación de la sentencia y el rechazo de la medida solicitada por la actora.

En la posición mayoritaria, se dilucida el tema entendiendo que corresponde al Tribunal armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de la censura previa –con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad–, ya que así lo prevé el artículo 16, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Allí se plantean diversas posturas para llegar a una solución que se entiende compatibiliza los derechos en conflicto. Por supuesto, se alega que “la protección judicial del interés del menor debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable”.

La mayoría sostiene que “la publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de la menor que en un juicio civil en trámite reclama el reconocimiento de la filiación de su presunto padre, representaría una indebida intromisión en su esfera de intimidad, que puede causar, conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en el desenvolvimiento psicológico y social de la niña”.

Sin embargo, la prohibición de propalar “cualquier noticia vinculada a la filiación de autos” excede la tutela que requiere la intimidad de la menor, ya que la medida dispuesta conduciría al extremo de impedir la difusión de noticias relacionadas con el juicio de filiación.

También se apunta en los votos que conforman la mayoría que “la Convención Americana confiere un lugar especial, en su jerarquía interna, a los derechos del niño”, los que –entre otros derechos fundamentales de la persona– no pueden ser suspendidos siquiera en caso de guerra, peligro público o de otras emergencias que amenacen al Estado (arts. 27 y 19) suspensión que sí podría alcanzar –en las condiciones de marcada excepción previstas– a los derechos reconocidos en el artículo 13 del Pacto.

En los distintos votos que conforman –asimismo– la mayoría, se intenta homologar el principio de la censura para el acceso a los espectáculos públicos (el tratado admite la censura previa –en desmedro de la libertad de expresión– en materia de espectáculos públicos, “para la protección moral de la infancia y adolescencia”) y lo extienden como protección a los derechos de la infancia frente a una concreta colisión con otros derechos también reconocidos.

En virtud de esa especial tutela entienden que corresponde hacer lugar a la demanda, aunque limitando su alcance teniendo como Norte que la solicitud de protección judicial encuentra sustento en tratados internacio-

damián loretti

nales¹⁵ y sobre todo teniendo en cuenta que tratándose de un niño se encuentra en plena formación y no tiene discernimiento como para disponer de un acto tan íntimo de su personalidad.

Finalmente destacan que una resolución judicial rodeada de las garantías necesarias no puede ser considerada censura.

Aun cuando comparte la decisión de fondo, el Dr. Fayt reconoce una etiología distinta en sus fundamentos. Indica que la protección al niño que ordena la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a resguardarlo de un perjuicio o peligro; de modo tal que sólo un desconocimiento de ese podría justificar una conclusión que limitara a una reparación ulterior el alcance de esa protección. Dice: “Nada más desacertado: proteger al niño es preservarlo, no indemnizarlo”.

De allí que pone en cuestión que las reparaciones ulteriores que la Convención establece para el ejercicio inadecuado de la libertad de prensa, porque resultan, ante un niño vulnerado en el libre desarrollo de su personalidad, irremediablemente antifuncionales.

Se cuestiona si de la prohibición de censura previa que establece la Convención “no se sigue, sin más, que otros derechos queden anulados o reducidos a meras articulaciones declamatorias”, por lo que revoca la medida limitándola en su alcance.

Formularon disidencias Belluscio y Petracchi.

El primero comparte con la mayoría cuál es el tema de fondo, pero entiende que el derecho a expresarse libremente por la prensa no admite cortapisas de ningún tipo. Tanto es así para él que sostiene que el constituyente no se conformó con consagrar en el artículo 14 el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa sino que añadió en el artículo 32 la explícita prohibición al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa.

Seguidamente distingue los alcances de la censura, las responsabilidades ulteriores y la limitación de acceso a los niños que plantea la Convención en el artículo 13, y agrega que “ni aun para esos elevados fines admite la censura impeditiva de la exhibición, sólo la acepta para regular el acceso de los menores a las representaciones”¹⁶.

¹⁵ Citan que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece –como regla– que toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, y sienta una expresa excepción “en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores” (art. 14, punto 1); a la vez que la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza a los menores –en las actuaciones penales que los involucran– el respeto pleno de su vida privada en todas las fases del procedimiento (art. 40, punto 2, inc. b, ap. VIII).

¹⁶ CSJN, *Fallos*: 315:1943, voto del juez Belluscio, cons. 13.

principios de libertad de expresión

Más adelante señala que la imposibilidad de prohibir una información o idea antes de que se imprima o emita no significa abrir juicio sobre el carácter lícito o ilícito de los actos que realicen los medios. Coartar la libertad antes de la publicación o de la emisión de las ideas significa prejuzgar sobre la incapacidad de los medios de prensa de ejercer responsablemente su función, y entrañaría desconocimiento sobre el efecto disuasivo de la sanción ulterior que el ordenamiento jurídico prevé para quien vulnere la intimidad de un menor o tenga indebida injerencia en su vida privada y familiar. Sobre la Convención sobre los Derechos del Niño señala que “el art. 3, ap. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño orienta la interpretación y aplicación de todo el plexo normativo, tarea en la cual se ha de tener como consideración primordial el interés superior del menor. Nuestro país ha conocido una dramática historia de ocultamientos en la filiación de los niños como para creer que necesariamente es de su mejor interés que la prensa permanezca ajena a toda información y no sea capaz de fijar por sí los límites de su función dentro de la ley”. Con esos fundamentos revoca la sentencia de Cámara y rechaza la totalidad de la pretensión de la actora.

En su disidencia, el Dr. Petracchi sostiene que es categórica la prohibición de la censura previa y sólo cabe la admisión de las responsabilidades ulteriores y que esa prohibición alcanza también a los órganos judiciales, que no pueden alzarse contra aquélla invocando su facultad de dictar medidas cautelares o preventivas.

Luego se pregunta en el voto si esa prohibición de censura establecida en el artículo 13.2 del Pacto y el 14 de la Constitución encuentra cortapisas al ser enfrentada con la Convención sobre los Derechos del Niño. A criterio de Petracchi, esta norma internacional “sólo impone –en lo que interesa– el criterio inspirador que deberá guiar la actuación de los órganos de los distintos poderes del Estado, que –como se indica– tendrán que atender primordialmente al ‘interés superior del niño’”. Asienta allí su convicción en cuanto a que “no podría considerarse a la citada norma como una autorización para hacer tabla rasa con cualquier institución jurídica so capa de que así se tutelarían mejor los intereses del menor” y que “en el caso específico de los tribunales, casi es innecesario puntualizar que el citado art. 3.1. no puede ser leído como si concediera una implícita y genérica habilitación para fallar siempre contra *legem* (menos aún si la ley es –como en el caso del Pacto de San José– también de jerarquía constitucional). Su alcance es el de priorizar el mentado ‘interés superior’ en el marco de interpretaciones y aplicaciones jurídicas posibles. No, en cambio, el de subvertir todo derecho (público o privado) en aras del aludido interés”.

También al comparar las convenciones entiende que “la gran semejanza permite afirmar que, en el ámbito de las responsabilidades ulteriores, ambas convenciones (no una sola, sino las dos) estatuyen sistemas

damián loretti

similares y persiguen tutelar parecidos derechos. Empero, la diferencia decisiva aparece en el ámbito de la censura previa; aquí, contrariamente a lo que sucede en los otros textos internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo), la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una prohibición categórica, ausente en aquéllos. Ello debe ser reconocido y responde a una singularidad propia del derecho constitucional latinoamericano y a la expresa voluntad de quienes concurrieron a la redacción del art. 13 del Pacto de San José. Desconocer los alcances que en esta materia tiene la Carta Regional de los Derechos Humanos trayendo a colación la permisividad censoria que se advierte en otras latitudes— no sólo reflejaría una hermenéutica errónea sino que borraría uno de los rasgos más peculiares del sistema americano, en aras de no se sabe qué vaga homogeneización”.

Y finaliza diciendo que “en materia de censura, el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones. La aversión a los sistemas de censura no se basa en la presunta deshonestidad o ignorancia de quienes los ejercen. Los probos y los doctos han sido, históricamente, los censores más eficazmente represivos al momento de ejercer la actividad censoria. La propia dinámica del sistema de censura es la nociva —con su tutela paternalista que controla anticipadamente lo que se puede decir, oír o ver—, no las personas llamadas a ejecutarlo”. Pese a ello estima innecesario —o, más bien, improcedente— considerar si el concreto acto de censura importó un ejercicio *bueno o malo* de la facultad censoria. Es ésta la que no existe como posibilidad jurídica.

Esto concluye la cuestión. No hay que formular ninguna elección, porque ésta ya ha sido hecha. Puede también aquí decirse que “esta es precisamente la clase de opciones [que la ley constitucional] hizo por nosotros”¹⁷.

III. Artículo 13.2, segunda parte: responsabilidades ulteriores

Este párrafo del artículo 13 en su segundo inciso se refiere a la atribución de responsabilidades ulteriores como mecanismo de la protección de derechos y reputación de los terceros, el orden y la moral públicos o la defensa nacional.

Dicha atribución de responsabilidades puede corresponderse al derecho civil, al derecho penal o al derecho administrativo. Y deben, por mandato del propio articulado de la Convención, cumplir con tres requisitos: deben cumplir con el principio de legalidad, y la ley debe ser clara y precisa además de ser dictada con anterioridad a los hechos. En este plano, si

¹⁷ Con cita de la Corte Suprema estadounidense, 425 U.S. 748, 770 - 1976.

principios de libertad de expresión

bien no es un mandato explícito de la Convención, aparecería obvio que dicha norma debe estar publicada.

