

Revista

# Debates sobre Derechos Humanos

Número 1 • Año 2017

- Lesa humanidad
- Prescripción
- Retroactividad de la ley penal más benigna
- Delitos permanentes
- Obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH
- Deber de investigar en casos de ejecuciones extrajudiciales y violencia contra la mujer
- Cosa Juzgada
- Patria potestad
- Interés superior del niño
- Libertad de expresión
- Libertad religiosa
- No discriminación
- Trata de personas

**DIRECTOR:**  
Sebastián Alejandro Rey

Revista

# Debates sobre Derechos Humanos

Número 1 • Año 2017

DIRECTOR:

Sebastián Alejandro Rey

EQUIPO DE REDACCIÓN

Gabriel Fernando Bicinskas

Marisol Dorrego

# Debates sobre Derechos Humanos

Número 1 • Año 2017

## COMENTARIOS A FALLOS

---

- 6** Prescripción. Lesa humanidad. CSJN,  
“Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y  
perjuicios”, 28 de marzo de 2017,  
por [CHRISTIAN G. SOMMER](#)
- 14** Prescripción. Lesa humanidad. CSJN,  
“Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y  
perjuicios”, 28 de marzo de 2017,  
por [GUILLERMO ANDRÉS DÍAZ MARTÍNEZ](#)
- 24** Retroactividad ley penal más benigna. Delitos  
permanentes. Lesa humanidad. CSJN,  
“Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña  
en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/  
recurso extraordinario”, 3 de mayo de 2017,  
por [ROBERTO MANUEL CARLÉS](#)
- 48** Patria potestad. Interés superior del niño. CSJN,  
“González Castillo, Cristián Maximiliano y otro s/robo  
con arma de fuego”, 11 de mayo de 2017,  
por [MARISA HERRERA Y AGUSTINA BLADILO](#)
- 88** Libertad de expresión. Doctrina “Campillay”. CSJN,  
“Martín, Edgardo Héctor c/Telearte S.A. y otros  
s/daños y perjuicios”, 3 de octubre de 2017,  
por [ANÍBAL FILIPPINI](#)
- 94** Obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH. CSJN,  
“Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/ p. s. a. asociación  
ilícita, fraude a la administración pública y extorsión”,  
5 de diciembre de 2017,  
por [SEBASTIÁN ALEJANDRO REY](#)

- 101** Ejecuciones extrajudiciales. Deber de investigar. Corte IDH, *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, por [MARLON ALBERTO WEICHERT](#)
- 108** Deber de investigar. Cosa Juzgada. Corte IDH, *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, por [MARÍA LUISA ACOSTA CASTELLÓN](#)
- 137** Deber de investigar. Violencia contra la mujer. Corte IDH, *Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339, por [MARIO ALCIDES POLANCO PÉREZ](#)
- 147** Trata de personas. TEDH, *Affaire Chowdury et autres c. Grèce*, 30 de marzo de 2017, por [MARISOL DORREGO](#)
- 153** Libertad de expresión. TEDH, *Affaire Giesbert et autres c. France*, 1° de junio de 2017, por [DAMIAN LORETI](#)
- 161** Libertad religiosa. No discriminación. TEDH, *Affaire Metodiev et autres c. Bulgarie*, 15 de junio de 2017, por [JULIA BEN ISAH](#)

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- 166** *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional* de María Isolina Dabove. por [Alexandra Biasutti y Natalia Analía Martínez](#).
- 171** *Defensa Eficaz y Control de Convencionalidad*, de Abel Cornejo por [Carla Cannizzaro](#)

# Debates sobre Derechos Humanos

Número 1 • Año 2017

*El avance de las nuevas tecnologías es un desafío para quienes desde la docencia y la Academia pretendemos promover el acceso de todas las personas a los avances que han operado en el derecho internacional de los derechos humanos.*

*Por ello, con la intención de promover un espacio plural de debate y reflexión donde puedan exponer sus ideas tanto juristas consagrados como jóvenes investigadores, a mediados del año 2017 hemos decidido crear Debates sobre Derechos Humanos. En esta oportunidad sale a la luz el primer número digital con formato de revista.*

*Tenemos la voluntad de visibilizar, darle difusión y, por qué no, cuestionar los estándares sobre la materia fijados tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a nivel local como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a nivel regional.*

*Asimismo, nuestra idea es poder difundir no solo comentarios a las novedades jurisprudenciales sino también realizar reseñas bibliográficas de libros de reciente divulgación sobre la materia.*

*Por último, nuestra plataforma on line también permite descargar diferentes publicaciones que sus autores gratuitamente han permitido poner a disposición de quien le interese.*

*Esperamos que este proyecto pueda consolidarse en el tiempo y sea de utilidad para quienes deseen adentrarse en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.*

## PRESCRIPCIÓN. LESA HUMANIDAD.

### CSJN, “Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, 28 de marzo de 2017

Comentarios del fallo de la CSJN en el caso *Villamil* sobre la imprescriptibilidad de las acciones civiles de lesa humanidad

por CHRISTIAN G. SOMMER <sup>1</sup>

Los procesos de reclamación sobre imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad en el ámbito latinoamericano han implicado en las últimas décadas un avance en la garantía de justicia para las víctimas de graves violaciones a derechos humanos en las últimas dictaduras militares. Pero ese avance en el ámbito penal no ha sido acompañado con medidas judiciales que habiliten reclamaciones civiles a los autores de los graves crímenes y particularmente al Estado como responsable institucional de los agentes estatales que los cometieron. La imprescriptibilidad de las acciones civiles en el marco del nuevo régimen de responsabilidad de Estado en Argentina, plantea nuevos debates sobre su regulación legal, acorde las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

Si bien el Estado Nacional reconoció la responsabilidad de reparar respecto a los daños físicos y psíquicos ocasionados a las personas mediante sendas leyes indemnizatorias (Cf. ley 24.043, 24.321, 24.411, 25.914 y 25.985), no ha incurrido en tal reconocimiento por los daños causados a los familiares, a los bienes de esas víctimas o por otros daños morales. Ello claramente representa una violación a las obligaciones actuales del Estado de investigar, juzgar y eventualmente *reparar* los daños ocasionados por el accionar de sus agentes en razón del plan sistemático de violaciones a derechos humanos implementado. Y en particular, esta

---

1. Doctor en Derecho (UNC). Profesor de Derecho Internacional Público. (UNC-UCC-UBP). Director del Instituto de Derechos Humanos (UCC). Abogado litigante ante el sistema interamericano de derechos humanos.

responsabilidad del Estado no puede ser desestimada, precisamente por la calidad que revestían los perpetradores de los crímenes de lesa humanidad. Es decir, agentes estatales<sup>2</sup>. Ya desde el año 1930, la CSJN ha reconocido la teoría de la continuidad jurídica de las acciones del Estado y sus responsables<sup>3</sup>. Esta continuidad a perpetuidad de la existencia del Estado, conlleva a la doctrina a considerar que (...) *el principio resarcitorio es el elemento per se de la imprescriptibilidad. No es el penal, porque éste es finito, que se agota con la desaparición de los responsables fácticos o ideológicos de la barbarie. En cambio los Estados persisten en el tiempo (...) porque al presuponer la perpetuidad de los Estados modernos ésta (refiriéndose a la imprescriptibilidad reparatoria) se extiende ilimitadamente en el tiempo*<sup>4</sup>.

En sentido contrario, el Estado Nacional ha venido utilizando una aislada jurisprudencia (criticable a la vez por lo escueto de argumentos mayoritarios) para señalar su postura sobre la prescripción de la acción civil en diversas causas que se presentaran ante los tribunales nacionales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha anunciado inicialmente en el fallo *Larrabeiti Yañez, Anatole Alejandro y otro c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento*<sup>5</sup>. Es este fallo, la CSJN efectúa una diferencia entre imprescriptibilidad de acciones penales y civiles, rechazando la posibilidad de aplicación de la imprescriptibilidad, a la luz de lo considerado por el derecho internacional vigente. El tribunal entendió que no debía asimilarse la imprescriptibilidad penal de los delitos de lesa humanidad con la acción para reclamar daños. En particular, la CSJN expresó que

- 
2. En igual sentido, en el plano internacional, el Proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001, refleja como factor de atribución de tal responsabilidad a los órganos y agentes del Estado (artículos 4 y 5). (CDI. 53 período de sesiones (A/56/10) y anexado por la Asamblea General de la ONU en resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001.
  3. CSJN. Acordada del 10 de septiembre de 1930 al considerar el reconocimiento de un gobierno provisional de facto. Fallos 158:290.
  4. Cf. DIAZ, Carlos Alberto. La imprescriptibilidad penal y resarcitoria de los crímenes de lesa humanidad. Librería de La Paz, Córdoba, 2006. pág. 137.
  5. CSJN (2007) *Larrabeiti Yañez, Anatole A.* Fallos 311:1490 (con votos de los jueces Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt (según su voto) - Enrique Santiago Petracchi (según su voto) - Carmen M. Argibay). La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal había aceptado (por mayoría) la imprescriptibilidad de las reclamaciones civiles.

(...) el derecho de reclamar los daños y perjuicios es materia disponible y renunciable<sup>6</sup>, mientras que la segunda, relativa a la persecución de los delitos de lesa humanidad, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados<sup>7</sup>. Se aprecia aquí una postura ya plasmada anteriormente por la CSJN y seguida por tribunales inferiores, de primar la “seguridad jurídica del Estado” con la que se pretende dotar a la acción de prescripción sobre los reclamos de particulares. Para ello se apoyan en lo dicho oportunamente al considerar que (...) el derecho es un compromiso entre la seguridad y la justicia. *Quizás en ninguna otra institución jurídica resulta esto tan patente como en la prescripción. La justicia parece pedir que todas las deudas se paguen; la seguridad, exige que las acciones tengan un término, esto en aras de la paz social que impone la relación entre los hombres*<sup>8</sup>. En el caso *Larrabeiti Yañez*, para la CSJN la acción devino prescriptible porque en el contexto normativo resultaba de aplicación el artículo 3980 del Código Civil de la Nación<sup>9</sup>. Para la CSJN ese extremo no se cumplió en el caso, ya que los impedimentos habrían cesaron en diciembre de 1983 (cuando se restituyó el sistema democrático) y en abril de 1984 se cumplieron los tres meses previstos en el Código. Para argumentar su postura, la CSJN manifestó que ya había sentenciado anteriormente, denegando la imprescriptibilidad de las acciones civiles, al aplicar los alcances de la Conven-

- 
6. Con este argumento, la CSJN excluyó los alcances interpretativos de la responsabilidad objetiva estatal, y ciñendo los alcances de prescripción a un ámbito netamente del derecho privado, es decir de índole negociable y expresamente renunciable. Esto configura un débil argumento, ya que como se ha señalado, (...) la idea de que en la responsabilidad objetiva no rige la reparación integral (y por ende la posibilidad de romper el criterio prescriptible de la acción para su reclamo) resulta una concesión que se intenta arrancar a los tribunales en pos de la defensa de determinados intereses de dañadores”. Cf. JUAREZ FERRER, Martín. El derecho constitucional a la reparación integral. Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pág. 102.
  7. *Ibidem*, Ob cit 38. pág. 6. La CSJN claramente alude a una visión iusprivatista de prescripción teniendo en mira solo su aplicación en criterios interpersonales al señalar “interés patrimonial de los particulares afectados”. Analiza el alcance de la prescripción por crímenes no como una pretensión de exclusión de responsabilidad por hechos dañosos de órganos estatales, sino más bien con una mirada contractualista.
  8. CSJN. (1966). Penco, José c/ Nación Argentina. Fallos 266:77. Consid. 9.
  9. “Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor o al propietario de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor no hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses”.

ción Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En el caso *Olivares, Jorge Abelardo vs. Estado Nacional Argentino*<sup>10</sup>, la CSJN expresó que la propia Convención Americana de Derechos Humanos no contiene una norma expresa que se refiera a la prescripción civil. Pero debe enfatizarse que es un fallo de 1988. Claramente la postura de la CSJN en esa fecha no condecía con los postulados del derecho internacional de los derechos humanos y el carácter evolutivo en la interpretación de la CADH que la propia Corte IDH ha venido efectuando. Pero sí la CSJN debió ponderar esos postulados, cuando en 2007 dictó el fallo *Larrabeiti Yañez*. Aunque es cierto que ninguno de los tratados del sistema interamericano o del ámbito de Naciones Unidas hacen mención *expresa* a la prescripción civil como tal, cabe señalar que, como lo ha expresado relevante doctrina, que el sentido de éstos tratados nunca ha sido establecer reglas precisas, sino por el contrario sentar estándares y líneas de acción para que los Estados puedan regular sus situaciones internas, pero sin que ello implique la violación de otros derechos consagrados en los tratados de derechos humanos<sup>11</sup>. Incluso antes y posterior del fallo *Larrabeiti Yañez*, la CSJN ya había reconocido que es una obligación de ese tribunal como de los tribunales inferiores del país, el efectuar un necesario *control de convencionalidad*<sup>12</sup>; como conducta tendiente a adecuar las normas nacionales de inferior jerarquía a las obligaciones internacionales asumidas por el estado, acorde lo prescripto por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

---

10. CSJN, (1988) - Olivares, Fallos 311:1490. JA 1988-III-93. (considerando 8 de los votos de los jueces José Severo Caballero, Augusto Cesar Beluccio, y Carlos Fayt).

11. MEDINA QUIROGA, Cecilia, NASH ROJAS, Claudio, Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, abril 2007, p. 20; DULITZKY, Ariel, Alcance de las Obligaciones Internacionales de los Derechos Humanos, capítulo III, en MARTIN, Claudia, RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA, José, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana A.C., Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University, Distribuciones Fontamara S.A., México, 2004, pp. 79-81.

12. CSJN. Giroldi, Horacio y otros (Fallos: 318:514) (1995); Bramajo, Hernán (Fallos: 319:1840) (1996); Mazzeo, Julio L y otros (Fallos: 330:3247) (2007). Considerando 22; Rodríguez Perreyra, Jorge c. Ejército Argentino s/ daños. R. 401. XLIII, sentencia del 27/11/ 2012; CNac de Apelaciones del Trabajo, Sala 5. Piñeyro, Rubén A. C/ Telefónica Argentina S.A. s/ Despido (2013).

Posteriormente al caso *Larrabeiti Yañez*, otros tribunales inferiores han desestimado acciones de reparaciones civiles, esgrimiendo mismos argumentos de diferenciar acciones penales de las civiles<sup>13</sup>. Más recientemente la CSJN dio trámite para conocer sobre el recurso interpuesto en el caso *Villamil*, por el cual inicialmente la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata había aceptado la acción de imprescriptibilidad de la acción indemnizatoria por considerar inescindibles las acciones penales de las civiles por delitos de lesa humanidad<sup>14</sup>. A diferencia del fallo *Larrabeiti Yañez*, en el caso *Villamil*, no hubo unanimidad del fallo y dos jueces (Rosatti y Maqueda) votaron por la postura expresada por la Cámara Nacional, de reconocer la imprescriptibilidad de la acción reparatoria. Los argumentos del voto de la mayoría no difieren de lo expresado en el caso *Larrabeiti Yañez*, en cuanto a diferenciar la imprescriptibilidad de las acciones penales de las acciones civiles por daños y perjuicios y reiterar que las acciones de reparación por crímenes de lesa humanidad *solo importan en un interés patrimonial particular* de los reclamantes<sup>15</sup>. Iguales, escuetos y poco fundados argumentos sobre la seguridad jurídica y el carácter disponible de las acciones de reparación fueron aplicados en este caso. Se aprecia con asombro la falta de consideración alguna sobre los alcances de las normas internacionales respecto a reparaciones por crímenes de lesa humanidad. Esto se puede apreciar claramente en los considerandos 10 y 11 del fallo, cuando expresan (...) *no existe en el*

---

13. CNFedCAadm. Mosca Bustamente, Lidio vs Estado Nacional. Fallos del 10 de marzo de 2010; CFedApelCba. Sala A. Índice SA vs Estado Nacional. Fallo del 15 de octubre de 2014; CamFed de CasPenal- Sala IV. Menéndez, Luciano B. y otros s/Privación ilegal de la libertad (Quer. Toledo de Ygel, María Elena). Fallo de 18 de abril de 2016. En este último fallo, el juez Hornos consideró, en disidencia, que al fundar la responsabilidad civil del Estado en sentencias de la Corte Interamericana que reconocieron su compromiso internacional de reparar integralmente las violaciones masivas de derechos humanos, el tribunal de juicio no se apartó decisivamente de la doctrina de la CSJN. Y agregó que, aun cuando el plazo de la acción civil no fuere imprescriptible, en el caso éste no se encontraba vencido en virtud de que, hasta el dictado de la condena penal que reconoció el carácter de “lesa humanidad” de los hechos, la damnificada no estaba en condiciones de apreciar adecuadamente la real extensión del daño ocasionado que, según propia Corte Suprema, excede al de otras clases de conductas antijurídicas pues posee la propiedad exclusiva de lesionar el rasgo de las víctimas que las hace característicamente humanas, al ser atacadas precisamente por el Estado que les debía protección, y privándolas así de la posibilidad de una vida segura en común.

14. CSJN “Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios. Fallo del 28 de marzo de 2017.

15. Ibidem. Consid. 9.

*derecho argentino norma alguna que resulte aplicable a los hechos que originaron el reclamo de la señora Villamil (...) que dispongan la imprescriptibilidad que declaró la Cámara. Este último punto será abordado por el voto de la minoría. Tanto el juez Rosatti como el voto separado del juez Maqueda aluden a la necesidad de reexaminar el caso Villamil a la luz de las normas y principios internacionales de protección de derechos humanos receptados por la propia CSJN y el espíritu de la norma del reciente artículo 2561 in fine del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que permite desde 2015 este tipo de acciones. Ambos magistrados a la vez reflexionan sobre un hecho que la mayoría de la CSJN se apartó de aceptar y que lo expresáramos anteriormente. Que la acción de reparación integral (daños y perjuicios ajenos a las reparaciones pecuniarias por el solo hecho de haber estado detenido, exiliado o un familiar desaparecido) como la acción penal, derivan de una misma situación de hecho, el crimen internacional<sup>16</sup>. En particular, el Ministro Rosatti señalará que (...) es un imperativo de justicia que el Estado se haga “integralmente” responsable por los delitos de lesa humanidad<sup>17</sup>. Y en particular, el mayor acierto del razonamiento del magistrado se puede encontrar en los considerandos 12 y 13 de su voto separado, al expresar que (...) No cabe hacer jugar aquí el carácter renunciabile propio del derecho patrimonial privado para amparar un régimen diferenciado, si se tiene en cuenta que en el examen de estos supuestos el acento debe ponerse en que la obligación primordial del Estado de reparar las nefastas consecuencias de los hechos delictivos excede el interés particular de las partes y se inserta en el cumplimiento de deberes y obligaciones inherentes a los Estados que no puede constituir una materia negociable u objeto de renuncia<sup>18</sup>. A lo que refuerza su postura sosteniendo que (...) Que en el marco de la norma fundamental de la Nación, en la que el espíritu de afianzar la justicia constituye uno de los pilares cardinales que la sustentan, deviene irrazonable y absurdo que el mismo Estado (si bien no el mismo Gobierno) causante de un perjuicio de la magnitud analizada en la presente*

---

16. CSJN. Ibídem. Voto del Ministro Maqueda, consid. 22; Voto del Ministro Rosatti, consid. 12.

17. CSJN Ibídem. Voto del Ministro Rosatti, consid. 11.

18. CSJN Ibídem. Voto del Ministro Rosatti, consid. 12.

*causa, se escude en el instituto de la prescripción liberatoria para no cumplir con una obligación única, indiscutible y de naturaleza esencialmente reparatoria, que aunque pueda ser intelectualmente separable de su aspecto penal, es moralmente indisoluble*<sup>19</sup>.

Consideramos que tales argumentos refieren no sólo a los aspectos de validez nacional e internacional para reconocer la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias, sino que a la vez, reflejan con razonamientos de *justicia*, lo que el voto de la mayoría encubrió por fórmulas propias de situaciones no vinculadas a graves crímenes internacionales.

Esta distinción y tensión, en criterios de derechos constitucionales aplicables (igualdad de trato de la ley y a la reparación integral vs derecho a que fenezcan temporalmente las acciones por razones de seguridad jurídica), se podría comprender frente a la inexistencia de una norma que expresamente así lo regulara. Por ende, quedaba en mano de las interpretaciones de los tribunales ponderar uno u otro derecho constitucional. Sin embargo un cambio en las normas sobre la prescripción civil frente a este tipo de graves crímenes contra la dignidad de las personas, se produjo a partir de la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial argentino en 2015<sup>20</sup>. Con las estipulaciones del actual CCyC, esas disputas doctrinarias sobre los alcances de la imprescriptibilidad de acciones civiles deberían eliminarse, por la incorporación de lo prescripto en el último párrafo del artículo 2651<sup>21</sup>.

Aunque esta nueva regulación vendría a dar un cierre en el debate aquí enunciado, lo cierto es que a su vez, el artículo 1765 y concordantes del mismo CCyC vigente, ha excluido los aspectos relativos a la responsabilidad del Estado (quedando solo regulado el artículo para acciones contra particulares). A lo que debemos sumar que la reciente ley nacional 26.944<sup>22</sup> sobre *Responsabilidad del Estado*, no contiene una norma expresa sobre la imprescriptibilidad de acciones civiles por hechos ilícitos del

---

19. CSJN *Ibidem*. Voto del Ministro Rosatti, consid. 13.

20. Código Civil y Comercial de la Nación. 8 de octubre de 2014. Entró en vigor el 1 de agosto de 2015.

21. (...) “Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles”. Cf. LORENZETTI, Ricardo (Director). Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo XI. Art. 2651. Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, pág. 355-56.

22. Ley 26.944. Aprobada el 2 de julio de 2014. BO. 8 de agosto de 2014.

Estado<sup>23</sup>. Dicha ley, por otra parte, no tiene aplicación en todo el territorio nacional, sino en jurisdicciones federales y cada provincia y/o municipio, debería adherir a la ley nacional o adecuar sus propias normas locales a los preceptos de la norma, aspecto de aplicación jurisdiccional que el CCyC sí cubre por ser un código de fondo de aplicación nacional.

Esta situación de “laguna legal” en el actual régimen de responsabilidad del Estado conlleva a una vulneración del art. 16 de la CN (principio de igualdad), al conformar un régimen diferenciado entre acciones imputadas contra particulares y contra el Estado, por efectos de un mismo hecho y en tal sentido, se requiere un adecuado criterio de integración a través de la analogía y principios de derecho para resguardar las prescripciones entre la ley civil y la ley administrativa. Suena paradójico que con estas inconsistencias legales, en la actualidad el peso de la imprescriptibilidad civil por crímenes de lesa humanidad recaiga más sobre los actos de particulares que sobre el Estado por el obrar de sus agentes.

---

23. El artículo 1 de la ley expresa que “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. El artículo 7 fija un plazo de prescripción de acciones extracontractuales en tres años.

## PRESCRIPCIÓN. LESA HUMANIDAD.

CSJN, “Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, 28 de marzo de 2017

El fallo “Villamil” de la CSJN: nuevo Punto Final

por GUILLERMO ANDRÉS DÍAZ MARTÍNEZ<sup>1</sup>

*“Si acaso doblaras la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva sino con el de la misericordia” (Consejos de Don Quijote a Sancho).<sup>2</sup>*

### I.- Distintas varas

El 14 de abril del año 2005 nos enterábamos a través del diario El País que después de 60 años de finalizada la Segunda Guerra Mundial los herederos de una familia judía habían conseguido la justicia que buscaban, ya que un juzgado de EEUU les había dado la razón a 14 herederos de Ferdinand Bloch-Bauer y Otto Pick, principales accionistas de una refinería de azúcar en Austria, y que había sentenciado que la banca suiza entregó su fortuna a los nazis para congraciarse con ellos; y que la indemnización establecida por el juez, 21,9 millones de dólares (16,96 millones de euros), era la más alta obtenida nunca hasta entonces por las víctimas del Holocausto<sup>3</sup>.

- 
1. Abogado, UBA. Doctorando en Ciencias Jurídicas, UCA. Docente en la Facultad de Humanidades, UNCA. Se desempeñó como abogado querellante en Juicios Orales sobre Delitos de Lesa Humanidad por ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federales de la Provincia de Catamarca y La Rioja.
  2. Cervantes, Miguel de, Don Quijote de la Mancha, Edición del IV Centenario, Real Academia Española Asociación de Academias de la Lengua Española, Brasil, Alfaguara, 2004, p. 869.
  3. [https://elpais.com/internacional/2005/04/14/actualidad/1113429607\\_850215.html](https://elpais.com/internacional/2005/04/14/actualidad/1113429607_850215.html)

En cambio, el día 28 de marzo del corriente año nos anoticiábamos que tres<sup>4</sup> de los cinco jueces integrantes de nuestra CSJN le negaban a la Sra. Amelia Ana María Villamil la indemnización por los daños provenientes de los delitos de lesa humanidad cometidos en perjuicio de su familia.

Vale recordar, que en la presente causa se trataba la demanda interpuesta por la Sra. Villamil contra el Estado Nacional, mediante la cual solicitó el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la desaparición forzada de su hijo Jorge Ayastuy y de su nuera Marta Elsa Bugnone, acontecida en el año 1977 y ejecutada por grupos de tareas bajo las ordenes de la dictadura cívico-militar que asoló e implanto el Terrorismo de Estado en nuestro país a partir del 24 de marzo del año 1976.

Por su parte, “el Estado Nacional contestó la demanda, planteó la excepción de prescripción de la acción y pidió el rechazo de la demanda. Esta defensa fue rechazada por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata que declaró imprescriptibles a estas pretensiones. Esta resolución fue impugnada por el Estado Nacional mediante un recurso extraordinario federal que la Corte Suprema declaró admisible, para así revocar la sentencia apelada y concluir en que estas acciones están sujetas a plazo de prescripción”.<sup>5</sup>

## II.- La vara de la injusticia

El día 28 de marzo de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunciaba en la causa “Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios (CSJ 203/2012 (48-V)/CS1)”, en donde “dictó una sentencia en la que el voto de la mayoría fue firmado por los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz, mientras que los jueces Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti opinaron en disidencia. Mediante el voto conjunto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, la Corte Suprema concluyó que dichas reclamaciones no son imprescriptibles y que, por ende, para dar lugar a una

---

4. Jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz.

5. <http://www.cij.gov.ar/nota-25380-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--ratific--su-precedente-sobre-la-prescripci-n-de-acciones-civiles-contra-el-Estado-en-juicios-de-lesa-humanidad.html>

sentencia condenatoria por la responsabilidad del Estado, las acciones están sometidas a las disposiciones que establecen el plazo de prescripción dentro del cual deben ser útilmente promovidas. Los jueces Maqueda y Rosatti votaron en disidencia sosteniendo que esta clase de acciones eran imprescriptibles, fundando sus opiniones en mediante sendos votos individuales”.<sup>6</sup>

Ahora bien, en “el caso ya existía un precedente “Larrabeiti Yáñez”, dictado en 2007 y suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Argibay (Fallos: 330:4592)-, el que resulta de aplicación directa al caso y al que se remite. Allí se diferenciaron ambas situaciones, sobre la base de que la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial es materia disponible y renunciable, mientras que la imprescriptibilidad de la persecución penal en materia de lesa humanidad se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados. En suma, se sostuvo que en un caso está en juego el interés patrimonial exclusivo de los reclamantes, mientras que en el otro está comprometido el interés de la comunidad internacional, de la que Argentina es parte, en que tales delitos no queden impunes, lo que impide cualquier asimilación de ambos tipos de casos y, por lo tanto, que se declare la imprescriptibilidad de las acciones de daños como la aquí intentada. La opinión de la mayoría dejó en claro que no existía al momento en que la prescripción de la acción operó -16 de noviembre de 1995- ninguna norma que dispusiera esa solución. Agregó que tampoco resultaría aplicable al caso la imprescriptibilidad fijada en el artículo 2561 in fine del Código Civil y Comercial, en virtud de lo dispuesto expresamente por el artículo 2537 del mismo cuerpo legal (“Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior”).<sup>7</sup>

---

6. <http://www.cij.gov.ar/nota-25380-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--ratific--su-precedente-sobre-la-prescripci-n-de-acciones-civiles-contra-el-Estado-en-juicios-de-lesa-humanidad.html>; consultado a horas 11:20, el día 06/07/2017.

7. <http://www.cij.gov.ar/nota-25380-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--ratific--su-precedente-sobre-la-prescripci-n-de-acciones-civiles-contra-el-Estado-en-juicios-de-lesa-humanidad.html>; consultado a horas 11:20, el día 06/07/2017.

### III.- “Villamil” como manto de impunidad

Al respecto, podemos mencionar dos consecuencias gravísimas -entre otras- que trae aparejada esta resolución.

Una de ellas, es que deja impune los reclamos judiciales pendientes por los daños y perjuicios sufridos por las víctimas directas o indirectas de la última dictadura, ya que por un lado rechaza la imprescriptibilidad de las acciones civiles aludidas, y por el otro, afirma la imprescriptibilidad de dichas acciones, fundándose en la aplicación del art. 2561 in fine del CCyCN., pero para el futuro, o sea, a partir del 1 de agosto de 2015.

Entonces, observamos una contradicción ostensible en el razonamiento lógico jurídico de la mayoría suprema, por cuanto afirma la prescripción y la imprescriptibilidad de las acciones, lo que conlleva la violación del principio de no contradicción que debe imperar en toda resolución judicial.

Es decir, los daños y perjuicios derivados del terrorismo de estado de las décadas del 70 y 80 para la mayoría de la corte prescriben; con dicha lógica habría que esperar un nuevo genocidio en nuestro país para poder aplicar el art. 2561 in fine del código referido, lo que es a todas luces ridículo y ofensivo para las víctimas de una gravedad enorme.

Otra consecuencia, es que al impedir avanzar en las investigaciones judiciales resarcitorias se niega la posibilidad de averiguar las responsabilidades concretas de los sectores civiles cómplices de la dictadura cívico-militar y sus responsabilidades penales en los delitos de lesa humanidad, ya que en estos juicios también se avanza en la búsqueda de la verdad y la lucha contra la impunidad, y por lo tanto se obtienen pruebas, siendo ello un dato no menor. Porque cerrando estos expedientes, se logra claramente un manto de impunidad que significa una clara afrenta a la dignidad humana de las víctimas y del Estado de Derecho.

En suma, “Villamil” es un nuevo Punto Final, ya que no solo bloquea la posibilidad de reclamar civilmente, sino también impide conocer e investigar nuevas responsabilidades civiles y penales derivadas del Terrorismo de Estado argentino.

## IV.- Conclusión

Se entiende que de ninguna manera puede proceder el Punto Final, es decir, la prescripción de la acción civil por los daños y perjuicios provocados como consecuencia de delitos de lesa humanidad.

Es necesario tener presente que los daños derivan de injustos que configuran delitos de lesa humanidad y que por ello, entre otras notas características, portan la de la imprescriptibilidad.

Es por ello, que a nuestro criterio, la prescripción liberatoria del Código Civil<sup>8</sup> no puede ser opuesta como causal extintiva de la acción civil referida.

Resulta oportuno, hacer mención aquí a la sentencia del 23 de noviembre de 2006 de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata en la causa “Villamil”<sup>9</sup>, en donde se sostuvo: “...con respecto a los plazos de prescripción liberatoria que fija el Código Civil, es dable destacar que, en modo alguno podrían ser invocados con sustento, ya que “Debe recordarse que la prescripción no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandable” (Fallos:308:1101), y en este caso, el origen del reclamo reparatorio se basa en el daño ocasionado por un delito de lesa humanidad, y no en uno derivado de una relación meramente extracontractual, o de un delito penal que no tiene la especial connotación de su imprescriptibilidad.”<sup>10</sup>

Tal como se observa, el fallo citado adecuadamente da cuenta de dos extremos que interesa poner de resalto, a saber<sup>11</sup>: Por una parte, la necesaria dependencia del instituto de la prescripción con relación a la preten-

---

8. Hablamos del código velezano específicamente, por cuanto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación trajo una solución concreta a favor de la imprescriptibilidad de la acción civil, centrándose su discusión a sí el art. 2564 in fine, es aplicado o no a las delitos de lesa humanidad perpetrados en las décadas del 70 y 80 en nuestro país.

9. CFLP – Cámara Federal de La Plata, Sala II, “Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios”, 23/11/2006, JA 2007-III-647.

10. Ibidem.

11. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, Expte. N° 3115/09: “c/HERRERA, Rubén Nelson; y otros s/Encubrimiento en concurso ideal con el tipo penal de omisión de represión de delinquentes; homicidio calificado en dos hechos en concurso real y lesiones; coacción agravada y lesiones, en perjuicio de Miguel Ragone, Santiago Catalino Arredes y Margarita Martínez de Leal”, de fecha 12/12/2011.

sión que origina su articulación en el proceso. Y de la otra, el origen del daño que motiva la acción resarcitoria.<sup>12</sup>

A su vez, en cuanto al segundo de los extremos mencionados no puede omitirse explicitar que la prescripción liberatoria en tanto resulta normada por el Código Civil es un instituto que como legislación de fondo forma parte del “derecho interno” que se encuentra en relación de subordinación respecto de las normas internacionales del derecho internacional consuetudinario y convencional que regulan los delitos de lesa humanidad.<sup>13</sup>

La posición que acepta la imprescriptibilidad aludida, es la correcta solución alcanzada y es la que mejor se aviene con una hermenéutica del orden jurídico nacional que armonice con las prescripciones del orden jurídico internacional que el Estado argentino se ha comprometido a observar, en particular las que regulan su responsabilidad frente a la violación de una obligación internacional.

En tal sentido, frente a la verificación de un hecho ilícito imputable al Estado que produce un daño, surge su deber de repararlo adecuadamente.

Entonces surge imprescindible la aplicación del Principio *alterum nom laedere*, que “Significa “no dañar a otro”, y ha sido elaborado en el derecho romano por Ulpiano, para quien junto con “vivir honestamente” (*honeste vivere*) y “dar a cada uno lo suyo” (*suum ius cuique tribere*), conforma los tres principios cardinales que fundamentan lo “justo” (*ius*) Ulpiano, D.1.1.10.1 (Di Piedro)”.<sup>14</sup>

Siguiendo al jurista Ubiría sobre el principio antes referido, comprendemos que “Es el principio madre, en esta regla o mandato general de conducta (verdadero mandamiento jurídico) se concentra o reduce todo el sistema, y así el filósofo italiano Norberto Bobbio sentenciaba que “si se concibiera un ordenamiento jurídico reducido a una sola norma particular, sería necesario elevar a norma particular el mandato *neminem laedere*”.”<sup>15</sup>

---

12. *Ibidem*.

13. *Ibidem*.

14. Ubiría, Fernando Alfredo, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial – 1 a ed., 1ra. Reimpresión – C.A.B.A., Abeledo Perrot, 2015, ISSN 978-950-20-2678-7, p. 30.*

15. *Ibidem*.

Finalmente, Ubiría nos dice que “Se trata de una regla transida de connotaciones morales que constituye un punto de referencia en la responsabilidad civil. Como razona Bueres, si se negara su presencia en el trasfondo del ordenamiento como cláusula general, habría que aceptar otra regla: es lícito dañar mientras una norma no prohíba un daño en concreto, lo que desde luego resulta inaceptable”.<sup>16</sup>

La Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 63.1 establece “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe 28/92, en ocasión de pronunciarse con relación a la República Argentina respecto de las leyes 23.492 -“punto final”- y 23.521 -“obediencia debida”- y el decreto 1.002/89 -uno de los indultos presidenciales a los miembros de las Juntas Militares que habían sido condenados en el Juicio a las Juntas-, recomendó con relación a los peticionarios sin limitación alguna una reparación económica justa a las víctimas por las violaciones a los derechos humanos.<sup>17</sup>

Asimismo, la Corte Interamericana de DDHH en su sentencia del 26/9/2006 en el caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, al examinar los alcances de la reparación con relación al artículo 63.1 ya citado ha señalado: “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Es nece-

---

16. *Ibidem*.

17. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, Expte. N° 3115/09..., *ob. cit.*

sario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno”.<sup>18</sup>

Por lo tanto, en el contexto del principio de la plena restitución o de la “reparación integral” que reconoce el derecho internacional que el Estado argentino frente a injustos que configuran delitos de lesa humanidad y que producen daños no puede desconocer su obligación internacional de repararlos integralmente invocando una norma de su derecho interno.

Surge indudable que la Convención Americana de Derechos Humanos constituye una emanación del derecho internacional convencional posterior a la fecha de los hechos que aquí se analizan (Terrorismos de Estado en Argentina de las décadas 70 y 80); sin embargo, no puede desconocerse la circunstancia de que la obligación internacional de reparar el daño ya se encontraba plenamente consagrada en el derecho internacional consuetudinario tal como lo señala la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ya mencionado caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”.<sup>19</sup>

Por otro lado, no puede omitirse hacer mención a una consideración relativa al fundamento del instituto de la prescripción liberatoria en tanto ello permite explicitar otro de los fundamentos de la posición que adoptamos.

Es necesario señalar que la prescripción liberatoria es una institución creada para dar estabilidad y firmeza a los negocios, disipar incertidumbres y poner fin a la indecisión de los derechos; más abreviadamente, tiene por fundamento resguardar el valor seguridad.<sup>20</sup>

Es decir, su horizonte de sentido no son consideraciones de justicia sino consideraciones pragmáticas relativas a la certeza de las relaciones jurídicas poniendo un límite a los conflictos patrimoniales como una forma de procurar la paz social.

---

18. Ibidem.

19. Ibidem.

20. Trigo Represas, Félix A, López Mesa, Marcelo J., Código Civil y Leyes Complementarias Anotado, Depalma, Vol. IV B, p. 297

La Corte Suprema ha expresado que “La aplicación de la ley debe efectuarse equitativamente de acuerdo con la valoración y apreciación de los hechos específicos traídos a conocimiento de los magistrados. Hacer justicia no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo in concreto, lo que se logra con la realización del derecho de acuerdo con las situaciones reales que se pretendan. Así, se torna exigible conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso para que la decisión jurisdiccional resulte valiosa”<sup>21</sup> y que “el derecho no es solo lógica, sino también experiencia, entendiendo por tal la comprensión del sentido último que anida en cada caso. Este temperamento también ha sido compartido por esta Corte, de modo especial al ocuparse de temas como el que ahora toca resolver, en relación al cual ha expresado que el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de que no se desnaturalicen jurídicamente los fines que los inspiran”... de ahí que, en relación al sub lite, la aplicación de la ley debe efectuarse equitativamente de acuerdo con la valoración de los hechos específicos traídos a conocimiento de los magistrados”.<sup>22</sup>

Entonces, frente a la cuestión traída a estudio cabe legítimamente preguntarse si resulta genuino que el Estado se desembarace de su obligación de proporcionar una justa reparación por graves violaciones a los derechos humanos que a su amparo se han cometido.

En este sentido a propósito de la cuestión planteada se ha sostenido “Una cosa es que el Estado establezca esa institución para los conflictos patrimoniales entre particulares y otra distinta es que lo haga también para los conflictos que lo involucran. ¿El mismo Estado, so pretexto de la previsibilidad, puede perdonarse ciertas injusticias patrimoniales que haya cometido? ¿Puede hacerlo en todos los casos? ¿O es más razonable recurrir a una pauta que sólo se lo permita, cuando la solución del conflicto resulte equitativa? Esta última opción resulta más compatible con el accionar y los cometidos estatales.”<sup>23</sup>

---

21. C.S.J.N., Fallos: 308:1978.

22. C.S.J.N., Fallos: 316:3043, voto de los jueces Fayt, Barra y Cavagna Martínez.

23. Sánchez, Fabio F., ¿Son prescriptibles las acciones resarcitorias de daños originados por delitos de lesa humanidad?, en *La Ley*, 2008-F, 315.

Sin embargo, el Tribunal Cimero en el fallo en estudio no se pronuncia respecto de la posible colisión de las normas del derecho interno que regulan el instituto de la prescripción con las normas de derecho internacional que obligan al Estado Argentino a reparar daños originados en delitos de lesa humanidad.

Y justamente ese silencio es el que permitiría lograr que la Corte adopte un criterio diferente al sostenido anteriormente por ella.

Por lo tanto, con la incorporación del art. 2.561 in fine al nuevo CCyCN, que establece la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias derivadas de los crímenes contra la humanidad, en concordancia con el art. 7 del mismo código, queda definitivamente esclarecido que el Estado argentino decidió no apartarse del ordenamiento jurídico.

Asimismo, resulta pertinente formular una especificación adicional, o sea, reconocer la imprescriptibilidad de la acción civil resarcitoria resultante de los daños producidos como consecuencia de la comisión de delitos de lesa humanidad constituye una ajustada aplicación a la cuestión en estudio del Principio Pro Homine.

Esto es, de aquel criterio hermenéutico que comprende a todo el derecho de los Derechos Humanos que manda acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.<sup>24</sup>

Más concisamente, la posición descripta constituye una manifestación del imperativo jurídico internacional de proporcionar una tutela real de las personas.

En definitiva, y como dijo el Juez Maqueda en la causa “Villamil”, el deber estatal de indemnizar los daños causados por los delitos de lesa humanidad cometidos por el Terrorismo de Estado en las décadas del 70 y 80 en nuestro país no están sujetas a plazo de prescripción alguno, por lo que no puede existir ningún Punto Final.

---

24. Pinto, Mónica, El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en Abregú, Martín, Courtis, Christian, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 163.

**RETROACTIVIDAD LEY PENAL MÁS BENIGNA.  
DELITOS PERMANENTES. LESA HUMANIDAD.  
CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis  
Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio  
y otro s/ recurso extraordinario”, 3 de mayo de 2017**

A propósito del caso “Muiña” y la aplicación de la regla del “dos por uno”  
a un condenado por delitos de lesa humanidad

por ROBERTO MANUEL CARLÉS <sup>1</sup>

## **El caso**

El 3 de mayo de este año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió el fallo “Bignone, Reynaldo Benito y otro s/recurso extraordinario” en el que decidió sobre el recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña.

Muiña había sido condenado a la pena de trece años de prisión por los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada e imposición de tormentos. Estos hechos –cometidos desde fines de marzo de 1976 en el Hospital Posadas, donde funcionó el centro clandestino de detención y tortura conocido como “El Chalet”– son delitos de lesa humanidad por haber integrado el plan sistemático de persecución, represión y exterminio que ejecutó la última dictadura cívico-militar con complicidad eclesιάstica.

---

1. Docente de la Universidad de Buenos Aires, presidente del Comité de Jóvenes Penalistas de la Asociación Internacional de Derecho Penal y secretario de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología.

## La ley 24.390 y la regla del “dos por uno”

La ley 24.390 –sancionada el 22 de noviembre de 1994– estableció que, transcurridos dos años de prisión sin condena firme<sup>2</sup>, se computarían, a los efectos de determinar la pena, dos días de prisión por cada día de prisión preventiva. Es decir, compensaba a los imputados con el cómputo doble del tiempo transcurrido en prisión preventiva más allá del plazo máximo de dos años. Esta disposición estaba prevista en el artículo 7° de dicha ley, que fue derogado el 1° de junio de 2001 por la ley 25.430.

La finalidad de la ley 24.390 fue adecuar el derecho procesal penal<sup>3</sup> al derecho internacional de los derechos humanos y disminuir la duración de los encarcelamientos preventivos en cumplimiento de lo previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos –tratado internacional con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994– que en su artículo 7.5 establece el derecho de toda persona detenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable.

La regla del “dos por uno” no fue derogada porque sus objetivos se hubieran cumplido –por entonces las cárceles continuaban, como en la actualidad, pobladas mayormente por presos sin condena que en muchos casos superaban los dos años en prisión– sino como consecuencia de la frecuente práctica política de abordar los problemas de seguridad ciudadana por medio de reformas legislativas<sup>4</sup>.

- 
2. Con respecto al plazo máximo de dos años de prisión preventiva, el artículo 2° de la ley 24.390 establecía que sería prorrogado por seis meses más cuando se cumpliera “mediando sentencia condenatoria y ésta no se encontrare firme”. La ley 25.390 reformó este artículo y estableció que dicho plazo no se computaría –a los efectos de la aplicación del “dos por uno”– cuando se cumpliera después de haberse dictado sentencia condenatoria aunque la misma no se encontrara firme.
  3. Se trata de una ley procesal, complementaria del Código Procesal Penal de la Nación, pero que contenía una norma de derecho penal sustantivo –y, como tal, con vigencia en todo el territorio nacional– como era precisamente la prevista en el artículo 7°, pues establecía la forma en que habría de realizarse el cómputo de la pena.
  4. Así lo refleja la información de la época. Por ejemplo, el diario La Nación del jueves 10 de mayo de 2001: “Inseguridad: derogaron la polémica ley del 2x1”, <http://www.lanacion.com.ar/304021-inseguridad-derogaron-la-polemica-ley-del-2x1> [último acceso: 27 de mayo de 2017].

## El fallo de la Corte

La Corte decidió que, en este caso, el cómputo de la prisión preventiva debe realizarse de acuerdo con lo previsto en el derogado artículo 7° de la ley 24.390, es decir, que resulta aplicable al caso la regla del “dos por uno”, en razón del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, dado que esta norma reguló dicho cómputo de modo más favorable al imputado. Entendió que no es relevante que los hechos hayan sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia (22 de noviembre de 1994) ni que el encarcelamiento (1° de octubre de 2007) y la condena (que tuvo lugar el 29 de diciembre de 2011 y quedó firme el 21 de agosto de 2013, cuando la Corte rechazó revisarla) hayan tenido lugar con posterioridad a que el artículo 7° fuera derogado por la ley 25.430 (1° de junio de 2001).

## Principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal

El principio de legalidad surge del artículo 18 de la Constitución Nacional que establece que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Es decir que la ley penal es aplicable solamente a los hechos que tengan lugar una vez que esté vigente, lo que implica que (i) nadie puede ser penado por un hecho que no estuviera tipificado como delito al tiempo de su comisión y (ii) no se puede aplicar una pena más gravosa que la prevista legalmente al tiempo de la comisión.

Esta garantía se vincula con el principio de culpabilidad, en tanto que a nadie puede exigírsele que ajuste su conducta a normas inexistentes, pero también con razones de seguridad jurídica que justifican que la pena aplicable sea aquella prevista al tiempo de la comisión del hecho y que expresa legalmente la valoración social de la conducta. También encuentra fundamento en el principio republicano y en el principio de igualdad, pues sería irrazonable que se aplicaran penas distintas por los mismos delitos por la única razón de que fueron cometidos en distintos momentos.

## La garantía en juego: retroactividad de la ley más benigna

La irretroactividad de la ley penal tiene una excepción que es la aplicación retroactiva de la ley más benigna. Esta garantía —que preveía expresamente la Constitución de 1949<sup>5</sup>— está consagrada en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados internacionales que integran nuestro bloque de constitucionalidad por imperio del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

En nuestro derecho interno, la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna es un principio de política criminal que el artículo 2º del Código penal contempla desde antes de la vigencia de los mencionados tratados. Esta norma establece que “[s]i la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna [...]”. A su vez, el artículo 3º dispone que “en el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado”.

Sin embargo, hasta la inclusión de este principio en nuestro bloque de constitucionalidad, con la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema consideraba que su violación no se hallaba en pugna con el artículo 18 de la Constitución Nacional<sup>6</sup>. Con la incorporación de los

- 
5. Así estaba previsto en el artículo 29: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Siempre se aplicará, y aun con efecto retroactivo, la ley penal permanente más favorable al imputado [...]”. El texto constitucional excluía expresamente la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna cuando ésta tuviera carácter temporal, de acuerdo con un criterio consolidado en la jurisprudencia. En efecto, la Corte ha considerado en reiteradas oportunidades que las leyes de carácter temporal o de emergencia están exceptuadas del principio de retroactividad de la ley penal más benigna (CSJN, “Vicente Martini e hijos S.R.L. (1944), Fallos: 200:450; “Frigoríficos Yaguane” (1975), Fallos: 293:522; “Cerámicas San Lorenzo” (1988), Fallos: 311:2453; “San Cristóbal” (1994), Fallos: 317:1541). Se trata mayormente de regímenes sancionatorios temporales, excepcionales o de emergencia vinculados a la regulación coyuntural de precios y abastecimiento a los que la Corte les reconoció ultraactividad in re ipsa. Esta discusión ha perdido sentido en la actualidad, dado que el principio de retroactividad de la ley más benigna tiene jerarquía constitucional desde 1994 y no admite excepciones legales.
  6. Cfr. CSJN, “Sicilia, Sergio” (1988), Fallos: 311:324; “Schettini, Juan Jorge” (1983), Fallos: 301:259; “Alfie, David” (1964), Fallos: 258:120; “Santoro, Pascual Enrique y otros” (1948), Fallos: 211:1657, entre otros. En sentido contrario, v. la disidencia de los jueces Luis María Boffi Boggero y Carlos Juan Zavala Rodríguez en CSJN “Muller Benz, Alberto” (1965), Fallos: 262:621. Los magistrados sostuvieron que el artículo 18 de la Constitución Nacional “que asegu-

tratados internacionales de derechos humanos a nuestra Constitución esta jurisprudencia perdió validez y, por ello, fue modificada por la Corte Suprema.

En síntesis, la ley penal posterior al hecho no es aplicable retroactivamente salvo que sea más benigna para el imputado. Por ende, no puede imponerse ni mantenerse una pena por un hecho que ya no se considera delito como tampoco puede imponerse ni mantenerse la pena prevista al tiempo de la comisión del hecho si la ley actual le atribuye a la conducta una sanción menos grave, o si se ha previsto una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, o de exclusión de la punibilidad.

Como veremos, de acuerdo con lo establecido por el artículo 2° del Código penal, también corresponde la aplicación de la ley más benigna si ésta tuvo vigencia solo durante el período intermedio entre la comisión del delito y el pronunciamiento del fallo.

## **El alcance de la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna respecto de normas procesales**

El artículo 18 de la Constitución Nacional y el artículo 2° del Código penal emplean la voz “ley” en forma genérica, por lo que no cabe interpretar que la garantía de retroactividad de la ley más benigna comprende solo a las leyes de derecho penal de fondo. En las disidencias del fallo en análisis y en el dictamen de la Procuración General<sup>7</sup> se ha sostenido que

---

ra el juzgamiento fundado en ley anterior y la defensa en juicio, como lo ha señalado la doctrina, comprende la garantía de la retroactividad de la nueva ley más benigna y la subsistencia de la ley anterior en caso de que se dictara una nueva norma más severa”. Recordaban que la irretroactividad de la ley penal, de acuerdo a los fundamentos del proyecto de Código Penal de 1981 “es un principio que la comisión ha creído superfluo consignar en ese Código, puesto que está consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional; y la retroactividad benigna de la ley penal es un principio tan justo como la regla general de irretroactividad, de la cual forma excepción”.

7. El Procurador Fiscal remite a los argumentos y conclusiones del dictamen “Simón, Antonio Herminio s/recurso extraordinario”. Allí sostiene que “al reformarse esa ley con anterioridad [...] a la detención de Simón, el legislador declaró expresamente que ella “integra el Código Procesal Penal de la Nación (art. 10, según ley 25.430) y que las normas procesales, por su naturaleza instrumental, son de aplicación inmediata a las causas en trámite (Fallos: 217:804; 327:2703 y sus citas), más allá de las opiniones que en doctrina puedan sostener que ello no las excluye de la garantía que consagra el artículo 2° del Código Penal, toda vez que la primera regla de interpretación de la ley es su sentido literal y la voluntad del legislador (Fallos: 325:1922 y 3229; 326:704, entre otros) [...]”. Sin embargo, cabe precisar que el legislador declaró que la ley 24.390 integra el Código Procesal Penal de la Nación cuando derogó la única norma de derecho penal sustantivo

la regla del “dos por uno” es una norma procesal y que, por ello, no sería aplicable retroactivamente.

La jurisprudencia penal suele aceptar la aplicación retroactiva de disposiciones que no son de derecho penal pero que condicionan tipos penales o bien complementan leyes penales en blanco<sup>8</sup>. Es decir, que a los efectos de evaluar cuál es la ley más benigna, debe ponderarse toda la situación jurídica de la que depende la pena. En cambio, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia de la Corte, no corresponde la aplicación retroactiva de leyes procesales<sup>9</sup>.

No obstante, para buena parte de la doctrina penal, las normas procesales también deben aplicarse retroactivamente cuando benefician al imputado. Zaffaroni<sup>10</sup> sostiene que en el ámbito punitivo no cabe distinguir entre legislación penal y procesal penal ya que si, al momento del hecho, las disposiciones procesales llevan a la no aplicación de pena, no hay conminación penal en concreto respecto de la persona comprometida. Pastor<sup>11</sup> entiende que el principio de legalidad alcanza también a todas las reglas de procedimiento penal, incluyendo la irretroactividad salvo que el precepto posterior sea más favorable. Entre otros fundamentos, considera que ello debe ser así sobre todo ante la existencia de normas penales ambivalentes que, como las que regulan la prisión preventiva, son tanto de derecho sustantivo como de derecho adjetivo y a las que caracteriza como reglas procesales por sus fines y normas materiales por sus efectos.

---

que contenía hasta entonces, que precisamente era la regla del “dos por uno”. Por esta razón es que no puede interpretarse que el legislador haya querido atribuir carácter procesal a esa norma que, hasta entonces, había tenido vigencia en todas las jurisdicciones del país puesto que se trataba de una norma de derecho de fondo.

8. Cfr. CSJN, “Ayerza” (1998), Fallos: 321:824, voto en disidencia del juez Petracchi; “Cristalux” (2006), Fallos, 329:1053; “Palero” (2007); Fallos, 330:4544.
9. De acuerdo con esta jurisprudencia, las normas procesales son de aplicación inmediata a los procesos en curso, más allá de que sean más favorables o gravosas para el imputado, salvo que la nueva ley exprese lo contrario o en los casos en que su aplicación afecte la validez de actos procesales ya cumplidos y firmes de conformidad con la legislación procesal derogada. Vid. nota 7.
10. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires: Ediar, 2000, pp. 116-117.
11. Pastor, Daniel, Prohibición de la aplicación retroactiva de normas penales sustantivas, adjetivas y ambivalentes, La Ley, 2002-B, 682 y ss

La regla del “dos por uno” no era una norma procesal dado que regulaba una cuestión de derecho de fondo o material como es el cómputo de la pena impuesta a un condenado por sentencia firme<sup>12</sup>. Cabe recordar que en el fallo “Arce” la Corte estableció –con remisión al dictamen de la Procuración General– que las reglas de cómputo de la prisión preventiva ostentan carácter material<sup>13</sup>.

### **La ley penal más benigna no debe implicar necesariamente un cambio en la valoración valoración del hecho**

En las disidencias y en el dictamen de la Procuración General, se sostiene –con cita a los precedentes “Ayerza”, “Cristalux” y “Torea”<sup>14</sup>– que la aplicación retroactiva de una ley más benigna requiere evaluar si la ley posterior es la expresión de un cambio en la valoración social del hecho imputado, en el sentido de que lo que antes era juzgado reprobable ya no lo es o lo es solo en menor medida. Sin embargo, esta evaluación constituye un requisito no previsto en el Código penal e implica un recorte por vía interpretativa –violatorio del principio de legalidad– de la garantía constitucional de retroactividad de la ley más benigna. Para más, el empleo del adverbio “siempre” en el artículo 2° del Código penal despeja toda duda al respecto.

La mayoría, si bien sostiene este criterio, lo desdibuja al sostener que “los cambios de valoraciones se documentan mediante la sanción de nuevas leyes [...]” y que “la ley 24.390 significó un cambio de valoración respecto de las consecuencias de la duración excesiva de la prisión preventiva”. De este modo, procuró no apartarse explícitamente del criterio según el cual la nueva ley más benigna debe implicar un cambio en la valoración social del hecho para que sea procedente su aplicación retroactiva. Sin embargo lo hizo, toda vez que en este caso la regla del “dos por uno” no implicó un cambio en la valoración de ningún hecho sino la asunción

---

12. Así lo establece en su voto concurrente el juez Rosatti y también los jueces Lorenzetti y Maqueda en sus respectivas disidencias.

13. CSJN, “Arce” (2008), Fallos: 331:472.

14. CSJN, “Ayerza” (1998), Fallos: 321:824, disidencia del juez Petracchi; “Cristalux” (2006), Fallos: 329:1053; “Torea” (2007), Fallos: 330:5158.

legislativa de la necesidad de compatibilizar la prisión preventiva con el derecho constitucional a ser juzgado dentro de un plazo razonable, como expresamente lo reconoce el artículo 9º de la ley 24.390 que establece que la ley es reglamentaria del artículo 7, punto 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## **La ultraactividad de la ley intermedia entre la comisión del hecho y la condena**

En el caso en análisis la ley más benigna tuvo vigencia durante un período intermedio (1994-2001) entre la comisión del hecho (el inicio de la acción tuvo lugar en 1976) y la condena (2013), por lo que se trata de una *ley intermedia*.

Existe un amplio consenso doctrinario respecto de la aplicación ultraactiva de la ley intermedia cuando es más benigna: es decir, que debe aplicarse aun cuando no hubiera estado vigente al tiempo de la comisión del hecho ni al tiempo de la condena sino solamente entre ambos momentos.

Para el penalista alemán Claus Roxin<sup>15</sup>, el imputado tiene este derecho pues ha obtenido, al sancionarse la ley más benigna, una posición jurídica más favorable que a partir de entonces ha quedado garantizada frente a cualquier agravación posterior, aun cuando dicha agravación implique un retorno a la ley vigente al tiempo de la comisión del hecho. Uno de los principios

éticos que sustentan esta posición es la idea de que la dilación de los procedimientos judiciales no puede perjudicar al imputado.

Respecto de cuatro de los cinco hechos por los que Muiña fue condenado, la regla del “dos por uno” estuvo vigente en el tiempo intermedio entre la fecha de su comisión y el dictado de la condena. En cambio, respecto de uno de los hechos, que constituye un delito permanente, esta regla tuvo vigencia durante un tramo de su comisión.

---

15. Roxin, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid: Civitas, 1997, p. 167.

## Los delitos permanentes

A diferencia de los delitos instantáneos, en los que hay un único momento consumativo, los delitos permanentes –como la privación ilegítima de la libertad– se prolongan en el tiempo. Así, por ejemplo, mientras que el delito de hurto se perfecciona y se consume en el acto de apoderarse ilegítimamente de la cosa ajena, el delito de privación ilegítima de la libertad se consume en el momento en que se realiza la acción típica de impedir físicamente la libre actividad corporal de la víctima pero su comisión se prolonga en el tiempo hasta el cese de dicho impedimento. Este criterio fue reconocido por la Corte cuando decidió en la contienda negativa respecto de la jurisdicción competente en el caso de la desaparición de Felipe Vallese<sup>16</sup>. Esta distinción es relevante para el caso porque una de las víctimas de Muiña, Jorge Mario Roitman, permanecía en condición de desaparecido al tiempo de la sentencia.

Sin embargo, llama la atención que en el voto mayoritario (de los jueces Highton y Rosenkrantz, no así en el voto concurrente de Rosatti) se aborden las características de los delitos permanentes sin especificar que solo uno de los hechos por los que Muiña fue condenado pertenece a esta categoría (cuestión que señalan en sus disidencias Lorenzetti y Maqueda). Por tal razón, incurre en un error el voto mayoritario al sostener que “los delitos por cuya comisión se condenó al recurrente tienen carácter permanente”<sup>17</sup>.

---

16. CSJN “Fiorillo, Juan y otros” (1964), Fallos: 260:28. Allí la Corte sostuvo que si bien la privación ilegítima de la libertad había tenido comienzo en la Capital Federal, puesto que dicha privación se había mantenido a través de distintos lugares y dado el carácter permanente del delito, debía reputarse cometido en todos y cada uno de ellos. Cfr. también “Iribecampos” (1975), Fallos: 293:481; “Bignone” (1984), Fallos: 306:655, considerando 14 del voto concurrente del juez Petracchi; “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos: 309:1689 (considerando 31, voto del juez Caballero; considerando 29, voto del juez Belluscio; considerando 21 de la disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué).

17. Se cita el fallo CSJN “Tarnopolsky” (1999), Fallos: 322:1888, que correctamente señalaba, en el segundo párrafo del considerando 10, que el carácter de delito permanente “mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima desaparecida, ha sido recogido recientemente en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada el 9 de junio de 1994 por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, cuya ratificación fue autorizada por el Poder Legislativo Nacional mediante ley 24.556, y, en las condiciones de su vigencia, goza actualmente de jerarquía constitucional (ley 24.280); art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional”.

En las disidencias, si bien se señala que solo uno de los hechos es un delito permanente se aborda la totalidad de ellos en forma indistinta.

Esta caracterización, por un lado, le permite a la mayoría asimilar este caso al precedente “Arce” en el que la Corte –con remisión al dictamen del Procurador General– había enfatizado que, en ese caso, la ley 24.390 era la ley vigente al momento del hecho. En rigor de verdad, solo uno de los hechos podría considerarse como delito permanente y, en ese sentido, habría sido cometido durante la vigencia de la regla del “dos por uno”. Respecto de los otros cuatro hechos, la ley 24.390 es “ley intermedia” entre la comisión de los delitos y el pronunciamiento del fallo<sup>18</sup>.

Por otro lado, esta errónea caracterización le permite a la minoría, como explicaremos a continuación, sostener la aplicación retroactiva de una ley más gravosa –la ley 25.430– sobre la base del criterio según la cual, en los delitos permanentes, corresponde aplicar la ley vigente en el último tramo de la conducta.

## La ley aplicable a los delitos permanentes

En el caso de los delitos permanentes puede suceder (i) que la acción no fuera punible cuando el autor comenzó a realizarla; (ii) que la conducta estuviera penada pero que una nueva ley modifique la anterior en forma más gravosa para el imputado o (iii) que cuando se comience a realizar la acción el hecho esté penado pero luego resulte desincriminado, se atenúe la pena prevista o se prevea alguna otra circunstancia que favorezca al imputado. En todos los casos se trata de una sucesión de leyes que tuvieron vigencia en distintos momentos de la comisión del delito.

Con respecto al tercer supuesto, en el que la última ley es la más benigna, existe un amplio consenso en cuanto a que debe aplicarse retroactivamente ésta.

Para los otros dos supuestos, la ley aplicable podrá ser la ley vigente al tiempo que la conducta tuvo inicio o la ley vigente al tiempo del cese de la comisión. Como dijimos, en los delitos permanentes la comisión

---

18. Cfr. considerando 14 del fallo en análisis, donde se sostiene la aplicación ultraactiva de la ley penal intermedia cuando sea más benigna que la posterior.

se prolonga en el tiempo, por lo que tiene un momento inicial y otro terminal.

### **La postura favorable a la aplicación de la ley vigente al tiempo del inicio de la comisión**

Una postura doctrinaria muy difundida en la doctrina argentina considera que la ley aplicable a los delitos permanentes es la vigente al tiempo del inicio de la comisión, salvo que la ley posterior fuese más benigna. Zaffaroni, en sus obras más recientes, sostiene esta es la postura que respeta el principio de interpretación restrictiva de la ley penal según el cual las dudas interpretativas deben ser resueltas en la forma más limitativa del poder punitivo. Afirmar, además, que si bien los delitos permanentes se cometen desde que la acción se inicia hasta que cesa, cuando una ley más gravosa entra en vigencia, en un momento posterior al comienzo de la acción, hay un tramo de la comisión que no está abarcado por esta nueva ley, por lo que de aplicarse se haría retroactivamente respecto de ese tramo<sup>19</sup>. Este es el criterio que sostuvieron los jueces Belluscio, Vázquez y Zaffaroni en su disidencia en el fallo “Jofré”<sup>20</sup>. Por otra parte, no está de más recordar, nuevamente, el uso del adverbio “siempre” en el artículo 2° del Código penal.

La Corte, en su voto mayoritario en el fallo en el fallo en análisis, sostiene que de acuerdo con el tenor literal del artículo 2° del Código penal “es indisputable que la solución más benigna debe aplicarse a todos los delitos, inclusive a los de carácter permanente, sin distinciones” y que dicha característica –que, recordemos, poseía solo uno de los cinco hechos imputados– “en modo alguno inhibe la posibilidad de que durante el transcurso de la acción –pero antes de pronunciarse el fallo– se dicte una ley más benigna y, con ello, se configuren las únicas condiciones a las que [el artículo 2° del Código penal] supedita la aplicación de la ley más favorable”<sup>21</sup>.

---

19. Zaffaroni et al., op. cit., p. 165.

20. CSJN “Jofré” (2004), Fallos: 327:3289.

21. Considerando 9, tercer párrafo in fine del fallo en análisis.

De acuerdo con esta interpretación, que compartimos por ser la más respetuosa del principio de legalidad, el artículo 2° del Código penal es aplicable a todos los delitos, incluso a los permanentes.

## **La postura favorable a la aplicación de la ley vigente al tiempo del cese de la comisión**

Para otro sector de la doctrina, la norma vigente al tiempo de cometerse el delito permanente será aquella que regía al momento del cese de la conducta (por ejemplo, cuando se libera a la víctima privada ilegítimamente de su libertad) o al tiempo de la sentencia si ello no se produjo antes.

Esta postura implica aceptar que quien comienza a cometer un delito durante la vigencia de una ley más favorable puede luego ser condenado por una ley posterior más gravosa. Los defensores de esta postura sostienen que no es violatoria del principio de legalidad porque la conducta siguió realizándose durante la vigencia de la nueva ley, más severa, que el imputado insistió en infringir.

Este es el argumento que desarrollan Maqueda y Lorenzetti y que –consistentemente con los precedentes “Jofré”, “Gómez” y “Rei”<sup>22</sup>– los lleva a sostener la aplicación de la ley vigente en el último tramo de la conducta punible, aun cuando sea la más gravosa. Cabe destacar que, de acuerdo con este criterio, la regla del “dos por uno” no sería aplicable a los delitos permanentes, pero bien podría serlo para otros delitos de lesa humanidad cuyo momento consumativo no se prolongue en el tiempo, como los homicidios, tormentos, delitos contra la integridad sexual, etc.

Entiendo que esta solución está reñida con la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna puesto que contempla una excepción que no está prevista en el artículo 2° del Código penal ni en norma alguna por lo que afecta el principio de legalidad. Lleva razón la mayoría cuando sostiene que “si el legislador, a quien le compete realizar las distinciones valorativas que pudieran corresponder, hubiera considerado que el art. 2° del Código Penal no debía aplicarse a los delitos permanentes por cualquier

---

22. CSJN, “Jofré” (2004), Fallos: 327:3279; “Gómez” (2004), Fallos: 327:3274; “Rei” (2007), Fallos: 330:2434.

razón, habría hecho la salvedad pertinente que no hizo y que el Poder Judicial, en virtud de la materia que aquí se trata –penal– no puede hacer”.

Por otra parte, cuando en la literatura penal se cita en apoyo de esta postura a la doctrina alemana<sup>23</sup> se omite que no se trata de opiniones sino de comentarios de lo que expresamente prevé el § 2 (2) del Código penal alemán: “[s]i la sanción penal cambia durante la comisión del hecho, entonces se debe aplicar la ley que rige en el momento de la culminación del hecho”.

### **Un delito permanente con una ley intermedia más favorable en el transcurso de su comisión**

En este caso, durante la comisión del hecho que corresponde caracterizar como delito permanente, hubo tres leyes sobre el cómputo de la prisión preventiva que tuvieron vigencia: (i) el artículo 24 del Código penal; (ii) el artículo 7° de la ley 24.390 (regla del “dos por uno”); (iii) el artículo 24 del Código Penal luego de que la ley 25.430 derogó dicha regla. Es decir, hubo durante la comisión del hecho una sucesión de leyes y todas ellas tuvieron vigencia durante la comisión, obviamente, en distintos momentos. Una de estas leyes, la ley intermedia, era más benigna para el imputado. El principal argumento (normativo) para no aplicarla ultraactivamente es el expuesto en el párrafo anterior: la conducta siguió realizándose durante la vigencia de la nueva ley, más severa, que el imputado insistió en infringir.

Sin embargo, como dijimos, esta es una excepción que el artículo 2° del Código penal no prevé expresamente, por lo que no cabe interpretarlo de este modo sin menoscabo del principio de legalidad y, desde luego, sin apartarse del principio de interpretación restrictiva de la ley penal.

### **El argumento de la “coexistencia de leyes”**

Maqueda y Lorenzetti sostienen que si durante la comisión de un delito permanente rigieron dos leyes, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales (hipótesis del artículo 2° del Código penal, donde se debe

---

23. Por ejemplo, Roxin, op. cit., § 5, n. 52, p. 162.

aplicar siempre la más benigna) sino de un supuesto de coexistencia de leyes y que la que debe aplicarse es la vigente en el último tramo de la conducta aunque sea la más gravosa.

La expresión “coexistencia de leyes” es imprecisa dado que, en rigor de verdad, sí hubo una sucesión de leyes, solo que ésta no tuvo lugar en el lapso comprendido entre la comisión de un hecho cesado y la condena sino durante la propia comisión del hecho, en distintos tramos.

Por tal razón, para que prosperase este criterio habría que interpretar que el artículo 2° del Código penal, al emplear la voz “tiempo intermedio”, se refiere solo al lapso que media entre la comisión del hecho (cesada) y la condena, pero que no se refiere al lapso durante el cual se extiende la comisión de los delitos permanentes. Ello no implicaría exceptuar a los delitos permanentes de la regla prevista en el artículo 2° del Código Penal sino interpretar que el “tiempo intermedio” al que hace referencia es el lapso entre la comisión cesada de un hecho y la condena. Es decir, solo sería aplicable ultraactivamente la ley intermedia más benigna en la medida en que hubiera tenido vigencia durante ese lapso (por ejemplo, si hubiera regido entre la liberación de una persona secuestrada y la condena) pero no si solo tuvo vigencia durante un tramo de la comisión del delito permanente.

A esta interpretación le caben las mismas objeciones que planteamos en el párrafo anterior. En su apoyo puede sostenerse que si la intención del legislador hubiese sido que la voz “tiempo intermedio” no se refiriese solo al lapso comprendido entre el cese de la comisión y la condena sino que abarcase todos los momentos consumativos, es decir, la comisión del hecho en toda su extensión, no debió haber empleado la expresión “al tiempo de cometerse el delito” sino “al tiempo de consumarse” lo cual, en los delitos permanentes, ocurre al inicio de la conducta cuando se produce el resultado.

Con todo, una interpretación restrictiva del artículo 2° del Código Penal impide considerar que el “tiempo intermedio” al que se refiere no comprende el lapso en el cual se cometió un delito permanente.

## Garantías y beneficios para responsables por delitos de lesa humanidad

Es un estándar consolidado en el derecho internacional y en nuestro derecho interno, que los responsables por delitos de lesa humanidad no pueden ser beneficiados por medio de amnistías o indultos. Estos beneficios –así como la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad– aunque lleven otro nombre o estén encubiertos bajo otros mecanismos legales, son inadmisibles ya que impiden la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas conductas que contravienen derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos<sup>24</sup>. Tanto para el derecho internacional como para nuestro derecho interno<sup>25</sup>, estos impedimentos vulneran el derecho de las víctimas y de sus familiares a las garantías judiciales y a la protección judicial y, en tanto contravienen la Convención Americana sobre Derechos Humanos, carecen de efectos jurídicos.

Sin embargo, el carácter de lesa humanidad de los delitos no obsta a la aplicación de todas las garantías a los responsables. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable –que está en juego en el caso en análisis, pues a su satisfacción estaba direccionada la regla del “dos por uno”– y el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna no son la excepción<sup>26</sup>.