En las especificidades de la actividad de la comunicación social y el ejercicio de la libertad de expresión encontramos un fallo que advierte sobre las consecuencias del incumplimiento del requisito de legalidad.

En “Gartner, Angel Eduardo c/Comité Federal de Radiodifusión”¹⁸, la Corte declara la nulidad de una resolución sancionatoria de la autoridad de aplicación en materia de radiodifusión en la medida en que la norma de alcance general que dispone el régimen de sanciones no fue publicada en el Boletín Oficial ni comunicada con anterioridad a la emisora sancionada.

En particular, la Corte señala que “la falta de publicidad hizo que en el caso la disposición no adquiriese obligatoriedad y, por tanto, que no resultase el derecho vigente al que la administración debe sujetar su conducta, y frente a ello es irrelevante, tanto el conocimiento que de su sanción hubiese tenido el interesado como su adhesión al sistema que gobierna el otorgamiento de los permisos para las emisoras radiales (...) Ausente la publicidad, cualquiera sea la bondad de la nueva disposición con relación a la anterior, tratándose de un requisito que hace a la obligatoriedad de la ley, la sanción que contempla la norma, causa lesión a la garantía constitucional de la defensa en juicio, en cuanto exige que aquélla se encuentre prevista por la ley con anterioridad al hecho del proceso (art. 18 de la Constitución nacional y Fallos: 298:717)”.

Otro de los requisitos específicos que reclama la literalidad de la segunda parte del artículo 13.2 es que se cumpla el principio de necesidad. Aspectos que deben cumplimentarse en los distintos casos de legítimos fines que contempla.

IV. Artículo 13.2, segunda parte: protección de los derechos de terceros

En palabras de la Comisión Interamericana¹⁹ y la Corte Europea²⁰, en el campo del análisis de las responsabilidades por ejercicio de la libertad de expresión *necesario* “debe considerarse como algo más que ‘útil’, ‘razonable’, o ‘conveniente’” Para que una limitación sea *necesaria*, “debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión.

¹⁸ CSJN, Fallos: 325:1808, 18/7/2002.

¹⁹ CIDH, Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1994.

²⁰ Casos “Lingens”, “Castells” y otros posteriores.

damián loretti

(...) La necesidad comporta la existencia de una 'necesidad social imperiosa'. De manera que los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del 'orden público', como medio para suprimir un 'derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real'. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima.

En los estándares promovidos en la Declaración de Principios de Libertad de Expresión de la CIDH en octubre de 2000, los principios 10 y 11 permiten bosquejar una interpretación correcta de la *necesidad* de la atribución de las responsabilidades²¹.

Es, entonces, desde ese contexto, que debemos analizar la aplicación de la Convención Americana en los fallos que resuelven sobre la aplicación de responsabilidades ulteriores.

Una de las líneas a analizar se refiere a la doctrina de la *real malicia*, que la Corte dice tener como posición mayoritaria a partir del fallo "Morales Sola"²² y luego fuera citada nuevamente en diversas resoluciones como "Menem Eduardo c/Tomás Sanz"²³, "Díaz c/Ed. La Razón"²⁴, "Perini c/Herrera de Noble", "Amarilla, Juan H. s/Recurso Extraordinario en autos: 'Gorverin, Diego Rodolfo s/querrela p/calumnias e injurias c/Amarilla, Juan H, Expte n° 797/93'"²⁵, "Menem, Amado Calixto c/La Voz del Interior s/sumario"²⁶, "Ramos, Juan J. c/Radio Belgrano y otros"²⁷, "Pandolfi

²¹ Principio 10: "Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas".

Principio 11: "Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como leyes de desacato atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información".

²² CSJN, Fallos: 319:2741.

²³ CSJN, Fallos: 321:2848.

²⁴ CSJN, Fallos: 321:3170.

²⁵ CSJN, Fallos: 325:2188.

²⁶ Publicado en LL, 1009/2003.

²⁷ CSJN, Fallos: 319:3428.

principios de libertad de expresión

c/Rajneri²⁸, "Suárez c/Cherasny"²⁹, "Abad"³⁰, "Gesualdi c/Cooperativa Periodistas Independientes y otros"³¹, "Rodríguez Daniel"³², "Bruno, Arnaldo c/La Nación"³³, "Roviralta, Huberto c/Editorial Tres Puntos S.A. s/daños y perjuicios"³⁴; "Guerineau, Horacio Laurindo c/La Gaceta S.A. s/daños y perjuicios"³⁵.

Aunque sólo en escasas oportunidades se menciona explícitamente la Convención Americana y su artículo 13, entendemos que es relevante esta compilación de casos que cuentan con invocación de la doctrina basada en la ampliación del margen de crítica a funcionarios públicos, personalidades públicas o que aquellas que no teniendo este carácter se involucren en cuestiones de interés públicos, toda vez que se ha transformado en un estándar interpretativo de la aplicación de responsabilidades ulteriores por su inclusión en la Declaración de Principios de sobre libertad de Expresión de la Comisión Interamericana (Principios 10 y 11) y ser reconocida recientemente en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los casos "Herrera Ulloa"³⁶ y "Canese"³⁷.

En particular, la doctrina "se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querrelantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas. El punto de partida está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional. Se suma la misión de la prensa, su deber de informar a la opinión pública proporcionando el conocimiento de qué y cómo actúan sus representantes y administradores; si han cometido hechos que deben ser inves-

²⁸ CSJN, *Fallos*: 320:1272.

²⁹ CSJN, *Fallos*: 318:823.

³⁰ CSJN, *Fallos*: 315:632.

³¹ CSJN, *Fallos*: 319:3085.

³² CSJN, *Fallos*: 319:2741.

³³ CSJN, *Fallos*: 324:2419.

³⁴ Resolución del 30/3/2004.

³⁵ Resolución del 15/4/2004.

³⁶ Corte IDH, "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 127 y ss.

³⁷ Corte IDH, "Ricardo Canese vs. Paraguay", sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafo 97 y siguientes.

damián loretti

tigados o incurrir en abusos, desviaciones o excesos y si en esos hechos han intervenido funcionarios o figuras públicas, incluso particulares –que han adquirido notoriedad suficiente para encontrarse involucrados voluntariamente en la cuestión pública de que trata la información– su situación los obliga a demostrar la falsedad de la noticia, el dolo o la inexcusable negligencia de la prensa. Entonces, cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar, es decir con conocimiento de que era falsa –*with knowledge of its falsity*– o con negligencia culposa sobre si era falsa o no lo era –*or with reckless disregard of whether it was false or not*–.

Este amparo, que aparece inicialmente como destinado a la prensa, es luego extendido para favorecer a cualquier persona que haga ejercicio de la libertad de expresión a partir de las consideraciones recaídas en “Pandolfi c/Rajneri s/inf. art. 110”³⁸.

Y la evaluación de los hechos que se lleven a conocimiento de los tribunales debe ser necesariamente cumplida a la luz de esta doctrina, según opinión de la Procuración General de la Nación, que sostiene: “Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios ocasionados por una publicación si –más allá de si el actor es o no una figura pública o si, en definitiva, resulta o no aplicable la doctrina de la ‘real malicia’– el juzgador desechó el estudio del caso a la luz de dicha doctrina, soslayando el hecho de su admisión por la Corte Suprema y su reiterada invocación por el recurrente”³⁹.

V. Artículo 13.2, apartado b: orden público

Respecto a este párrafo del articulado, nos parece interesante destacar la resolución adoptada en la causa “Vita, Leonardo G, y otro s/procesamiento” de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal⁴⁰.

En este caso, la Sala interviene por asignación de la causa por la Cámara de Casación, que declarara la nulidad de un sobreseimiento dictado por

³⁸ CSJN, *Fallos*: 320:1272, 1/7/97.

³⁹ Dictamen de la Procuración General de la Nación, al que remitió la Corte Suprema en “Roviralta, Huberto c/Editorial Tres Puntos S.A. s/daños y perjuicios”, 30/3/2004.

⁴⁰ Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal, Salla II, “Vita, Leonardo G. y otro s/procesamiento”, causa 20.336, 29/08/2003.

principios de libertad de expresión

la Sala I con anterioridad en orden a la investigación de los delitos previstos y tipificados por los arts. 12, inc. a, y 28, primer párrafo, de la ley 23.737⁴¹, en concurso ideal, por los que los recurrentes fueran procesados.

Si bien sobre el fondo de la cuestión la Sala II entiende que los actos son atípicos para configurar las conductas imputadas, a nuestro criterio la resolución realiza aportes de suma importancia a la aplicación de la Convención Americana en nuestros tribunales.

Para ello, al analizar las tipificaciones penales aplicadas en el caso, enfatiza la Sala en que las interpretaciones no deben ser literales sino dejar en claro qué es aquello que se intenta prohibir. Recalca la resolución que “si no se fijara límite alguno, y la cuestión quedara circunscripta a la mera determinación del significado de los términos escogidos por el legislador, deberíamos concluir en que prácticamente toda manifestación efectuada en forma pública, relativa al consumo de drogas y que adoptara una postura disidente con la línea que orienta la política criminal estatal en la materia, acabaría siendo penada, lo que resulta francamente inadmisibles a la luz de las normas constitucionales que consagran la libertad de expresión en tanto derecho estructural y estructurante de todo sistema democrático”.

Entonces, al agudizar la observación al contenido de la libertad de expresión, señala que “se encuentra consagrada en el artículo 14 de nuestra Constitución nacional así como también en diversas normas de derecho internacional que –en la actualidad y a partir de la reforma constitucional de 1994– detentan en nuestra pirámide jurídica esa misma jerarquía (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 13; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 4; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 19)”.

Recoge los alcances que la Corte Interamericana de Derechos Humanos asigna a la libertad de expresión en la OC-5/85 al indicar “que la libertad de expresión comprende no sólo el derecho y la libertad de expresar el propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Y, por tanto, cabe entender que cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo vio-

⁴¹ Se trata de un procesamiento por preconizar y difundir públicamente el uso de estupefacientes, en concurso ideal con el de impartir instrucciones acerca de su producción, fabricación, elaboración o uso mediante la publicación de una página de Internet que poseía *links* a distintos sitios en los que se hacía referencia a la *cannabis* y al cáñamo con distintas posiciones que promovían la despenalización del consumo de marihuana.

damián loretti

lado, sino también el derecho de todos a recibir información e ideas y a conocer el pensamiento ajeno..." y que constituye "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática: es indispensable para la formación de la opinión pública; es *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente; representa también el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad".

Tras ello, afirma la Sala que la eminente posición que ocupa la libertad de expresión en el régimen republicano obliga a una particular cautela cuando se trata de deducir responsabilidades de su ejercicio, agregando –mientras recoge la posición de la CIDH en su Informe del año 1994– luego que "la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que existe una amenaza evidente y directa de violencia anárquica".

Fijado el marco interpretativo, la Sala indica que el juzgado al decretar el procesamiento realizó una exégesis de la tipificación incompatible con las convenciones internacionales que protegen la libertad de expresión y que el examen debe ser más cauteloso cuando como en el caso, el acceso al contenido cuestionado "se logra a partir de una conducta activa de búsqueda por parte del receptor".

Cuando considera las consecuencias de la crítica a la penalización del consumo, la Sala señala "la imposibilidad de que la crítica política en sí misma, por apasionada, por encendida, por caústica que sea, pueda constituir ilícito alguno pues ello importaría, lisa y llanamente, consagrar un delito de opinión, retrotrayendo así las instituciones de la democracia a las bases mismas del totalitarismo y la intolerancia ideológica"; y agrega: "En esta dirección, cobra inusitada actualidad el pensamiento de Julio Herrera, quien ya a principios del siglo pasado advertía que la norma penal no incrimina las opiniones, juicios o teorías sobre la dañosidad o beneficiosidad de las incriminaciones hechas por ley, pues por laudables que sean para las conductas que el legislador castiga como delitos, no dejan de ser expresiones lícitas de las propias ideas. En el ámbito de las ideas, el razonable derecho de expresarlas no puede estar configurado por la posibilidad de que sean socialmente peligrosas o contrarias a lo dispuesto por el legislador, porque, precisamente, los beneficios que resultan del conflicto de ellas no son ajenos a la justificación de esa libertad (Herrera, Julio, 'Anarquismo y defensa social', citado por Ricardo C. Núñez, ob. cit., p. 99)".

principios de libertad de expresión

VI. Artículo 13.3: mecanismos de censura indirecta. Administración de frecuencias

La importancia del artículo 13.3 sí fue reconocida por la justicia. Sin embargo, los criterios de administración de frecuencias fueron entendidos por varias cámaras de apelaciones y la CSJN como patrimonio del Poder Ejecutivo, aun cuando no se realizaran las actividades apropiadas para establecer los planes técnicos que permitieran nuevas asignaciones⁴².

En este punto, resulta de importancia recordar el punto 12 *in fine* de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión: “Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.

En ciertos casos, en que se objetaba la falta de llamado a concursos para la instalación de más medios de comunicación electrónicos de radiodifusión, y se argumentaba que ello era un mecanismo de censura indirecta, se resolvió: “... es indudable que compete al Comité Federal de Radiodifusión la realización de los concursos para proveer a la adjudicación de las estaciones del servicio de radiodifusión con modulación de frecuencia. Pero no menos discutible es que, de acuerdo al art. 1 del Decreto 1357/89, dicha convocatoria debe sujetarse ‘al Plan Técnico que apruebe el Poder Ejecutivo Nacional’, a la fecha, como sostuvo oportunamente la demandada. En otros términos, toda convocatoria debe responder al mencionado plan. Éste constituye un recaudo impuesto por el legislador para conferir al acto que la dispone el sustento técnico adecuado que permita el ejercicio ordenado del servicio de radiodifusión (art. 27, ley 22.285 y cap. III, del Decreto 286/81)”⁴³.

En el mismo sentido, “el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación, debe ser ejercido conforme a las leyes que lo reglamentan y dentro de los límites que imponga la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público”⁴⁴.

⁴² Corresponde señalarse que entre los considerandos del Decreto 1.144/1996 se menciona que “con el dictado del Decreto N° 1151/84 se limitó la libertad de prensa y de elección, por cuanto se suspendió *in eternum* la aplicación del Plan Nacional de Radiodifusión, lo que derivó en un verdadero congelamiento de la cantidad de prestadores (...) tal congelamiento llevó a numerosos tribunales de justicia del país a hacer lugar a los recursos de amparo interpuestos por prestadores de servicios de radiodifusión hasta tanto el Estado Nacional llamara a concurso público para adjudicar las licencias con sus respectivas frecuencias”.

⁴³ CSJN, *Fallos*: 318:1409, del 10/8/95.

⁴⁴ CSJN, *Fallos*: 322:2750, “Ríos, Rubén Francisco c/Estado Nacional - COMFER - Dirección Nacional de Telecomunicaciones s/ordinario - acción de inconstitucionalidad”, Resolución del 1/11/99.

damián loretti

Finalmente, cuando el plan fue confeccionado, para las áreas con mayor demanda de frecuencias que oferta, el concurso fue llamado y sus reglas fueron sistemáticamente alteradas e incumplidas. Ello se concluye de lo dicho por la CSJN en el caso "Miragaya"⁴⁵ al reseñar la irregularidad de los actos de adjudicación de licencias para emisoras de baja potencia en la Ciudad de Buenos Aires, considerándolos nulos de nulidad absoluta por omisión del respeto del principio de igualdad en la adjudicación de las licencias y la insuficiente motivación de los actos de adjudicación.

Y, en cuanto a los actos del Poder Ejecutivo, o sus organismos, que generan limitaciones al acceso a las licencias para la prestación de servicios de radiodifusión, aun cuando no se realiza a través de frecuencias radioeléctricas, sino por tendido de cable, la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial de Córdoba, el 14 de septiembre de 2004, en los autos "Coop. De Servicios Públicos De Villa Santa Rosa c/Comité Federal de Radiodifusión - amparo" resolvió la inconstitucionalidad de una serie de resoluciones del Comité Federal de Radiodifusión.

La Sala entiende que existía "manifiesta ilegitimidad de las Resoluciones 1172/2003 de fecha 3 de noviembre de 2003, 241/2004 de fecha 11 de marzo de 2004 y 1202/2004 de fecha 3 de septiembre de 2004 (BO 6/9/04), dictadas por el señor Interventor del Comité Federal de Radiodifusión, que continuando con la tesitura adoptada desde el mes de septiembre de 2000 en forma sucesiva e interrumpida, ha mantenido suspendida la venta de los pliegos de Servicios Complementarios de Radiodifusión, aniquilando el ejercicio por parte de la actora de diversos derechos de raigambre constitucional, tales como el de asociarse con fines útiles (art. 14); el derecho de igualdad ante la ley y no discriminación (art. 16); el derecho a la propiedad (art. 17); libertad de imprenta (art. 32); al de calidad y eficiencia de los servicios públicos, defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales (art. 42), a que se provea la conducente para la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración (art. 75, inc. 18), al desarrollo humano (art. 75, inc. 19); a la igualdad de oportunidades y de trato (art. 75, inc. 23) y demás garantías concordantes incluidas en los Tratados Internacionales que a tenor del art. 75, inc. 22, integran el bloque de constitucionalidad federal".

Estas resoluciones disponían la suspensión de la venta de pliegos de servicios complementarios de radiodifusión, es decir, de las carpetas por

⁴⁵ CSJN, "Miragaya, Marcelo Horacio c/Comité Federal de Radiodifusión s/amparo ley 16.986", resolución del 08/09/2003.

principios de libertad de expresión

las que se tramita la solicitud de la instalación de licencias para la instalación, funcionamiento y explotación de servicios de TV por cable y otros llamados *servicios complementarios*.

VII. Artículo 13.5 de la Convención: prohibición de la apología y de la incitación de la violencia racial, nacional o religiosa

Si bien no hay una cita explícita al texto de la CADH, en la resolución de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal del 10/9/2004 aparecen cuestiones relacionadas con el uso de expresiones que constituye una incitación a la violencia contra grupos de personas por motivos religiosos.

En la causa 35.776, “Cherasnhy, G. s/procesamiento”, la Sala confirmó el procesamiento dictado por infracción al artículo 3 (segundo párrafo) de la ley 23.592⁴⁶ dictado en las actuaciones iniciadas por el presidente y el secretario del Centro Islámico de la República Argentina.

Ante expresiones que se formulan el 16 de setiembre de 2002, y que la Sala entiende incursas en el tipo penal imputado, la resolución se avoca a considerar si tal tipo de dichos “se encuentran amparados por la garantía de la libertad de expresión –y, en tal caso, pertenecen a un ámbito exento de intervenciones estatales– o, por el contrario, tienen características que los sitúan dentro de la materia que el Estado puede prohibir y castigar legítimamente”.