Por lo demás, es cierto lo que sostiene el voto de la mayoría respecto de que la regla del “dos por uno” estaba prevista para todos los delitos

---

24. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001, entre muchas otras.

25. Cfr. CSJN “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) causa N° 17.768” (2005), Fallos: 328:2056.

26. Con todo, por las mismas razones que la amnistía y el indulto son inadmisibles, tampoco pueden obstaculizar la persecución de estos delitos la prescripción, el principio de cosa juzgada y la prohibición de persecución penal múltiple. El principio de retroactividad de la ley penal más benigna –reconocido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y por la jurisprudencia de tribunales internacionales encargados de juzgar graves violaciones a los derechos humanos– podría ser, en principio, aplicable a este tipo de delitos en la medida en que, como explicaremos más adelante, no implicase un obstáculo a su persecución ni la desnaturalización de la pena aplicada.

con una única excepción que fue declarada inconstitucional por el mismo tribunal<sup>27</sup>.

### **La aplicación retroactiva de la ley penal más benigna a delitos permanentes, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.**

La interpretación del alcance de algunos precedentes de la Corte Interamericana es una de las más llamativas divergencias entre el voto mayoritario y las disidencias<sup>28</sup>.

Para la mayoría, por ejemplo, nada ha dicho la Corte Interamericana sobre la aplicación de la ley penal más benigna a los delitos permanentes en los fallos “Gelman vs. Uruguay” (sentencia del 24 de febrero de 2011) y “Tiu Tojín vs. Guatemala” (sentencia del 26 de noviembre de 2008). Entiende que en esos casos se decidió una cuestión diferente a la debatida en la causa, más precisamente, que la tipificación posterior a los hechos de la conducta mediante la figura de desaparición forzada de personas no era violatoria de la garantía de irretroactividad de la ley penal en tanto la nueva tipificación era, por un lado, requerida para cumplir con la obligación de juzgar adecuadamente dicha conducta y, por otro lado, consecuencia de la obligación de investigar esos hechos como lo requiere el *ius cogens*. De acuerdo con el voto mayoritario, en ninguno de esos casos hubo pronunciamiento alguno respecto de la aplicación de una ley más benigna.

Esto es técnicamente correcto, pues en estos precedentes la Corte Interamericana entendió que “por tratarse de un delito de ejecución permanente, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva

---

27. La ley 24.390 excluía expresamente de los alcances de sus disposiciones a los imputados por el delito previsto en el artículo 7° de la ley 23.737 (organización y financiamiento de delitos de estupefacientes) y a aquellos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de la misma ley. Esta exclusión fue declarada inconstitucional por la Corte en el fallo “Véliz” (2010), por considerarla violatoria del principio de inocencia, del principio de igualdad y del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

28. Así lo ha destacado Hugo Seleme, en un artículo titulado “El Fallo”, publicado en Revista Atandocabos, <http://www.revistaatandocabos.com.ar/fallo-corte-suprema-hugo-seleme/> [último acceso: 29 de mayo de 2017].

ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva<sup>29</sup>. Estos precedentes, entonces, admiten la aplicación de normas penales a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigor del tipo penal respectivo.

En efecto, los mencionados precedentes admiten la aplicación de una ley posterior más gravosa a un delito permanente (desaparición forzada de personas)<sup>30</sup> más nada dicen acerca de la posibilidad o no de aplicar retroactivamente una norma más benigna<sup>31</sup>. Por otra parte, tampoco sustentan el argumento de las disidencias, en cuanto a la aplicación de la ley vigente en el último tramo de la conducta. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la aplicación de un tipo penal

---

29. Corte IDH “Gelman vs. Uruguay”, párr. 236; Tiu Tojín, párr. 44, párr. 87.

30. La tensión entre este criterio y la garantía de irretroactividad de la ley penal es evidente y ha sido objeto de innumerables debates y publicaciones en la última década. Sin embargo, como lo venía sosteniendo la Corte, dicha tensión no puede resolverse sin tener en consideración la necesidad –y la obligación internacional– de prevenir futuras violaciones de derechos humanos de esa naturaleza y de garantizar que ningún obstáculo normativo o de cualquier otra índole impida la investigación de dichos actos y la sanción de sus responsables.

31. En contrario, Saleme sostiene que el principio de irretroactividad no es más que una especificación del principio general de benignidad penal. Entiende que, de acuerdo a lo establecido por la Corte Interamericana en los precedentes citados, así como el principio de irretroactividad no es violado en el caso de los delitos permanentes tampoco pueden serlo las otras dos especificaciones del principio general de benignidad: el de ultraactividad y retroactividad de la ley más benigna. Para Saleme, ambos principios requieren para su aplicación que la conducta haya finalizado y que luego sea tratada por el sistema penal de manera más o menos gravosa, debiéndose estar siempre por la menos gravosa. Sin embargo, sostiene, “en los delitos permanentes el supuesto de hecho del principio –que la conducta haya finalizado y que el sistema penal la trate de modo más o menos benigno– no puede configurarse y por lo tanto la consecuencia normativa no se sigue”. Concluye que “si la Corte Interamericana ha dicho que el principio de irretroactividad no se vulnera en los delitos permanentes porque la conducta delictiva no ha finalizado –y este principio no es más que una especificación del principio de benignidad– se sigue que también ha establecido que en este tipo de delitos no se vulnera el principio general de ley más benigna que posee una condición de aplicación semejante. Si el principio general de benignidad no se encuentra vulnerado en los delitos permanentes, porque el delito no ha finalizado, tampoco se pueden vulnerar en estos dos supuestos sus otras dos especificaciones: los principios de ultraactividad y retroactividad de la ley penal más benigna”. Este interesante argumento, a mi modo de ver, no contempla que el principio de irretroactividad de la ley penal es uno de los corolarios del principio de legalidad, expresamente previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional, mientras que el principio de aplicación retroactiva y ultraactiva de la ley penal más benigna –con jerarquía constitucional tras la reforma de 1994– tiene su fundamento, como señalamos antes, en la naturaleza de la ley penal, en razones de seguridad jurídica, en el principio republicano y en el principio de igualdad. Las leyes más benignas denotan un cambio en la valoración social (legal) del conflicto a través de una incidencia menor en los bienes jurídicos del autor del delito. No sería razonable que se aplicaran penas distintas por conductas iguales por el solo hecho de que fueron cometidas en distintos momentos. Tampoco puede resultar perjudicado un imputado por la demora del proceso si, por ejemplo, se habría beneficiado con una ley posterior al hecho más favorable que luego fue derogada o modificada en sentido más gravoso para él.

que no existía al tiempo del inicio de la conducta no viola el principio de irretroactividad de la ley penal. Si se impidiera su aplicación en razón de este principio se obstaculizaría la obtención de justicia que es exigida para este tipo de casos. Sin embargo, este criterio no es en modo alguno extensivo a lo que se discute aquí: si es posible o no aplicar ultraactivamente una ley penal más favorable cuya vigencia tuvo lugar en un tramo intermedio de la comisión de un delito permanente. Mucho menos en este caso, en el que solo uno de los cinco hechos es un delito de estas características.

### **La regla del dos por uno tuvo vigencia en un período en que los delitos de lesa humanidad no podían ser perseguidos penalmente**

En los años en que tuvo vigencia la regla del “dos por uno” (1994-2001) los responsables por delitos de lesa humanidad estuvieron exceptuados del alcance de la ley penal por las leyes de impunidad<sup>32</sup>.

En efecto, el cómputo doble del tiempo transcurrido en prisión preventiva no tuvo vigencia en el tiempo intermedio entre la comisión de los delitos y la condena al que se refiere el artículo 2° del Código penal sino durante un período en el que, por las leyes de impunidad, ni siquiera se vislumbraba como factible la persecución penal de los crímenes de lesa humanidad. Este artículo ordena la aplicación ultraactiva de la ley penal

---

32. Ley 23.492 (“ley de punto final”) y 23.521 (“ley de obediencia debida”). La ley 23.492 que dispuso la extinción de la acción penal de toda persona “por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley 23.049 [Código de Justicia Militar] que no estuviera prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación” de la ley (24 de diciembre de 1986). Por su parte, la ley 23.521 estableció la presunción –sin que fuera admisible prueba en contrario– de que quienes a la fecha de la comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no eran punibles por aquellos mismos delitos. La misma presunción se aplicaba a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no resolvía judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de la ley (8 de junio de 1987) que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de órdenes. En todos estos casos, se consideraba de pleno derecho, que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

más benigna que hubiese tenido vigencia en el tiempo intermedio entre la comisión del delito y el pronunciamiento del fallo, garantizando que el imputado se beneficiará de toda reforma legislativa que tenga lugar durante el proceso e incluso luego de la condena. En el caso de los delitos de lesa humanidad, por las leyes de impunidad, los procesos penales por estos hechos habían fenecido o no podían iniciarse debido a la extinción de la acción penal dictada por la ley de punto final y por la presunción de haber obrado en virtud de obediencia debida.

Entiendo que este es un motivo suficiente para considerar que la regla del “dos por uno” no era aplicable al caso.

### **El deber de aplicar una pena proporcional a los responsables por delitos de lesa humanidad**

En el “Caso Masacre de La Rochela vs. Colombia” (sentencia de 11 de mayo de 2007) la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia”.

Es decir que para cumplir con la exigencia de justicia que impone el derecho internacional respecto de los delitos de lesa humanidad, no basta con que haya habido juicio, condena y cumplimiento de la pena, sino que además ésta debe respetar el principio de proporcionalidad. Por ello, la Corte Interamericana, en el caso citado, estableció que para aplicar el principio de favorabilidad (ley más benigna) “debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención”.

Por esta razón, tampoco sería aplicable la regla del “dos por uno” al cómputo de la pena por aquellos delitos que fueron exceptuados del alcance de la extinción de la acción penal dictada por la “ley de punto final” –la sustitución del estado civil, sustracción y ocultación de menores–, como tampoco sería aplicable para aquellos delitos que fueron exceptuados de la presunción de obediencia debida –estos últimos y, además, el delito de violación y la “apropiación extensiva de inmuebles”.

## **Los efectos de la ley 27.362 Inaplicabilidad de la regla del “dos por uno” a los delitos de lesa humanidad**

Como reacción a la masiva reacción social en contra del fallo de la Corte en el caso “Muiña”, el Congreso sancionó la ley 27.362, prácticamente por unanimidad. Según la letra de la propia ley, se trataría de una ley interpretativa de la regla del “dos por uno”. Su artículo 3° que “es la interpretación auténtica del artículo 7° de la ley 24.390 –derogada por ley 25.430– y será aplicable a las causas en trámite”.

Al indicar que se trata de una interpretación y no de una reforma lo que está diciendo es que esta regla siempre tuvo el alcance que se determinó con esta nueva ley. Por otra parte no era posible reformar una norma ya derogada por lo que solo se podía “interpretarla”. En efecto, el Congreso puede sancionar una ley interpretativa de otra derogada en la medida en que esta última siga produciendo efectos en la actualidad.

Sin embargo, en este caso se trata de una ley penal para la que se ha dispuesto –por otra ley– una interpretación más gravosa para el imputado.

Aunque el Congreso haya dicho que se trataba de una ley interpretativa, lo cierto es que materialmente no lo es. Una ley interpretativa es aquella que echa luz sobre aspectos ambiguos u oscuros de una norma. En la ley 24.390 no había ninguna ambigüedad que requiriese una aclaración legislativa o, por lo menos, esta nueva ley no se refiere a ninguna de las que podían encontrarse.

Desde ya que no puede considerarse como una “ambigüedad” la omisión por parte del legislador de incluir ciertas excepciones o limitaciones al alcance de la norma. Se entiende que si no las previó en su momento

fue porque no tuvo la voluntad de hacerlo. Con más razón respecto de la ley 24.390, en la que el legislador había previsto otras excepciones al alcance del “dos por uno” para delitos de drogas (a las que, como dijimos, luego la Corte declaró inconstitucionales en el fallo “Véliz”).

Esta ley más que interpretar la regla del “dos por uno” lo que ha hecho es limitar su alcance. En ese sentido implica la reforma de una ley derogada, lo que resulta inadmisibile.

El artículo 1º de esta nueva ley establece que “[d]e conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7º de la ley 24.390 -derogada por la ley 25.430- no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional”.

Al respecto, cabe destacar que el artículo 1º de la ley 27.156 establece que “[l]as penas o procesos penales sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra contemplados en los artículos 6º, 7º y 8º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que lo disponga”. Sin embargo, la conmutación de penas es una facultad del Poder Ejecutivo, nacional y provinciales dentro de su jurisdicción. La regla del “dos por uno” no implicaba la conmutación de la pena sino que establecía el modo en que ésta debía fijarse: computando doble el tiempo transcurrido en prisión preventiva luego de superado el plazo de dos años bajo esa medida de coerción procesal.

Más allá del fundamento por el que ha optado el legislador, lo cierto es que esta disposición es ley penal posterior y más gravosa para los imputados por lo que su aplicación retroactiva es inconstitucional. Por esta razón, la Corte no podrá aplicar esta ley sin modificar el criterio que estableció en el fallo “Muiña”.

Por otra parte, como tampoco tiene validez posible respecto de futuros delitos, puesto que interpreta una ley derogada, la ley 27.362 es enteramente inconstitucional.

## **El alcance de la regla del “dos por uno” para los demás delitos**

El artículo 2° de la ley 27.362 establece que “[e]l cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7° de la ley 24.390 -derogada por ley 25.430- será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley”.

De este modo se limita también el alcance de la regla del “dos por uno” respecto de todos los demás delitos. A esta disposición le cabe la misma objeción que planteamos en el punto anterior: no es posible aplicar esta interpretación, que en realidad “reforma” una ley derogada. No tiene aplicación retroactiva posible porque está vedada constitucionalmente (irretroactividad de la ley penal) ni tampoco es aplicable a futuros delitos porque se trata de una norma ya derogada.

## **El consenso en torno del proceso de Memoria, Verdad y Justicia**

Esta ley demuestra el fuerte consenso social, cultural y político en favor de la continuidad del proceso de Memoria, Verdad y Justicia, pero para ello bastaba con una declaración.

Por otro lado, este consenso debe llevarnos a la reflexión. Es un error vincular este proceso histórico con un determinado sector político, por más que los principales avances hayan tenido lugar en un período determinado. Como evidencia la amplitud del consenso en torno del repudio al fallo de la Corte, el proceso de Memoria, Verdad y Justicia es patrimonio de todos los argentinos. Es fruto, sí, de la lucha de los organismos de derechos humanos, de las víctimas y sus familiares y de los sectores de la sociedad que acompañaron los reclamos de justicia, así como también es producto de decisiones políticas y de la confluencia en un momento histórico de los tres poderes del Estado que coincidieron en la decisión de anular las leyes de impunidad y los indultos. Pero es patrimonio de todos, de una sociedad que repudia las atrocidades cometidas por la última dictadura.

La Corte omitió considerar este consenso. Podría haberlo tenido en cuenta si la decisión se hubiera tomado de cara a la sociedad, con deliberación pública y audiencias. Un caso de estas características, en el que se debatía la efectividad de la pena por delitos de lesa humanidad, hubiera merecido otro tratamiento. Quizá si se escuchaba a todos los interesados el resultado habría sido el mismo, o tal vez los jueces hubieran podido evaluar mejor si había o no buenas razones para rechazar la aplicación de la regla del “dos por uno” sin mella alguna de las garantías constitucionales del condenado. Más allá de cuál fuera el resultado del fallo, lo cierto es que de haberse seguido ese procedimiento la decisión hubiera estado impregnada de una mayor legitimidad.

## Algunas conclusiones

Las garantías constitucionales ampararan a todos, también a los genocidas. Lo contrario implicaría admitir la validez de un derecho penal de excepción o “del enemigo”, antiliberal, autoritario, contrario al principio de igualdad. Con todo, frente a los delitos de lesa humanidad, es necesario observar que la aplicación de beneficios derivados de garantías constitucionales no torne ilusorias o desnaturalice las penas. Esta es la obligación que tienen todos los jueces para evitar que el Estado argentino incurra en responsabilidad internacional.

Es lamentable comprobar, una vez más, aunque no necesitamos nuevas pruebas de ello, que la ley no es igual para todos y que el poder punitivo es selectivo, que no se aplica respetando la igualdad de las personas. Son muchísimos los imputados y condenados que acuden a la Corte para que se les reconozca la garantía constitucional que les fue negada en instancias inferiores o para que se ordene revisar la condena que se dictó omitiendo considerar pruebas pertinentes o se modifique la pena que se fijó sin fundamentación alguna, en forma totalmente arbitraria.

El criterio establecido por la Corte en este fallo es aplicable a quienes hayan cometido delitos antes de la derogación de la regla del “dos por uno” e incluso a quienes, como los represores, los cometieron antes o desde antes de su vigencia sin haber tenido una condena firme al tiempo de su derogación.

La Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad elaboró un listado de civiles y militares que podrían beneficiarse con el fallo “Muiña”. Entre los posibles beneficiados se encuentran algunos de los más altos y emblemáticos responsables del genocidio que sufrimos los argentinos. Al día siguiente de que se conociera el fallo varios condenados por delitos de lesa humanidad solicitaron a la justicia que se les computase nuevamente el tiempo que estuvieron en prisión preventiva de acuerdo con los lineamientos sentados por el fallo de la Corte. Hasta el momento, ningún tribunal o juez ha aplicado el criterio de la Corte.

Es probable que esta realidad nos lleve a discutir, en un tiempo no muy lejano, el rol de la Corte Suprema como último intérprete de la Constitución Nacional.

# PATRIA POTESTAD. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. CSJN, “González Castillo, Cristián Maximiliano y otro s/robo con arma de fuego”, 11 de mayo de 2017

Una Corte errante: sobre la (in)constitucionalidad del art. 12 del Código Penal

por MARISA HERRERA<sup>1</sup> y AGUSTINA BLADILO<sup>2</sup>

## Introito

Iniciamos el presente comentario a fallo con una afirmación polémica: la Corte Suprema de Justicia de la Nación no habría estado a la altura de las circunstancias al resolver conflictivas que involucra el campo de las relaciones de familia a la luz o teniéndose en mira el Código Civil y Comercial (CCyC)<sup>3</sup>.

Si se hace un breve y rápido repaso por los casos que resolvió la máxima instancia judicial federal en temas de familia bajo la lupa del texto civil y comercial vigente desde el 01/08/2015, fácil se corrobora la aseveración esgrimida en el primer párrafo del presente comentario. Veamos.

Comencemos con el fallo del 15/03/2016 referido a una temática que ha inquietado a la doctrina y jurisprudencia nacional en torno al valor de la negativa de las pruebas genéticas en los procesos de filiación<sup>4</sup>. Básicamente, si tal conducta renuente debe ser entendida como un indicio y por lo tanto, que debe verse complementado con otra prueba; una presunción en contra y por ende, que con la mera negativa es posible hacer lugar a la acción de reclamación de la filiación o si se debería ir más allá,

- 
1. Doctora en Derecho, UBA. Investigadora del CONICET. Profesora Adjunta Regular, UBA. Profesora Titular, UNLPam.
  2. Abogada, UBA. Ayudante de segunda en Familia y Sucesiones, UBA.
  3. Para profundizar sobre esta mirada crítica se recomienda compulsar, Herrera, Marisa, “Desafíos en la implementación del Código Civil y Comercial en las relaciones de familia”, En Letra Derecho Civil y Comercial, año I, número 1, 2016, ps. 16-52, disponible en: [https://docs.wixstatic.com/ugd/9a5197\\_05c843a8ecdd4e158495b6ce3ce33a9c.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/9a5197_05c843a8ecdd4e158495b6ce3ce33a9c.pdf), compulsado el 26/8/2017.
  4. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/03/2016, “G., A. N. c. S., R. s/ filiación”, La Ley, Cita Online: AR/JUR/5545/2016. Asimismo, véase: Kot, Alicia B., “La filiación a la luz de las cargas probatorias dinámicas”, RDF 2016-V-23, Cita Online: AP/DOC/876/2016.

y disponer la obligatoriedad de dicha prueba esencial en los juicios de filiación en consonancia con el derecho a la identidad y en particular, la idea de que no es lo mismo ser hijo por presunción que por certeza. Qué dijo la Corte Federal ante un planteo que involucraba una persona con discapacidad, que había sido abusada por un enfermero del nosocomio en el que se encontraba internada y a quien se le había iniciado una demanda de reclamación de la paternidad extramatrimonial. Allí se dijo que *“Resulta reprochable la valoración que el superior tribunal efectuó de la conducta adoptada por el demandado quien desde un principio se escudó en la negativa frente al relato de la actora y en el rechazo a la realización del estudio biológico, sin proporcionar ninguna aclaración sobre la conducta que se le atribuía”*, agregándose que *“frente a dichos impedimentos objetivos y a la garantía de amplitud probatoria reconocida en la ley 26.485 sobre Protección Integral a las Mujeres, el superior tribunal debió examinar con mayor exhaustividad las alegaciones de la actora que, lejos de resultar escasas, complementaban -a estar al alcance señalado en la sentencia- el indicio derivado de la negativa del demandado a la realización del estudio biológico previsto en el arto 4º de la ley 23.511 (art. 579 del Código Civil y Comercial de la Nación), evitando que aquél pudiera constituirse en el árbitro del litigio con sólo asumir una actitud prescindente y cancelando la única chance de prueba certera”*. Ahora bien, el CCyC regula esta temática exactamente igual o en los mismos términos que la normativa derogada, el art. 4 de la ley 23.511. La respuesta negativa se impone. El art. 579 del CCyC no alude al indicio a secas sino que va más allá, y se refiere al “indicio grave”. Por ende, la Corte Federal con el importante rol que le cabe en materia de interpretación judicial agravado o doblegado por el hecho de que dos de sus miembros han formado parte de la Comisión de Reforma del texto civil y comercial (conf. Decreto 191/2011), considera que la normativa vigente en nada modifica la postura legislativa anterior, lo cual es absolutamente errado. Precisamente, un precedente anterior dictado por la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza de fecha 1/02/2016<sup>5</sup>, se recepta la

---

5. Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 11/02/2016, “C., M. A. vs. R., R. N. s. Impugnación de maternidad”, Rubinzal Online Cita: RC J 1757/16.

interpretación correcta al destacar que *“El nuevo Código sostiene que la negativa al sometimiento de la prueba genética, crea un indicio grave, y no un simple indicio como lo sostenía el régimen tácitamente derogado”* y esta línea, se aclara que tal diferencia reside en que *“No se necesita de manera obligatoria o como requisito sine qua non, otra prueba para hacer que tal conducta renuente tenga fuerza y, por ende, se pueda hacer lugar a la acción de reclamación de la filiación (postura semejante a la presunción); pero si se cuenta con prueba hábil para fortalecer la negativa y, en definitiva, acercarse a la verdad biológica, ella debe ser incorporada al proceso (postura semejante, o que tiene algún elemento, a la del indicio)”*. Por ende, que el indicio grave funciona como una presunción legal en contra del renuente, pero a la par, encierra una obligación para quien demanda -por lo general, las madres en representación de sus hijos menores de edad- que más allá del peso de la negativa a someterse a la prueba genética por parte del demandado, si la actora cuenta con cualquier tipo de prueba también tiene la carga de acercarla al proceso siendo un derecho del hijo contar con la mayor cantidad de elementos que hacen a su derecho a ser hijo por la mayor certeza posible y no fundado en el relato probatorio que se deriva de la presunción por dicha negativa<sup>6</sup>.

El otro caso que resolvió la Corte Federal y que compromete una institución típica del derecho de las familias como se la denomina en la actualidad dada la amplitud y pluralidad de este ámbito o campo del derecho,

---

6. Para profundizar sobre este tema se recomienda compulsar entre tantos otros: Alesi, Martín B., “ADN, prueba y filiación”, RDF 68-17, Abeledo-Perrot, Cita Online: AP/DOC/54/2015; Gómez, Clelia, “Derecho vs. Ciencia. Pruebas de filiación biológica”, Microjuris Online, Cita: MJ-DOC-7590-AR | MJD7590; González, Mariana E., “La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial: Las TRHA como una tercera fuente filial”, Suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, La Ley, Cita Online: AR/DOC/1296/2015; Herrera, Marisa y Vigo, Fiorella, “Filiación biológica o por naturaleza”, Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (directoras), Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016, T V-A, ps. 636-663; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, “Comentario al artículo 579”, Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (directoras), Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, T.II, ps. 736-768; Peracca, Ana G., “Principales modificaciones en materia de acciones y prueba”, Suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, La Ley, Cita Online: AR/DOC/1295/2015 y Yuba, Gabriela, “Valoraciones en torno a la negativa a realizar examen genético en un juicio de filiación”, La Ley, Cita Online: AR/DOC/1216/2016.

es el precedente del 29/03/2016 referido al divorcio<sup>7</sup>. Aquí se debatía la pertinencia o no del dictado de un divorcio culpable de conformidad con la normativa anterior que permitía esta tipología; al momento de resolver la contienda la máxima instancia judicial del país se encontraba vigente el CCyC que precisamente, derogó el sistema de divorcio causado (tanto culpable o subjetivo como objetivo) por un único régimen de divorcio incausado. En este contexto legal, la Corte Federal de conformidad con lo previsto en el art. 7 aplica el CCyC y qué decide: *“se devuelven las actuaciones al juez de la causa para que examine el asunto a la luz de las disposiciones vigentes y, en su caso, adecue el proceso a dichas directivas, resguardando el debido proceso y la garantía de la defensa en juicio”*. ¿Esto es lo que se deriva del texto del CCyC? Nuevamente la respuesta negativa se impone. Sucede que el CCyC pretende resolver lo antes posible la disolución del vínculo matrimonial más allá de lo relativo a los efectos o consecuencias jurídicas que se derivan de tal extinción; por ello en este sentido el art. 438 aclara en su parte pertinente que *“En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio”*. ¿Entonces, cómo debería haber actuado la Corte Federal? Como lo hicieron varios tribunales inferiores en otras instancias, proceder a dictar el divorcio y por lo tanto, disolver el vínculo matrimonial y que el juez de la causa se centre en resolver los efectos derivados del divorcio pero con el matrimonio ya disuelto, máxime cuando se trata de conflictos como estos cuyo proceso de divorcio que tramitó por la vía contenciosa casi toda su existencia, insumió una gran cantidad de tiempo en perjuicio de los propios cónyuges y todo el grupo familiar que no era ajena a los divorcios controvertidos.

---

7. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/03/2016, “T., M. M. D. y otros vs. C., E. A. s. Divorcio”, Rubinzal Online, RC J 1438/16. Misma postura a nuestro entender errada, se incurre meses más tarde en el caso resuelto el 18/10/2016 en los autos “B., O. F. vs. N., V. C. s. Inc. 2, art. 214, Código Civil” en el que se aseveró: “Deviene así inoficioso un pronunciamiento sobre los alcances que se debían asignar al escrito de contestación a la reconvenición presentado por el actor reconvenido y su incidencia respecto de las causales subjetivas admitidas en la causa para decretar el divorcio. Atento al actual marco normativo y a fin de que las partes puedan ejercer los derechos que les asisten, corresponde devolver las actuaciones al juez de la causa para que examine el asunto a la luz de las disposiciones vigentes y, en su caso, adecue el proceso a dichas directivas, en resguardo del debido proceso y de la garantía de la defensa en juicio” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/10/2016, “B., O. F. vs. N., V. C. s. Inc. 2, art. 214, Código Civil”, Rubinzal Online, Cita: RC J 5709/16).

El precedente que aquí se analiza, el caso resuelto el 11/05/17 en los autos “González Castillo, Cristián Maximiliano y otro s/robo con arma de fuego”, continúa en esta línea errante. En qué sentido, por qué razones, cuáles serían los contra argumentos que colocan en crisis la postura adoptada por la Corte Federal en favor de la constitucionalidad del art. 12 del Código Penal (CP), en cuanto dispone que “*La reclusión y la prisión por más de tres años (...) Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad*”. Todos estos interrogantes son respondidos a continuación teniéndose en cuenta el desarrollo jurisprudencial sobre esta temática que no es novedosa y a la par, visibilizando y animándonos a enfrentar una crítica que ha estado latente desde el aludido decreto 191/2011 que nombró a dos miembros de la Corte Federal integrantes del triunvirato que tuvo a su cargo elaborar el Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial y por ende, la posible compatibilidad o pertinencia que estos mismos magistrados sean quienes estén a cargo de evaluar, en definitiva, la constitucionalidad de las mismas normas proyectadas por éstos. En otras palabras, cómo sortear el intrínquilis de ser “juez y parte”.

## El fallo

### Plataforma fáctica

El caso que llega a estudio de la Corte Federal es uno de los tantos que involucra a una persona que tiene hijos menores de edad y por lo tanto, al ser condenado a una pena de prisión efectiva, en este caso, por el delito de robo con arma, por ocho años y seis meses privado de la libertad, se procedió a dictar como pena accesoria durante el tiempo que dure tal situación, la privación de la patria potestad en palabras del art. 12 del CP, responsabilidad parental de conformidad con el CCyC y vocablo que se utiliza a partir de acá en la redacción del presente comentario.

La defensa interpuso recurso de casación y la sentencia es revisada por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, quien confirmó parcialmente la sentencia de grado al estar de acuerdo con la pena principal, pero no así con la accesoria al declarar la inconstitucionalidad del art. 12 del Código penal. ¿Cuáles fueron los argumentos para arribar a

esta conclusión que se considera extrema por las consecuencias que se derivan, no aplicación de una norma a una situación concreta?

Básicamente, las razones esgrimidas fueron que el art. 12 del Código Penal:

a) Contraría las normas constitucionales y convencionales que imponen al Estado el trato humano y digno de las personas privadas de libertad.

b) Conculca el fin de reinserción social de las penas privativas de la libertad.

c) Vulnera el principio de intrascendencia de la pena a terceros.

d) Vulnera el interés superior del niño al verse privado de que uno de sus progenitores ejerza los derechos y deberes que le corresponden

Ante este panorama jurídico, apela la fiscalía cuya denegación dio origen al recurso de queja y en este estado el caso llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

## Argumentos de la Procuración

En fecha 30/10/2015, la Procuración General emite el correspondiente dictamen en el que se defiende la constitucionalidad del articulado en crisis. Las razones de ello, sintéticamente, son las siguientes:

– Vinculando el art. 12 del Código Penal con el art. 702 del CCyC referido al ejercicio de la responsabilidad parental en el CCyC se afirma -de manera errónea como se verá más adelante- que el CCyC “*armoniza con uno de los aspectos de la norma que el a qua declaró inconstitucional. En efecto, al igual que el artículo 309 del Código Civil hoy derogado, su artículo 702, inciso b), prevé que “el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure ... el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años”... restricción que –en lo referido a la privación de la patria potestad- coincide con la del cuestionario art. 12*”; agregándose que “la circunstancia de estar contenida en una ley recientemente sancionada por el Congreso y en la misma dirección que el artículo 12 del Código Penal cuya constitucionalidad se objeta en el fallo apelado, permite afirmar que la voluntad del legislador al respecto no ha

variado, pues no cabe suponer su falta de previsión o inconsecuencia y la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto” y que *“todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’” (...)* razón por la cual cabe suponer que al sancionar la ley 26.994 el Congreso descartó que sus términos suscitara controversia al respecto.”

– El supuesto interés superior del hijo al consignarse varias consideraciones como ser: a) la *“incapacidad de hecho relativa inherente a la condena a pena privativa de la libertad superior a tres años permite, a su vez, resguardar al hijo (...) de las limitaciones prácticas y concretas que ella genera inevitablemente al progenitor condenado para el ejercicio -no respecto de la titularidad- de los deberes y derechos que implica la responsabilidad parental, tales como “cuidar del hijo, convivir con él ... “o atender su “cuidado personal”, entendido como “los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”* (arts. 646 y 648 del Código Civil y Comercial de la Nación). Cabe recordar que esa responsabilidad de los padres respecto del hijo se rige -entre otros principios- por el *“interés superior del niño”*; b) que art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño *“regula diversos supuestos en que el niño es separado de sus padres. Su apartado Nro. 4 se refiere a los casos en que esa separación “sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte de uno de los padres del niño”*; c) que *“Aun cuando el artículo 3.1 [de la CDN] impone que en todas las medidas concernientes a los niños que -entre otros- tomen los tribunales, debe atenderse a su interés superior, el artículo 37, inciso “b”, también contempla -como último recurso y durante el período más breve que proceda- el supuesto de detención, encarcelamiento o prisión de un niño (...) si no obstante aquel interés superior se ha previsto la privación de la libertad del propio menor, cabe concluir -como de modo implícito surge del artículo 9.4- que es tolerable la eventual afectación que, hallándose en libertad, pueda causarle -como se pretende en el sub iudice- la restricción ambulatoria*

que sufra uno de sus padres o ambos, sin que ello implique que la pena trascienda a los hijos” y d) que no es “posible predicar que afecten el interés superior del niño o puedan implicar una irrazonable restricción a la responsabilidad parental (...) pues se trata, en definitiva y de conformidad con los citados instrumentos internacionales, de una manifestación de la regla que enseña que los principios, garantías y derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio -artículos 14 y 28-”.

– La supuesta “unidad familiar” alegándose que “... cabe añadir las normas que regulan la curatela por expreso mandato del art. 12 del CP, que incluyen las de la tutela en caso de tener hijos menores de la persona condenada, es posible sostener que el derecho interno ha buscado atenuar el alcance de aquella restricción en general y, en lo referido al ejercicio de la responsabilidad parental, ha tendido al mantenimiento de la unidad familiar en la mayor medida posible en el marco de la ejecución de la condena efectiva firme....”.

– El silencio sobre los efectos de la inconstitucionalidad advirtiéndose que “ni ha sido desarrollado en la sentencia recurrida- de qué modo se alteraría esa situación fáctica en el supuesto de quedar firme la inconstitucionalidad declarada, pues esas limitaciones (...) seguirían, no obstante, existiendo en los hechos y para su remedio debería acudir -tal como prevé el artículo 12- al mismo régimen de curatela de la ley civil.”

– Y sobre el agravamiento de la pena, se aclara que “la privación del ejercicio de la responsabilidad parental que contempla el derecho interno (...) no menoscaba la garantía que impide que la pena trascienda “de la persona del delincuente, prevista en la Convención Americana (art. 5.3), sino que tiende a la continuidad -durante ese tiempo- de la vigencia efectiva de los principios que rigen aquélla, es decir, la protección, desarrollo y formación integral de los hijos menores de edad no emancipados (art. 638 CCyC). De este modo, respeta el criterio con el cual la Convención permite restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades que reconoce, pues se aplica sobre la base de una ley fundada en razones de interés general y con el propósito para el cual ha sido establecida (art. 30)” y citándose los “Principios y Buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas” de la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 2008, se considera que ella no se encontraría conculcada siendo que *“las restricciones de derechos cuya validez se ha cuestionado en el fallo apelado cumplen de modo cabal con ambos requisitos; sin que en consecuencia, sea posible predicar que afecten el ISN o puedan implicar una irrazonable restricción a la responsabilidad parental”*.

– Cuando los derechos humanos imponen o agravan el sentimiento de culpa al aseverarse que *“El temperamento que postulo no importa desatender en modo alguno la consideración humanitaria y digna a la que toda persona privada de la libertad tiene derecho al igual que su familia, calores que no pueden dejar de compartirse tanto en virtud de las normas que se han invocado como por tratarse de principios por los que corresponde velar a este Ministerio Público”*.

## **Argumentos de la Corte Federal**

La Corte Federal sigue los lineamientos de la Procuración destacándose los siguientes argumentos que vendrían a adicionarse y así tener un panorama más cabal de los derechos, intereses y consideraciones en juego en el fallo en análisis.

– La postura “clásica” -¿cauta y resistente?- de la declaración de inconstitucionalidad al afirmarse que *“el a quo se ha apartado del criterio constante de este Tribunal, de conformidad con el cual la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados”*.