Con cita del caso “Vita” y de la jurisprudencia estadounidense “del peligro claro y actual” del caso “Schenk vs. US”⁴⁷, citada por Gullco⁴⁸, la Sala entiende que “debe contextualizarse la oportunidad y la calidad de los dichos”. Eran cinco días después del atentado a las Torres Gemelas.

En este marco, la Sala considera “la sensación de terror que se propagó por la población mundial como producto de las miles de víctimas fatales del atentado –y la identificación de los autores, o encubridores, del acto terrorista con un régimen islámico radical– son aspectos insoslayables al

⁴⁶ Art. 3: “Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.

⁴⁷ Corte estadounidense: 249 US 47, 1919.

⁴⁸ Gullco, Hernán V., *La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso*, en Maier, Julio B. J. (comp.), *Libertad de prensa y Derecho penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 47.

damián loretti

momento de determinar si los dichos de Cherasnhy tuvieron entidad para alentar o incitar la persecución o el odio de un grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas (...) las palabras de Cherasnhy cobraron aptitud para incitar o generar la persecución o el odio contra la comunidad islámica. Esto es, las palabras del imputado habrían fomentado la desvaloración del islamismo, generando un clima en el marco del cual los destinatarios de su discurso pudieron verse incitados a cometer actos de violencia o discriminación contra el grupo religioso en cuestión”.

Por tanto, estaríamos ante una resolución que aplica los estándares de las responsabilidades ulteriores previstas en el artículo 13.2, en el contexto específico del mandato conferido a los estados en el inciso 5 del mismo.

VIII. Breves conclusiones

La interpretación del artículo 13 de la Convención recién ha recibido sus primeras resoluciones por la Corte hace pocos años. Los antecedentes “Ivcher”, “Olmedo Bustos”, “Herrera Ulloa” y “Canese” aún no se han corporizado en citas concretas de nuestros tribunales.

Escasamente lo ha sido la OC-5/85 que no sólo se refiere a la inadmisibilidad de la colegiación de periodistas sino que fija estándares de interpretación de los alcances de la libertad de expresión.

No obstante, sí encontramos con mayor frecuencia citas a la Convención. Pero esto, a nuestro criterio, no es suficiente. Y ello en orden a que –sobre todo por las implicancias que tiene “Canese” para el estudio de la compatibilidad de nuestra legislación penal en materia de delitos contra el honor– es imprescindible fomentar su invocación en las distintas causas. En términos de perspectivas, ése es un camino a seguir.

Otra senda abierta es la que impone con suma urgencia la modificación de la ley 22.285. Su palmaria violación del artículo 13 ya ha sido declarada. Pero, de subsistir, la paradójica situación de inmovilidad que tiene el Estado por no poder aplicar la ley vigente se mantendrá. Y esa inactividad sólo lleva a la negación del ejercicio del derecho humano a la información.

Acerca de los autores

Víctor Abramovich

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho (LL.M.), *Washington College of Law, American University*. Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2001-2005. Profesor regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido profesor invitado en las Universidades de Valencia y Castilla-La Mancha y en la Católica de Ecuador. Es profesor visitante en *American University (WCL)*, y en la Universidad Simón Bolívar, de Ecuador. Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ha escrito libros y artículos sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Martín Abregú

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho en Estudios Legales Internacionales, *Washington College of Law, American University*. Actualmente se desempeña como Coordinador Senior del Programa de Derechos Humanos y Ciudadanía de la Oficina para la Región Andina y el Cono Sur de la Fundación Ford. Fue Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Obtuvo una beca de Ashoka. Ha publicado numerosos artículos sobre derechos humanos y democracia.

Susana Albanese

Profesora titular de Derechos Humanos y Garantías, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesora titular de Derechos Humanos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Belgrano.

Mary Beloff

Abogada con diploma de honor, Universidad de Buenos Aires. *Magistri in Legibus* (LL.M.), Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard. Profesora regular de Derecho Penal y Procesal Penal, UBA. Allí diseñó y tiene a su cargo desde 1994 el primer curso sobre justicia juvenil en el marco de la Convención sobre Derechos del Niño en una facultad de derecho latinoamericana. Dicta allí, además, cursos generales sobre criminología, derecho penal y procesal penal, y sobre género y justicia

acerca de los autores

penal en el grado y en el posgrado. Autora de diversas publicaciones en las áreas de su especialidad, enseña en el posgrado en derecho en diversas universidades nacionales y latinoamericanas.

Paola Bergallo

Abogada con diploma de honor, Universidad de Buenos Aires. Maestría en Derecho, Universidad de Columbia. Maestría en Investigación Jurídica y candidata doctoral, Universidad de Stanford. Profesora de Derecho, Universidad de Palermo y Universidad de Buenos Aires. Consultora del Centro de Derechos Reproductivos. Investigadora en proyectos sobre género y derecho y acceso a la justicia. Integrante de la Red Alas de Académicas Latinoamericanas.

Eduardo A. Bertoni

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Ex becario del Instituto de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, Nueva York. Director Ejecutivo de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLE, *Due Process of Law Foundation*). Ex-Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Organización de Estados Americanos (OEA). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde ha dictado cursos de grado y posgrado. Asesor legal en varias organizaciones no gubernamentales y miembro del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), del Instituto de Estudios Comparado en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y del Foro para la Reconstrucción Institucional. Asesor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina. Autor de varios artículos y libros sobre el derecho a la libertad de expresión, reformas judiciales y derecho penal internacional.

Walter F. Carnota

Abogado y Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de la UBA, de la UNLZ, de la Universidad del Salvador y de la Universidad de Belgrano. Consejero Directivo de la Facultad de Ciencias Económicas, UBA. Director del Programa en Derecho Constitucional Práctico, Facultad de Derecho, UBA. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Director de la página web de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director del Suplemento de Derecho Público de www.eldial.com. Conferencista nacional e internacional. Autor y coautor de numerosos libros y artículos. Profesor de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, de la Escuela de Abogados del Estado y de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura.

Pablo Ceriani Cernadas

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Experto Jurídico en Derecho de Extranjería, Universidad Europea de Madrid. Doctorando en Derechos Humanos en la Universidad de Valencia, 2006-2008. Estudiante avanzado de la Licenciatura en Historia, UBA. Integrante del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) desde el

acerca de los autores

año 2000, donde dirigió el Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), agosto 2004-diciembre 2005. Docente (JTP) de Elementos de Derechos Humanos y Garantías, Facultad de Derecho, UBA, 2003-2005. Coordinador de la Clínica Jurídica Derechos de Inmigrantes y Refugiados, UBA-CELS-CAREF, 2002-2005. Autor de numerosos artículos sobre derechos humanos (particularmente, DESC y derechos de inmigrantes), publicados en países como Argentina, Chile, España y México.

Eugenia C. Contarini

Abogada, Universidad de Buenos Aires. Asesora legal de la Oficina Regional para el Sur de América Latina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Docente de las materias Elementos de Derecho Internacional Público y Derecho de la Extranjería en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Christian Courtis

Director del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Internacional de Juristas. Es profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y profesor visitante del ITAM (México). Ha sido profesor visitante e invitado de las universidades de Toulouse-Le Mirail, Castilla-La Mancha, Carlos III, Valencia, Deusto, California-Berkeley, Iberoamericana (México) y Diego Portales (Chile), entre otras. Ha publicado libros y artículos sobre derechos humanos, derecho constitucional, teoría y sociología del derecho.

Ariel E. Dulitzky

Abogado con diploma de honor, Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho (LL.M.), *Harvard University*. Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde, entre otras funciones, coordina y supervisa el trabajo de los abogados de la CIDH. Ha sido Director para América Latina del *International Human Rights Law Group* (actualmente *Global Rights*) y Codirector del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). En Argentina ha trabajado en el Poder Judicial de la Nación y en el Órgano Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires. Ha sido Profesor e Investigador de la Universidad de Buenos Aires y de la *American University*. Ha sido consultor del IIDH y de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ha publicado extensamente sobre el sistema interamericano de derechos humanos, la aplicación del derecho internacional en el derecho interno y la discriminación racial en América Latina.

Olga Espinoza

Abogada. Magíster en Derecho, Universidad de São Paulo, Brasil. Coordinadora del Área de Estudios Penitenciarios del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile y consultora en temas de derechos humanos para la Fundación Ford.

Santiago Felgueras

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho (LL.M.), Universidad de Michigan. Especializado en las áreas de libertad de expresión y derechos huma-

acerca de los autores

nos. Consultor legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Docente en la Universidad de Buenos Aires, en las materias de Derechos Humanos y Garantías, Protección Internacional de los Derechos Humanos, Derecho a la libertad de Expresión. Ha escrito numerosos artículos sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la libertad de expresión.

Leonardo G. Filippini

Abogado, Universidad de Buenos Aires, 1998. Máster en Derecho, Universidad de Palermo, 2004. *Master of Laws* y J.S.D. (candidato), *Yale Law School*, 2006. Durante los años 2004 y 2005 fue becario Hubert H. Humphrey en la Universidad de Minnesota. Ha sido consultor del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y del Centro Internacional por la Justicia Transicional (ICTJ) de Nueva York; Relator Letrado en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; Coordinador del Área de Reforma Institucional del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Auxiliar Letrado en la Cámara de Apelación y Garantías de San Isidro; Relator en el Tribunal Oral Criminal 23 de la Capital Federal y Asesor Legal del Procurador Penitenciario de la Nación. Ha sido profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de Palermo y jefe de trabajos prácticos y auxiliar docente de Derechos Humanos y Garantías y Teoría del Delito en la Universidad de Buenos Aires. Dirigió la investigación *El Estado frente a la protesta social*, 2003, y ha publicado varios artículos y notas en áreas de su especialidad.