– Lo que se presume de los “legisladores” al decir que el CCyC *“revela la subsistencia de la decisión legislativa en favor de asignar efectos a la regla del artículo 12 del Código Penal (...) al regular las restricciones al ejercicio de los derechos y deberes del progenitor condenado (...) Del mismo modo, en lo atinente a las restricciones a la capacidad para la administración de los bienes, si se tiene en cuenta que el nuevo marco*

*normativo les ha asignado un carácter estrictamente excepcional (conf, especialmente, artículos 31 y sgtes. del Código Civil y Comercial de la Nación), difícilmente pueda sostenerse la argumentación de la cámara con relación al carácter cruel, indigno o infamante de la curatela a la que queda sujeto el penado”.*

– ¿Qué se trate de un código constitucionalizado encerraría la imposibilidad de decretar la inconstitucionalidad de alguna de sus disposiciones? En este sentido, se afirma que *“no puede perderse de vista que la reforma legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene entre sus finalidades primordiales propender a la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales y, en particular, a los tratados de derechos humanos y derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, lo cual necesariamente incluye tanto las disposiciones en materia de restricciones a la capacidad como la mejor protección del interés superior del niño”.*

Entendemos que tanto la Procuración como la Corte Federal, incurren en ciertas falacias de tal magnitud que la solución más acorde con la mencionada perspectiva de Derechos Humanos sería la contraria a la adoptada, es decir, a favor de la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, no así del art. 702 inc. b) del CCyC al referirse a cuestiones muy diferentes. He aquí un elemento central para desvirtuar o al menos poner en crisis con sólidos argumentos, el precedente en estudio.

Antes de pasar a esgrimir las diferentes críticas, es dable destacar que el articulado del CCyC que fue puesto bajo la lupa jurisdiccional habría sido modificado. Es cierto que tal cambio no tiene incidencia alguna en el conflicto de marras, pero nos parece de interés destacar esta reforma legislativa para a la par, actualizar el conocimiento sobre un perfil del derecho civil que tiene incidencia directa en el derecho penal, entrecruzamiento que se lo observa muy claro en el fallo en cuestión.

Veamos, el art. 702 del CCyC a la luz de la reforma introducida por la ley 27.363, impone el siguiente texto relativo a los supuestos de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, la cual queda en ese estado mientras dure: “a) La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; b) El plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres (3) años; c) La declaración por *sentencia firme de la limitación de*

*la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio; d) La convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales; e) El procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el artículo 700 bis. El auto de procesamiento debe ser comunicado al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los fines de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061. No se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso en los casos del artículo 700 bis incisos a) y b), cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género”.*<sup>8</sup>

Ahora bien, para que opere la suspensión de la responsabilidad parental prevista en el art. 702 inc. b) del CCyC se exige que exista condena firme en sede penal; mientras que para que tal efecto suceda en el nuevo supuesto incorporado por la ley 27.363, se debe contar con auto de procesamiento en los procesos que se dirimen los delitos previstos en el art. 700 bis del CCyC. En cambio, la condena penal para estos delitos trae consigo no la suspensión sino la privación automática de la responsabilidad parental.

---

8. Para profundizar sobre esta reforma recomendamos compulsar: Castrillón, Emilio y Jáuregui, Rodolfo, “La reciente reforma sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental Aciertos y errores de la ley 27.363”, La Ley, Cita Online: AR/DOC/1869/2017; Escudero de Quintana, Beatriz, “Ley 27.363 – Modificación del Código Civil y Comercial. Nuevas causales de privación y suspensión de la responsabilidad parental”, eDial.com - DC237C; Famá, María Victoria, “Ley sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental. La comisión de delitos contra la vida, la integridad física y sexual de progenitores e hijos”, LA LEY, Cita Online: AR/DOC/1757/2017; Fernández, Silvia Eugenia, “Privación de la responsabilidad parental y violencias. Comentarios sobre la ley 27.363”, La Ley, Cita Online: AR/DOC/1759/2017; Herrera, Marisa y De la Torre, Natalia, “Privación automática de la responsabilidad parental y derechos humanos: de vulnerabilidad y vulnerabilidades en plural”, La Ley, Cita Online: AR/DOC/1182/2017 y Lloveras, Nora y Ríos, Juan Pablo, “Reforma en la responsabilidad parental después del Código Civil y Comercial. Un salto cualitativo”, La Ley, Cita Online: AR/DOC/1906/2017.

Como bien lo ha señalado la doctrina, la sanción de esta ley que modifica el CCyC, se enmarca en un contexto de *“crecientes esfuerzos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, tiene por objeto la protección de los niños, niñas y adolescentes “testigos” o víctimas indirectas de violencia de género, atendiendo al impacto negativo de estas vivencias en el desarrollo psíquico y emocional del niño. Desde esta misma perspectiva se busca evitar la transmisión generacional de los modelos de interacción violenta, como uno de los efectos a largo plazo que se asocian a la exposición de los hijos a este tipo de conductas en el marco de su familia, que constituye el agente socializador más trascendente”*.<sup>9</sup>

Si bien excede el marco de este comentario profundizar sobre los arts. 700 bis y 702 a la luz de la reforma introducida por la ley 27.363, corresponde dejar aclaradas algunas cuestiones a los fines de esclarecer el panorama que propone este cruce –interesante y a la vez incómodo– entre el derecho penal y el derecho de las familias; y cuál sería la incidencia respecto a la vigencia (o no) del art. 12 del Código Penal.

Veamos, el art. 700 bis<sup>10</sup> prevé la privación automática de la responsabilidad parental frente a la comisión –por parte de uno de los progenitores– de determinados delitos (homicidio, lesiones graves y delitos contra la integridad sexual) que afectan gravemente a los hijos y al otro progenitor/a y que suelen desarrollarse en contextos de violencia de género.

- 
9. Fama M. Victoria, “Ley sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental. La comisión de delitos contra la vida, la integridad física y sexual de progenitores e hijos”, LA LEY 13/07/2017, 13/07/2017, 1, cita online: AR/DOC/1757/2017.
10. Artículo 700 bis de la ley N° 37.363: “Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género conforme lo previsto en el artículo 80, incisos 1 y 11 del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor; b) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija de que se trata; c) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el artículo 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se trata. La privación operará también cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa, si correspondiere. La condena penal firme produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental. La sentencia definitiva debe ser comunicada al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los efectos de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061”.

Tanto el artículo mencionado como el art. 12 del Código Penal refieren al mismo instituto: la privación de la responsabilidad parental, pero con algunas diferencias. Por un lado, mientras que el art. 700 bis del CCyC refiere a determinados delitos, el art. 12 del Código Penal opera con independencia del tipo de delito cometido, teniendo como única condición que éste prevea una pena de prisión o reclusión mayor de tres años.

Por otro lado, la privación de la responsabilidad parental es el efecto más grave que puede operar sobre el vínculo entre padres e hijos, por lo que requiere de una causa que tenga la entidad suficiente como para justificarla, teniendo siempre como norte el bienestar del hijo. En este sentido, la privación es una sanción para el progenitor frente a determinados actos cuya gravedad inciden directamente en el hijo: la comisión de un delito “a secas” como los que prevé el art. 12 del Código Penal no tiene necesariamente que impactar de manera negativa en la relación con los hijos; en cambio los delitos previstos en el art. 700 bis del CCyC observan repercusiones importantes en ellos, pues son las víctimas tanto directas (en referencia a los supuestos de abuso sexual infantojuvenil), como indirectas (en referencia sobre todo a los casos de femicidio). Cabe aclarar que aquí la noción de “indirecta” lo es más a efectos pedagógicos que ciertos, ya que es sabido, en definitiva, que la violencia de género también impacta de manera directa a los hijos más allá de que la víctima principal son las mujeres/madres.

A partir de las consideraciones vertidas, cabe preguntarse si a la luz de esta nueva reforma en materia de privación de la responsabilidad parental, el art. 12 del Código Penal no habría perdido vigencia por aplicación del aforismo jurídico, ley posterior deroga o modifica ley anterior reforzado por los arts. 1 y 2 del CCyC. ¿Acaso sería posible compatibilizar el art. 12 del CP que recepta una privación que hace a la titularidad de la responsabilidad parental tal general, cuando la ley 27.363 lo introduce en el campo del derecho civil sólo en supuestos de gravedad en perjuicio de los hijos? Si se siguiera esta línea argumental, es claro que el precedente en estudio tendría una menor relevancia ya que lo allí decidido, al ser anterior a la reforma en estudio, no habría tenido en cuenta esta modificación clave o sustancial que ostenta el CCyC vigente. Es cierto que la reforma civil hubiera sido un momento hábil para revisar y reformar el

art. 12 del Código Penal, lo cierto es que justo en paralelo se estaba analizando su derogación y reemplazo por un nuevo texto legal, de allí que era difícil coordinar ambas normativas.

Ahora bien, más allá de esta consideración sistémica entre el art. 12 del CP y el art. 702 en el marco de la reforma introducida por la ley 27.363; pasamos a analizar de manera crítica el precedente eje del presente ensayo.

### **Perspectiva crítica**

Como punto de partida, es dable destacar que el art. 12 del Código Penal se refiere a la privación de la “patria potestad” -hoy responsabilidad parental-; por el contrario, el art. 702 inc. b) como el derogado art. 309 del texto civil alude al ejercicio de la responsabilidad. Por ende, tanto la Procuración como la Corte Federal entienden que ambas normativas regulan la misma figura cuando ello no es así. Este es un error jurídico grosero entender que se trata de una misma figura encarada desde dos textos legales diferentes cuando la realidad jurídica es que el Código Penal y el Código Civil y Comercial aluden a figuras distintas. El Código Penal a la privación (temporaria) de la responsabilidad parental o sea, involucra la titularidad de la responsabilidad parental y por el contrario, el CCyC a la suspensión (temporaria) del ejercicio de la responsabilidad parental. Cuáles son las consecuencias de esta no tan sutil diferencia, máxime si como bien lo señala el art. 2 del CCyC en lo relativo a la interpretación, se menciona primera pauta interpretativa a “sus palabras”, por lo tanto, esta diferencia que aquí se señala no es para nada menor. Veamos los siguientes ejemplos.

Una persona privada de la libertad al ser condenada por un delito de prisión por un lapso mayor a los tres años y la consecuente privación de la responsabilidad parental implicaría, que si el otro progenitor se quiere ir a vivir al exterior con el hijo, no sería necesario que se cuente con la conformidad, autorización o consentimiento del progenitor preso porque la titularidad estaría suspendida. Por el contrario, si lo que queda suspendido es el ejercicio, el progenitor más allá de encontrarse privado de la

libertad, debería prestar consentimiento y si se opone, se debería contar con la correspondiente autorización judicial supletoria (art. 645, CCyC).

¿Qué normativa está en tela de juicio en el caso en estudio? El art. 12 del Código Penal, es decir, la privación automática como pena accesoria de la responsabilidad parental, o sea, la suspensión de la titularidad de dicha responsabilidad. En este contexto, no es un argumento válido aseverar que cuando un progenitor está privado de la libertad no puede llevar adelante actos de la vida cotidiana del hijo como ser llevarlo a la escuela, autorizarlo para ir a la casa de algún amigo o una actividad recreativa o viaje de estudio. Esto es cierto desde el punto de vista fáctico, un progenitor privado de la libertad no puede ejercer los actos de la vida cotidiana de sus hijos y por ello, precisamente, el art. 702 inc. b establece la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental. Por ende, no se puede apelar a un argumento que hace al ejercicio cuando lo que está en tela de juicio de conformidad con el art. 12 del Código Penal es la titularidad. Antes de proseguir con esta línea argumental, es dable destacar que este principio asentado en el art. 702 inc. b) sería pertinente o proporcional de conformidad con el interés superior del niño al cual apela tanto la Procuración como la Corte Federal, en todos los supuestos en los que la persona privada de la libertad no convive con sus hijos. En otras palabras, esta restricción a un derecho como lo es la suspensión automática del ejercicio cuando se trata de un delito con una pena mayor a los 3 años debería ser revisada su constitucionalidad en los supuestos excepcionales de niños que precisamente, conviven con sus madres dentro de la cárcel. ¿Acaso en estos supuestos, no son las propias madres quienes ejercen los diferentes actos de la vida cotidiana del hijo más allá de las evidentes limitaciones derivada de la situación de encierro?<sup>11</sup>

No tener en cuenta esta distinción sustancial entre privación (titularidad) y suspensión del ejercicio conlleva a incurrir en otro error, destacar como argumento de peso la imposibilidad de ejercer actos cotidianos

---

11. Para profundizar sobre este tema se recomienda compulsar: Bladilo, Agustina y Herrera, Marisa, "Perspectiva contemporánea de una interacción incómoda: Familias en plural y derecho penal", Eugenio Raúl Zaffaroni y Marisa Herrera (directores), *Incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación en el derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2016, ps. 275-321.

por la situación de encierro cuando lo que dispone el art. 12 del CP no involucra esta cuestión, sino que directamente, influye en la titularidad; es decir, en el último bastión o vínculo jurídico que une a un progenitor con su hijo. En este contexto, sí debería revisarse si una pena accesoria de tamaño magnitud -la de mayor gravedad en materia de relación entre padres e hijos- al implicar la suspensión de la titularidad, de ese nexo jurídico mínimo, no sería una decisión que implica, en definitiva, agravar la pena desde el punto de vista del progenitor, y también conculcar el interés superior del niño al extinguirse de manera provisoria el lazo jurídico entre padre e hijo. ¿Acaso quien comete un delito con una pena de prisión mayor a los 3 años implica, de por sí, un perjuicio para el hijo? La respuesta negativa se impone. Cometer un delito no implica de por sí, ser un mal progenitor que amerite que se lo suspenda de la titularidad de la responsabilidad parental, más allá de que esté suspendido en el ejercicio como lo dispone con acierto el Código Civil y Comercial, dado que por la situación de encierro no va a poder ejercer los actos de la vida cotidiana de su hijo. Son efectos muy diferentes. Uno lo anula jurídicamente como padre, el otro supuesto, suspende temporalmente el ejercicio de ciertos actos por imperativo de la realidad: la situación de encierro.

En este marco, fácil se observa que la privación automática de la responsabilidad parental por el tiempo que dure la privación de la libertad constituye una clara sanción civil para el progenitor agravándose, por ende, la pena que recibe por un hecho cometido que nada tiene que ver o se relaciona con el vínculo entre padres e hijos.

Por otra parte, la suspensión de la titularidad traería consigo la imposibilidad de mantener contacto con el hijo ya que el deber de comunicación entre padres e hijos se deriva de la titularidad; lo cual también es una situación que podría perjudicar no sólo al padre sino también al hijo. ¿Acaso es posible recomponer lazos afectivos cuando la misma ley -Código Penal- anula todo tipo de interacción hasta que se cumpla la pena privativa de la libertad? Es sabido que las relaciones humanas son muy complejas y que el paso del tiempo puede consolidar afectos como también afianzar rupturas. Si por aplicación del art. 12 del CP, la relación padre e hijo se suspende de manera automática, después se hará más

difícil lograr la recomposición de lazos cuando se encuentre cumplida la pena privativa de la libertad.

Otra consideración que cabe colocar de resalto y que se deriva de la interpretación errónea al no distinguir el supuesto que prevé el art. 12 del CP del art. 702 inc. b) del CCyC, gira en torno a la supuesta constitucionalidad de toda normativa reciente -en este caso, del texto civil y comercial- y de la presunción de constitucionalidad debido a que los legisladores antes de sancionar una ley realizan el pertinente test de constitucionalidad- convencionalidad. El art. 702 inc. b) es constitucional porque la restricción que recepta deriva de una razón fáctica: las limitaciones del ejercicio de la responsabilidad parental derivada de la situación de encierro. Ahora, que el art. 702 inc. b) sea constitucional no significa que también lo deba ser el art. 12 del CP que regulan figuras diferentes.

Sucede que al aseverar que el art. 12 del CP y el art. 702 inc. b) del CCyC se dedican a la misma cuestión, se pretende salvar la constitucionalidad del segundo para mantener incólume el texto civil y comercial y esta postura habría arrastrado o se habría extendido a un supuesto diferente como el que establece el reiterado art. 12 del CP.

Si de voluntades legislativas se trata, también habría que revisar el último intento de reforma del Código Penal, advirtiendo que el art. 12 de dicho cuerpo legal no fue reproducido en la normativa proyectada. Tener en cuenta que la efectiva sanción de nuevas leyes son, en definitiva, hijas de la voluntad política del momento. Y atendiendo a la realidad política actual que vive la Argentina, la ampliación de derechos y la política de derechos humanos, no es una prioridad.

En este sentido, corresponde hacer notar que en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación<sup>12</sup>, en el Libro Primero, Título III “De las penas y medidas” Capítulo IV “De la pena de inhabilitación”, el artículo 36<sup>13</sup>

---

12. Disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, compulsado el 05/12/2015.

13. Art. 36 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación: “De la pena de inhabilitación. 1. La inhabilitación producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre el que recaer y el impedimento para obtener otro del mismo género. Tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años. 2. Aunque la inhabilitación no estuviere expresamente prevista, podrá imponerse por un plazo de seis meses a seis años, cuando el delito importare: a) Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela. b) Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o

se aparta de la inhabilitación absoluta contenida hoy en el artículo 12 del Código Penal, previendo supuestos taxativos de inhabilitación que se fundan en delitos que pueden ser cometidos por incompetencias o abusos de función, derecho o profesión; dejando atrás las meras suspensiones genéricas y automáticas que resultan verdaderas penas accesorias.

Así se lo expresa en la exposición de motivos del Anteproyecto: “La actual inhabilitación llamada absoluta, en algunos de sus aspectos, está demasiado cerca de la vieja muerte civil, lo que plantea problemas de constitucionalidad, al tiempo que conspira contra la posibilidad de reinserción social del penado. No tiene ningún sentido privar al penado de aspectos fundamentales de su capacidad civil adulta”.

¿Acaso la sola invocación de que el art. 702 inc. b) del CCyC pueda ser declarado inconstitucional no sería un llamado de atención para la Corte Federal cuyo dos de sus integrantes fueron quienes participaron de la Comisión que redactó al antecedente más directo de esta normativa, el Anteproyecto de reforma y unificación? En otros términos más coloquiales, parecería que la Corte Federal mira con doble crisol aquellos planteos que colocan en tela de juicio la constitucionalidad de un texto que sería considerado “un hijo” para dos de los magistrados constitucionales y de allí su defensa, sin tener la capacidad de brindar argumentos sólidos para defender la constitucionalidad de una norma civil o incluso, para tener la valentía de decretar su inconstitucionalidad sabiendo que se sigue un sistema de control de constitucionalidad- convencional difuso y por ende, que una norma pueda en abstracto no chocar con la Constitución y sendos tratados internacionales de derechos humanos pero en cambio, sí lo sea en su necesaria interpelación en concreto. De allí que no deba temerse a las declaraciones de inconstitucionalidad porque forma parte de la obligada sinergia entre derecho constitucional, derechos humanos y derecho civil, tal como lo propone el propio Código Civil y Comercial en sus dos

---

habilitación del poder público. 3. Quien hubiere cometido el hecho en el ejercicio no autorizado de una actividad, podrá ser interdictado para adquirir el ejercicio legal de ella por un plazo igual al de la inhabilitación aplicable. 4. Todo funcionario o empleado público que fuere condenado a pena de prisión, por un delito cometido en ejercicio de sus funciones o aprovechando o abusando de su ocasión, sufrirá pena de inhabilitación por el doble del tiempo de la condena, salvo disposición expresa de este Código. Esta pena no excederá el máximo señalado por el inciso 1º.

primeros articulados. En este contexto, una disposición vigente desde el 01/08/2015 podría ser perfectamente, declarada inconstitucional y ello no debería ser una decisión judicial para temer; por el contrario, forma parte del juego democrático y también del dinamismo, variabilidad, flexibilidad de las relaciones de familia.

En este sentido, aquellos casos donde las madres, que por permisión del art. 195 de la ley 24.660, como se dijo, crían y cuidan a sus hijos junto a ellas dentro de la cárcel ejerciendo de facto, todos los actos que hacen a la vida cotidiana de ellos y que importan actos propios derivados del ejercicio de la responsabilidad parental, debería ser contemplada –al menos– como una excepción al principio regulado en el art. 702 inc. b) del CCyC. Entendemos que tal excepción debiera ser receptada en una ley especial que regule todos los aspectos atinentes a las madres y los niños que viven intramuros; sin perjuicio que hasta que una solución legislativa se imponga, podría presentarse algún caso que requiera la declaración de inconstitucionalidad, ya que la progenitora está ejerciendo, en todos sus alcances, la responsabilidad parental.

Por otro lado, y sin perjuicio de la clara distinción esgrimida y el contenido diferente de los artículos 12 del C.P. y el 702 inc. b) del CCyC, en términos de una interpretación más flexible de la norma y de conformidad con lo dispuesto en los art. 1 y 2 del CCyC, la suspensión automática de la responsabilidad parental frente a una condena superior a tres años podría ser revisada. Así, si bien es cierto que desde el punto de vista material, una persona privada de la libertad no puede ejercer los actos de la vida cotidiana de un hijo/a, podría suceder que un hijo adolescente que tiene una excelente vinculación con el progenitor autor de un delito diferentes a los que señala la ley 27.363, podría solicitar que el padre pueda ir a verlo a un torneo que para aquél sea de suma importancia que esté presente, o que lo acompañe a una internación quirúrgica o a realizar determinados actos que se derivarían del ejercicio de la responsabilidad parental. Es cierto que en estas ocasiones se podría decir que sería una excepción a la regla; y es cierto, pero a la luz de la obligada perspectiva constitucional-convencional que campea el derecho civil contemporáneo, es dable poner de resalto que este tipo de peticiones tendientes a morigerar la sanción civil que prevé el art. 702 podrían ser viables.

En otras palabras, es cierto que por imperativo de la realidad, el progenitor suspendido en el ejercicio de la responsabilidad parental no estará disponible para llevar adelante actos de la vida cotidiana como ser llevarlo al colegio, pero sí tal vez pueda participar en otras actividades. Lo que no puede hacer el progenitor privado de la libertad en términos concretos, son todos los actos que derivan del cuidado personal del hijo. Sí tal vez, pueda intervenir en la decisión respecto a qué colegio concurrirá el niño o qué actividades quisiera y pudiera realizar, la conveniencia o no de un viaje de estudios dentro del país, o la decisión sobre su salud ante una situación de salud compleja, aunque no pueda físicamente llevarlo y retirarlo de ellas. En este contexto, la norma podría haber sido más permeable y dejar en manos de los jueces de familia la decisión de suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en supuestos en los que se advierta que tal subsistencia del progenitor privado de la libertad en la vida del hijo redundaría en su beneficio.

¿Es posible afirmarse “per se” o en abstracto que por el hecho de estar privado de la libertad ese progenitor es menos idóneo para la toma de decisiones que propendan al desarrollo integral de su hijo? ¿Deja automáticamente, de ser un referente afectivo valioso y de consulta en lo atinente a su hijo? ¿Podría plantearse en alguna futura reforma legislativa la posibilidad de contemplar excepciones frente a situaciones familiares particulares en función de la real capacidad que tenga ese progenitor privado de la libertad de llevar adelante determinados actos que involucran el ejercicio de la responsabilidad parental?

Todos estos interrogantes y tantos otros deben ser respondidos teniéndose en cuenta que cualquier situación relativa al ejercicio del referido instituto debe analizarse y resolverse, principalmente, desde la perspectiva del interés superior del o los niños que se vean afectados por esta medida, en el marco de la verificación de su autonomía progresiva; tal como lo prescribe los principios enumerados en el artículo 639 del Código Civil y Comercial. En este sentido, la restricción al ejercicio de la responsabilidad parental siempre debe estar regida por el interés superior del niño, para lo cual es indispensable considerar la situación en la que éste se encuentra y en la que se lo colocará. Se trata, una vez más, de un análisis particular o caso a caso, no en abstracto, indagándose sobre la

salud y bienestar psíquico de los hijos, del vínculo afectivo forjado, junto a otros aspectos de tipo material.

En este sentido, se comparte con Filippini<sup>14</sup> que las dificultades que el encierro presenta para el ejercicio del derecho a la familia deberían interpretarse antes bien como obstáculos que el Estado debe remover, a fin de garantizar el goce de derechos, en lugar de esgrimirse como argumento central para justificar la clausura automática de todo derecho vinculado a la relación familiar. En esta tarea de remover los obstáculos para posibilitar en la medida que el caso lo permita el ejercicio de determinados actos, se debe tener especial consideración del delito cometido, el impacto que éste tenga en el rol del progenitor en relación a la crianza de su hijo, las edades y opiniones de los niños, niñas o adolescentes partes del conflicto.

Más fuertes y elocuentes son los argumentos en torno a los principios de interés superior del niño y el derecho a la comunicación y vinculación entre progenitores e hijos cuando se trata de la suspensión temporal de la titularidad, es decir, de extinguir todo lazo jurídico por mínimo que sea entre padres privados de la libertad y sus hijos a la luz, justamente, de tales principios y derechos. En otras palabras, es beneficioso para el niño mantener el vínculo afectivo con su progenitor, no sólo por su interés sino por la unidad familiar; más allá de que esté imposibilitado de ejercer los actos de la vida cotidiana. Además, los lazos que la persona privada de la libertad pueda sostener con el exterior, el mantenimiento en la mayor extensión posible de sus vínculos, las relaciones con su familia y sus hijos, se constituyen en elementos fundamentales que coadyuvan al fin último de la pena: la re-sociabilización del infractor. Si ello se pone en tela de juicio para la suspensión del ejercicio, ni que decir para los supuestos de suspensión de la titularidad como se deriva del art. 12 del CP.

Más allá de esta consideración crítica general del sistema, lo cierto es que al no distinguirse que el art. 12 del CP constituye una normativa que difiere de manera sustancial con lo previsto en el art. 702 inc. b), ha llevado a cuidar y defender en extremo la constitucionalidad de ambas normativas, cuando cada una presenta fundamentos y efectos bien disímiles.

---

14. Filippini, Leonardo G, “La condena penal y la responsabilidad parental”, RDF 2014-I-118, Abelardo Perrot, 2014, cita online: AP/DOC/3023/2013, pp. 3-5.

Una es constitucional -en principio, excepto en situaciones en concreto- por limitar derechos en pos del interés superior del niño como acontece con la disposición civil que se centra en las limitaciones objetivas que se derivan de la privación de la libertad en lo relativo a la cotidianidad de la vida de los hijos, y la otra es inconstitucional, justamente, por conculcar el mismo interés superior del niño como acontece con el art. 12 del CP.

Por otra parte, y como argumento de cierre, aquí podría ser pertinente importar del campo penal la doctrina del fruto envenenado o fruto del árbol venenoso, por el cual cae una prueba central (en este caso un argumento vertebral como lo es no diferenciar los dos articulados en cuestión) y caerían cual efecto dominó el resto de los argumentos esgrimidos a partir de ese árbol.

### **Texto y contexto jurisprudencial**

En este apartado nos proponemos indagar sobre la opinión jurisprudencial respecto del tema que aquí nos convoca, acercando al lector algunas sentencias en las que se ha declarado la inconstitucionalidad del art. 12 del C.P. Los pronunciamientos judiciales en este sentido -es decir, que cuestionan la legalidad de una norma- tienen un alto valor al poner de manifiesto la puesta en crisis de su aplicación a las situaciones reales. En otras palabras, que tal normativa viola derechos fundamentales y muchas veces, constituye la antesala -necesaria- para una reforma legislativa.

La búsqueda y compulsión de antecedentes jurisprudenciales se concentra en los principales portales jurídicos. Nótese que desde el año 1998, los tribunales argentinos cuestionan la legalidad y constitucionalidad del art. 12 del C.P. en atención a las restricciones que significa toda pena accesoria a una persona privada de libertad con una pena superior a tres años. Es decir, se trata de un “plus” sancionatorio contrario al sentido resocializador de la pena que atenta contra la dignidad del ser humano, afecta su condición de persona -que no la pierde por estar privado de su libertad- produciéndose un efecto ultrajante, estigmatizante e innecesariamente mortificante, violatorio de los arts. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 18 de la Constitución Nacional.

Seguidamente, se expone en un cuadro las sentencias compiladas en orden cronológico ascendente.

TRIBUNAL	FECHA	AUTOS
1) Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata <sup>142</sup>	03/09/1998	“Andreo, Armando A.R.”
2) Cámara de Apelación y garantías en lo Penal de Mar del Plata – Sala III. <sup>143</sup>	23/03/2006	“R.,E.O. y S., J.E. s/ Homicidio Calificado”
3) Superior Tribunal de Justicia de Corrientes. <sup>144</sup>	10/04/2006	“Sotelo, Miguel Ángel p/ robo agravado p/ empleo de armas y violación de domicilio en conc. Ideal p. libres”
4) Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata. <sup>145</sup>	12/11/2010	“Romero, Ángel Raúl y otros”
5) Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata. <sup>146</sup>	23/02/2011	“F.V.R.”
6) Juzgado de Ejecución Penal Gral. Roca. Río Negro. <sup>147</sup>	07/04/2011	“Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/ Planteo de Inconstitucionalidad”.

TRIBUNAL	FECHA	AUTOS
8) Tribunal en lo Criminal Nº 5, Lomas de Zamora. <sup>149</sup>	07/08/2013	"A.,G.A."
9) Cámara Federal de Casación Penal – Sala IV. <sup>150</sup>	12/09/2013	"F.J.V. Recurso de casación.
10) Cámara Federal de Casación Penal – Sala IV. <sup>151</sup>	02/10/2015	"Nieva, Luis Antonio Marcelo s/ recurso de casación.
11) Cámara Nacional Electoral. <sup>152</sup>	24/05/2016	"Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/ Estado Nacional –Ministerio del Interior y Transporte amparo –acción de amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2º C.P. y 3º inc. 'e', 'f y 'g' C.E.N.)"
12) Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata. <sup>153</sup>	26/05/2017	"G.A.A."

1. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 03/09/1998, "Andreo, Armando A. R.", LA LEY1998-F, 699 - DJ1999-1, 792, cita online: AR/JUR/723/1998.
2. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata - Sala III, 23/03/2006, "R., E. O. y S., J. E. s/ Homicidio Calificado", Disponible en: <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/C%C3%A1m.%20Ap.%20Gtias%20en%20lo%20Penal%20de%20Mar%20del%20Plata.%202023-03-06.%20fallo.pdf>, compulsado el 12/09/2017.
3. Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, 10/04/2006, "Sotelo, Miguel Ángel p/robo agravado p/empleo de armas y violación de domicilio en conc. Ideal p. libres", Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos30938.pdf>, compulsado el 12/09/2017.
4. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 12/11/2010, "Romero, Angel Raúl y otros", LLBA2010 (diciembre), 1289, cita online: AR/JUR/68402/2010.
5. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 23/02/2011, "F.V.R.", Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/fundamento\\_137.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/fundamento_137.pdf), compulsado el 16/09/2017.
6. Juzgado de Ejecución Penal. Gral. Roca. Río Negro, 07/04/2011, "Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/Planteo de Inconstitucionalidad", Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/29394-inconstitucionalidad-del-art-12-codigo-penal-defensor-particular-dr-jorge-crespo>, compulsado el 12/09/2017.

7. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 04/04/2013, “Dato Reservado”, Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/protex/files/2014/04/A.-y-B.-causa-2545-Mar-del-Plata-.pdf>, compulsado el 11/09/2017.
  8. Tribunal en lo Criminal Nº 5, Lomas de Zamora, 07/08/2013, “A., G.A.”, MJ-JU-M-81627-AR | MJJ81627 | MJJ81627.
  9. Cámara Federal de Casación Penal, sala IV, 12/09/2013, “F. J. V. | recurso de casación”, MJ-JU-M-81727-AR | MJJ81727.
  10. Cámara Federal de Casación Penal-Sala IV, 02/10/2015, “Nueva Luis Antonio Marcelo s/recurso de casación”, Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/03/fallos43024.pdf#viewer.action=download>, compulsado el 12/09/2017.
  11. Cámara Nacional Electoral, 24/05/2016, “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/ Estado Nacional -Ministerio del Interior y transporte | amparo – acción de amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12y 19 inc. 2° C.P. y 3° inc.e’, ‘f’ y ‘g’ C.E.N.)”, MJ-JU-M-98512-AR | MJJ98512.
  12. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 26/05/2017, “G. A. A.”, Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/fallo%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/fallo%20(1).pdf), compulsado el 10/09/2017.
- 

Del análisis de las sentencias aquí compiladas, y con solo observar el cuadro presentado, se advierte que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata ha venido sosteniendo y aplicando en sus sentencias –de oficio- la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal. Resulta interesante destacar que el Tribunal ha mantenido la postura mencionada incluso con posterioridad a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que aquí se comenta en el que se defiende la constitucionalidad del art. 12 del C.P; nos referimos a un precedente del 26/05/2017. Del total de doce (12) sentencias compulsadas, cinco (5) corresponden al Tribunal referido cuya postura se funda, básicamente, en los siguientes argumentos:

- Siguiendo la línea doctrinal del Dr. Zaffaroni, y dejando en evidencia que se trata de una pena accesoria y no tuitiva como argumenta parte de la doctrina, ya que de ser así debiera estar prevista para toda persona privada de la libertad sin importar el monto de la pena, los magistrados explican que *“La incapacidad civil del penado tiene el carácter de una pena accesoria. La prueba más clara (...) es que el penado, por el hecho de estar privado de su libertad, no está fácticamente imposibilitado para realizar los actos para los que el art. 12 le incapacita. La ley misma admite esta realidad cuando impone esta pena únicamente a quien está pena-*

*do por más de 3 años: si la incapacidad fuese una consecuencia máxima del encierro, y no tuviese otro fin que el tutelar, no tendría ningún sentido ese requisito, puesto que en la misma situación de incapacidad se hallarían todos los que están privados de libertad, sea cual fuere el tiempo de su privación”.*

- Las restricciones previstas por el art. 12 del Código Penal contrarían los tratados de Derechos Humanos que a partir de la reforma constitucional de 1994, fueron incorporados a nuestro bloque de constitucionalidad federal. En este sentido, se advierte que *“La incapacidad civil del penado, es la herencia superviviente de la “muerte civil” del derecho romano y de las Partidas. Representaba una pena infamante que tenía por objeto estigmatizar o separar al reo de la comunidad social, obstaculizando, cuando no impidiendo el ideal resocializador que claramente informan los Convenios Internacionales suscriptos por la República Argentina”.*
- *“Que esta accesoria, reviste a la sanción penal de tintes moralistas, al establecer un reproche moral ficticio por parte de la colectividad en la órbita familiar y patrimonial, soslayando, la obligación que le incumbe al Estado de proveer en la medida de lo posible a su resocialización. Se convierte de este modo en una pena infamante, impropia de un estado de Derecho que debe tratar a todo condenado como lo que es, un ser humano”.*

Por su parte, la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, Sala III, en su sentencia del 23/03/2006, además de compartir algunos de los argumentos expuestos precedentemente, sostiene que las restricciones impuestas por el art. 12 C.P. importan un irrazonable ejercicio del poder punitivo del Estado. De manera expresa, se asevera que *“Las penas accesorias del art. 12 del código sustantivo importan un irrazonable ejercicio de poder punitivo impuesto sin atender el debido proceso de individualización de la pena, que provoca que en la situación concreta se violente los dispositivos constitucionales (art. 75 inc. 22 CN, 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 3 y 5 ap. 2, segunda*

*parte, 3 y 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 aps. 1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)*”.

La sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes el 10/04/2006, aporta algo valioso por parte de uno de los magistrados que cambió de postura respecto al tema. Ello denota una vigilancia constante por parte de quien aplica el derecho, revisando y contrastando las normas con la suficiente capacidad de autocrítica y revisión a la luz de un derecho y una interpretación dinámica y sistémica, que se adecue y acompañe los cambios sociales. Al respecto se sostiene que *“Si bien en anteriores casos sostuve la constitucionalidad de la norma penal de fondo –art. 12–, siendo deber de todo juez evitar dilaciones que atenten contra la celeridad procesal, votaré siguiendo el criterio mayoritario de mis pares, el cual ha entendido que la incapacidad civil que instituye dicha norma no tiene finalidad proteccionista sino que se trata de una pena accesoria; criterio reforzado con cita del Dr. Zaffaroni cuando dice que el encierro no imposibilita fácticamente al penado para realizar los actos para los que el art. 12 lo incapacita; (...) no puede seguirse que la incapacidad civil del art. 12 se instituye para proteger al penado y que no tienen el carácter de una pena”. Se agrega que de sostenerse el criterio proteccionista “se llegaría a la absurda consecuencia de que nuestra ley penal se ocupa de tutelar a quienes han cometido injustos graves dejando desprotegidos a quienes cometieron delitos menores y también a aquellos que no han cometido delito alguno”.*

Lo expuesto surge también de otra de las sentencias compulsadas. En el fallo dictado por la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, el 02/10/2015, uno de los magistrados explica por qué modifica su postura: *“La postura que sostiene la tesis de la incapacidad de hecho resultaba congruente con la postura que he tenido oportunidad de sostener en cuanto a que el fin de la norma del art. 12 del Código Penal ‘...es el de auxiliar al condenado a una pena privativa de la libertad frente a su imposibilidad de ejercer determinados actos ante los que se encuentra en situación desventajosa por su encierro’. Sin embargo, en base a recientes reflexiones advertí que la norma del art. 12 del C.P. se encuentra en crisis frente a la irreversible evolución y el avance en el reconocimiento de los derechos de las personas privadas de su libertad así como de la*

*evolución de la realidad carcelaria y que el punto debía ser objeto de una detenida reflexión judicial. Es que un cambio de la perspectiva del abordaje de las cuestiones penitenciarias impone mirar tras los muros desde la óptica de la efectiva vigencia de los derechos y no ya de las prohibiciones”.*<sup>15</sup>

A partir de lo dicho, se advierte que las restricciones que impone el art. 12 C.P., con el consiguiente sometimiento impuesto por el Estado a la curatela por el tiempo que dure la condena, se traduce en una *“limitación o restricción de derechos que se presente anacrónica frente a una realidad carcelaria que se encuentra en apertura gradual y transformación desde los puntos de vista político, social, y en particular, tecnológico y comunicacional (...) En tal sentido, la original finalidad tutelar que se afirma respecto de la disposición contenida en la segunda y tercera parte del art. 12 Código Penal, ya no puede ser considerada un fin razonable para restringir el ejercicio de la patria potestad y la administración y disposición de los bienes por acto entre vivos”.*

Por otra parte, el Juzgado de Ejecución Penal de General Roca, Río Negro, el 07/04/2011, resolvió la inconstitucionalidad del art. 12 del C.P., en un caso en el que se tuvo oportunidad de analizar en profundidad uno de los aspectos de la norma: la administración y disposición de bienes por parte de una persona privada de la libertad. Allí se dijo que *“la pena accesoria del art.12 del CP dispuesta por la Cámara Criminal n° 2 violenta las normas citadas al privarlo de la administración y disposición de bienes adquiridos tras años de esfuerzo y trabajo, ocasionándole un perjuicio en su patrimonio”.*

---

15. En relación al cambio de perspectiva operado en materia de derechos de las personas privadas de la libertad, la sentencia explica que “Las personas privadas de la libertad son sujetos de derecho y conservar todos los derechos que no fueran afectados por la sentencia de condena o por la ley o reglamentaciones que en consecuencia se dicten (...) El ingreso a una prisión (...) no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la CN”. Asimismo se dijo que el Estado asume una posición de garante respecto a las personas privadas de la libertad – en virtud de la especial relación de sujeción– en la que debe asegurar y respetar los derechos humanos básicos y fundamentales. “El Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, y que como tal, asume deberes específicos de respeto y garantía de los derechos fundamentales de estas personas; en particular, de los derechos a la vida y a la integridad personal, cuya realización es condición indispensable para el logro de los fines esenciales de la pena privativa de libertad: la reforma y la readaptación social de los condenados” (CIDH “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas”, 2011, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>, párrafo 8).

Asimismo, se pone de manifiesto que las personas privadas de la libertad realizan en dicho contexto de encierro actos de disposición, lo que demuestra que la restricción a la administración y disposición impuesta por el art. 12 del C.P. no tiene sustento jurídico alguno, y dejándose al descubierto que esa “protección” en los hechos, no es necesaria. En este sentido, se explica que *“Cualquiera que conozca mínimamente el funcionamiento de las prisiones conoce que en muchas de ellas existen locales habilitados para la venta de productos a los internos, que estos cuentan con dineros, mínimos, pero fondos al fin para compras de menor cuantía e incluso la regulación del trabajo penitenciario reserva una parte de los emolumentos del interno para su “fondo disponible” y nadie duda que durante las salidas transitorias pueden realizar transacciones comerciales habituales. Es claro pues que en un nivel básico los internos realizan constantes actos de disposición y administración entre vivos”*. Concluyéndose que las preocupaciones que aquejan a aquéllos que defienden la constitucionalidad del art. 12 del C.P., podrían ser remediadas mediante la figura del mandatario quien no sustituye al interno, sino que actúa de acuerdo a sus directivas y así se podrían solucionar los problemas prácticos que el encierro produce.

En lo que refiere al otro aspecto que regula el art. 12 del Código Penal esto es, la “privación de la patria potestad” -hoy responsabilidad parental- la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 5 de Lomas de Zamora, el 07/08/2013, tuvo oportunidad de expedirse frente a un caso en el que el progenitor solicitó de forma expresa y reiterada su voluntad de no ser privado de la responsabilidad parental. El condenado en todo momento, manifestó categóricamente su ferviente deseo de continuar cumpliendo con los deberes derivados de la misma; resaltando que la conducta ilícita por la que debía responder en nada ha afectado al interés superior de sus hijos.

El Tribunal resuelve condenar al causante de esos autos a la pena de tres años y cuatro meses de prisión por un delito de robo pero sin que ello importe la privación, mientras dure la pena, del ejercicio de la responsabilidad parental; al entender que están en juego derechos fundamentales tales como el interés superior del niño, consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que integra el entramado normativo

constitucional, como así también el debido proceso y el ejercicio racional del poder sancionatorio estatal que emana de los artículos 1 y 18 de la Constitución Nacional. En este marco, se resaltó la obligación estatal de otorgar una protección integral a la familia consagrada en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Entre los argumentos expuestos, se destacan los siguientes:

- *“Resulta inconstitucional la aplicación del art. 12 del CP en cuanto priva el ejercicio de la patria potestad al condenado a pena de efectivo cumplimiento ya que implicaría aplicar una sanción que violentaría el interés superior del niño, atentaría contra el principio de coherencia y no contradicción de las decisiones judiciales, contra la obligación estatal de protección integral de la familia, contra la prohibición de afectar la honra y la dignidad de las personas y además, los principios de igualdad ante la ley, de intrascendencia o trascendencia mínima, de humanidad, de buena fe y pro homine, y de racionalidad en la aplicación del poder punitivo estatal”.*
- *“La privación del ejercicio de la Patria Potestad que establece el art. 12 del CPen. afectaría el interés superior de los hijos del acusado consagrado en el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño, pues no existe ninguna evidencia que siquiera permita sospechar algún tipo de postura opuesta a la continuidad de su ejercicio, en tanto ni la progenitora de los hijos del condenado, ni ninguna otra persona, han exteriorizado alguna pretensión contraria a la que originó este fallo, con lo cual una postura judicial contraria a la pretensión del acusado constituiría una injerencia arbitraria en su vida privada (y aún en la de su familia) que prohíben los arts. 11 inc. 2° de la CADH y 17 del PIDCP”.*
- *“Como quedó expuesto, ha sido el propio A. quien pidió insistentemente se tuviera en cuenta su férrea intención de continuar sometido a las obligaciones legales que emanan del ejercicio de la patria potestad. Por ello, como fuera expuesto, no existe motivo para negarle al condenado la posibilidad de seguir cumpliendo con sus obligaciones y con los consecuentes derechos parentales. Si, con el pretexto de amparar y proteger al condenado, un fallo judicial no*

*tuviera en cuenta ese categórico reclamo, afectaría abiertamente los Derechos Humanos al violentar los principios de buena fe y pro homine que exigen que los tratados internacionales sean interpretados de buena fe y que en caso de duda siempre debe garantizarse el derecho puesto en crisis”.*

La aplicación automática del artículo 12 del Código Penal, tal como sucede en la actualidad, puede llevarnos al absurdo de contrariar la realidad misma, por ejemplo, en un caso donde se cumple la pena privativa de libertad bajo la modalidad de arresto domiciliario. Frente a una plataforma fáctica como la descripta tuvo que fallar la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, el 12/09/2013. Allí se sostuvo que *“Corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducida por la defensa en relación al planteo motivado en la aplicación del art. 12 del CPen., casar parcialmente decisorio impugnada y dejar sin efecto la privación de la patria potestad impuesta a la justiciable condenada por tentativa de contrabando agravado de estupefacientes inequívocamente destinados a su comercialización, pues la restricción dictada tiene connotaciones tuitivas, esto es evitar que la persona bajo encierro tome decisiones que puedan afectar los intereses de sus hijos menores como consecuencia directa de la separación física que esa sanción origina; en el particular no fue privada del contacto con sus descendientes en razón de cumplir arresto domiciliario, con lo cual prohibirle que tome medidas en orden a la protección y formación de éstos, se presenta incompatible con el argumento que acudió en sustento a la concesión de la modalidad de cumplimiento de la pena, esto es que la convivencia de madre e hijos menores no acarrearía consecuencia negativa alguna”.*

Tiempo después, el 02/10/2015, el mismo Tribunal, tal como ya se adelantó, se expidió a favor de la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, pero frente a una plataforma fáctica diferente. Veamos. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 12 de la Capital Federal condenó al imputado a la pena de cuatro años y tres meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso, por resultar coautor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda, y con la intervención de una persona menor de 18 años.

En este contexto y en lo que respecta al tema de análisis del presente comentario, la Cámara –en el marco del recurso de casación interpuesto por el imputado- entiende que la aplicación del art. 12 C.P. resulta violatorio de principios internacionales y del interés superior del niño, y *“representa una verdadera pena accesoria pues importa la limitación, de modo automático, a la patria potestad y a la capacidad de administración y disposición de bienes”*.

Como fundamento de lo expuesto, analizó el componente paternalista que esconde la norma y el consecuente impacto –negativo- que tiene sobre la autonomía personal; en los siguientes términos: *“Desde mi personal perspectiva la norma en cuestión implica que bajo una mirada eminentemente paternalista el legislador impuso solapadamente una verdadera sanción de naturaleza retributiva y no una mera consecuencia del encierro, la cual no compadece con los postulados del Estado social y democrático de derecho que emerge nuestra Ley Suprema. Ello así, toda vez que el rol del Estado dentro de nuestra arquitectura constitucional debe ser de carácter fraterno y no paternalista –como el de la norma en examen- debiendo ser especialmente cuidadoso de no inmiscuirse dentro del ámbito de la autonomía personal de cada individuo que se encuentra protegido constitucionalmente”*.

En lo que respecta la privación de la responsabilidad parental, se explica que la norma en examen *“Tampoco resulta compatible con el deber que incumbe a los padres respecto de sus hijos menores de edad y es por ello que, el Estado debe proporcionar los medios para que los progenitores puedan cumplir con dicha responsabilidad legal a fin de otorgar a sus hijos un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 17.1 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts. 27.1, 27.2 y 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño)”*.

Sin embargo, con acertado criterio, el magistrado advierte que *“Sin perjuicio de todo lo reseñado, a mí entender el único caso en que la norma cobra virtualidad es cuando los hijos menores de edad hayan sido sujetos pasivos de una acción delictiva por alguno de sus padres”*;

situación hoy regulada integralmente en los artículos 700 y 700 bis del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por otra parte, en el fallo se destaca la importancia de mantener y fortalecer los lazos del condenado con el mundo exterior como forma de asegurar el fin resocializador de la pena; siendo justamente los ámbitos que elimina el art. 12 del C.P. cuando una persona es privada de la libertad. En este sentido, se dijo que *“La suspensión del derecho de ejercer la patria potestad genera una reducción en los vínculos y lazos del condenado con el medio libre, ocasionando perjuicios adicionales que dificultan el regreso al medio libre y afectan, de ese modo, el principio resocializador de la ejecución de la pena. La doctrina judicial vigente y la legislación moderna procuran el fortalecimiento paulatino de esos vínculos, ya sean familiares, laborales o sociales. A tal punto, que se considera que su impedimento puede constituir un agravamiento de las condiciones de detención”*.

Por último, la sentencia que se comenta realiza una revisión crítica respecto a la aplicación automática y genérica de la norma en tanto y en cuanto se constate una situación objetiva, esto es: la imposición de una condena superior a tres años; entendiéndose que ello *“Impide u obstaculiza una reflexión particular del caso que permita evaluar la concreta vulneración a los derechos humanos que en el caso su aplicación concreta pudiera generar. A su vez, la referida normativa –que se arroga la aplicación de medidas que, de resultar necesario, deberían canalizarse en ámbito ajenos al derecho penal-, lejos de reflejar una mera consecuencia de la condena con efectos tutelares, instituye una pena accesoria, de exclusiva índole moralista, infantilizante y paternalista, contrario al Estado de Derecho”*.

Finalmente, resta comentar el fallo emitido por la Cámara Nacional Electoral del 24/05/2016. Sintéticamente, la situación fáctica era la siguiente: el Subdirector de la Dirección General de Protección de Derechos Humanos y apoderado de la Procuración Penitenciaria de la Nación y el Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles, promovieron una acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional contra el Estado Nacional - Ministerio del Interior y Transporte - Dirección Nacional Electoral; en favor de todas las personas condenadas, detenidas, con domicilio electoral en la Ciudad Autónoma

de Buenos Aires. El objetivo de la acción era que se las incorpore a los padrones correspondientes a todas las futuras elecciones, en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos. A tales efectos, solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3° incisos “e”, “f” y “g” del Código Electoral Nacional y de los artículos 12 y 19 inciso 2° del Código Penal de la Nación.

En este marco se declara la inconstitucionalidad de los artículos referidos, ya que *“imponen restricciones genéricas y de carácter automático, que no guardan relación con la situación penal del condenado, sino que se trata de inhabilitaciones aplicables por la sola condición de ser condenado o sancionado, sin mérito de los hechos y circunstancias de cada caso, con lo cual adquieren un carácter represivo adicional a la sanción penal impuesta”*.

Estos fallos algo están diciendo que al parecer, es difícil de ser escuchado por parte de la máxima instancia judicial del país que estaría resistiéndose a aceptar –a más de 20 años de la reforma constitucional- los mandatos que implica reconocer y garantizar la vigencia de los Derechos Humanos.

## El art. 12 del CP en el banquillo

En el presente apartado, es dable destacar sintéticamente, que el art. 12 del Código Penal no sólo es puesto en crisis -con acierto- en lo que respecta a la responsabilidad parental como en el caso en análisis, sino también en lo relativo a la “curatela” que se prevé por efecto de la restricción que se impone para *“la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos”*.

Al respecto, cabe traer colación un precedente muy interesante que no habría tenido la difusión que se merecía dada la importancia y utilidad de la temática abordada. Nos referimos al fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires de fecha 21/12/2016.<sup>16</sup>

---

16. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 21/12/2016, “I. L. J. c/ L. P. S. D. s/ incidente de tenencia”, Microjuris Online, Cita: MJ-JU-M-104468-AR | MJJ104468 | MJJ104468.

La plataforma jurídica en conflicto es una cuestión de competencia. Veamos, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 56 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se declaró incompetente para intervenir en las actuaciones iniciadas con la finalidad de discernir la curatela de R. A. R. en los términos del artículo 12 del Código Penal, quien fue condenado a la pena de tres años y seis meses de prisión en tres las causas en trámite ante el Tribunal Oral en lo Criminal n° 10 del mismo lugar. La razón para no asumir la competencia giró en torno a considerar que debía hacerlo el magistrado del domicilio del “interdicto”, tomando al efecto el que éste tenía al momento de su detención. En virtud de ello, ordenó extraer fotocopias y remitirlas al Juzgado que corresponda del Departamento Judicial de Lomas de Zamora. Este último también se declaró incompetente. ¿Cuál fue el argumento esgrimido por este último? Que la competencia se determina por el domicilio del causante y que tal como surge de las constancias de la causa, la persona se encuentra detenido en el Complejo Penitenciario Federal de Jóvenes Adultos, ubicado en Marcos Paz y por ende, consideró que el juez competente es el que corresponde al Departamento Judicial de Mercedes quien tampoco admitió su competencia. En este estado llegan las actuaciones a la máxima instancia judicial provincial.

De Lázari lleva adelante un profundo análisis de la figura de la curatela en el contexto legislativo vigente en el que se ha modificado de manera sustancial el abordaje en materia de salud mental, preguntándose entonces si es posible apelar a una figura tan gravosa y sustitutiva como la curatela para alguien que no tiene ningún problema de salud mental sino que tiene bienes y que necesite que una persona lo represente sólo en aspecto patrimonial. En otras palabras, se coloca en tela de juicio la redacción que aún sigue ostentando el art. 12 del Código Penal en lo relativo a otra pena accesoria que implica la restricción de derechos.

Al respecto se pone de resalto las siguientes consideraciones críticas:

- Que *“El análisis de este caso, a la luz de los artículos 1 y 2 del nuevo Código Civil y Comercial, exige generar una reconstrucción interpretativa del ordenamiento vigente acerca de cómo responder en términos jurídicos a este conflicto de competencia, estando vigente el principio general de capacidad de las personas. A estos*

*finés, continuar con el pleito cuando no se advierte interés jurídico que justifique obtener la declaración de incapacidad del señor R. A. R. y el consecuente nombramiento de un curador a fin de ejercer su representación en los actos establecidos por el artículo 12 del Código Penal durante el tiempo que dure la pena que le ha sido impuesta por la Justicia Penal, deviene inoficioso y contrario al principio de tutela judicial efectiva”.*

- *Que “teniendo en consideración los importantes cambios e innovaciones que han tenido lugar desde una perspectiva de los derechos humanos, desde hace un tiempo ya, en torno a los distintos aspectos involucrados en la restricción al ejercicio de la capacidad de las personas con un sustento no discriminatorio basado en la igualdad (arts. 31 y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución nac.; arts. 3 y 12 de la C.D.P.D.), y a la luz del control de convencionalidad y constitucionalidad que los jueces deben efectuar respecto de las normas, encuentro necesario efectuar un análisis previo de la materia involucrada en la prosecución de estos obrados que ayuda a entender la motivación de lo aquí decidido (art. 3 del C.C. y C.N.)”.*
- *Que “Se ha formulado, desarrollado e impuesto un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las personas previsto por las normas del derecho internacional (arts. 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que repercutió ineludiblemente en el campo jurídico, incidiendo en la regulación de las distintas aristas involucradas”, agregándose que “Ese nuevo ideario comenzó a instalarse y a cobrar fuerza y vigencia a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en el ámbito de las Naciones Unidas, aprobada por nuestro país mediante la Ley 26.378, a la que se le otorgó luego jerarquía constitucional por Ley 27.044”.*
- *Que “el Código Civil y Comercial no permaneció ajeno a tales procesos legislativos, sociales, doctrinarios y jurisprudenciales sino que, por el contrario, se incluyeron en él normas que claramente reflejan la recepción de los principios propios del nuevo modelo*

*-art. 31- que deja atrás al sustitutivo de la voluntad de la persona, e implican un cambio significativo con relación no solo con la forma en que la cuestión estaba regulada en el Código Civil sino que también impacta en la lectura del artículo 12 del Código Penal al configurarse una manifiesta contradicción entre los ordenamientos. En este sentido, la prelación del estatuto de la capacidad sobre la especialidad de la norma penal es la regla que permite dirimir este supuesto de concurrencia conflictiva”.*

- Que “es de toda evidencia que la situación en que se encuentran las personas condenadas a pena de prisión o de reclusión superiores a los tres años -tal como lo dispone el mentado artículo 12 del Código Penal- es muy diferente a la aprehendida por los dispositivos legales citados, y de seguirse este criterio invalidante de su voluntad de expresión, propio de la declaración de incapacidad, se tornaría discriminatorio porque no cumple con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad. En principio, sin perjuicio de que en ciertos casos pueda mediar alguna situación adicional que torne necesario otro tipo de medidas -v. gr. una grave adicción o una afección mental-, la circunstancia que dificulta a los condenados a ejercer por sí mismos, adecuadamente ciertos derechos está dada únicamente por la pérdida de la libertad ambulatoria, intrínseca e inescindible al encierro efectivo. Y establecer para tales casos, como mecanismo para suplir la incapacidad de hecho del condenado derivada de tal circunstancia, la designación de un curador que sustituya su voluntad, asimilándolo en ese aspecto a las personas declaradas incapaces, no resulta una interpretación ajustada al nuevo diseño jurídico de capacidad civil de las personas”.*

Siguiéndose esta línea argumental, se concluye que de “continuar efectuando una interpretación y aplicación literal del artículo 12 del Código Penal y, en consecuencia, sujetar a curatela, en todos los casos y automáticamente, a quienes se encuentran en la situación que esa norma describe, contraviene los postulados constitucionales y normas convencionales y legales a los que aludí con anterioridad”, por lo tanto, se resuelve que en lo atinente “a la inhabilitación del penado para ad-

*ministrar sus bienes o disponer de ellos por actos entre vivos, esta situación particular y la concurrencia de condiciones de encierro requiere de una solución jurídica que vehiculice en una persona de su confianza la representación en los actos que se encuentra imposibilitado de ejercer, bajo el otorgamiento de mandato, con conocimiento y control del juez competente en el fuero de ejecución penal, si así correspondiere*". Por lo tanto, en este aspecto se arriba a una conclusión también crítica del art. 12 del CP a la luz de un ordenamiento jurídico civil que nada tiene que ver con el que existía al momento de redactarse el articulado en análisis.

Voces autorizadas en la materia como lo es la Defensoría General de la Nación, ya desde el año 2012, viene exponiendo consideraciones críticas al articulado en estudio. En particular, a lo que refiere al tema de este acápite ha observado que *"la persona condenada por la comisión de un hecho delictivo no sólo recibe el reproche punitivo que legítimamente le corresponde por la conducta realizada, sino que se ve sometido a la aplicación automática de una sanción que, sin fundamento en el suceso material que dio origen a la persecución penal, limita rigurosamente su autonomía personal"*. Por otra parte, advierte que *"la referida normativa -que se arroga la aplicación de medidas que, de resultar necesario, deberían canalizarse en ámbitos ajenos al derecho penal-, lejos de reflejar una mera consecuencia de la condena con efectos tutelares, instituye una pena accesoria, de exclusivo índole moralista e íntimamente ligada a conceptos del derecho penal de autor. Dicha conclusión es admitida por la propia ley "cuando impone esta pena únicamente a quién está penado por más de tres años: si la incapacidad fuese una consecuencia máxima del encierro, y no tuviese otro fin que el tutelar, no tendría ningún sentido ese requisito, puesto que en la misma situación de incapacidad se hallarían todos los que están privados de libertad, sea cual fuere el tiempo de su privación"*(Resolución N° 1597/2012)<sup>17</sup>.

Ahora bien, en el caso también a modo de obiter dictum, se alude al tema objeto del presente comentario. Al respecto, se afirma *"en cuanto a la responsabilidad parental, cabe señalar, liminarmente, que si bien en*

---

17. Disponible en: [http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/DGN%20Res%20acessorias%201597\\_2012.PDF](http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/DGN%20Res%20acessorias%201597_2012.PDF), compulsada el 10/09/2017.

*el artículo 12 se ha consignado el término “privación”, hace referencia, en rigor, a la suspensión de su ejercicio, no a su pérdida (...) Por ello, más claro es el artículo 702 del Código Civil y Comercial, que dispone que “el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: ...b) el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años (...)”; agregándose que “La suspensión...no importa una valoración sancionatoria o de reproche al progenitor, sino que atiende a situaciones fácticas que exigen el dictado de esta limitación, mientras tales causas perduren”.*

No compartimos la interpretación a la que se arriba en lo que respecta a la responsabilidad parental -ex patria potestad-. Es sabido el peligro que encierra hacerle decir a la ley lo que la ley no dice. La ley no habla de suspensión del ejercicio, habla de manera clara de privación de la patria potestad; no así el art. 702 que como bien sabemos, sí alude de manera expresa a la suspensión del ejercicio. Es por ello que se comparte que la idea de que la suspensión no importa una valoración sancionatoria para el progenitor, sino admitir una limitación fáctica que lo limita para poder ejercer sus deberes a cargo y de allí la suspensión mientras dure la privación de la libertad; pero esta razonabilidad lo es para la suspensión no así para la privación que es lo que expresa y por ende regula el art. 12 del CP.

En definitiva, como se puede observar de manera palmaria, el art. 12 del CP es producto de una época jurídica muy diferente a la actual, en la que la perspectiva de Derechos Humanos ha producido una revolución copernicana obligando a revisar de manera profunda un modo de mirar la realidad social desde lo jurídico.

## Conclusiones provisionales

La Corte Federal no estaría atravesando uno de sus mejores momentos. Ello se ve reflejado en precedentes que han generado un gran revuelo en el campo académico como aconteció con el caso *Fontevicchia*<sup>18</sup>, como

---

18. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/02/2017, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, La Ley, Cita Online: AR/JUR/66/2017. Al respecto, se recomienda ver la audiencia mantenida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

así también social como en el fallo Muiña, más conocido como el fallo del 2 x 1<sup>19</sup>.

En el campo de las relaciones de familia se correría la misma suerte – o desgracia– al carecer en su haber de sentencias que encierren sólidos argumentos o soluciones judiciales acordes con los intereses y derechos en juego.

¿Cuál es la razón de esta pobreza en la producción judicial de la máxima instancia judicial federal en un ámbito del derecho civil que ha sufrido un vuelco de 180 grados a la luz del Código Civil y Comercial? Una respuesta acorde o a la altura de la complejidad del planteo ameritaría otro tipo de análisis o en otras palabras, excedería con creces los objetivos del presente comentario. Aquí sólo se pretende colocar sobre el escenario un ejemplo elocuente sobre la baja calidad interpretativa de la jurisprudencia constitucional.

A la par, plantear otro interrogante pendiente tan o más complejo que el anterior: cuáles serán las razones por las que se sigue temiendo poner en crisis la constitucionalidad de normas que de por sí, deberían presumirse inconstitucionales dado el tiempo en las que fueron elaboradas, el contexto social al que respondían y la impronta rupturista -en buena hora- que trajo consigo la constitucionalización- convencionalización del derecho en general, y del derecho civil en particular.

En definitiva, si el precedente en análisis es el resultado de una época; es decir, una de las tantas expresiones judiciales de un momento tumultuoso, el tiempo lo dirá y como siempre, estaremos atentas a ello porque ser un intérprete calificado o al menos de peso, constituye un acto de gran responsabilidad democrática.

---

en fecha 21/08/2017 en el que la máxima instancia judicial regional interpela hasta el punto de incomodar a los representantes del Estado Argentino por la resolución y consecuente postura negativa adoptada por la Corte Federal que coloca en tela de juicio el sistema interamericano al quitarle fuerza a los fallos emanados de la Corte IDH. Esta audiencia dividida en 4 partes se puede compulsar en <https://debatesdh.blogspot.com.ar/>

19. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2017, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario”, La Ley, Cita online: AR/JUR/13700/2017.

# LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DOCTRINA “CAMPILLAY”.

## CSJN, “Martín, Edgardo Héctor c/Telearte S.A. y otros s/daños y perjuicios”, 3 de octubre de 2017

Prensa e impunidad. Límites a la doctrina “Campillay”  
(a propósito de un reciente fallo de la Corte).

por ANÍBAL FILIPPINI <sup>1</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación acaba de dictar su fallo en la causa “Martín, Edgardo Héctor c/Telearte S.A. y otros s/daños y perjuicios”<sup>2</sup>, y ha venido a remarcar allí algunos límites a la protección de los medios basada en la doctrina “Campillay”<sup>3</sup>.

1. Abogado. Autor de monografías jurídicas. Miembro de la AAJ.
2. De fecha 3.10.2017.
3. CSJN, Fallos: 308: 789. Sobre la materia, v. Alterini A.A. – Filippini, A., “Responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas” en Rev. La Ley T° 1986-C, pág. 406; dicho trabajo ha sido citado en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, del 08/04/2009, “S., L. c. Editorial Perfil S.A.”, RCyS 2009-VI, 75; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, del 20/11/2002, “G., A. F. c. La Nación S.A. y otros”, RCyS 2003, 854, AR/JUR/7134/2002; Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 41, del 28/03/2008, “C. S. c. Ideas del Sur S.A. y otros”, RCyS 2008, 888, AR/JUR/718/2008; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, del 21/06/2011, “P., L. L. y otro c. T., R.”, AR/JUR/40859/2011; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, del 04/08/2005, “C. de D. y V., A. M. c. Telearte SA y otros”, DJ 2005-3, 799, AR/JUR/3164/2005; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, del 23/08/2000, “G., E. c. Editorial La Razón S.A.”, LA LEY 2001-A, 109 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Carlos A. Gherzi, 19; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, del 25/02/1998, “Galardón S.A. c. Clarín E. G. E. A. S.A. y otro”, LA LEY 1998-D, 515, AR/JUR/3475/1998; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala III, 26/11/2004, “L., L. A. c. La Gaceta S.A.”, AR/JUR/7790/2004; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, del 09/03/2009, “N., M. E. c. Editorial La Página S.A.”, AR/JUR/21285/2009; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, del 08/09/2009, “D. la V., G. J. c. El Heraldo de Buenos Aires y otros”, AR/JUR/45523/2009; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, del 16/09/2005, “Actis, Roberto O. c. Editorial Castellanos S.R.L.”, AR/JUR/9886/2005; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, del 07/07/1986, “Gutiérrez Ardaya, Elías c. Clarín, S. A. y otro”, LA LEY 1986-D, 381 - DJ 1986-1, 15, AR/JUR/227/1986; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, del 23/08/2000, “García, Eduardo v. Editorial La Razón S.A.”, JA 2001-I-278, Lexis N° 20010966; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, del 25/02/1993, “Fontana, Oscar J. v. Editorial Sarmiento Publicado”, JA 1994-I-73, Lexis N° 941016; Pizarro, R.D., Responsabilidad de los medios de prensa. Acerca de la denominada

En mi trabajo “¿Hay un derecho a la mentira?”<sup>4</sup> denuncié la peligrosa dilución de los límites de la protección de la doctrina “Campillay”, y el consiguiente deslizamiento de los medios de información hacia el territorio de la impunidad en materia de responsabilidad civil.

Dije allí –y repito ahora–:

- En materia de responsabilidad civil, los medios han contado con un parapeto primario (Campillay) y un “reaseguro posterior”<sup>5</sup> (*real malicia*)<sup>6</sup>, que han venido ampliándose más y más. Esa formidable protección equivale en los hechos a la *impunidad*.

- Es indispensable exigir que el estándar “Campillay” no se reputa cumplido con la mera atribución del contenido a una fuente anónima<sup>7</sup>, ni tampoco a una fuente privilegiada<sup>8</sup>: si la prensa puede inundar su primera

doctrina “Campillay”, LA LEY 1998-D, 1306, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 593; De Lorenzo, M.F. El dolo en el derecho civil (Propuestas para una noción en eclipse), LA LEY 2001-C, 1102, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, II, 563; Andrada, A.D., Libertad de prensa y honor de las personas, RCyS 2008, 553; Cifuentes, S., El honor y la libertad de expresión. La responsabilidad civil, LA LEY 1993-D, 1161, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales II, 1191; Tanzi, Silvia Y., La autonomía de la voluntad y sus límites, LA LEY 1994-E, 318; Barrancos y Vedia, F.N., Acerca del caso “Campillay”, LA LEY 1986-D, 978; Ekmekdjian, Miguel Angel, Otra vez se enfrentan el derecho al honor y la libertad de prensa, LA LEY 1992-D, 174; Gosende, J., Responsabilidad derivada del pedido de juicio político, López Cabana, Roberto M. (dir.) - Alterini, Atilio A. (dir.), La responsabilidad (Homenaje al Profesor Isidoro H. Goldenberg, Citar: Lexis N° 1009/006159; Ganc, Diana B., Calificación y sanción de la conducta abusiva, JA 2001-I-966, Lexis N° 0003/007991; Kraut, Alfredo J., La libertad de expresión y los derechos de las personas (Algunas precisiones jurídicas sobre un conflicto actual), JA 1993-II-780, Lexis N° 0003/011972; Brun, Carlos A., El derecho al honor, la libertad de prensa y la doctrina de la “real malicia”, JA 1997-III-608, Lexis N° 0003/000974 ó 0003/000932.

4. Editorial Ad-Hoc (2016). El libro ya ha sido mencionado en pronunciamientos judiciales: Cám. nac. Civ., Sala B, “Terán Molina, Gustavo Brigido c/Ediciones de la Urraca S.A y OT. s/ Daños y Perjuicios”, del 16-09-2016; Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, “L., J. A. c. Diario “La Unión” y/u otros s/ daño Moral- s/recurso de casación s/ recurso extraordinario”, del 29/09/2016; Cita Online: AR/JUR/88170/2016
5. Thury Cornejo, J., ¿Todos los caminos conducen a la real malicia? Un balance del año judicial 2010 en materia de libertad de expresión y honor. [http://www.academia.edu/3059361/\\_Todos\\_los\\_caminos\\_conducen\\_a\\_la\\_real\\_malicia\\_Un\\_balance\\_del\\_a%C3%B1o\\_judicial\\_2010\\_en\\_materia\\_de\\_Libertad\\_de\\_Expresi%C3%B3n\\_y\\_Honor](http://www.academia.edu/3059361/_Todos_los_caminos_conducen_a_la_real_malicia_Un_balance_del_a%C3%B1o_judicial_2010_en_materia_de_Libertad_de_Expresi%C3%B3n_y_Honor).
6. En el reciente fallo “Martín”, si bien con énfasis en las particularidades del caso, la Corte señala que “basta la simple culpa para determinar la atribución de responsabilidad civil de los demandados.”
7. La mención de “diversas y calificadas” fuentes al aludir al emisor de la noticia es una referencia genérica e incierta que no transparenta el origen de la información ni permite relacionarla con quien la emite, por lo que no autoriza a evadir la responsabilidad del medio que la difunde (conf. Cám. Nac. Civ., Sala I, “Solís, Rodolfo Jorge c/ La Prensa S.A. s/Daños y perjuicios”, del 6 de Abril de 2010).
8. La cuestión tiene relevancia porque los primeros responsables son los que realmente generaron la información, sea a través de documentos, reportajes, solicitadas (Superior Tribunal de Justicia,

página con falsedades de un diputado que a su vez tiene inmunidad parlamentaria<sup>9</sup>, entonces habrá soberanía de la mentira y nadie responderá. Funcionarán en *tándem*, y la víctima nada podrá hacer.<sup>10</sup>

• Bajo la doctrina “Campillay”, la prensa no responde cuando utiliza el potencial, pero ello no debería ser suficiente: el fundamento del uso del potencial “radica en otorgar la protección a quien se ha referido sólo a lo que puede ser, o no, *descartando toda aseveración*, o sea la acción de afirmar y dar por cierta alguna cosa, de manera que esa pauta no consiste solamente en la utilización de un determinado modo verbal -como el potencial— sino en el examen del sentido completo del discurso, que *debe ser conjetural y no asertivo*” (Fallos 326:145 y 4285). Cuando se inunda un texto de verbos en tiempo potencial, pero se le añaden detalles meticulosos que sugieren verosimilitud, se está fuera de la cobertura de “Campillay”.

Viedma, Río negro, Sala Civil, “Z., H. W. y Otra c/ F., G. B. y Otra s/ Sumario s/Casación”, del 11 de Marzo de 2004).