Guillermo Gianibelli

Profesor Regular de Derecho del Trabajo, Universidad de Buenos Aires. Secretario del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Secretario Académico de la Asociación de Abogados Laboralistas. Director del Observatorio del Derecho Social de la Central de Trabajadores Argentinos.

Andrés Gil Domínguez

Abogado y Doctor en Derecho con tesis recomendada al Premio Facultad de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Regular Adjunto de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA. Profesor de Doctorado, Facultad de Derecho, UBA. Profesor de la Universidad de Salamanca, España. Profesor Regular Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Director del Programa de Actualización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional Profundizado, Facultad de Derecho, UBA. Director de los Cursos Intensivos en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Facultad de Derecho, UBA. Autor de numerosos libros y artículos sobre la materia constitucional.

Adrián O. Goldín

Consultor externo de la Organización Internacional del Trabajo, para la cual realizó numerosos informes y misiones. Actualmente forma parte del Grupo de Expertos Independientes sobre la Acción Normativa y el Trabajo Decente, OIT, Ginebra,

acerca de los autores

conformado por diez expertos provenientes de diversos países y coordinados por el jurista francés Alain Supiot. Profesor plenario en la Universidad de San Andrés, ex Director de su área de derecho y ex integrante de su Consejo Superior. Profesor Titular por concurso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

María José Guembe

Abogada y Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Subsecretaria de Derechos Humanos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Ha publicado numerosos artículos y trabajos sobre la lucha por la verdad, la justicia y la memoria de las violaciones a los derechos humanos en Argentina.

María Fernanda López Puleio

Abogada, Universidad de Buenos Aires. Defensora Oficial de la Defensoría General de la Nación Argentina, actualmente a cargo de la Secretaría General de Política Institucional. Ex consultora Internacional de Naciones Unidas para la Defensa Pública en Guatemala (1995/1996), ha impartido conferencias y cursos sobre defensa penal en Italia, Panamá, Perú, Uruguay, Chile, Bolivia, Nicaragua, Colombia y República Dominicana. Ha sido la primera directora del "Programa para la aplicación de tratados de derechos humanos en el ámbito interno" de la Defensoría General. Ex directora del Centro de Acceso a la Justicia del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Realizó durante un año una estancia de investigación sobre contenidos integrativos del derecho de defensa penal en el el *Dipartimento di Scienze Giuridiche e Politiche della Università di Camerino*, bajo la dirección de Luigi Ferrajoli. Autora de varios artículos y ensayos sobre defensa penal y defensa pública y Profesora Titular de posgrado en Defensa Pública (UMSA, 2001-2005).

Ricardo L. Lorenzetti

Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del 21 de diciembre de 2004. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1983. Director de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños, Universidad de Buenos Aires. Representante del Honorable Senado de la Nación ante el Juris de Enjuiciamiento del Ministerio Público de la Nación. Distinción Profesor Honorario, Universidad Privada del Norte de Lima, 2004. Ha escrito varios libros y artículos, entre ellos, *Tratado de los contratos. Parte general*, 2004; *Consumidores*, 2003, y *Contratos. Parte especial*, 2003. Ha publicado artículos y dictado conferencias en España, México, Uruguay, Brasil, Paraguay, Chile y Perú.

Damián Loreti

Abogado, Universidad de Buenos Aires, 1986. Doctor en Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid. Tesis doctoral *Información, justicia y sociedad*, Diplomado en Estudios Avanzados en Derecho de la Información. Programa de Doctorado en Comunicación, Derecho a la Información y Ética en España y América Latina. Universidad Complutense de Madrid.

acerca de los autores

Actualmente es Vicedecano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Carrera de Ciencias de la Comunicación Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Profesor Titular de Derecho de la Comunicación. y de la Cátedra UNESCO-Libertad de Expresión, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Universidad Nacional de La Plata. Profesor de Derecho a la Información de la Carrera de Ciencias de la Comunicación, UBA. Ha sido Asesor Letrado de la Federación Argentina de Trabajadores de Prensa (FATPREN); Asesor de la Confederación Sindical de Trabajadores de los Medios de Comunicación Social (COSITMECOS) y del Sindicato Argentino de Televisión, en aspectos regulatorios sobre medios de comunicación social, y Consultor de la Oficina Regional para América Latina de la Federación Internacional de Periodistas. Es integrante del Centro de Estudios Legales y Sociales y miembro del Comité Ejecutivo de la *International Media Lawyers Association*.

Guillermo R. Moncayo

Profesor Titular Consulto de Derecho Internacional Público. Director de la Maestría en Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Diego R. Morales

Abogado, Universidad de Buenos Aires, 1998. Director de Litigio y Defensa Legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el Curso de Práctica Profesional UBA-CELS y en la materia de Derechos Humanos y Garantías. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Ha escrito numerosas publicaciones sobre acceso a la justicia, derechos de los migrantes y refugiados, y derechos económicos, sociales y culturales.

Cecilia C. Naddeo

Abogada, Universidad de Buenos Aires. Candidata al título de Máster en Investigación Socio-Jurídica (*Master of the Science of the Law*) de la Universidad de Stanford. Auxiliar docente en las materias Derechos Humanos y Garantías y Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA. Prosecretaria Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (vocalía del juez Julio B. J. Maier).

Andrés M. Nápoli

Abogado. Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de País Vasco, España. Director del Área de Participación Ciudadana de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN). Docente Universitario.

Mónica Pinto

Abogada y Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos y Garantías, Facultad de

acerca de los autores

Derecho, UBA. Vicepresidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Miembro de la Junta de Síndicos del Fondo de Contribuciones Voluntarias para la Cooperación Técnica en materia de derechos humanos de la ONU; del Consejo Ejecutivo de la *Association pour la Prévention de la Torture*; del Consejo Consultivo del *International Service for Human Rights*. Publicó tres libros y numerosos artículos y colaboraciones en el país, América y Europa.

Luciana T. Ricart

Abogada, Universidad de Buenos Aires, 2004. LL.M. *International Legal Studies*, 2007, *New York University School of Law*. Becaria *Master Comisión Fulbright*, 2006-2007. Auxiliar docente en la materia Elementos de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Marcela V. Rodríguez

Abogada. Máster en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Yale. Diputada Nacional. Miembro del Consejo de la Magistratura de la Nación. Especialista en temas de derecho constitucional, justicia y género. Autora de diversas publicaciones sobre temas de su especialidad, entre ellas *Mujer y justicia. El caso argentino*, 2001 (con Cristina Motta), *Violencia contra las mujeres y políticas públicas: tendiendo un puente entre la teoría y la práctica*, (2001, editora), *Género y derecho* (contribución), entre otras.

Daniel A. Sabsay

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París II, Francia. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Posgrado Derecho Constitucional Ambiental de las Universidades de Buenos Aires, Austral y Torcuato Di Tella. Profesor invitado de las Universidades Robert Schuman, Estrasburgo, Francia, de Texas, Austin, EE.UU., e Internacional de Andalucía, España. Director Ejecutivo de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).

Marcelo A. Sgro

Abogado. Profesor adjunto regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Palermo. Ex Secretario del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ex Secretario de la Sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccional de San Isidro.

Sebastián Tedeschi

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Máster en Teoría del Derecho y Derechos Humanos, Universidad Internacional de Andalucía. Docente de Filosofía del Derecho, UBA, y Profesor Asociado de Derecho Constitucional, Universidad de Palermo. Profesor invitado Maestría de Hábitat y Vivienda, Universidad Nacional de Rosario y de Mar del Plata. Consultor Legal de COHRE (*Centre on Housing Rights and Eviction*) para el Programa Américas.

acerca de los autores

Carolina Varsky

Abogada, Universidad de Buenos Aires. A cargo del Programa Memoria y Lucha contra la Impunidad del Terrorismo de Estado del CELS. Docente en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Alberto L. Zuppi

Abogado, Universidad de Buenos Aires, 1975. *Dr. iur. Magna Cum Laude Universität des Saarlandes*, República Federal de Alemania, 1989. Ex colaborador científico del Europa-Institut, RFA, y del Instituto Suizo de Derecho Comparado (ISDC). Profesor adjunto interino en Derecho Penal II, 1975-1982; Derecho Internacional Público, 1987-1993 y Derechos Humanos y Garantías, 1987-1993, UBA. Desde 2003, *Robert and Pamela Martin Professor of Law* en el *Paul M. Hebert Law Center* de la Universidad de Luisiana (EE.UU.). Autor de varios libros y numerosos artículos jurídicos. Premio de la Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales 2000, y Primer Premio del Colegio Público de Abogados 2001. Entre 1989 y 2003 representó al gobierno alemán, a partir de 1994 al gobierno italiano y en el 2002 al gobierno francés en diversos pedidos de extradición de criminales de guerra nazis y militares de los gobiernos *de facto* argentino y chileno. Abogado de Memoria Activa en la causa AMIA, 1997-2003.

Implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los sistemas federales. El caso de la convención americana sobre derechos humanos y la república argentina. Ariel E. Dulitzky

La estructura federal que presentan muchos Estados de nuestro continente tiene importantes repercusiones cuando se pretende exigir el cumplimiento de los deberes establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así como muchos Estados se han amparado en su estructura federal para limitar los efectos internos de la ratificación de los tratados o para restringir el alcance de su responsabilidad internacional, también autoridades locales han pretendido desatender sus obligaciones argumentando que los tratados han sido ratificados por el Gobierno federal y no por el estadual. Por ello, el autor advierte que los Estados deben definir con claridad el alcance de las obligaciones internacionales para no restringir o limitar indebidamente la protección internacional de sus habitantes y evitar que los órganos internacionales condicionen o impidan el armónico funcionamiento de la distribución de los poderes hacia el interior de las federaciones y que los gobiernos locales desconozcan los compromisos asumidos por el Estado nacional. De este modo, el autor realiza una reseña sobre los alcances de la Convención Americana en un Estado federal como el argentino, a la luz de la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericanas.

Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al Derecho público argentino. Guillermo R. Moncayo

Tanto las convenciones internacionales que resguardan genéricamente los derechos humanos, como las constituciones nacionales, reflejan la convicción de que la preservación del sistema democrático requiere que los poderes públicos estén dotados de las facultades de suspender y restringir las garantías individuales. Sin embargo, el Estado tiene el deber de regular los derechos en modo que se impida su utilización para destruir el mismo régimen que los reconoce y asegura. El autor analiza las interpretaciones de nuestra CSJN, a la vez que nos confronta con las

opiniones que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha aportado en la materia, de manera de establecer ciertos parámetros sobre el alcance y las facultades del Estado a la hora de restringir o suspender derechos.

Se trata entonces de conciliar los valores en juego, de armonizarlos, a fin de que la preservación del orden y la seguridad no se consigan al precio del aniquilamiento del Derecho, ni que el apego a las formas tradicionales de ejercer el poder –concedidas para tiempos normales– culmine con la prevalencia de la violencia o con el predominio de poderes de hecho.

La operatividad de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Walter F. Carnota

El autor indaga sobre la “operatividad” de los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional a nivel local, a través de un estudio de la jurisprudencia del Alto Tribunal Federal en Argentina. En tal sentido, parte de la premisa de que la distinción entre normas de carácter “programático” y normas de carácter “operativo” es perniciosa frente al reconocimiento y rango constitucional que dichos derechos han adquirido. Su estudio concluye afirmando la creciente tendencia de nuestra Corte Suprema hacia la internacionalización de los derechos fundamentales, que permiten al juzgador diseñar soluciones más allá de la *interpositio legislatoris*. Destaca finalmente que el proceso que se produjo a partir de la reforma constitucional de 1994 y que resume bajo la idea de “constitucionalización del derecho internacional público”, también fue acompañado de un proceso inverso de “internacionalización del derecho constitucional”, donde el “bloque de constitucionalidad” asume características auto-ejecutorias en el goce y reconocimiento de los derechos humanos.

Derechos humanos y Derecho privado. Ricardo L. Lorenzetti

Presenta una selección de casos en los cuales la Corte Suprema ha invocado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para justificar y argumentar su decisión. Entre ellos, invoca jurisprudencia relativa al derecho a la información pública, a la salud, a la igualdad y no discriminación en casos de grupos con capacidades diferentes o más vulnerables, a la vivienda y medio ambiente, entre otros. Asimismo, propone un abordaje histórico para verificar de qué manera normas que fueron pensadas como mandatos declarativos han ido ganando operatividad. Finalmente reflexiona acerca del grado de complejidad normativa que la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno trae aparejada, y los interrogantes que deben ser planteados para su integral evaluación.

El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Mónica Pinto

Este artículo propone un recorrido jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia nacional y la sucesiva incorporación del derecho internacional como referente para sus decisiones. La autora analiza cómo con anterioridad a la reforma constitucional

acerca de los artículos

de 1994 los tratados internacionales eran tradicionalmente considerados como estatutos legales autónomos a los que se les atribuía carácter predominantemente programático para postergar su aplicación; y de qué manera la reforma vino a visibilizar los tratados de derechos humanos, y cómo ello requirió de un esfuerzo por parte de los jueces y otros integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Sin dejar de resaltar la progresiva relevancia que los tratados han adquirido en las decisiones judiciales, la autora reflexiona sobre la falta de efectividad cuando la Corte Suprema debe proceder para la ejecución de una decisión emanada de los órganos internacionales –se trate de un informe de la Comisión o de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos–.

Finalmente nos invita a reflexionar acerca de la posibilidad de avizorar un futuro en el que cada vez haya menos necesidad de recurrir a las instancias internacionales de control en procura de respeto a los derechos humanos.

***Los informes finales de la Comisión Interamericana en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina.* Leonardo G. Filippini**

Varios fallos de nuestro Máximo Tribunal se han referido el cumplimiento de informes de la Comisión Interamericana emitidos conforme al artículo 51 de la Convención Americana. En este artículo, el autor analiza aquellos casos en los que directa o indirectamente fue solicitada la ejecución de alguna de las recomendaciones dirigidas al Estado argentino, en especial referidos a los informes 28/92, 2/97, 30/97 o 55/97. Así, logra destacar que la jurisprudencia de la CSJN no ha observado con regularidad sus propios precedentes ni la doctrina de la Corte Interamericana, así como no existe un estándar inteligible respecto del procedimiento a través del cual un informe pasa a integrar el material relevante para la solución de un caso. En efecto, advierte una tendencia clara de la Corte Suprema a negar la inmediata exigibilidad de los informes ante sus estrados. Antes bien, los jueces que se han mostrado más favorables a la aceptación del criterio del organismo internacional no han afirmado nunca su obligatoriedad ni su poder vinculante, mientras que los más refractarios lo han negado abiertamente.

***La eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados Parte.* Martín Abregú y Olga Espinoza**

La implementación de las decisiones de la Comisión y la Corte interamericanas en las instancias locales es uno de los temas cruciales para lograr la efectiva protección de los derechos de las personas en la región. Así lo advierten los autores, quienes reconocen las dificultades que han existido en varios casos para la ejecución de las medidas y decisiones que han adoptado los órganos del sistema, y la debilidad que ello implica para la defensa de los derechos fundamentales. Este fenómeno no está supeditado únicamente al desconocimiento o la inexistencia de normativa adecuada para su implementación, sino más bien debido a la falta de voluntad política de los Estados.

Asimismo, y para concluir, señalan que, sin perjuicio del modelo que los Estados

adopten para la implementación de las decisiones internacionales –en el artículo se exponen los distintos modelos implementados por los diversos países americanos–, es imprescindible incluir en el proceso de seguimiento de las decisiones a varios actores, creando un escenario para lograr que el Estado se comprometa a cumplir con sus compromisos internacionales.

Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales. Víctor Abramovich

En este artículo, el autor propone analizar algunos puntos de encuentro y desencuentro entre el campo del desarrollo y el campo de los derechos humanos. Así, aborda la incidencia y el potencial aporte de un enfoque de derechos entendido como un sistema coherente de principios y reglas que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es capaz de ofrecer para aplicar al campo del desarrollo sobre el contenido y la orientación de las políticas públicas, sobre los procesos de elaboración e implementación de esas políticas, y sobre la lógica de actuación de los principales actores involucrados en las estrategias de desarrollo, tales como las agencias de cooperación, las instituciones financieras internacionales, los estados y las organizaciones sociales. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a requerir determinadas acciones, prestaciones y conductas.

Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina. Mary Beloff

A quince años de la vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño, el tratado ha tenido un bajo impacto normativo directo, al tiempo que tuvo un alto impacto político, comunicacional y simbólico que ha repercutido de manera indirecta, aunque significativamente, en el orden normativo federal y provincial en Argentina. El presente artículo propone señalar los aspectos que explican la extendida y rápida aceptación y apropiación del tratado por parte de los Estados, aunque, previene la autora, en términos meramente retóricos. Al mismo tiempo, invita a reflexionar sobre la manera en que su ratificación ha permitido soslayar aquellos debates no resueltos normativamente en la CDN. Ello con el propósito de proveer algunas herramientas analíticas que facilitarán, a futuro, el desarrollo de una hermenéutica que tome en serio los derechos de los niños a partir de su precisa definición y de los mecanismos de exigibilidad indispensables para garantizarlos. Por último, la autora realiza una reseña jurisprudencial del uso de la CDN por los tribunales locales, proponiendo finalmente algunas consideraciones para superar el momento de “propaganda” de la CDN, para ingresar al momento del “derecho”.

Implementando los delitos tipificados en el Estatuto de Roma en el Derecho argentino. Alberto L. Zuppi

La Corte Penal Internacional ha demostrado un alto nivel de aceptación internacional y es de desear que su producción esté al nivel de las expectativas que ha des-

perado. Implementar el Estatuto significa realizar los necesarios ajustes en la legislación local, teniendo en mira que el principio rector del Estatuto es el de la complementariedad. De esta forma, implementar los crímenes que en la CPI serán juzgados no es complicado. Basta con reproducirlos. Se puede estar seguro que su reproducción no producirá errores ni aburrimiento. Si se busca que el hecho sea juzgado en Argentina, la legislación nacional debe tener en su Código Penal las conductas tipificadas que hoy no existen; si el hecho va a ser juzgado en La Haya, entonces el texto que debe ser adecuado y modificado es el de la Ley de Extradición y Cooperación Internacional.

Los convenios internacionales del trabajo. Su impacto en la Argentina.