9. Sabemos que la inmunidad parlamentaria es una exención de proceso penal para los legisladores cuando se los acuse por injuria, calumnia, desacato y otros delitos cometidos por medio de la expresión oral o escrita (CSJN, Fallos 135:250, 248:462 y 473, 261:33), emitida en el desempeño de su mandato, y que la exención no debería ser extendida a los casos en los que el acto no se relaciona con la actuación del legislador en su carácter de tal (Bidegain, Carlos María, Curso de Derecho Constitucional, IV, pág. 107). Sin embargo, hay antecedentes que extienden la protección a las reclamaciones civiles, v. CSJN, in re “Cossio”, Fallos 327:138, considerando 13°.
10. La idea de que las mentiras se combaten con verdades y no con sanciones es interesantísima, pero asume la pluralidad informativa, asume que la víctima encuentre canales de difusión, lo cual cada vez es menos posible, ante el indudable avance de la concentración empresaria. De allí la importancia de la Ley 26522. En el precedente CSJN, G.439.XLIX, G.445.XLIX, G.451.XLIX, RdH, “Grupo Clarín S.A. y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/Acción meramente Declarativa”, del 29.10.2013, pueden ser leídos múltiples pasajes en favor de la pluralidad informativa como los siguientes: “Los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público, motivo por el cual el interés del Estado en la regulación resulta inquestionable. Ello es así, en tanto “[e]n la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por uno solo, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático” (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Octubre 200, principio 12, punto 55)” (Consid. 24°).

- Bajo la doctrina “Campillay” no se responde cuando se atribuye el contenido directamente a la fuente<sup>11</sup>: pero ello no debería ser así cuando la fuente es anónima<sup>12</sup> o cuando la remisión no es sincera.<sup>13</sup>

- El Estado, las instituciones republicanas no son los únicos posibles victimarios de la libertad. Los medios también pueden serlo.<sup>14</sup> Ponerles freno hace a la salud de la democracia.<sup>15</sup>

Ahora la Corte Suprema parece haber iniciado un camino hacia la limitación de la protección de la prensa basada en el fallo “Campillay”.

En un caso en que una persona reclamó un resarcimiento derivado de manifestaciones periodísticas que “sembraban sospechas sobre su participación” en un “homicidio” que tuvo “significativa cobertura en los medios de comunicación” (se lo señalaba “como amante de la madre de la

- 
11. CSJN, “Campillay, Julio César c/ La Razón y otros” del 5/05/86, Fallos: 308:789. En “Triacca, Alberto Jorge c/Diario La Razón y otro s/Daños y perjuicios” (Fallos 316:2417) la Corte decidió que un diario no debía responder civilmente por una información que podía contener falsedades difamatorias para el actor dado que el órgano periodístico había atribuido la información a una fuente identificable y había transcripto fielmente lo manifestado por aquella; y en “Canavesi, Eduardo Joaquín y otra c/ Diario ‘El Día’ Soc. Impr. Platense SACI s/ daños y perjuicios”, 08/06/2010, la Corte consideró eximente la simple reproducción de noticias proporcionadas para la difusión por las autoridades públicas -en este caso, una fuerza de seguridad—, aun cuando eran falsas. Cuando no se atribuye el contenido agravante a una fuente, el medio “deja de ser un medio transmisor”, y adquiere responsabilidad (v. De Luca, J.A., El secreto de las fuentes periodísticas en el Proceso Penal, edit. Ad-Hoc, pág. 33).
  12. CSJN, “Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ arts. 109 y 110 del C.P.” del 10/12/96, Fallos 319:2965.
  13. CSJN, “Alsogaray, Álvaro Adolfo c/Editorial La Página SA s/Daños y perjuicios”, del 13/12/2011.
  14. Lo que los grandes medios reivindican, en realidad, es “el derecho a la censura, es decir, a ser ellos quienes eligen lo que se difunde o no” (Serrano, P., en de Moraes, D., Ramonet, I. y Serrano, P., Medios, poder y contrapoder, ed. Biblos, 2013, págs. 77). En el fallo CSJN, G.439.XLIX, G.445.XLIX, G.451.XLIX, RdH, “Grupo Clarín S.A. y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/Acción meramente Declarativa”, del 29.10.2013 se dice de manera categórica: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha apuntado que “en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (OC 5/85, párrafo 56)” (consid. 25º). En su voto, el Dr. Fayt refiere a los “embates del poder” y añade, “público o privado, embates al fin” (Consid. 18º).
  15. “La democracia puede ser una forma eficaz de gobierno sólo en la medida en que el público (que gobierna en teoría) está bien informado sobre eventos nacionales e internacionales y puede pensar de forma independiente y crítica sobre esos acontecimientos. Si la gran mayoría de los ciudadanos no reconocen sesgos en noticias de su nación, si no se detectan ideología, si ellos no pueden reconocer propaganda, no puede razonablemente determinar qué mensajes de los medios deben ser reemplazados, contrapesados o abandonados totalmente” (conf. Richard, P. y Elder, L., v. [https://www.criticalthinking.org/TGS\\_files/SAM-MediaBias.pdf](https://www.criticalthinking.org/TGS_files/SAM-MediaBias.pdf)).

menor muerta y como sospechoso del crimen”<sup>16</sup>), la Corte sostuvo –entre otros muchos- estos conceptos que destaco (el énfasis me pertenece):

- En un estado democrático y constitucional comprometido con respetar el bienestar individual de sus ciudadanos, la importancia de la libertad de expresión hace necesario que se reconozca el máximo de libertad expresiva a todos, *siempre que ello -dada su aptitud dañosa- sea compatible con la protección a los derechos que pueden ser afectados por su ejercicio.*

- Ahora bien, la reiterada afirmación de esta Corte de que la libertad de expresión ha recibido de la Constitución Nacional una protección especial (*Fallos* 248:291; 311:2553; 320: 1272; 321:2250; 326:4136; 331:162; entre otros), no supone que se la haya configurado como un derecho absoluto o que no existan determinadas circunstancias bajo las cuales quienes difunden información deban responder civilmente por los daños causados.

- La doctrina “Campillay” protege a quien atribuye –de modo sincero y sustancialmente fiel- la información a una fuente *identificable* (*Fallos* 316:2416; 317:1448; 324:2419; 326:4285; entre otros), utiliza un *discurso meramente conjetural que evita formas asertivas* (*Fallos*: 324:2419; 326:145; entre otros) o deja en reserva la identidad de las personas a quienes involucra la información difundida, evitando suministrar datos que permitan conducir a su fácil identificación (*Fallos* 335:2283).

- “[U]na mera referencia genérica e indeterminada” (“alguien”) no es una “fuente” en el sentido de la doctrina “Campillay” (doctrina de *Fallos* 316:2416; 326:4285; entre otros).

- El uso de verbos en modo o tiempo potencial (el actor “sería” amante) o términos que relativizarían lo afirmado (“aparentemente”) no es suficiente: para gozar de la protección se debe descartar “toda aseveración, o sea la acción de afirmar o dar por cierta alguna cosa”. El discurso debe

---

16. La parte más significativa de las manifestaciones puede ser identificada con los siguientes pasajes: “¿quién fue? ¿quién fue? y ayer, a las dos de la mañana, alguien dijo: ‘el amante de la mujer’. Empezamos a investigar esa línea de información y daba cuenta de un señor de aproximadamente treinta años, kinesiólogo, de aquí de Rufino (...) explicó que luego de sufrir un accidente, María Graciela Dieser -madre de la menor muerta- conoció “a este kinesiólogo de apellido Martín, quien desde hace unos meses sería su amante”. El juez de primera instancia consideró que no concurrían las eximentes de responsabilidad establecidas por la doctrina “Campillay” y que resultaba inaplicable la doctrina de la “real malicia”, en atención al carácter de ciudadano particular del demandante. La Sala 1ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó la apelación y confirmó la sentencia.

ser “conjetural y no asertivo”. “Si así no fuera, bastaría con el mecánico empleo del casi mágico ‘sería’ para poder atribuir a alguien cualquier cosa, aún la peor, sin tener que responder por ello” (*Fallos* 326:145, 4285). Lo que importa es que “El sentido global del discurso excedió lo conjetural y *tuvo la potencialidad de crear sospechas en el público* (...) lo que coloca al caso fuera de la tutela de la doctrina analizada”.

Si bien -en mi parecer- resta mucho camino por andar en la búsqueda de un equilibrio en la protección de derechos, y aún se está muy lejos de dar una respuesta contundente (i) al desprecio por los hechos (que suele ser la antesala del desprecio por los derechos) como instrumento cotidiano de los mastodontes de la información, (ii) a sus intolerables intromisiones en los procesos judiciales en trámite<sup>17</sup>, el reciente fallo de la Corte en todo caso tiene la virtud de iluminar algunos límites de la doctrina “Campillay” que habían caído en una peligrosa penumbra

---

17. Filippini, A., *Jueces y medios*, edit. Ad-Hoc, 2017.

# OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH. CSJN, “Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/ p. s. a. asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión”, 5 de diciembre de 2017

Algunas reflexiones sobre la sentencia de la CSJN en los casos “Milagro Sala” y “Fontevecchia y D’Amico”

por SEBASTIÁN ALEJANDRO REY<sup>1</sup>

El 5 de diciembre la CSJN resolvió rechazar el recurso extraordinario interpuesto por la defensa de Milagro Sala contra el auto de prisión preventiva dictado contra la nombrada por la justicia provincial de Jujuy.

Más allá de las valoraciones que realiza el tribunal sobre el posible entorpecimiento de la investigación por parte de Sala en función del temor que le tendrían diferentes testigos que exceden este breve comentario, me detendré sobre los considerandos de la sentencia donde se hace referencia a las Medidas Provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en favor de aquélla.

Vale la pena recordar que el Tribunal interamericano había resuelto “[r]equerir que el Estado de Argentina adopte, de manera inmediata, las medidas de protección que sean necesarias y efectivas para garantizar la vida, integridad personal y salud de la señora Milagro Sala. En particular, el Estado debe sustituir la prisión preventiva de la señora Sala por la medida alternativa de arresto domiciliario que deberá llevarse a cabo en su residencia o lugar donde habitualmente vive, o por cualquier otra medida alternativa a la prisión preventiva que sea menos restrictiva de sus derechos que el arresto domiciliario...<sup>2</sup>”.

- 
1. Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Doctorando en Derecho (UBA). Profesor adjunto de Derechos Humanos (UNPAZ, UNDAV, UBA). Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” y Director de Proyectos de Investigación en Derecho.
  2. Corte IDH, Asunto Milagro Sala respecto de Argentina. Solicitud de Medidas Provisionales.

La actual composición de la CSJN hace difícil poder determinar los consensos que se alcanzan al momento de dictar sentencias. En esta ocasión, hay 4 votos diferentes: el de Maqueda, el de Lorenzetti y Highton, el de Rosatti y el de Rosenkrantz.

Para comenzar, debo advertir que Rosenkrantz sostiene que “la única cuestión traída a los estrados de esta Corte es la referida a la procedencia de la prisión cautelar dispuesta por los tribunales de la causa y no las concernientes a las condiciones de detención de la acusada sobre las que se pronunciaran tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup>”.

En virtud de ello, el magistrado concluye que “no corresponde adelantar pronunciamiento alguno respecto de lo resuelto por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos y deben remitirse las actuaciones a fin de que los tribunales locales se pronuncien sobre las medidas requeridas al Estado argentino por dichos órganos”.

Si se tiene en cuenta que para la Corte IDH el caso de Sala reúne los requisitos de “extrema gravedad y urgencia” y se está en presencia de un posible daño irreparable a la salud e integridad personal de la nombrada, la alternativa de continuar dilatando la cuestión con la remisión nuevamente a la justicia provincial –máxime cuando ésta no reaccionó favorablemente cuando conoció las decisiones de los órganos del sistema interamericano anteriores a la sentencia de la CSJN– no pondría fin a la posible violación a la CADH que se estaría cometiendo.

Sobre el particular hay que recordar que la CSJN tiene dicho que “reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales” y que es inherente a la jurisdicción del Tribunal evitar la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos. Por lo tanto, entiendo que la alternativa que plantea Rosenkrantz no es la que mejor asegure el respeto y garantía de los derechos humanos.

---

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2017.

3. CSJN, “Sala, Milagro Arnalia Ángela y otros s/ p. s. a. asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión”, 5 de diciembre de 2017, voto del juez Rosenkrantz, considerando 12.

Los restantes cuatro jueces deciden requerirle—con sus matices— a las autoridades judiciales jujeñas que cumplan con lo ordenado por la Corte IDH.

Los jueces Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti resuelven “requer[ir] a las autoridades judiciales a cuya disposición está detenida la recurrente que adopten con carácter de urgente las medidas del caso para dar cabal cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Sin embargo, los fundamentos que dan para llegar a esa conclusión son diferentes.

Maqueda, con una impecable coherencia con sus votos anteriores, arriba a la obligación de cumplir la sentencia de la Corte IDH recordando el precedente “Lavado”<sup>4</sup>.

Por su parte, Lorenzetti y Highton de Nolasco señalan que ordenarle a los jueces provinciales que cumplan con las medidas provisionales “en nada compromete las diversas opiniones sostenidas por los miembros de esta Corte en el pronunciamiento dictado en el precedente [‘Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos’], ante la ostensible diversidad de las situaciones. En efecto, en el referido precedente había una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, dictada por esta propia Corte Suprema como última instancia, mientras que en el presente se trata de medidas consustancialmente provisorias dictadas en un proceso penal en trámite”<sup>5</sup>.

Ya hemos criticado en otras oportunidades el voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco en “Fontevecchia y D’Amico”<sup>6</sup>. Sin embargo, llama la atención que los magistrados reiteren los equivocados argumentos que

---

4. CSJN, Fallos: 330:111.

5. CSJN, “Sala, Milagro...”, cit., voto de los jueces Lorenzetti y Highton, considerando 11.

6. Rey, Sebastián Alejandro, “Luces de alerta en materia de derechos humanos: reflexiones sobre el incumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico’”, *Jurisprudencia Argentina*, 2017-II, Abeledo Perrot, 10 de mayo de 2017, pp. 71/85 y Rey, Sebastián Alejandro, “En defensa de la Convención. Una respuesta del Derecho Internacional a los ‘elogios’ recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico’”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año VII, N° 06, julio de 2017, pp. 199-216.

allí vertieron, aun cuando la Corte IDH ya les señaló que son claramente inadmisibles y le generan responsabilidad al estado argentino<sup>7</sup>.

Un problema adicional radica en que el tribunal local sigue enviando mensajes contradictorios a los jueces inferiores. Ahora parecería que hay que cumplir las sentencias de la Corte IDH salvo cuando se afecte la cosa juzgada dictada por la CSJN. Más allá de que dicho razonamiento sigue siendo equivocado a la luz del Derecho Internacional, deseo llamar la atención sobre este punto porque Lorenzetti y Highton de Nolasco en “Fontevicchia y D’Amico”<sup>8</sup> habían ido incluso más allá al referirse a la competencia de la Corte IDH para ordenar una reparación y el “alcance” de sus facultades remediales.

Ello permitió que, por ejemplo, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes declarase inadmisibile el recurso interpuesto contra una sentencia a prisión perpetua de un menor de edad en flagrante contravención a lo dispuesto por la Corte IDH en el “Caso Mendoza y otros c. Argentina”. Para ello citaron el voto de mayoría en “Fontevicchia y D’Amico”<sup>9</sup>.

Por último, el juez Rosatti discrepa con el voto de Rosenkrantz al afirmar que la modalidad del cumplimiento de la prisión preventiva a la imputada se encuentra estrechamente vinculada a la decidida en el *sub lite* sobre la falta de arbitrariedad de su imposición.

El magistrado sostiene que en función de las particularidades que plantea la salud de Sala, la autoridad judicial a cuya disposición se en-

---

7. Entre otras cosas, el tribunal interamericano sostiene que “[l]a decisión de la Corte Suprema que se atribuye competencias que no le corresponden implica una clara contravención de los principios de Derecho Internacional y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos asumidas por ese Estado. No le corresponde a dicho tribunal interno determinar cuándo una Sentencia de este Tribunal internacional es obligatoria, pues su obligatoriedad surge de la ratificación de la Convención Americana por parte de Argentina y del reconocimiento que realizó de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana”. Las críticas a la sentencia local también se encuentran en el siguiente párrafo: “al afirmar que la obligatoriedad de las sentencias de este tribunal interamericano está condicionada a aquellas que hayan sido dictadas ‘dentro del marco de [sus] potestades remediales’, la Corte Suprema se arroga una función que no le corresponde, la de determinar cuándo este Tribunal actúa en el marco de sus competencias. Se recuerda que es la propia Corte Interamericana, como todo órgano internacional con funciones jurisdiccionales, la que tiene el poder inherente de determinar el alcance de sus propias competencias (compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz)”. Corte IDH, Caso Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017, párrs. 23 y 26.

8. CSJN, Fallos: 340:47

9. Expediente STP 381/15, 04/05/17, voto de Eduardo Panseri, Luis Rey Vázquez y Fernando Niz.

cuentra detenida debe “adoptar con urgencia alguna de las medidas alternativas a la prisión preventiva carcelaria sugeridas en los documentos de mención, u otras que surjan del derecho procesal provincial y que aseguren los mismos fines que aquellas”<sup>10</sup>.

Los documentos a los que hace referencia Rosatti son principalmente las Medidas Provisionales ordenadas por la Corte IDH y la Medida Cautelar dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>11</sup>.

Una lectura rápida de la sentencia permitiría inferir que Rosatti redactó un voto separado aunque en definitiva estaría ordenando algo parecido a lo dispuesto por Maqueda, Lorenzetti y Highton de Nolasco.

Pero si se presta atención, entiendo que la diferencia importante radica en que más allá de hacer referencia a la medida cautelar ordenada por la CIDH, Rosatti se abstiene de afirmar que hay que dar “cabal cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH”.

Una cosa es decir que las Medidas Provisionales de la Corte IDH son obligatorias –por lo que hay que darles cabal cumplimiento– y algo diferente es ordenar que se aplique una medida alternativa a la cárcel como sugieren los órganos del sistema interamericano. Debe quedar claro que la Corte IDH no sugiere nada. Ordena que el Estado sustituya la prisión preventiva por el arresto domiciliario. Parece una aburrida cuestión semántica pero jurídicamente no lo es.

## Palabras finales

La sentencia en el caso de Milagro Sala debe leerse en conjunto con la Resolución N° 4015/17 adoptada por la CSJN el mismo día.

Allí el Tribunal nacional hizo una lectura bastante particular de las críticas esbozadas por la Corte IDH por incumplir la sentencia del caso “Fontevicchia y D’Amico” que mencionara *supra*.

Sin la firma del juez Maqueda, que no había formado parte de la mayoría en la sentencia referida, los jueces sostienen que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos aclaró que su decisión anterior de fecha

---

10. CSJN, “Sala, Milagro...”, cit., voto del juez Rosatti, considerando 10.

11. CIDH, Resolución 23/2017, Milagro Sala, Argentina, 27 de julio de 2017

29 de noviembre de 2011 no implicaba que esta Corte Suprema tuviese la necesidad jurídica de revocar su sentencia”.

A partir de ello los magistrados entienden que “esta aclaración” que habría realizado el tribunal internacional es “plenamente consistente con los argumentos desarrollados por este Tribunal para fundar su pronunciamiento de fecha 14 de febrero de 2017, en el que se decidió la improcedencia de revocar una de sus sentencias pasada en autoridad de cosa juzgada”.

Para la CSJN anotar al lado de su sentencia la leyenda: “Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 29 de 2011)” no viola los principios de derecho público constitucionales.

Debo advertir que esta nueva interpretación de la CSJN, que en su oportunidad no quiso buscar alternativas a la revocatoria de su sentencia sino que prefirió decir que no iba a cumplir lo dispuesto por la Corte IDH, no está dando una interpretación de la CADH que pueda ser aplicable a todos los casos.

Porque como bien señaló el tribunal interamericano, en “Fontevicchia y D’Amico” estamos ante una sentencia civil que no queda constando en registros de antecedentes de delincuentes. Por ende, privarla de efectos jurídicos es más sencillo que cuando se está ante actos jurisdiccionales de otras materias, como claramente sería una condena penal, donde no basta con hacer una aclaración para que la persona no siga siendo considerada condenada. En estos casos parecería que la posición intransigente de la CSJN sigue vigente y no estaría dispuesta a privar de efectos jurídicos al acto interno –aunque algunos podrían afirmar que para la CSJN solo sus sentencias no pueden revocarse más podría hacerlo si hubieran sido dictadas por tribunales inferiores sin su intervención–.

En síntesis, Lorenzetti y Highton de Nolasco, que han formado parte de los votos de mayoría en las sentencias relevantes sobre este punto, han pasado de sostener que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias –fallos “Mazzeo”<sup>12</sup>, “Rodríguez Pereyra”<sup>13</sup> y “Carranza Latrubesse”<sup>14</sup>–, a que solo lo son cuando la Corte IDH lo hace dentro de su competencia y sus

---

12. CSJN, Fallos: 330:3248, considerando 21.

13. CSJN, Fallos: 335:2333, considerando 12.

14. CSJN, Fallos: 336:1024, considerandos 9 y 10.

facultades remediales según como las interprete el juez nacional –“Fontevicchia y D’Amico”–, para concluir en un estándar intermedio que consiste en que son obligatorias salvo cuando violen la cosa juzgada dictada por la Corte Suprema –“Milagro Sala” y “Resolución N° 4015/2017”–.

Es evidente la pérdida de seguridad jurídica que implica estos vaivenes para los justiciables quienes deberán adivinar cuál de estos criterios seguirá el juez o jueza que deba resolver su expediente a los fines de saber si cumplirá o no con un estándar fijado en una sentencia internacional.

**EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES. DEBER DE INVESTIGAR.  
Corte IDH, Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones  
Preliminares, Fondo, Reparaciones  
y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017.  
Serie C No. 333**

por MARLON ALBERTO WEICHERT<sup>1</sup>

## **Resumen de los hechos**

El caso Favela Nova Brasília, o Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira y otros contra Brasil, fue presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) el 19 de mayo de 2015. El caso se refiere a una serie de ejecuciones extrajudiciales ocurridas durante dos operativos policiales realizados en la Favela Nova Brasília, en la ciudad de Río de Janeiro, por la policía civil del estado de Rio de Janeiro, los días 19 de octubre de 1994 y 8 de mayo de 1995.

La incursión policial de 1994 fue una acción en la que participaron entre 40 y 80 policías, de los cuales solamente 28 fueron posteriormente identificados en el marco de las investigaciones realizadas para esclarecer los hechos. Durante esta incursión, al menos cinco casas fueron allanadas y hubo 13 muertos, todos hombres, incluyendo cuatro menores. Además, durante las invasiones a las residencias, al menos tres jóvenes, dos de ellas niñas de 15 y 16 años, fueron agredidas sexualmente.

La redada de 1995 fue un operativo realizado por un grupo de 14 policías, con apoyo de dos helicópteros, los cuales, según alegaron las fuerzas de seguridad, tenían la misión de interceptar un cargamento de

---

1. Fiscal federal. Ejerce como Procurador Federal de los Derechos del Ciudadano Adjunto. Master en Derecho Constitucional. Investigador visitante de la Universidad de New York, en el programa Hauser Global (2014-2015). Tiene diversas actuaciones como experto ante la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Autor de libros y artículos sobre derechos humanos y derecho constitucional.

armas que iba a ser entregado a un grupo de traficantes de la comunidad. La incursión terminó con tres policías heridos y 13 residentes muertos.

De acuerdo con las pruebas periciales de las autopsias, ambos operativos tienen semejanzas con relación al modo de actuación de fuerzas policiales, las cuales tendrían perpetrado ejecuciones sumarias (las víctimas fatales presentaban heridas de bala en el pecho, cerca del corazón, y en la cabeza). El procedimiento que se siguió a ambos operativos, con relación a las investigaciones, también fue semejante. En la masacre de 1994, el proceso fue abierto el mismo día. Sin embargo, no hubo ninguna conclusión y fue cerrado en 2009, 15 años más tarde, con un alegato de prescripción. En 2013, el proceso fue reabierto como consecuencia de la presentación del Informe de Fondo de la Comisión; con la reapertura, se inició una acción criminal contra seis policías involucrados en el operativo que resultó en el homicidio de 13 personas, todavía en procesamiento. En relación con la redada de 1995, el proceso de investigación también fue iniciado en el mismo día en que ocurrieron las muertes, pero 14 años después fue declarada la prescripción de la acción penal. En 2013, también después del Informe de Fondo de la Comisión, el caso fue también reabierto; sin embargo, volvió a ser archivado, sin conclusiones, dos años más tarde.

Ambas investigaciones fueron realizadas por la propia policía civil, incluso por la misma unidad que dirigió las redadas en la favela; es decir, por policías que habían estado involucrados directa o indirectamente con las muertes que debían ser investigadas. Las investigaciones policiales registraron los acontecimientos como “resistencia al arresto resultante en la muerte de los opositores”, o sea, adoptando como supuesto que los agentes del Estado habían actuado en legítima defensa. Sin embargo, como apuntado más arriba, la prueba pericial apuntaba indicios de ejecución sumaria y, además, diversos testigos informaron de que las víctimas fueron detenidas, incluso esposadas, con vida.

## **Apreciación por la Corte**

Tomando en consideración las limitaciones de competencia *ratione temporis* – Brasil solo reconoció la jurisdicción de la Corte para hechos posteriores al 10 de diciembre de 1998 –, en el Caso Favela Nova Brasí-

lia, la Corte no ha podido evaluar la perpetración de graves violaciones a los derechos humanos ocurrida durante ambos operativos. Aunque, en ambos casos, la Corte tenga señalado la presencia de indicios de ejecuciones sumarias y tortura, incluso de abusos sexuales, la apreciación de fondo se refiere tan solo a la persistencia de la impunidad en relación con estos hechos después de la fecha de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte por parte de Brasil, es decir, después de diciembre de 1998. Indirectamente, en su apreciación, la Corte también evaluó la continuidad del padrón de actuación violento del aparato policial en Brasil, lo que llevó su decisión hacia la adopción de medidas de promoción de garantía de no-repetición.

Así, la Corte afirmó en la sentencia de 16 de febrero de 2017 que, en relación a la chacina de 1994, aunque el Estado haya empezado una acción judicial criminal en 2013, las investigaciones no han esclarecido las muertes y nadie ha sido todavía sancionado. Además, los delitos de violencia sexual perpetrados durante la incursión nunca fueron investigados. En relación con la redada de 1995, la Corte declaró que nada fue resuelto, señalando que las investigaciones están paralizadas e inconclusas.

Con base en esas consideraciones, el Tribunal concluyó que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales de independencia e imparcialidad de la investigación, debida diligencia y plazo razonable, así como el derecho a la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), en relación con los artículos 1.1 y 2 de la propia Convención.

En lo que respecta a la ausencia de investigación y sanción de la violencia sexual, la Corte afirmó que el Estado habría violado los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer).

El Tribunal también reconoció la violación al derecho a la integridad personal (artículo 5.1 de la Convención) de los familiares de las víctimas, derivada de los daños psíquicos y morales con motivo del sufrimiento adicional que estos han padecido como consecuencia de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos,

así como a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a estos mismos hechos. Igualmente, la Corte consideró que las víctimas de violencia sexual experimentaron sentimientos de angustia e inseguridad, derivado de la completa falta de investigación de los hechos, así como frustración y sufrimiento, reforzando la existencia de violación al artículo 5.1 de la Convención.

## Reparaciones

En su sentencia, la Corte estableció una serie de medidas de reparación, con base en el artículo 63.1 de la Convención. Primeramente, se determinó la adopción de medidas de satisfacción y rehabilitación usuales en casos semejantes, tales como el tratamiento psicológico y psiquiátrico de las víctimas, la publicación de la sentencia, la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional e instalación de placas conmemorativas. La Corte también determinó el pago de indemnizaciones compensatorias por daños inmateriales.

Por otra parte, la sentencia también resalta la responsabilidad del Estado de promover la investigación de los hechos y la determinación, enjuiciamiento y, en su caso, punición de los responsables. La Corte estableció que el Estado debe conducir –y concluir– eficazmente las investigaciones en curso, o reactivar las que están cerradas, con la debida diligencia y en un plazo razonable para procesar y juzgar a los responsables. En especial, la sentencia de la Corte apunta que el Estado, a través del Fiscal General de la República, debe evaluar un posible pedido de transferencia de la competencia sobre el proceso penal desde Estado de Rio de Janeiro al nivel federal. De hecho, la Constitución de la federación brasileña establece que, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, el Fiscal General de la República podrá suscitar ante la Corte Superior de Justicia un Incidente de Traslado de Competencia para la Justicia Federal de investigaciones o procesos, para garantizar el cumplimiento de obligaciones resultante de tratados internacionales de derechos humanos. Es curioso notar que la Corte, en este particular, penetra de modo inusual en el ámbito del derecho interno del Estado y, a pesar de la cláusula federal (artículo 28 de la Convención), busca definir como el Estado debe, de

acuerdo con su propia Constitución, superar las dificultades derivadas de su organización federal.

Con relación a la determinación de promover la persecución criminal, es relevante señalar que la Corte no declaró expresamente la invalidez de la aplicación de las normas internas que definen la prescripción criminal para los hechos apuntados. Así, no quedó totalmente claro con qué fundamentos podrá el Estado iniciar nuevas investigaciones o reabrir las que están cerradas, considerando que las acciones penales para los homicidios y los actos de violencia sexual ya habrían prescrito. Así, aunque fuera posible inferir que la Corte está afirmando en esta sentencia que su jurisprudencia sobre la imprescriptibilidad de la persecución criminal de graves violaciones de derechos humanos debe aplicarse, la ausencia de una declaración manifiesta de esa circunstancia dificulta, en el plan concreto, la implementación de la decisión. No sorprende, por ese motivo, que tanto el Estado como los peticionarios (CEJIL/ISER) hayan solicitado a la Corte una sentencia interpretativa sobre este punto.

Finalmente, la sentencia de la Corte estableció una serie de medidas administrativas y legislativas para la promoción de las garantías de no-repetición. La primera de estas dispone que el Estado debe publicar anualmente un informe oficial con los datos relativos a las muertes ocurridas durante operativos de la policía realizados en todos los estados del país. Dicho informe debe contener información actualizada anualmente sobre las investigaciones realizadas respecto a cada incidente resultante en la muerte de un civil o de un policía. Esta determinación busca incidir en la endémica impunidad que hay en Brasil en relación con las muertes de civiles como consecuencia de las incursiones policiales. En 2016, por ejemplo, estas incursiones han dejado un total de 4.222 víctimas fatales, de las cuales el 99% son hombres, el 76% de raza negra, y el 82% jóvenes entre 12 e 29 años. A pesar de la gravedad de esta situación, se estima que el nivel de esclarecimiento de los hechos es inferior al 1% (aunque no se tengan datos públicos precisos y confiables sobre la tasa efectiva de resolución de las investigaciones). Por este motivo, la determinación de la Corte incide positivamente en la dinámica de la impunidad, que tiene en la falta de transparencia sobre la investigación un elemento central.

La segunda medida de no-repetición tiene por objeto el traslado de la responsabilidad en las investigaciones de muertes, torturas o actos de violencia sexual derivadas de operativos de intervención policial. Así, la Corte ha dispuesto que el Estado debe establecer los mecanismos normativos necesarios para que, desde la notitia criminis, se encargue la investigación de este tipo de crímenes a un órgano independiente y diferente de la fuerza pública involucrada en el incidente, siempre que, prima facie, aparezca como posible imputado un miembro de las fuerzas policiales. El Tribunal estima que la investigación debe ser conducida por una autoridad judicial o por el Ministerio Público, asistido por personal policial, técnico administrativo y criminalista ajeno al cuerpo de seguridad al que pertenezca el posible imputado o imputados. En este punto, aunque la Corte haya afirmado que una autoridad judicial podría conducir la investigación, hay que considerar la adopción por Brasil del modelo acusatorio de persecución penal, lo cual es incompatible con el desempeño de actividades investigativas por el poder judicial e indica que, en ese caso, la investigación de los referidos crímenes deberá estar a cargo del Ministerio Público (la Fiscalía).

Además, la Corte estableció otras medidas de promoción de las garantías de no-repetición, tales como la recomendación de que el Estado de Rio de Janeiro establezca metas y políticas de reducción de la letalidad y violencia policial; y que el Estado implemente un programa o curso permanente y obligatorio sobre atención a mujeres víctimas de violencia sexual, dirigido a todos los niveles jerárquicos de las Policías Civil y Militar de Rio de Janeiro y a funcionarios de atención a la salud.

En plano legislativo, la sentencia de la Corte dispuso que Brasil debe alterar su Código Procesal Penal para permitir a las víctimas de delitos o sus familiares participar de manera formal y efectiva en la investigación de delitos realizada por la policía o el Ministerio Público. Finalmente, determinó que el Estado deje de utilizar en sus procedimientos de investigación o procesales el concepto de “oposición” o “resistencia” para cualificar muertes derivadas de la actuación policial. Para lo tanto, debe adoptar la expresión “lesión corporal u homicidio derivada de intervención policial”. Con eso, aunque sea sólo en el plano semántico, se atiende a una demanda específica de la de la sociedad civil brasileña, que durante

años viene defendiendo que este tipo de investigaciones no puede partir de un supuesto de que las muertes fueron inevitables y resultado de legítima defensa. Al contrario, esperase que se produzca una investigación de homicidio, aún que – al final – se determine que el agente actuó en legítima defensa propia o de terceros y, por tanto, se excluí su responsabilidad criminal personal.

### **Palabras de cierre**

En conclusión, la sentencia del Caso Favela Nova Brasília es un marco de suma importancia para la defensa de los derechos humanos vis a vis la violencia estatal en Brasil, la cual es dirigida sobre todo contra las camadas de la población que vive en favelas y periferias de las ciudades. El país asiste a un silencioso y persistente masacre de jóvenes negros masculinos y pobres, sea por las fuerzas policiales, sea por bandas criminales, sin que las autoridades públicas adopten medidas efectivas para reducir esa violencia. Aún que la Corte no tenga profundizado el rol y la responsabilidad de otras instituciones públicas en la violencia estatal (como requerido por los peticionarios y referido por algunos peritos), su decisión y especialmente las medidas de promoción de garantías de no-repetición que ha dispuesto crían una oportunidad de cambio en la actitud de las autoridades brasileñas. Sin embargo, este caso demandará un persistente seguimiento sobre o cumplimiento de la sentencia, pues algunas determinaciones seguramente sufrirán intensa resistencia de los aparatos estatales a que se refieren.

**DEBER DE INVESTIGAR. COSA JUZGADA.**  
**Corte IDH, Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua.**  
**Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.**  
**Sentencia de 25 de marzo de 2017.**  
**Serie C No. 334**

Aspectos Técnicos de la Implementación de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua

por MARÍA LUISA ACOSTA CASTELLÓN<sup>1</sup>

## **I. Resumen de la sentencia**

El Resumen Oficial del *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua* emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) expresa lo siguiente:

*El 25 de marzo de 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una Sentencia, mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Nicaragua por la violación de los derechos de acceso a la justicia, a la verdad, a las garantías judiciales y protección judicial [Artículos 8.1<sup>2</sup> y 25<sup>3</sup> en relación*

- 
1. Coordinadora del Centro de Asistencia Legal a Pueblos Indígenas (CALPI).
  2. Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH): “Garantías Judiciales. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.
  3. Artículo 25 de la CADH: “Protección Judicial. 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 Partes 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”.