Adrián O. Goldín

El autor analiza cómo la globalización del mundo de la economía repercute necesariamente en el derecho interno. De esta manera, se aventura en afirmar que el Derecho del trabajo procura investirse de una nueva y más intensa internacionalidad de sus normas e instituciones y que la densidad de sus contenidos, así como la consistencia y grado de eficacia de sus técnicas, dependerán, en gran medida, de los alcances de ese proceso de internacionalización. De este modo, y tras el examen de los espacios de influencia de los convenios, las decisiones de los órganos de control, la jurisprudencia, las acciones legislativas y reglamentarias, recoge la impresión de que en los últimos diez años esos convenios han impactado sobre el sistema argentino de protección del trabajo con muy diversa fortuna. Sin embargo, refiere, lo que no puede ocultarse es que la Corte no ha aplicado los convenios de la OIT o lo ha hecho de modo sólo secundario o subalterno, cuando no ha evidenciado cierta proclividad a sustraerse a sus normas. Mientras que en los tribunales nacionales inferiores del trabajo, la aplicación de los convenios de la OIT aparece de modo contingente o excepcional.

El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno. Guillermo Gianibelli

El complejo normativo de fuente internacional del trabajo, con especial referencia al sistema de OIT, es analizado por el autor para estudiar su relación e incorporación al Derecho argentino, que por momentos se ha mostrado indiferente y por otros “tempestuoso”. Así, se permite rebatir la opinión de quienes insisten en el carácter programático de las normas de los Convenios de la OIT, e insistir en la posibilidad de recurrir a la vía judicial para reclamar por su violación y encontrar un cauce reparador, esto es, la invocación directa de la norma internacional y la consiguiente exclusión de la norma local que la controvierta.

El desarrollo interdependiente de derechos y de jurisdicciones, en este caso respecto de los trabajadores, no puede más que acompañar el camino hacia la exigibilidad de los derechos.

El Derecho internacional de los refugiados y su aplicación en la Argentina.

Eugenia C. Contarini

La falta de recepción expresa en la Constitución nacional de 1994 de la normativa internacional sobre refugiados, no significa que el Estado argentino no haya dado

pasos concretos en la implementación de las obligaciones asumidas. En este sentido, la autora invita a revisar sintéticamente de qué manera los tres poderes del Estado han articulado individualmente sus funciones para la implementación de la normativa internacional en la materia. Sin embargo, este accionar, que no deja de constituir un mecanismo válido de implementación local, no ha coadyuvado a la adopción de una política pública consistente y clara con relación a la protección y defensa de los derechos de los refugiados en nuestro país. No se ha generado, ni antes ni después de la reforma constitucional, un compromiso institucional que involucre la gestión de todas las ramas del poder público, destinado a avanzar en el cumplimiento de la normativa internacional.

***Obligación de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos.* María José Gueembe**

El presente artículo da muestra de cómo la utilización de los instrumentos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus organismos de protección se convirtieron en una de las herramientas fundamentales de resistencia de los organismos de derechos humanos para hacer frente a la dictadura y para afrontar las medidas de impunidad en democracia. La constante en la lucha del movimiento de derechos humanos fue la utilización de los recursos disponibles en el ámbito internacional para lograr cambios en el orden local. Así, la autora da cuenta de cómo el vigésimo aniversario del golpe militar sorprendió con una reacción diferente de la sociedad frente a los temas del pasado, que se manifestó en una reapertura del debate público. Esta disposición a revisar lo ocurrido durante la dictadura se tradujo rápidamente en nuevos reclamos ante los tribunales, que produjo avances en la búsqueda de verdad y justicia. El capítulo invita a analizar algunas decisiones judiciales que, fundadas en normas internacionales, abrieron paulatinamente, a lo largo de los últimos diez años, la posibilidad de garantizar la justicia a las víctimas del terrorismo de Estado.

***Desarrollos recientes de las instituciones de la justicia de transición en la Argentina.* Carolina Varsky y Leonardo G. Filippini**

Los autores proponen una síntesis de los principales acontecimientos ocurridos durante el ejercicio de la administración de Néstor Kirchner con relación a la justicia de transición y las violaciones a los derechos humanos de la última dictadura militar. Así, abordan este análisis desde una perspectiva integral que abarca los tres poderes del Estado. Inicialmente, estudian las medidas adoptadas en la esfera del Poder Ejecutivo –tales como las políticas para la memoria, nombramientos y remociones y el proyecto de nulidad de las leyes de amnistía–; del Poder Legislativo –como la anulación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, las iniciativas con relación a los indultos y las reparaciones y la adopción y reglamentación de varios instrumentos internacionales concernientes a la investigación y sanción de violaciones a derechos humanos–; y del Poder Judicial –la reapertura de las causas judiciales tras la nulidad de las leyes de amnistía, los procesos abiertos y las condenas hasta la fecha–, entre otros aspectos. Asimismo, incluyen la actividad del Ministerio Público y los desarrollos relevantes del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, para concluir con una evaluación crítica de la situación actual.

La Constitución y el acceso a la justicia para la defensa de los derechos de incidencia colectiva. Daniel A. Sabsay y Andrés M. Nápoli

En el presente artículo, los autores abordan el análisis de las herramientas que la Constitución nacional provee para la tutela de los derechos colectivos, teniendo particularmente en consideración la evolución de la jurisprudencia interna en la materia. Abordan en especial aquellos institutos que tienden a facilitar el acceso a la justicia en defensa de los derechos colectivos. De esta manera, señalan los desafíos que se encuentran pendientes para hacer efectiva la vigencia de los derechos humanos.

El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos. Christian Courtis

El autor propone un recorrido jurisprudencial sobre el reconocimiento del derecho a un recurso judicial efectivo frente a la violación a los derechos humanos, explorando algunas de las obligaciones que emergen de este derecho cuando la violación denunciada tiene un alcance colectivo. En tal sentido, identifica los criterios generales elaborados por el sistema interamericano en la materia, tales como la noción de “efectividad”, o el alcance de los conceptos “rápido y sencillo”, y las aplica a los casos de afectaciones de carácter colectivo. Al hacerlo, advierte sobre la dificultad y limitación del sistema tradicional de acción judicial, que supone el carácter individual del titular, del bien y del remedio, cuando, entre otras cosas, la afectación es a bienes colectivos e indivisibles, a derechos de titularidad o ejercicio colectivo, o a derechos individuales que requieren un remedio colectivo. Por último, analiza la cuestión en los casos de afectaciones grupales a derechos en las que existen razones de conveniencia para tratar la cuestión de manera unificada.

La garantía de recurrir la sentencia y la pena en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Marcelo A. Sgro

El texto propone un examen acerca de las principales sentencias alrededor de la garantía de recurrir la sentencia condenatoria y la pena en Argentina, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Entre los aspectos esenciales resaltados y estudiados por el autor, se incluyen los sujetos a los que se les debe garantizar el derecho de recurrir, las decisiones que debe poder recurrir el imputado, el recurso que debe garantizarse al imputado y el órgano judicial competente para entender, entre otros. A la luz de su estudio –sin perjuicio de vislumbrar eventuales cambios sustanciales en ocasión de la nueva composición de la Corte–, elabora una serie de conclusiones a las cuales arriba tras analizar los parámetros y decisiones que surgen de las sentencias emanadas de la CSJN, tales como la inconstitucionalidad de las normas procesales que impiden el recurso de casación, el reconocimiento del derecho de recurrir y su procedencia, en cuanto garantía constitucional, exclusivamente para el imputado o condenado, entre las más firmes.

El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos.

María Fernanda López Puleio

Partiendo de la premisa acerca de la importancia del derecho a la asistencia jurídica letrada como parte ineludible de la inviolabilidad del derecho de defensa a favor de todo imputado penalmente, y como elemento constitutivo del acceso a la justicia en sentido amplio, la autora centra su análisis en aquellas áreas donde la incidencia de actuación del defensor penal adquiere mayor relevancia. Así, explora aquellas “zonas riesgosas”, donde la eventual limitación o clara falencia de la defensa por parte de un abogado, impacta con mayor gravedad sobre los derechos en juego.

Finalmente invita a discutir mecanismos para hacer frente a las exigencias de contar con una cobertura íntegra del derecho de defensa, y su incursión en ámbitos y escenarios no previstos tradicionalmente: como por ejemplo el patrocinio y asistencia técnica en procesos ante organismos internacionales de derechos humanos, o la facilitación de acceso a la justicia para sectores discriminados o carentes de recursos. Al respecto, resalta, se está pensando no sólo en una función social del ejercicio profesional, sino en el desempeño de un rol protagónico en la dinámica general de actuación de la justicia.

Violencia de género: una violación a los derechos humanos de las mujeres.

Marcela V. Rodríguez

El reconocimiento de la violencia de género como violación a los derechos humanos y como violación directa a uno o más de los derechos consagrados por los tratados internacionales de derechos humanos es fundamental, sostiene la autora, para abordar esta problemática. Sin embargo, destaca la importancia del tratamiento explícito de la violencia de género en instrumentos específicos para esta materia, dado que, tanto su invisibilidad histórica como la trivialización de sus efectos y características particulares han mantenido aislado el problema. Los instrumentos específicos sobre violencia de género obligan a los Estados a tomar medidas tendientes a combatir su aceptación y naturalización cultural, así como la dependencia económica y la falta de poder político, social y cultural que hace a las mujeres vulnerables a la violencia. De esta forma, analiza experiencias jurisprudenciales en la materia, y propone un desarrollo pormenorizado acerca de la ley nacional sobre protección contra la violencia familiar, las políticas públicas adoptadas en nuestro país, y, finalmente, la aplicación de tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno, a partir de la reforma de 1994.

Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial. Paola Bergallo

En un contexto de pleno auge del discurso de los derechos, acompañado por la práctica de acudir con mayor frecuencia a los tribunales como espacios para la promoción de cambios sociales y por el incremento de diversas formas de reclamos judiciales individuales y colectivos, la autora propone indagar en qué medida y de qué forma las mujeres y sus organizaciones han recurrido al reclamo judicial en cuestiones de discriminación por sexo –sea individual o colectivamente– y cómo

han reaccionado nuestros tribunales ante dichas exigencias. Tras identificar diversos patrones y tendencias en las decisiones judiciales y tras elaborar algunas propuestas para promover la exigibilidad judicial de derechos de las mujeres y la mejora del discurso jurídico en casos de discriminación por sexo, la autora revela su desaliento frente al papel desempeñado por el poder judicial como espacio de defensa y promoción de los derechos de las mujeres. Las potencialidades del DIDH, tan fructífero en otros ámbitos como el legislativo, han sido subexploradas por el escaso discurso judicial en el abordaje de este tema.

El derecho a la salud sexual y procreación responsable a más de diez años de la reforma constitucional. Andrés Gil Domínguez

El derecho a la salud sexual y procreación responsable surge positivamente de la combinación de la relectura de viejos derechos y el surgimiento de nuevos derechos en el marco de la regla de reconocimiento constitucional. El autor realiza un recorrido legislativo y jurisprudencial del progresivo reconocimiento de este derecho desde la mirada del reconocimiento a la libertad de la mujer y los niños, niñas y adolescentes a decidir sobre su propia sexualidad, el derecho a informarse y recibir educación, la importancia del contenido estructural de elementos como información, prevención y planificación. Todo ello tomando en consideración el respeto a la subjetividad y la elaboración del propio yo, la reconstrucción desde la normatividad, de un orden simbólico distinto en donde la constitución subjetiva respecto de la sexualidad deja de estar delimitada en exclusividad por la procreación y se amplía al goce no reproductivo.

La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos. Christian Courtis

El autor propone explorar el papel que ha jugado el empleo de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el desarrollo jurisprudencial de la justicia en Argentina, en especial de la Corte Suprema de Justicia. En primer lugar, identifica un sorprendente activismo judicial en materia de protección del derecho a la salud desde la reforma constitucional de 1994. Asimismo, subraya los avances en el reconocimiento y protección del derecho a la salud que han sido aprovechados por los tribunales locales; entre otros, el reconocimiento del Estado nacional como garante último de la salud, las obligaciones positivas a las que se encuentra obligado, su raigambre constitucional. Finalmente, propone resaltar los debates que, por el contrario, han permanecido ausentes de la discusión o abordaje judicial, como, por ejemplo, el contenido de las obligaciones constitutivas del derecho a la salud, el alcance de las obligaciones de asistencia médica por parte del Estado o el valor normativo de opiniones emanadas de órganos internacionales de derechos humanos. De este modo da cuenta de los aspectos aún pendientes por parte de nuestros tribunales locales en materia de derecho a la salud.

El derecho a la vivienda a más de diez años de la reforma de la Constitución. Sebastián Tedeschi

El autor busca revertir la falsa creencia y los fantasmas que tiene el reconocimiento del derecho a la vivienda por parte de los Estados, recorriendo su evolución his-

tórica y su nueva configuración, para luego analizar su recepción en los tribunales argentinos, las dificultades que se presentan y algunos desafíos y propuestas para superarlos. Entre ellas, propone retomar la discusión acerca de los derechos sociales, en consonancia con el principio de progresividad y no regresividad, sus causas de justificación, las formas de evaluar la razonabilidad de las medidas regresivas particulares, y así lograr comprender el alcance y contenido mínimo del derecho a la vivienda. Así, propone el análisis de estos elementos que, además de desmentir algunas de las falsas creencias que circulan sobre el derecho a la vivienda, permitan mejorar la calidad del debate público sobre estas cuestiones.

***Derechos de los pueblos indígenas.* Susana Albanese**

En el presente capítulo la autora realiza un breve recorrido acerca de los derechos de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta las numerosas peticiones que se están presentando en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección Derechos Humanos. Así, a través del análisis de instrumentos internacionales como el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (OIT/169), la autora reflexiona acerca de la importancia del respeto a la diversidad cultural y su proyección a través de la gravitación de las tradiciones, creencias, religiones, usos y costumbres de larga data y que el traspaso del tiempo fue modificando. En la actualidad, resalta, ha habido un fortalecimiento de los derechos universales de los pueblos indígenas en el seno de todas las culturas, que han tenido como sustento dichos tratados. Por ello, considera, el reconocimiento de la existencia de derechos que pertenecen al hombre por el simple hecho de serlo, derechos universales e inalienables, juntamente con la aceptación de las diversidades particulares constituyen los cimientos que permiten el avance del desarrollo cultural de la familia humana.

***Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina.* Pablo Ceriani Cernadas, Diego R. Morales y Luciana T. Ricart**

En la Opinión Consultiva 18/03, la Corte Interamericana de Derechos Humanos contestó varios interrogantes pendientes por parte de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos con relación a los derechos de los migrantes. Frente a la derogación de la anterior ley de migraciones y a más de diez años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina, los autores se proponen analizar cuáles han sido las posibilidades que han tenido los migrantes de acceder a la justicia a fin de proteger derechos vulnerados, así como cuáles han sido las respuestas que el Poder Judicial (desde los distintos fueros y jurisdicciones) ha dado a tales reclamos. Ambos análisis se desarrollan en el marco temporal que comienza con la última reforma constitucional y finaliza al momento de su elaboración –es decir, con posterioridad a la sanción y vigencia de la nueva ley de migraciones–, lo que permite evaluar si ha habido algún cambio en el comportamiento de la justicia con la modificación de la normativa.

***Recepción de estándares internacionales en materia de derechos políticos.* Cecilia C. Naddeo**

Destaca los primeros avances en el ámbito del control jurisdiccional de la reglamentación legal de derechos políticos en nuestro país, en función de los criterios

acerca de los artículos

constitucionales rectores de la materia. Para ello, toma como modelo la solución final propuesta por la sentencia dictada por la Corte en los autos “Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo”. Nos invita a concentrarnos en la interpretación de las cláusulas convencionales en las que se ha fundado la presentación de hecho a fin de analizar las posibles proyecciones de la sentencia en el marco de la exigibilidad de los derechos políticos y de su restricción indebida. Finalmente resalta la iniciativa del Poder Judicial que, mediante el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, ha superado la barrera de la causa y conducido a una importante reforma legislativa.

Jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión: avances y desafíos. Eduardo A. Bertoni

El autor propone un análisis sobre el avance de las leyes y decisiones judiciales de la última década, a la luz de los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, en relación con la cultura de “secretismo” arraigada en las administraciones públicas de muchos de los países de la región. En tal sentido propone analizar el avance promisorio que ha desarrollado la Corte Interamericana, por medio de cuatro sentencias principales (“La última tentación de Cristo” e “Ivcher Bronstein” de 2001, “Herrera Ulloa” y “Ricardo Canese” de 2004), y señala cómo tales decisiones han tenido un fuerte impacto en los Estados. Para hacerlo, propone tres ejes temáticos, abordados por la propia Corte: censura previa y responsabilidad internacional; medios indirectos de violación a la libertad de expresión; responsabilidades ulteriores y casos de difamación criminal. En todo ellos, la Corte ha resaltado el “estándar democrático” y el carácter o “dimensión dual”, individual y colectivo del derecho, para argumentar su decisión.

El derecho a la libertad de expresión y las convenciones internacionales sobre derechos humanos: algunas asignaturas pendientes. Santiago Felgueras

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión es frecuentemente puesto a prueba tanto por los propios actores en el debate público como por los órganos encargados de hacer cumplir con los límites legalmente establecidos a este derecho. Reconocido como piedra angular de todo sistema democrático, el autor explora el efectivo ejercicio de este derecho a la luz de las convenciones internacionales de derechos humanos y advierte sobre las asignaturas pendientes en materia de despenalización de las figuras de calumnias e injurias, la falta de reglamentación del derecho a réplica y la admisión de la censura previa judicial.

Aplicación de los principios de libertad de expresión del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Damián Loreti

El autor propone estudiar la aplicación de los términos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por los tribunales argentinos, pero sumando a ello no sólo los incisos que los conforman, sino los estándares de interpretación que surgen de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión

acerca de los artículos

que dictó la Comisión Interamericana en su 108 Período de Sesiones, en octubre de 2002. De esta manera y tras realizar un recorrido jurisprudencial sobre los estándares tomados por las instancias locales, concluye que si bien la Corte Suprema ha tomado como referencia el artículo 13 de la CADH, aún no se han corporizado en citas claras los últimos casos resueltos por la Corte y la Comisión interamericanas (entre ellos los antecedentes “Ivcher”, “Olmedo Bustos”, “Herrera Ulloa” y “Canese”). Escasamente lo ha sido la Opinión Consultiva 5/85, que no sólo se refiere a la inadmisibilidad de la colegiación de periodistas sino que fija estándares de interpretación de los alcances de la libertad de expresión. Finalmente, nos advierte que, en términos de perspectivas, ése es un camino a seguir.