*con el artículo 1.1<sup>4</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)], en perjuicio de la señora María Luisa Acosta Castellón, las señoras Ana María Vergara Acosta y María Leonor Valle Estrada (conocida como Leonor del Carmen Valle de García) y los señores Álvaro Aristides Vergara Acosta y Rodolfo García Solari, en razón de insuficiencias en la respuesta investigativa y judicial del Estado respecto del homicidio del señor Francisco García Valle, esposo de la señora Acosta Castellón, ocurrido el 8 de abril de 2002 en Bluefields, Nicaragua. En este sentido, si bien fueron condenadas dos personas como autores materiales del homicidio, el Estado no investigó diligentemente, a través de las autoridades judiciales, la hipótesis de participación de dos personas como autores intelectuales del homicidio como represalia a las actividades de la señora Acosta de defensa de derechos de los pueblos indígenas en la Costa Caribe de Nicaragua. El juez a cargo de la investigación dictó un sobreseimiento definitivo a favor de esas personas a poco más de un mes de ocurrido el homicidio, sin que se hubiesen agotado las diligencias investigativas pertinentes, decisión que fue sostenida por las instancias superiores. Además, el Estado fue declarado responsable por la violación de los derechos a la integridad psíquica y moral, de acceso a la justicia, de defensa<sup>5</sup>, a la presunción de inocencia, a ser oída por jueces im-*

- 
4. Artículo 1.1 de la CADH: “Obligación de Respetar los Derechos. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.
  5. En este caso, la Corte considera que el efecto de las obstaculizaciones señaladas fue haber mantenido a la señora Acosta y a su representante fuera de toda la etapa de instrucción, etapa en la que debía producirse prueba, por lo cual es insostenible que la falta de presentación oportuna de prueba fuese atribuible a la presunta víctima. Eso ocurrió porque el juez cambió su calidad de ofendida a imputada, lo cual, sumado a la decisión de no permitir la intervención de su representante legal, significó que ella no pudo participar como parte ofendida ni, por ende, presentar acusación y solicitar pruebas. Tampoco consta en la motivación de alguna de las decisiones del juez que la imposibilidad de participar como ofendida en el proceso se fundamentara en el cambio de calidad a imputada. De todos modos, su participación como imputada también fue obstaculizada por el juez, pues no aseguró el ejercicio de su derecho de defensa en las circunstancias que conoció y la juzgó en ausencia, por lo cual tampoco pudo solicitar que se evacuaran pruebas en esta calidad. En definitiva, el juez no le permitió participar eficazmente en el proceso sino hasta que aceptó la intervención de su representación legal, en el momento mismo en que se extinguía

*parciales<sup>6</sup> y a las garantías judiciales [Artículos 5.1,<sup>7</sup> 8.1 y 8.2<sup>8</sup> en relación con el artículo 1.1 de la CADH], en perjuicio de la señora Acosta Castellón.*

- 
- la posibilidad de solicitar pruebas con el cierre de la instrucción respecto de las personas señaladas como autores intelectuales, es decir, cuando dictó un sobreseimiento definitivo a su favor. Sentencia de la Corte IDH en el Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334. Párr. 154. El texto completo de la Sentencia está disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>
6. El juez de distrito del crimen de la ciudad de Bluefields, licenciado Julio Acuña Cambroner, afirmó que la señora María Luisa Acosta, en el juicio que se le sigue a Iván Argüello Rivera, por el asesinato perpetrado en contra de su esposo Francisco García Valle, declaró que una de las personas que dio muerte a su marido se había cortado el dedo, lo tenía vendado, que sabía quién era y que lo tenía localizado. “Esta declaración de María Luisa Acosta perfectamente encuadra en señalarla como encubridora del asesinato de su esposo, e incluso la misma fiscalía le preguntó por qué no había dado esa información, y ella respondió que eso no era de su incumbencia”, afirmó el juez Acuña. “Yo no entiendo cómo a ella, como parte ofendida, no le interesa dar con el paradero del supuesto hechor del crimen”, se preguntó el juez... Julio Acuña Cambroner aseguró a LA PRENSA que inicialmente citó a María Luisa Acosta para que viniera a aclarar las situaciones que se están planteando, sin embargo, ella ha hecho caso omiso de las citatorias que se le han girado. “La licenciada Acosta no me dejó otra opción que hacer uso de la fuerza pública, porque aquí nadie está exento de comparecer ante el llamamiento que le hace un juez, todos estamos obligados a comparecer, excepto algunos que claramente señala la ley”, manifestó. “Juez Acuña llamado por la Comisión Disciplinaria de la CSJ”, diario La Prensa, 12 de mayo de 2002. Disponible en: <http://www.laprensa.com.ni/2002/05/12/nacionales/862313-juez-acua-llamado-por-la-comisin-disciplinaria-de-la-csj>
  7. Artículo 5.1 de la CADH: “Derecho a la Integridad Personal. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.
  8. Artículo 8.2 de la CADH: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección ... e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;... y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

## 1. El Contenido de la Sentencia

La Corte IDH en el *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua* declara en la sentencia del 25 de marzo de 2017, por unanimidad, que:

*Con respecto a las reparaciones, la Corte estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado:*

- *i) adoptar las medidas necesarias para que el hecho del homicidio[del señor Francisco José García Valle] no quede en impunidad y se restituyan adecuadamente los derechos de acceso a la justicia y a la verdad de las víctimas<sup>9</sup>;*
- *ii) publicar la Sentencia de la Corte Interamericana y su resumen oficial [en el plazo de 6 meses en el diario oficial y en un diario de circulación nacional; y la Sentencia disponible por 1 año los sitios web: del Poder Judicial, de la Procuraduría General de la Republica, de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y del Ministerio Público];<sup>10</sup>*
- *iii) elaborar mecanismos de protección y protocolos de investigación para casos de situaciones de riesgo, amenazas y agresiones de defensoras y defensores de derechos humanos;<sup>11</sup> y*
- *iv) pagar las cantidades fijadas en la Sentencia por concepto de daños materiales e inmateriales y por reintegro de costas y gastos.<sup>12</sup>*

---

9. Ver *Infra*, III. La Jurisprudencia de la Corte IDH sobre la cosa juzgada fraudulenta y el ne bis in idem y su aplicación en el caso *Acosta y otros vs. Nicaragua*. [pág. 10](#).

10. La Corte dispone, como lo ha hecho en otros casos, que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el diario oficial en un tamaño de letra legible y adecuado; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación a nivel nacional en un tamaño de letra legible y adecuado; y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible al menos por un período de un año, en un sitio web oficial del Poder Judicial; de la Procuraduría General de la Republica; de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y del Ministerio Público, de manera accesible al público. Cfr. Corte IDH. *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*. *supra*, párr. 218.

11. Ver también, *infra*: 3. Garantía de No Repetición: Mecanismo de Protección y Protocolo de Investigación. Pág. 15.

12. Resumen Oficial Emitido por La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pág. 7. Ver también *infra*: 2. El Deber de Reparar del Estado: Pago de Indemnizaciones. Pág. 14.

## 2. Plazos y Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia

Existe un mecanismo de supervisión de sentencias por parte de la misma Corte IDH según lo establece el Artículo 69 de su Reglamento Interno, de la manera siguiente:

*La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia.*<sup>13</sup>

En el *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, el Estado deberá rendir un informe a la Corte IDH en el plazo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la Sentencia, realizada el 28 de abril de 2017; el Informe deberá contener cuáles son los órganos, instituciones o autoridades estatales encargadas o responsables de implementar cada una de las medidas de reparación ordenadas, y un cronograma de trabajo hasta el total cumplimiento de la Sentencia.

Y, dentro del plazo de un (1) año contado también a partir de la fecha de notificación de la Sentencia, el Estado deberá rendir otro informe a la Corte IDH sobre las medidas ya adoptadas a esa fecha para cumplir con la Sentencia.

Además, la Corte IDH ejerce la supervisión de sus propias sentencias hasta que estas se hayan cumplido a cabalidad, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 69 de su Reglamento Interno de Corte IDH, de la manera siguiente:

*...La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], y dará por*

---

13. Reglamento Interno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aprobada por La Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

*concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia.*

## I. El ordenamiento legal e institucional interno

El ordenamiento jurídico nicaragüense expresamente establece la preeminencia de los derechos humanos en la Constitución Política de Nicaragua; y ademan de manera explícita otorga rango constitucional a la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) emitida por la Organización de Estados Americanos (OEA).

### 1. La Preeminencia de los Derechos Humanos en la Constitución Política de la República de Nicaragua

En el preámbulo de la Constitución Política de Nicaragua se establece: *...”el respeto absoluto de los derechos humanos”...* lo que se reitera en los artículos Arto. 5 Párr. 1, 8 y 9, Arto. 6 del mismo cuerpo de leyes de la manera siguiente:

*Son principios de la nación nicaragüense Artículo,...el respeto a la dignidad de la persona humana... Nicaragua fundamenta sus relaciones internacionales en la amistad, complementariedad y solidaridad entre los pueblos y la reciprocidad entre los Estados... Reconoce el principio de la solución pacífica de las controversias internacionales por los medios que ofrece el derecho internacional...Nicaragua se adhiere a los principios que conforman el Derechos Internacional Americano reconocido y Ratificado soberanamente (Cn. Arto. 5 Párr. 1, 8 y 9) (énfasis adherido).*

*...Se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho que promueve como valores superiores la dignificación del pueblo a través de su ordenamiento jurídico...y en general la preeminencia de los Derechos Humanos (Cn. Arto. 6) (énfasis adherido).*

## 2. La Incorporación de los Derechos Consignados en la CADH a la Constitución Política de la Republica de Nicaragua

Así mismo la Constitución Política de la Republica de Nicaragua expresamente otorga rango constitucional *a los derechos consignados en la CADH*, en los artículos constitucionales 46 y 138 numeral 12 párr. 2, de la manera siguiente:

***En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción, y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (Cn. Arto. 46) (énfasis adherido).***

Sin embargo, el artículo 182 establece: *La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, decretos, reglamentos, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones.* Por lo que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, ha interpretado que los tratados sobre derechos humanos mencionados en el artículo 46 constitucional, entre otros la CADH, están reconocidos como de rango constitucional.<sup>14</sup> De ese modo, se entiende que los tratados, convenciones y las declaraciones sobre derechos humanos deben exceptuarse del régimen de jerarquía previsto en el 182; ya que la alusión a los tratados internacionales en tal disposición aplica a tratados de naturaleza distinta a los tratados de derechos humanos.

---

14. Véase las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, No. 57/2010, del día dos de marzo del año dos mil diez a las doce y treinta minutos de la tarde, considerando 3; y Sentencia No. 78/2010, del día diez de marzo del año dos mil diez, a las cuatro y diez minutos de la tarde, considerando 3.

En ese escenario, se considera que en el supuesto de antinomias entre disposiciones de la CADH y la Constitución Política, por ejemplo; la excepción a la cláusula de jerarquía normativa a la que se refiere el artículo 180 es aplicable en virtud del principio *pro homine*, reconocido implícitamente en el Arto. 5 de la Constitución Política de Nicaragua; y de la misma manera la CADH termina imponiéndose sobre la Constitución, por brindar una mayor protección que la reconocida constitucionalmente.

Así mismo, la CADH impone efectos legales para el Estado, *dentro y fuera de Nicaragua* a partir de la ratificación de esta, por el Estado el 25 de septiembre de 1979; y cuya suscripción se había realizado desde el 22 de noviembre de 1969. A este respecto la Constitución Política de Nicaragua establece:

*La aprobación legislativa [de tratados u otros instrumentos internacionales] les conferirá efectos legales, dentro y fuera de Nicaragua, una vez que hayan entrado en vigencia internacionalmente... (Cn. Arto 138 numeral 12 párr. 2).*

### 3. El Reconocimiento del Estado de la Competencia de la Corte IDH

La OEA, con su concierto de naciones conformada por los estados del hemisferio americano, incluyendo a Nicaragua, muestra el compromiso de sus Estados miembros para promover y proteger los derechos humanos de los ciudadanos de la región; por medio de la creación del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos reflejado principalmente, aunque no limitado a, la normativa consignada en la CADH <sup>15</sup>; y consecuentemente al establecer a la Comisión Interameri-

---

15. El punto de partida y base del Sistema Interamericano lo constituye la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y Convención Americana de Derechos Humanos (1969); también forman parte del mismo: La Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura (1987); El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte (1990); El Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará) (1994); La Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (1994); La Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la persona con discapacidad (1999), entre otras, ya que en caso de pueblos indígenas y afro descendientes la Corte IDH ha aplicado reiteradamente El Convenio 160 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989); La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016).

cana de Derechos Humanos (CIDH) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como los dos órganos de supervisión y control, o tutela, de la observancia de la normativa contenida en la CADH.

Así mismo, el Estado nicaragüense realizó expresamente el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH el 12 de febrero de 1991 al presentar en la Secretaria General de la OEA el instrumento por medio del cual declaró:

*I. El Gobierno de Nicaragua reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62, inciso I de la misma.*

#### **4. La Competencia Contenciosa de la Corte IDH**

Así, el Estado de Nicaragua se comprometió internacionalmente a cumplir con las decisiones de la Corte IDH en todos los casos en que este fuera Parte, y de esta manera haciéndolas vinculantes; fallos que además por su naturaleza son definitivos e inapelables, por lo que contra ellos no procede ningún medio de impugnación; según lo establecen el Artículo 68, numeral 1, y el Artículo 67, de la CADH; así como el Arto 31 numeral 3 del Reglamento de la Corte IDH.<sup>16</sup>

Por lo que la Corte IDH tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que le sea sometido, siempre que los Estados que sean partes en el caso, hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, según lo establece el Arto. 62 numeral 3 de la CADH.

A este respecto la doctrinantes latinoamericanos y europeos han expresado:

*La Corte IDH ha sido dotada de facultades y atribuciones necesarias, para desarrollar sus funciones de protección y garantía de los derechos humanos. Esto se complementa con que los esta-*

---

16. Ver supra nota 12.

*dos, al aceptar su jurisdicción, se comprometen a dejar de lado los principios como el de la soberanía nacional o de rechazo a las injerencias externas en los asuntos internos, aceptando que la Corte IDH investigue la situación interna a través de un proceso de naturaleza jurisdiccional, además de cumplir con el fallo.<sup>17</sup>*

*Así mismo, las sentencias de la Corte IDH contienen medidas de reparación, tendientes a hacer desaparecer las lesiones materiales e inmateriales causadas por las violaciones cometidas, medidas de satisfacción y garantías de no repetición para las víctimas, establecidas por la CADH, Artto. 63 numeral 1, de la manera siguiente:*

*Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención [CADH], la Corte [IDH] dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos...*

La Corte IDH desde su jurisprudencia temprana en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* releva el contenido de la obligación de garantizar los distintos derechos humanos y libertades fundamentales establecidos en el artículo 1.1. de la CADH por parte de los Estados, cuando expresa:

*La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes 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 sancio-***

---

17. Méndez Silva, Ricardo. El vaso medio lleno, La declaración Universal de los Derechos Humanos, en Fix Zamudio, Héctor. Coordinador. “México, las declaraciones de Derechos Humanos”. México, UNAM. Cor te Interamericana de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, P.51 y 57. Y Carbonell, José Carlos La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura funcionamiento y jurisprudencia. Instituto Europeo de Derecho. 2003, Barcelona, España. P.19

*nar toda violación de derechos...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 (énfasis adherido).<sup>18</sup>*

Estableciendo además la Corte IDH, en los casos de la *Comunidad Mayangna (sumo) de Awas Tingni Vs. Nicaragua*,<sup>19</sup> *Ximens López Vs. Brasil y Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, que las violaciones a los derechos humanos pueden producirse tanto por acción, como por omisión; y ser realizadas por agentes estatales de cualquier poder del Estado, o incluso por particulares, cuando estos actúen con complacencia o tolerancia estatal.<sup>20</sup>

Con respecto a la implementación de las sentencias de la Corte IDH, en el caso del Estado de Costa Rica este ha ido más allá, cuando en el acuerdo de sede con la Corte IDH dispone que las resoluciones que emita la Corte IDH tendrán el mismo efecto que las emitidas por el Poder Judicial costarricense, debiéndose solo comunicar esto a las autoridades administrativas y judiciales.<sup>21</sup>

## 5. Aplicación de la Jurisprudencia de la Corte IDH

Así mismo, cuando un Estado es demandado por violaciones a los derechos reconocidos en la CADH u otro tratado interamericano también aceptado y ratificado por un Estado, pasa a ser examinado a la luz de la normativa interamericana; y debido a la naturaleza subsidiaria del sistema de garantía interamericano, está implícito el requisito del agotamiento

---

18. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

19. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf)

20. Corte IDH. Caso Ximens López Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 85; Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 113.

21. Centro de Justicia y Derecho Internacional (CEJIL). Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia Normativa y Experiencias Nacionales. CEJIL. San José, Costa Rica.2007. Pág. 73.

previo de los recursos internos<sup>22</sup>. Y así como un Tribunal Constitucional en el derecho interno tiene como parámetro de control judicial la Constitución Política, la Corte IDH examina la compatibilidad de la legislación interna y actos impugnados con el estándar fijado en la CADH, los demás tratados interamericanos y su jurisprudencia. *Los actos y disposiciones enjuiciables ante la Corte IDH pueden ser resoluciones y actos administrativos y cualquier disposición del derecho interno, inclusive la misma Constitución Política, cuando contravienen el sentido y objeto del tratado*. De acuerdo con los criterios interamericanos la expresión “*leyes internas*” del artículo 64.2 de la CADH incluye además las propias constituciones políticas (Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 21).

Cuando los Estados Parte de la CADH, como en este caso Nicaragua, aceptan la competencia contenciosa de la Corte IDH también consideran su jurisprudencia como la manera de interpretar de la normativa y aplicación de la CADH. Así mismo, a lo largo de todo el continente americano principalmente los jueces y tribunales hacen referencia a las obligaciones que contraen los Estados por medio de la ratificación de la CADH; y consecuentemente, consideran la jurisprudencia y la doctrina del Sistema Interamericano como fuente de derecho<sup>23</sup> al momento de aplicar la normativa nacional, por Ejemplo; México a raíz de la sentencia de la Corte IDH en *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*<sup>24</sup> para el ordenamiento interno establece:

*...la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, así como la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Rosendo Radilla Pacheco, ha determinado la obligación de las autoridades de realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad ex officio, entendidos como la facultad/obligación de considerar las normas de derechos humanos reconocidas tanto por la Constitución, como por*

---

22. Arto.46.1.a de la CADH.

23. La Corte IDH también tiene la potestad de emitir Opiniones Consultivas a solicitud de los Estados miembros de la OEA sobre la interpretación de la CADH u otros tratados de derechos humanos; así como, opinar acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. Según lo establece el Artículo 64 de la CADH.

24. Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

*los instrumentos internacionales ratificados por México... En síntesis, las autoridades deben adecuar su praxis a los instrumentos internacionales atendiendo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Al respecto, al Poder Judicial de la Federación le corresponde la doble función de restituir a las personas en el ejercicio de sus derechos cuando les son violentados y garantizar un acceso pleno a la justicia, respetando todos los derechos procesales, como medio fundamental para la exigibilidad de los derechos humanos (énfasis adherido).*

A diferencia del control jurisdiccional ejercido por la Corte IDH, los jueces internos o la autoridad legitimada para aplicarlo no siempre tiene claro los contornos de tal actividad, ya que el “*control de convencionalidad*” no aparece expresamente en la CADH siendo más bien producto de la interpretación jurisprudencial que se deriva de las obligaciones genéricas contraídas por los Estados con la CADH (Arto. 1.1<sup>25</sup> y 2<sup>26</sup>), como el principio de *buena fe* consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados<sup>27</sup>, la obligatoriedad de sus sentencias (Arto.68.1 CADH) y la imposibilidad de los Estados de alegar razones de orden interno para no cumplir con sus compromisos, también contenido en el 27 de la Convención de Viena.<sup>28</sup>

---

25. Ver supra nota 3.

26. Artículo 2 de la CADH: “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

27. Corte IDH. Caso Gómez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 176.

28. Para mayor ilustración ver: Juan Carlos Hitters. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)” Estudios Constitucionales, Año 7, N°2, 2009, pp. 109-128, ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/37519201/Control-de-Convencionalidad>

## 6. Los Casos Contenciosos ante la Corte IDH en que ha intervenido el Estado de Nicaragua

Así mismo, el Estado de Nicaragua a la fecha ha sido parte contenciosa en cuatro ocasiones ante la Corte IDH, y en todos los casos las sentencias mediante las cuales se le declaró responsable internacionalmente al Estado, han estado entre otros, relacionadas con violaciones a los artículos 8<sup>29</sup> y 25<sup>30</sup> de la CADH que consagran los derechos a: *las garantías judiciales y la protección judicial*.

Los tres casos anteriores *al caso Acosta y otros*, han sido el primero: *el Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua* (1997)<sup>31</sup>; el segundo: *el Caso de la Comunidad Indígena Mayangna (sumo) de Awas Tingni Vs. Nicaragua* (2001)<sup>32</sup> cuyo cabal cumplimiento de la sentencia emitido por La Corte

---

29. Ver numerales 1 y 2 del artículo 8 de la CADH supra notas 1 y 7; el reto el artículo establece: “8.3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 8.4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 8.5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

30. Ver supra nota 2.

31. El caso versa sobre el asesinato del joven Jean Paul Genie Lacayo de 16 años de edad, residente de la ciudad de Managua, quien a las 20:35 horas del 28 de octubre de 1990 se dirigía en automóvil a su domicilio y mientras iba manejando en la carretera a Masaya, entre los kilómetros 7 y 8 se encontró de frente con una caravana de vehículos manejados por soldados militares que circulaban por la misma, y éstos al ver que Jean Paul los trataba de sobrepasar, le dispararon, y herido de gravedad fue abandonado en la carretera donde murió de shock hipovolémico, por la hemorragia. Según las investigaciones realizadas por las autoridades de Nicaragua, el automóvil del joven Jean Paul, fue ametrallado y en el lugar de los hechos se encontraron 51 casquillos de bala de fusiles AK-47. Y de acuerdo con el informe de los peritos de balística, el automóvil presentaba diecinueve impactos de bala, y el informe reportaba que tres disparos fueron hechos a corta distancia, cuando el automóvil ya estaba detenido. La demanda fue presentada a la Comisión Interamericana de Derechos el 15 de febrero de 1991, y después del respectivo análisis, resuelve que los agentes del Gobierno de Nicaragua, actuando bajo la investidura de la función pública, realizaron acciones que causaron denegación de justicia, entre las que cabe mencionar, la desaparición de elementos probatorios, la desobediencia de testigos militares a comparecer y declarar ante el Juez Séptimo del Distrito del Crimen de Managua, la no tramitación del proceso interno, dentro de un límite razonable de tiempo y la aplicación de normas contrarias al objeto y fin de la CADH, como los Decretos 591 y 600, referentes a la Ley de Organización de la Auditoría Militar y Procedimiento Penal Militar, y a la Ley Provisional de los Delitos Militares. Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No 30. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_30\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf) Para mayor información ver también. Clara Castillo Lara. Denegación de justicia: Razonamiento sociojurídico Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa ISSN 2007 – 8412.

32. Cfr. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, supra nota 18.

IDH ha sido determinante en el establecimiento de la política pública de tierras indígenas para la Costa Caribe, y para la aprobación de la Ley 445, *Ley de Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco Indio y Maíz*<sup>33</sup>, instrumento legal con el que se realizó la titulación de los territorios indígenas y de afrodescendientes de la Costa Caribe de Nicaragua entre los años de 2005 y 2016; posesionando a Nicaragua como “*pionera en la restitución de derechos de los pueblos indígenas*”<sup>34</sup>

Y el tercero: el caso *YATAMA Vs. Nicaragua* (2005)<sup>35</sup>, cuyo cumplimiento de la sentencia ha sido parcial, al haber pagado el Estado las indemnizaciones a las víctimas, pero al no haber todavía cumplido con las otras obligaciones establecidas por la Corte IDH; tales como adecuar la Constitución Política y la Ley Electoral a las carestías de los pueblos indígenas para asegurar su igual protección ante la Ley<sup>36</sup>; por lo que el caso aún se encuentra bajo supervisión de cumplimiento de la Sentencia por la Corte IDH.<sup>37</sup>

---

33. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 16 del 23 de enero de 2003.

34. Nicaragua: pionera en la restitución de derechos de los pueblos indígenas. Disponible en: <http://www.pgr.gob.ni/index.php/54-noticias/1483-nicaragua-pionera-en-la-restitucion-de-derechos-de-los-pueblos-indigenas>

35. Corte IDH. Caso YATAMA Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf). Para mayor ilustración ver: El control supra-constitucional de las leyes en Nicaragua. Una mirada desde la sentencia Yatama vs. Nicaragua. Byron G. Cárdenas Velásquez, Universidad Autónoma de Barcelona, España. Fecha de recibido: 06 de febrero de 2015/ Fecha de aprobación: 11 de mayo 2015. ISSN 1993-4505 / No. 18, 2015 / páginas 57 – 86.

36. La Corte IDH estableció una serie de medidas de reparación, entre las cuales sobresalen las de carácter positivo destinadas a evitar la repetición de los hechos tales como adoptar las medidas legales para compatibilizar las disposiciones de la Ley Electoral y la Constitución Política de Nicaragua con la CADH en dos sentidos. Primero, estableció el deber del Estado de “establecer un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita controlar las decisiones del [CSE]” (Yatama Vs. Nicaragua, punto resolutive 9). Segundo, la Corte IDH estimó necesario que se adecuaran los requisitos establecidos en la Ley Electoral, adoptando las “medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática” (Yatama Vs. Nicaragua, párr.259). En otras palabras, esto equivalía a reformar el requisito para conformar partidos políticos y participar en los procesos electorales, también exigió a las organizaciones políticas indígenas; y compatibilizar el artículo 71 la Ley Electoral con el 5 constitucional.

37. Sin embargo, respecto al cumplimiento de la sentencia Yatama, el Estado se ha mostrado reticente a cumplir la sentencia e, incluso, a atender la obligación de informar sobre el proceso mismo de implementación. Por ello que en la última resolución sobre la supervisión del cumplimiento de la sentencia, la Corte IDH recordase al Estado de Nicaragua que desde el 6 de diciembre de

### III. La jurisprudencia de la Corte IDH sobre la cosa juzgada fraudulenta y el ne bis in idem y su aplicación en el caso Acosta y otros Vs Nicaragua.

La Corte IDH en el *caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, decide por la unanimidad de sus integrantes, establecer que el Estado nicaragüense debe adoptar las medidas necesarias para que el asesinato del señor Francisco José García Valle no quede en impunidad, y se restituyan adecuadamente *los derechos de acceso a la justicia y a la verdad* de sus familiares. La Corte IDH en su razonamiento y establece:

*En este caso se ha alegado que existe una situación de impunidad parcial respecto de determinados hechos o conductas que pudieran tener carácter delictivo, por la participación tanto de un supuesto tercer autor material o encubridor como de autores intelectuales del homicidio del señor García Valle, lo cual ameritaría continuar investigaciones para identificarlos, juzgarlos y eventualmente sancionarlos, así como la apertura de procedimientos disciplinarios y de otra índole que sean necesarios para sancionar las irregularidades y omisiones cometidas en el proceso judicial. Lo anterior tendría fundamento en la existencia de “cosa juzgada fraudulenta”, según alegaron la Comisión y las representantes, particularmente por la existencia de un irregular sobreseimiento definitivo que benefició a dos personas señaladas como autores intelectuales en el marco del proceso penal (énfasis adherido).<sup>38</sup>*

***La Corte ha constatado el dictado de un sobreseimiento ilícito, toda vez que tuvo por objeto lograr la impunidad de personas determinadas. A diferencia de lo decidido por la Corte en el caso Valencia Hinojosa vs.***

---

2008 no ha presentado las observaciones sobre las medidas adoptadas para cumplir con la sentencia, ni ha acudido a las audiencias privadas, pese a las múltiples prórrogas concedidas por el tribunal. Resolución de la Corte IDH sobre la supervisión de cumplimiento de sentencia Yatama vs. Nicaragua, de 22 de Agosto de 2013, Considerando No.13. Corte Interamericana de Derechos Humanos ordena al Estado de Nicaragua cumplir con sentencia. CEJIL. Managua, 14 de junio de 2010. Disponible en: <https://cejil.org/comunicados/corte-interamericana-de-derechos-humanos-ordena-al-estado-de-nicaragua-cumplir-con-sente>

38. Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, supra, párr. 215.

*Ecuador*<sup>39</sup>, no se trata en este caso de un defecto procesal o de forma y menos aún de una mera negligencia procesal que, por grave que fuese, no autoriza el desconocimiento del principio garantizador de respeto a la cosa juzgada. En este caso, la Corte constata directamente un acto ilícito deliberadamente dirigido a provocar una apariencia de extinción de la acción penal, o sea que, en definitiva, se trata de una mera apariencia de cosa juzgada<sup>40</sup>. Una conducta ilícita dolosa nunca puede ser relevada jurídicamente como un acto procesal de extinción de la acción penal, pues conforme a una interpretación racional y no contradictoria de cualquier orden jurídico, a un eventual ilícito penal no puede reconocérsele el carácter de un obstáculo de derecho a la persecución de otro hecho de igual naturaleza. Por ende, corresponde resolver que no se considera extinguida la acción penal contra PT y PMF [Peter Tsokos y Peter Martínez Fox] en razón del ilícito sobreseimiento de fecha 13 de mayo de 2002. En consecuencia, en el presente caso, y dadas las particularidades del mismo, el Estado no computará, en el término de la prescripción de la acción penal, el tiempo durante el cual se ha considerado extinguida (énfasis adherido).<sup>41</sup>

Ya la Corte IDH en sostenida y reiterada jurisprudencia ha dicho que los Estados tienen la obligación de investigar y que esta obligación “*debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa*”<sup>42</sup>. Como ocurrió en el *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, con respecto de los señores Peter Tsokos y Peter Martínez Fox.

Después de analizar los hechos del *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, la Corte IDH basa la Sentencia en su reiterada jurisprudencia de

---

39. Corte IDH. Caso Valencia Hinojosa Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de Noviembre de 2016. Serie C No.327, supra, párrs. 155 y 156.

40. En similar sentido, Corte IDH. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117, párr. 131; Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 154. Y Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 195.

41. Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, supra, párr. 216

42. Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, supra, párr. 177.

casos similares, tales como el *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Chile* en los que acogiendo el desarrollo de la legislación internacional, de la Organización de Naciones Unidas, específicamente en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, han establecido expresamente el examen de la llamada “*cosa juzgada fraudulenta*” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad<sup>43</sup>; así como ocurrió en el *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*.

Y así, es como otro elemento del derecho internacional consuetudinario se nutre del Derecho Internacional Humanitario, y la Corte IDH en sostenida jurisprudencia ha señalado que: “*La prescripción de la acción penal es inadmisibile e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional*”<sup>44</sup>. Por lo la Corte IDH apoyándose en la sentencia del *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, decide el *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, y expresa:

*En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.*<sup>45</sup> Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas

43. Cfr. *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Chile*, supra, párr. 131.

44. Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros VS. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costa. Sentencia del 22 de noviembre de 2007. Serie C 171, supra, párr. 111.

45. O.N.U., Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, art. 20; Arto 20 numeral 3.- *Cosa juzgada*....La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón

*produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta” (énfasis adherido).*<sup>46</sup>

*Por otro lado, esta Corte considera que si **aparecen nuevos hechos o pruebas** que puedan permitir la determinación de **los responsables de violaciones a los derechos humanos**, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, **pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada**, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de **la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in ídem** (énfasis adherido).*<sup>47</sup>

De la misma manera en jurisprudencia en el *Caso Nadege Dorzema y otros, Vs. República Dominicana*<sup>48</sup>, también fundamenta el *Caso Acosta y otros* cuando la Corte IDH instituye:

*Por otro lado, la Corte recuerda que el principio de “cosa juzgada” implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este*

---

*de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S/Res/827, 1993, Art. 10 numeral 2.- **Non bis in ídem...** 2. **Quienquiera haya sido convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario no puede ser subsecuentemente llevado ante el Tribunal Internacional, excepto si: a) El hecho por el cual ha sido juzgado estaba calificado como crimen de derecho común; ó b) La jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente; la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella era sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional; o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente. Y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, Art. 9. Artículo 9 numeral 2.- **Cosa juzgada...** 2. **Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal para Ruanda solamente si: a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.*****

46. Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros, Vs. Chile, supra, párr. 131.

47. Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra, párr. 154.

48. Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 195.

*Tribunal en la materia.*<sup>49</sup> **Específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, la Corte ha precisado que el principio *ne bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, y sustrae al acusado de su responsabilidad penal, no es instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o cuando no hay la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia (énfasis adherido).**<sup>50</sup>

Por lo que el razonamiento de la Corte IDH, en la Sentencia del *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, basándose en su propia jurisprudencia establece que debido a que los miembros del sistema judicial nicaragüense involucrados en el *Caso Acosta y otros* pretendieron aprovecharse del propio dolo, mediante la extralimitación de funciones judiciales que por su gravedad fueron verdaderas usurpaciones; lo que también constituye un obstáculo para los derechos de acceso a la justicia y a la verdad de las víctimas como base de un necesario reconocimiento social, y como parte de un legítimo proceso de justicia penal, de reparaciones y de justicia restaurativa; entendida esta última como la que busca asegurar la dignidad y los derechos conculcados de quienes han sido marginados y excluidos por el Estado. Por lo que la Sentencia da al Estado de Nicaragua la oportunidad de avanzar con el fin último de abonar a la construcción de una sociedad más justa y la administración de justicia más profesional; respetando los estándares internacionales asumidos por el Estado al suscribir y ratificar la CADH.

Así mismo, la Corte IDH establece en la Sentencia del *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua* que: ***El Estado debe adoptar las medidas necesarias para que el hecho no quede en impunidad y se restituyan adecuadamente los derechos de acceso a la justicia y a la verdad de las víctimas (énfasis adherido).***<sup>51</sup>

---

49. Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Chile, supra, párrs. 131 y 132; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra, párr. 154, y Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Serie C 163, párr. 197

50. Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra, párr. 154.

51. Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, supra, párr. 216.

## 1. Los Efectos de la Sentencia en el Sistema de Administración de Justicia de Nicaragua

En el *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua* la Corte IDH establece específicamente que los señores Tsokos y Martínez sean objeto de investigación por parte del Ministerio Público, y de las demás entidades competentes, con relación al asesinato del señor Francisco José García Valle; ya que la Sentencia en este caso mandata reparar los derechos violados a las víctimas, familiares del señor García Valle; dando así cumplimiento al deber del *Estado de proteger a las víctimas de delito*, proveyéndoles en este caso con tal investigación, como una forma *de reparar las consecuencias de la situación que ha configurado la vulneración de sus derechos*; y eventualmente proveerles con una *tutela judicial efectiva... ser tenidos como parte de los juicios desde el inicio de los mismos y en todas sus instancias... El Estado protegerá a las víctimas de delito*, como lo establece la Constitución Política de la República de Nicaragua (Cn. Arto 34 numeral 11 párr. 2, 3 y 4), Y de la misma manera la CADH instituye:

*Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá ...si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos...* (CADH, Arto. 63 numeral 1).

En esa misma línea de pensamiento la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua* expresa:

*“Por ende, corresponde [a la Corte IDH] resolver que no se considere extinguida la acción penal contra PT y PMF... El Estado debe adoptar las medidas necesarias para que el hecho no quede en impunidad y se restituyan adecuadamente los derechos de acceso a la justicia y a la verdad de las víctimas”.*<sup>52</sup>

Lo que debe ser cumplido iniciando el Estado de Nicaragua, por medio del Ministerio Público, con la realización de la investigación correspondiente sobre las autorías intelectuales, materiales y de cooperadores necesarios, aún pendientes en el asesinato del señor Francisco José García Valle.

---

52. Ibidem.

Por lo que la garantía constitucional que establece que: “*Toda persona en un proceso tiene derecho...A no ser procesado nuevamente por el delito el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme [ne bis in idem ]* (Cn. Arto 34 numeral 10) ...” no es una garantía absoluta y encuentra sus limitaciones en el presente caso para los señores Peter Tsokos y Peter Martínez Fox, en virtud que la sentencia en el *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, instituye que el sobreseimiento de fecha 13 de mayo de 2002 en favor de estos señores es “*irregular o ilícito*”, al no haberse emitido en observancia del debido proceso legal y por ende no se puede considerar una *sentencia firme*, que cree la prescripción de la acción penal en el ordenamiento jurídico nicaragüense; lo que la Corte IDH ha determinado después de haberse sostenido un proceso contencioso, en el que el Estado ha sido Parte, hasta llegar a una sentencia *vinculante, irreversible e inapelable*, dando la oportunidad al Estado de *restituir adecuadamente los derechos de acceso a la justicia y a la verdad de las víctimas*.

Así mismo, cualquier norma o medida de orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la Convención.<sup>53</sup>

## 2. El Deber de Reparar del Estado: Pago de Indemnizaciones

El Deber de reparar del Estado por medio del pago de indemnizaciones por concepto de daños materiales e inmateriales y por reintegro de costas y gastos, lo encontramos tanto en la CADH como en la Constitución Política de la Republica de Nicaragua y La CADH. Consistentemente con lo antes expuesto, la Constitución Política de Nicaragua también establece: *El Estado protegerá a las víctimas de delito y procurara que se reparen los daños causados...* (Cn. Arto 34 numeral 11 párr. 2).

---

53. Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, supra, párr. 163; Cfr. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 50.

*El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses...El Estado exigirá las responsabilidades legales correspondientes a los funcionarios o empleados públicos causantes de la lesión. Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución...en el desempeño de sus funciones (Cn. Arto. 131, numeral 6) (énfasis adherido).*

Así mismo, la CADH a este respecto establece:

*Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá... el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (CADH, Arto. 63 numeral 1)*

De la misma manera, *La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*, según lo establece el Arto. 68, párr. 2, de la CADH (énfasis adherido).

En el *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua* la Corte IDH específicamente estableció que el Estado debe reparar los daños causados por la falta de investigación del asesinato del señor Francisco José García Valle por medio de una nueva investigación hasta llegar a la verdad de los hechos. Además, pagar las cantidades fijadas en los párrafos 234<sup>54,55</sup>,

---

54. En cuanto al daño emergente, las representantes no presentaron pruebas acerca de erogaciones realizadas. Sin embargo, es claro que, en razón de la situación de temor y riesgo percibidos, es natural que la señora Acosta afrontara gastos originados en el cambio de residencia, así como las numerosas gestiones realizadas por ella y su representante legal para la atención del caso ante los tribunales nacionales y las instancias internacionales durante casi 14 años, muchas de las cuales resultaron ser inútiles o ineficaces en la búsqueda de justicia por la impunidad parcial en que se encuentran los hechos. En razón de ello, la Corte estima pertinente fijar en equidad una compensación por la cantidad de US\$22.000,00 (veintidós mil dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de daño emergente, los cuales deberán ser entregados directamente a la señora Acosta. Cfr. *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, supra, párr. 234.

55. En relación con la alegada pérdida de ingresos, las representantes tampoco aportaron comprobantes para determinar el ingreso específico que percibía la señora Acosta por sus actividades al momento de los hechos y con posterioridad. No obstante, el Tribunal estima atendible lo señalado en cuanto a que la señora Acosta pasó un período importante sin percibir ingresos, producto tanto de la necesidad de atender el caso como de su estado de ánimo. Por otro lado, en razón de que el señor García Valle no es víctima del caso ante este Tribunal, no corresponde valorar sus ingresos dejados de percibir como un rubro específico de compensación por daño material. En consecuencia, la Corte estima pertinente fijar en equidad la cantidad de US\$ 25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de lucro cesante, los cuales

239<sup>56</sup>, 242<sup>57</sup> y 245<sup>58</sup> de la presente Sentencia por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y por reintegro de costas y gastos y fondo de Asistencia Legal, en los términos de los referidos párrafos y de los párrafos 246<sup>59</sup> a 251<sup>60</sup> de la misma Sentencia.

- 
- deberán ser entregados directamente a la señora Acosta. Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, supra, párr. 235.
56. De conformidad con los criterios desarrollados por la Corte sobre el concepto de daño Inmaterial (217 y atendiendo a las circunstancias del presente caso, el carácter y la gravedad de 216 Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84; y Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia, supra, párr. 207. 217 Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, supra, párr. 84, y Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia, supra, párr. 207.) y atendiendo a las circunstancias del presente caso, el carácter y la gravedad de las violaciones cometidas, así como los sufrimientos ocasionados a las víctimas en su esfera moral y psicológica, la Corte fija en equidad, las siguientes sumas de dinero: a) de US\$ 60.000,00 (sesenta mil dólares de los Estados Unidos de América) por los daños inmateriales sufridos por la señora María Luisa Acosta; b) de US\$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) por los daños inmateriales sufridos por el señor Rodolfo García Solari, por la señora María Leonor Valle Estrada (conocida como Leonor del Carmen Valle de García), por la señora Ana María Vergara Acosta y por el señor Álvaro Aristides Vergara Acosta, para cada uno de ellos. Estas indemnizaciones deberán ser entregados a cada uno de ellos, y el monto indicado a favor del señor Rodolfo García Solari deberá ser entregado a la señora Leonor Valle Estrada (conocida como Leonor del Carmen Valle de García), según los términos dispuestos en los párrafos 246 a 250 de esta Sentencia. Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, supra, párr. 239.
  57. En el presente caso, la Corte fija en equidad la cantidad de USD \$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del CALPI, así como de USD \$ 15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de CEJUDHCAN y CENIDH, para cada una de estas organizaciones, por concepto de costas y gastos. Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, supra, párr. 242.
  58. En consecuencia, en aplicación del artículo 5 del Reglamento del Fondo, la Corte ordena al Estado el reintegro a dicho Fondo de la cantidad de US\$ 2.722,99 (dos mil setecientos veintidós dólares de los Estados Unidos de América con noventa y nueve centavos) por concepto de los gastos pagados en aplicación del Fondo en el presente caso. Dicha cantidad deberá ser reintegrada a la Corte Interamericana en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación del presente Fallo. Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, supra, párr. 245.
  59. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos establecidos en la presente Sentencia directamente a las personas indicadas en la misma dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, sin perjuicio de que pueda adelantar el pago completo en un plazo menor, en los términos de los siguientes párrafos. Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, supra, párr. 246.
  60. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en Nicaragua. Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, supra, párr. 250.

### 3. Garantía de No Repetición: Mecanismo de Protección y Protocolo de Investigación

La reparación de los daños por parte del Estado está también orientado a prevenir que hechos como los ocurridos a la señora María Luisa Acosta como represalia por su labor como defensora de los derechos humanos<sup>61</sup> de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes de la Costa Caribe, en el *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, no se vuelvan a repetir, como lo expresó la Corte IDH de la manera siguiente:

*La Corte reitera que la defensa de los derechos humanos sólo puede ejercerse libremente cuando las personas que la realizan no son víctimas de amenazas ni de cualquier tipo de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento. Para garantizar las condiciones fácticas en las cuales los defensores puedan desarrollar libremente su función, los Estados deben facilitar los medios necesarios para que puedan ser protegidos si se encuentran amenazados o en situación de riesgo o denuncian violaciones a derechos humanos, así como investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad.*<sup>62</sup>

---

61. La Corte IDH en el Caso Defensor de Derechos Humanos Vs. Guatemala, por primera ocasión desarrolla el concepto de “defensor” y “defensora” de derechos humanos, a la luz de diversas fuentes internacionales. En efecto, para la Corte IDH las personas defensoras de derechos humanos son todas aquellas que promuevan y procuran la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en el plano nacional e internacional. Dichas actividades deben ser practicadas de forma pacífica, y pueden ejercerse de forma intermitente u ocasional, siendo la calidad de defensor o defensora de derechos humanos no necesariamente permanente. Caso Defensor de Derechos Humanos Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 129.

62. Cfr. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, supra, párr. 140. Ver también, CIDH, Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66. 31 diciembre 2011, párr. 46. Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 77, y Cfr. Caso Defensor de Derechos Humanos Vs. Guatemala. supra, párr. 129. Véase, además, ONU, Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, supra, artículo 12.2; y Resoluciones 1818/01 de 17 de mayo de 2001 y 1842/02 de 4 de junio de 2002 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Defensores de derechos humanos en las Américas: Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas.

Por lo que atendiendo al contexto nacional y a la necesidad de protección de las personas defensoras de derechos humanos en Nicaragua, la Corte IDH dispone al Estado, otorgar como *Garantía de No Repetición* la creación de *Mecanismo de Protección y un Protocolo de Investigación para las personas defensoras de derechos humanos*, así como lo prescribió en la región centroamericana en casos similares como el *Caso Luna López Vs. Honduras*, y en el *Caso Defensor de Derechos Humanos Vs. Guatemala*,<sup>63</sup> y en esta ocasión lo hace de la manera siguiente:

*...la Corte estima pertinente disponer que el Estado elabore mecanismos de protección y protocolos de investigación para casos de situaciones de riesgo, amenazas y agresiones de defensoras y defensores de derechos humanos, que tengan en cuenta los riesgos inherentes a tal actividad y conduzcan a la determinación y eventual sanción de los responsables y a una reparación adecuada, así como fortalecer mecanismos para proteger eficazmente a testigos, víctimas y familiares que se encuentren en riesgo como resultado de su vinculación a tales investigaciones, tomando en cuenta, al menos, los siguientes requisitos:*

a) *la participación de **defensores de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil y expertos** en la elaboración de las normas que puedan regular un programa de protección al colectivo en cuestión, en lo cual sería particularmente relevante **la participación de la oficina del ombudsperson de Nicaragua** (Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos), en el marco de sus competencias y de los programas que actualmente esté desarrollando;*

b) *el programa de protección debe abordar de forma **integral e interinstitucional** la problemática de acuerdo con el riesgo de cada situación y adoptar medidas de atención inmediata frente a denuncias de defensores y defensoras;*

c) *la creación de **un modelo de análisis de riesgo** que permita determinar adecuadamente el riesgo y las necesidades de protección de cada defensor o grupo;*

---

63. Corte IDH. Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de Octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 243, y Corte IDH. Caso Defensor de Derechos Humanos Vs. Guatemala, supra, párr. 263.

*d) la creación de un sistema de gestión de la información sobre la situación de prevención y protección de los defensores de derechos humanos;*

*e) la promoción de una cultura de legitimación y protección de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos, y*

*f) la dotación de los recursos humanos y financieros suficientes que responda a las necesidades reales de protección de las defensoras y los defensores de derechos humanos (énfasis adherido).<sup>64</sup>*

Además, como mecanismo de supervisión de la implementación de la Sentencia, más allá de los informes que deberá presentar el Estado sobre la implementación de la Sentencia del *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, designando a las autoridades institucionales, estableciendo un cronograma, y conteniendo los avances de la implementación de los mencionados mecanismos y protocolos; y la Corte IDH podrá solicitar a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua que rinda sus propios informes.<sup>65</sup>

#### **IV. Las entidades encargadas de implementar la sentencia**

De conformidad con la Sentencia del *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, y en concordancia con lo establecido en el ordenamiento jurídico nicaragüense, en aras de dar pleno cumplimiento a la misma es necesario el concurso de por lo menos las siguientes entidades institucionales estatales:

- a) La Presidencia de la Republica<sup>66</sup>;
- b) El Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>67</sup>;

---

64. Cfr. *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, supra, párr. 223.

65. Id., párr. 224.

66. Constitución Política de Nicaragua Arto. 150 numerales 1, 2 y 8. Son funciones del Presidente de la Republica, las siguientes: Cumplir la Constitución Política y las leyes, y hacer que los funcionarios bajo su dependencia también las cumplan. Representar a la nación...Dirigir las relaciones internacionales de la Republica...

67. Arto. 4 numeral 5.- Corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores...Velar por el cumplimiento de los instrumentos jurídicos internacionales de los que Nicaragua sea parte y de las obligaciones internacionales que les correspondan. Ley No. 358, Ley del Servicio Exterior. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 109 del 12 de junio de 2002.

- c) La Procuraduría General de la República<sup>68</sup>;
- d) El Ministerio Público/La Fiscalía General de la República<sup>69</sup>;
- e) La Policía Nacional<sup>70</sup>;
- f) La Corte Suprema de Justicia<sup>71</sup>; y
- g) La Procuraduría para la Protección de los Derechos Humanos<sup>72</sup>.

- 
68. Arto. 1.- Naturaleza y Objeto.- La Procuraduría General de la República adscrita al Poder Ejecutivo con independencia funcional, tiene a su cargo la presentación legal del Estado de la República de Nicaragua en lo que concierne a los intereses y a las materias que la presente Ley determine, con funciones específicas de asesoría y consulta de los órganos y entidades dentro de los órganos del Poder Ejecutivo. Ley No. 411, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 244 del 24 de Diciembre del 2001.
69. Artículo 1.- Creación. Créase el Ministerio Público como una institución independiente, con autonomía orgánica, funcional y administrativa, que tiene a su cargo la función acusadora y la representación de los intereses de la sociedad y de la víctima del delito en el proceso penal, a través del Fiscal General de la República. Sólo estará subordinado a la Constitución Política de la República y a las leyes. Ley No. 346, Ley Orgánica del Ministerio Público. Publicada en La Gaceta No. 196 del 17 de Octubre del 2000.
70. Art. 2 Misión. La Policía Nacional tiene por misión en todo el territorio nacional, proteger la vida, la integridad y la seguridad de las personas y sus bienes;... la persecución e investigación del delito en general... Ley No. 872, Ley de Organización, Funciones, Carrera y Régimen Especial de Seguridad Social de La Policía Nacional. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 125 del 7 de julio de 2014.
71. De los principios y disposiciones generales. Ámbito de la Ley. Artículo 4.- La Constitución Política es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a quienes administran justicia, los que deben aplicar e interpretar las leyes, los tratados internacionales, reglamentos, demás disposiciones legales u otras fuentes del derecho según los preceptos y principios constitucionales. Artículo 14.- Los Jueces y Magistrados deben guardar observancia del debido proceso en toda actuación judicial, cualquiera sea la naturaleza del proceso, brindando las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa de sus derechos. También deben de impulsar de oficio los procedimientos que la ley señale y ejercer la función tuitiva en los casos que la ley lo requiera. Ley No. 260, Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua. Publicado en La Gaceta No. 137 del 23 Julio 1998. Principios y Disposiciones Generales. Objeto y Alcance de la Ley. Arto. 1.- La presente Ley tiene como objeto...regular la Carrera Judicial establecida en la Constitución Política de Nicaragua, para la pronta y correcta administración de justicia, así como el régimen disciplinario de ese Poder del Estado. Trata del ingreso, traslado, permisos, régimen disciplinario y demás aspectos estatutarios atinentes a la Carrera Judicial. Ley No. 501, Ley de Carrera Judicial. Publicado en La Gaceta No. 9, 10 y 11 del 13, 14 y 17 de Enero de 2005.
72. Artículo 4.- La Procuraduría debe contribuir, con las instituciones y la sociedad civil, a garantizar dentro de un Estado de Derecho, la seguridad de las personas y los derechos humanos incorporados en el Artículo 46 de la Constitución Política. Artículo 5.- El Procurador debe promover, defender y tutelar los Derechos comprendidos en el Título IV de la Constitución Política de la República, velando por su cumplimiento de parte de los órganos de la Administración Pública; para tales efectos podrá supervisar sus actuaciones, a fin de que no se vulneren los derechos humanos por acciones u omisiones, informando públicamente. Artículo 6.- Para los efectos del artículo anterior se consideran como derechos tutelados los comprendidos en el Título IV de la Constitución y los consignados en los Artículos 46 y 71 del mismo cuerpo de Ley y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos que en el futuro sean ratificados por el Estado nicaragüense. Artículo 34.- Todos los órganos, sus titulares y funcionarios de los poderes públicos, están en la obligación de prestar con carácter preferente y urgente la debida colaboración al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos o al funcionario que él delegue para tal fin. Ley No. 212, Ley de La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Publicada

## V. Conclusiones

De conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la Republica de Nicaragua privilegiando “*el respeto absoluto de los derechos humanos... y se adhiere a los principios que conforman el Derechos Internacional Americano reconocido y Ratificado soberanamente*”, como expresamente lo establece en su artículo 46 para la normativa contenida en la CADH; así como teniendo en cuenta las competencias establecidas por el ordenamiento jurídico interno, las instituciones estatales como: La Presidencia de la Republica; El Ministerio de Relaciones Exteriores; La Procuraduría General de la Republica; El Ministerio Publico/La Fiscalía General de la Republica; La Policía Nacional; La Corte Suprema de Justicia; y La Procuraduría para la Protección de los Derechos Humanos; deberán coordinarse para elaborar el cronograma de trabajo de cada una de sus actuaciones, implementar las medidas de reparación contenidas en la Sentencia, y brindar los informes establecidos ante la Corte IDH, para así dar cabal cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*.

De la misma manera, el Estado de Nicaragua puede tomar la Sentencia como una oportunidad para cumplir con su deber de *reparar*: principalmente terminando con la impunidad que ha rodeado el caso del asesinato del señor Francisco José García Valle en estos últimos 15 años, negando el acceso a la justicia y el derecho a la verdad de las víctimas; cumpliendo con el pago de indemnizaciones, fijadas en la Sentencia por concepto de daños materiales e inmateriales y por reintegro de costas y gastos, a las víctimas; y elaborando los mecanismos de protección y protocolos de investigación para casos de situaciones de riesgo, amenazas y agresiones de defensoras y defensores de derechos humanos, como *una medida de no repetición*. Honrando así los compromisos internacionales que ha adquirido el Estado de Nicaragua ante el concierto de naciones americanas que conforman la OEA y del cual forma parte, actuando como un estado demócrata respetuoso de los derechos humanos de sus ciudadanos y de los de todo el hemisferio.

**DEBER DE INVESTIGAR.**

**VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.**

**Corte IDH, Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs.**

**Guatemala. Excepciones Preliminares,**

**Fondo, Reparaciones y Costas.**

**Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339**

por MARIO ALCIDES POLANCO PÉREZ<sup>1</sup>

## **Introducción**

Guatemala constituye a partir de finales de la década de los noventa un país en el que la violencia contra la mujer es un suceso que se desarrolla y crece sin que se establezcan o apliquen políticas de investigación, castigo y prevención, encaminadas a evitar que se continúe produciendo éste fenómeno.

En la actualidad, diariamente son víctimas de homicidio dos o más mujeres como promedio y se han creado normas legales que son poco aplicables como la Ley contra el femicidio<sup>2</sup>. Sin embargo, en la práctica son pocos los funcionarios que le brindan atención a mujeres o sus familiares en el momento de presentar una denuncia.

Mayra Angelina Gutiérrez Hernández desaparece en ese contexto de violencia y su caso es atendido en igualdad de condiciones que otros miles de casos, o sea, sin atención, sin investigación y sin interés. Pese a ello su familia acompañada del Grupo de Apoyo Mutuo no claudica y se mantiene impulsando acciones legales encaminadas a garantizar el acceso a la justicia.

- 
1. Magister en Seguridad y Defensa, graduado en la Universidad Mariano Gálvez. Director del Grupo de Apoyo Mutuo.
  2. Decreto N° 22-2008 del Congreso de la República. Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

Se ha obtenido una sentencia condenatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero esto no constituye una meta por sí misma, sino un paso más en la búsqueda de la justicia de manera integral, debido a que a nivel interno la impunidad sigue prevaleciendo.

## **Sobre el contexto histórico de la desaparición de Mayra Gutiérrez Hernández**

Para comprender mejor la situación de la mujer guatemalteca es importante conocer al menos esbozos del contexto social, político y cultural del país y más concretamente para entender las razones del crimen cometido contra Mayra Gutiérrez es fundamental contar con la información previa y posterior a su desaparición.

Mayra Angelina Gutiérrez Hernández es una mujer guatemalteca; madre de una niña; catedrática de las universidades San Carlos y Mariano Gálvez; investigadora social y además activista, luchadora y soñadora en favor de grupos desamparados y olvidados por el Estado.

Debido a sus ideas políticas su nombre apareció en un listado de personas que el ejército había elaborado y que fue entregado a la Procuraduría de los Derechos Humanos por Edgar Gutiérrez que en esos momentos fungía como Secretario de Análisis Estratégico del Estado de Guatemala.

En medio de esas circunstancias de trabajo, siendo objeto de vigilancia por el aparato estatal que violaba los derechos humanos, estaba realizando una investigación sobre adopciones irregulares en Guatemala, que en esos momentos constituía una especie de negocio inmoral, del cual se beneficiaban personas muy influyentes.

## **Sobre la desaparición**

En la mañana del viernes 7 de abril de 2000 fue vista por última vez, ya no respondió a su celular, no llegó a su centro de trabajo y dejó en la incertidumbre a Ángela, su hija que en esos momentos no alcanzaba los 18 años. El lunes 10 de abril en horas de la mañana la noticia se hizo pública, surgió el temor de que las fuerzas de seguridad reiniciaran la práctica de la desaparición forzada que había concluido en octubre de 1993.

El momento histórico se prestaba para el reinicio de la práctica de la desaparición forzada debido a que el 14 de enero anterior había asumido un gobierno vinculado con la estructura dentro del Ejército que había gobernado sobre la base del terror entre marzo de 1982 y agosto de 1983. Se trataba de la estructura del Ejército que giraba en torno al General Efraín Ríos Mont.

Luego de la desaparición, las autoridades gubernamentales actuaron pasivamente y dolosamente, no realizaron ningún tipo de investigación y en cuanto tuvieron oportunidad criminalizaron a Mayra señalándola de auto-desaparición o de desaparición por motivos pasionales. Además incluyeron en la investigación su ideología y forma de pensar e incluso su condición de mujer. Posteriormente las investigaciones se centrarían en ésta última condición.

La desaparición de Mayra constituye un claro ejemplo de la vulnerabilidad en que vive la mujer guatemalteca y la actitud que los funcionarios de todas las categorías dentro del Estado asumen cuando se trata de casos en que mujeres son víctimas.

## **Acciones legales realizadas y respuesta del Estado guatemalteco**

Luego de la desaparición de la catedrática universitaria, el 9 de abril su familia y amistades interpusieron dos denuncias ante la Policía Nacional Civil<sup>3</sup>. Habiendo transcurrido dos días sin que existiera acciones concretas de parte de ésta institución, el juzgado noveno de primera instancia penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente recibió el primer recurso de exhibición personal, gestionado por el Grupo de Apoyo Mutuo<sup>4</sup>.

Un segundo recurso de exhibición personal fue presentado el 3 de mayo por ésta organización de derechos humanos. Es importante señalar

---

3. Corte IDH, Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339, párr. 48.

4. Ídem, párr. 88.

que el juzgado noveno declara procedente uno de los dos recursos el 1 de junio<sup>5</sup> –para ese momento han transcurrido 55 días desde la desaparición–.

Solo ese acto legal constituye una anomalía de acuerdo con lo establecido por la ley de amparo, exhibición personal y constitucionalidad. El artículo 103 de esa ley estipula que “cuando el ejecutor comparezca al centro de detención a practicar la exhibición personal ordenada, y el agraviado no fuere habido o presentado, deberá buscarlo personalmente en todos los lugares de ese centro de detención, sin perjuicio de seguir buscándolo en donde pudiere ser encontrado”<sup>6</sup>. Claramente se puede constatar por el periodo transcurrido en el cual la víctima no fue buscada que se produjo una violación a esa norma. El artículo 89 de la misma ley establece que el plazo para su búsqueda y localización nunca deberá exceder de 24 horas, agregando el artículo 90 que las autoridades del tribunal que conozca de los hechos y aun así no procedan conforme a la ley serán castigados como cómplices del delito de plagio<sup>7</sup>.

En escritos del 12 y 23 de junio de 2000 el GAM presenta a través del autor del presente ensayo un recurso de averiguación especial<sup>8</sup>. Posteriormente la Cámara Penal de la Corte Suprema de justicia los días 14 de julio y 16 de agosto intiman al Ministerio Público para que en un plazo de cinco días investigue sobre lo expuesto por la organización de derechos humanos y otorga mandato especial de averiguación a la Procuraduría de los Derechos Humanos<sup>9</sup>.

Luego de 13 años de impulsar una aparente investigación por parte de ésta institución, la oficina del Procurador de los Derechos Humanos promovió la declaración de caducidad del mandato especial de averiguación. Esta acción fue suscrita por el Procurador de los Derechos Humanos el 5 de septiembre de 2013<sup>10</sup>. Sin embargo la Cámara Penal de la Corte Su-

---

5. Ídem, párr. 91.

6. Decreto N° 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente. Ley de amparo, exhibición personal y constitucionalidad.

7. En el momento en que fue aprobada ésta ley, no había sido tipificado el delito de desaparición forzada de personas en el Código Penal.

8. Corte IDH, Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala, cit., párr. 95.

9. Ídem, párr. 96.

10. Memorial interpuesto ante la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia el 5 de septiembre de 2013.

prema de Justicia el 18 de octubre del mismo año no le dio trámite a tan terrible petición<sup>11</sup>.

A partir del primer recurso de exhibición personal la agente fiscal inició las primeras acciones, entre ellas, la solicitud al Departamento de Investigaciones Criminalísticas del Ministerio Público –DIC– el nombramiento de los investigadores<sup>12</sup>, quienes el 12 de abril iniciaron los interrogatorios a compañeros y compañeras de trabajo, así como a las amistades y familia de la víctima.

En el momento en que es escrito éste artículo se desconoce los datos de identificación de esos dos investigadores, así como dentro de la cadena de mando a quién respondían. Debido a la evidencia actual se ha logrado detectar que existió desviación de la investigación hacia aspectos que buscaban el entorpecimiento de la verdad y la impunidad.

Dentro de las acciones realizadas por los investigadores se puede identificar la solicitud a la empresa de telefonía, en la cual se requirió un detalle de las llamadas realizadas y recibidas por Mayra en los días previos a su desaparición. Sin embargo no se realizaron un análisis de dicho registro. Además acudieron a la Dirección General de Migración a solicitar certificación de una posible salida del país por parte de la víctima, habiendo encontrado que no había salido.

A partir de ahí, los investigadores y el Ministerio Público se concentraron en investigar a Mayra como si ella fuera la responsable de su propia desaparición, pusieron énfasis en su ideología y en su vida personal, señalando que sus convicciones políticas y sus amistades podrían constituir una causal de la desaparición.

Se desconoce si existió negligencia o interés en entorpecer las investigaciones por parte de los agentes fiscales del Ministerio Público y los investigadores de la PNC, pero la realidad es que los señalamientos realizados por familiares de la víctima para que se investigara a determinadas personas o los peritajes que se debieron realizar, así como acciones que son obvias en un caso de desaparición de personas, simplemente se omitieron permitiendo que el caso quedara en la impunidad.

---

11. Resolución de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de 18 de octubre de 2013.

12. Corte IDH, Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala, cit., párr. 49.

A pesar de haber transcurrido 17 años entre su desaparición y la emisión de la sentencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se produjo un solo proceso de exhumación, encaminado a intentar localizar los restos de Mayra en caso hubiera sido muerta. La mayor parte de las acciones fueron realizadas desde el escritorio a través de escritos dirigidos a diversas instancias.

Aunque aparentemente y de acuerdo con el Estado, se produjeron algunos pasos en la investigación, la realidad es que lo poco que se hizo fue insulso, sin sentido y encaminado a desviarse de la oportunidad de alcanzar la verdad, además de haber transcurrido periodos de hasta cinco o seis años de inoperancia entre un requerimiento y otro.

En el caso Mayra Gutiérrez, el Estado a través de la Comisión Presidencial de Derechos Humanos –COPREDEH– interpuso excepciones buscando evitar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos conociera los hechos y que eventualmente emitiera una sentencia condenatoria como finalmente ocurrió. Esto provocó mayor dolor y sufrimiento en la familia, especialmente en Ángela Argüello, la hija de Mayra, que tuvo que enfrentar una vez más esas posturas intransigentes que provocaron una nueva victimización en ella.

## **Análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos**

Luego de haber transcurrido seis meses desde la desaparición de Mayra, el 30 de octubre del mismo año Nilda Gutiérrez Hernández, Ángela María del Carmen Argüello Gutiérrez y Greta Mancilla Chavarría a través del Grupo de Apoyo Mutuo presentan la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El 3 de octubre de 2006 es admitida, iniciándose el proceso de búsqueda de justicia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La familia como muestra de buena voluntad, expresa su interés de alcanzar una solución amistosa con el Estado de Guatemala. Sin embargo el 30 de mayo de 2014 el Estado señala que no está en posibilidad de llegar a un acuerdo con la familia, por lo que el 23 de marzo de 2015 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el informe de

admisibilidad y fondo número 13/15, sometiéndolo a la Corte el 15 de julio de 2015.

La Corte desestimó las tres excepciones preliminares interpuestas por el Estado, garantizando la posibilidad de acceder a la justicia interamericana, aunque su equivalente nacional sigue pendiente.

A pesar de haber interpuesto excepciones, el Estado temiendo o sabiendo que las mismas serían rechazadas, presentó pruebas de descargo, que solo sirvieron para confirmar el pobre o nulo interés estatal en alcanzar la verdad o la justicia.

Aunque el Grupo de Apoyo Mutuo como representante de la familia de Mayra sufrió un duro revés, debido a que se pretendió en todo momento que la sentencia se dictara por desaparición forzada<sup>13</sup>, la Corte IDH determinó que la desaparición de una persona porque no se conoce su paradero no es lo mismo que una desaparición forzada, habiendo considerado que no se presentaron los tres elementos:

- a) Privación de libertad;
- b) Intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos;
- c) La negativa a reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada.

Luego de emitida la sentencia el GAM ha sostenido reuniones con fiscales del Ministerio Público y se ha continuado con la investigación interna. En la actualidad con una visión diferente, en éstos momentos no se ha producido ninguna captura, pero sería interesante que nacionalmente fuera emitida una sentencia por desaparición forzada.

La Corte IDH establece que no se produjo una investigación seria, imparcial y efectiva; que al contrario existió falta de debida diligencia y violación del plazo razonable<sup>14</sup>.

Además se produjo la presencia de estereotipos negativos de género en la investigación y su impacto en el seguimiento de líneas lógicas de investigación<sup>15</sup>. En algunos casos utilizando lenguaje denigrante tanto al

---

13. Ídem, párr. 123, haciendo referencia a Corte IDH; Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párrafo 126.

14. Ídem, párr. 151.

15. Ídem, párr. 161.

PNC como el MP se dedicaron a denigrar a la víctima, haciendo aparecer como responsable de su propia desaparición, dejando abierta dos líneas de investigación, una sobre la presunta “auto desaparición” y otra sobre el presunto “móvil pasional”<sup>16</sup>.

La Corte IDH reconoce que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima.

El Tribunal dispone que el Estado debe, en un plazo razonable, conducir eficazmente la investigación, libre de estereotipos negativos de género, y en su caso, continuar y/o abrir el o los procesos penales que correspondieren, para identificar, procesar y en su caso, sancionar a los responsables de la desaparición de Mayra Gutiérrez<sup>17</sup>.

Éstas líneas de investigación deben estar encaminadas a: i) la posibilidad de que lo ocurrido a la señora Gutiérrez Hernández constituyó una desaparición forzada; ii) la posible relación entre la desaparición de la señora Gutiérrez y las bases de datos elaboradas por los servicios de inteligencia militar en las que se encuentra su nombre; iii) la posibilidad de que su desaparición tuvo relación con sus investigaciones sobre adopciones irregulares en Guatemala<sup>18</sup>.

El Estado argumenta que han empezado las averiguaciones que permitan identificar el paradero de Mayra. Sin embargo no existe documentación ni información que indique que se han iniciado esas primeras acciones, no se ha exhumado a ninguna persona en su búsqueda y si la familia ha entregado su ADN no ha sido ante una institución del Estado, sino ante la Fundación de Antropología Forense de Guatemala, entidad no gubernamental que funciona con recursos brindados por la cooperación internacional.

Con posterioridad a la sentencia representantes del Grupo de Apoyo Mutuo acompañados de Ángela sostuvieron una reunión con la Fiscal

---

16. Ídem, párr. 167.

17. Ídem, párr. 206.

18. Ídem, párr. 207.

General Thelma Aldana, en la que le plantearon la necesidad de iniciar las investigaciones; habiendo recibido respuesta satisfactoria de la fiscal. Fue nombrada una fiscalía especial, que ha iniciado las primeras pesquisas que podrían llevar a obtener un resultado satisfactorio en la búsqueda de la justicia.

### **Puntos resolutivos de la sentencia**

La Corte decide por unanimidad desestimar las tres excepciones planteadas por el Estado. Además establece que éste es el responsable por:

- La violación de los derechos a la igual protección de la ley y la no discriminación;
- La violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial;

Disponiendo en la última parte, que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación. Además:

- El Estado debe conducir en un plazo razonable la investigación libre de estereotipos negativos de género, y en su caso, continuar y/o abrir el o los procesos penales que correspondieren, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables de la desaparición de Mayra Gutiérrez:
- Debe publicar en un tamaño de letra legible y en un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente sentencia:
  - a) el resumen oficial de la sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez en el diario oficial y en un diario nacional de amplia circulación, y b) la presente Sentencia en su integridad, disponible al menos por un periodo de un año, en el sitio web oficial del Estado.

### **Conclusión**

Mayra Angelina Gutiérrez Hernández, sin haberlo pretendido, ofendió su libertad en aras de evitar que en el futuro se produzca nuevamente la estereotipación en casos de investigación penal en que la mujer -sea víctima o perpetradora- es criminalizada por ser mujer.

El Estado guatemalteco tiene la obligación de establecer la verdad acerca de lo sucedido con Mayra Gutiérrez. El esclarecimiento debe incluir a los responsables directos, pero también a quienes por omisión contribuyeron a que el crimen se mantenga en la impunidad. En éste segundo segmento se incluye a fiscales, investigadores de la Policía Nacional Civil e incluso funcionarios que a priori declararon culpable a la víctima.

Esperamos que la sentencia de la Corte IDH pueda convertirse en un instrumento que contribuya a garantizar el derecho a la vida y la libertad de las mujeres en la región.

## TRATA DE PERSONAS.

TEDH, “Affaire Chowdury et autres c. Grèce”,

30 de marzo de 2017

por MARISOL DORREGO <sup>1</sup>

### Introducción

En este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”) analiza la denuncia por trabajo forzado presentada por personas migrantes de Bangladesh que residen en Grecia, para lo cual enmarca la violación dentro del ámbito de protección del Artículo 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, “CEDH”).

Los peticionarios se encontraban en Grecia sin una visa de trabajo y en esas condiciones fueron trasladados entre 2012 y 2013 a una plantación en la región de Manolada, en la cual la mayor parte de la mano de obra estaba compuesta por migrantes en condiciones irregulares provenientes de Bangladesh y de Pakistán. Los trabajadores vivían en condiciones degradantes (en chozas, con un sueldo escaso del cual era deducida una cuota para la comida por parte de los empleadores, no se les permitía abandonar la plantación y eran amenazados con armas de fuego).

Además de las situaciones precarias en las que se encontraban, los trabajadores no estaban percibiendo una remuneración desde febrero de 2013. En los procedimientos a nivel interno, se analizó la prohibición de trabajos forzados (tipificada en el código penal griego) de manera estricta, tomando en cuenta que no se había restringido la libertad de movimiento de los peticionarios de manera total y que por ello eran libres de abandonar la plantación cuando lo desearan.

---

1. Abogada (UBA). Investigadora de apoyo en Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Universidad de Buenos Aires.

Estándares establecidos por el caso y su relación con anterior jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH

El TEDH entiende que para analizar las violaciones ocurridas en el caso en cuestión ha de ser tomada en cuenta el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de Seres Humanos, en tanto provee de medidas de cooperación a nivel nacional para desalentar toda forma de explotación de personas, incluyendo la trata de personas. Asimismo, toma de dicha Convención la facilitación en la identificación de las víctimas por parte de personal entrenado, y de su asistencia a nivel físico, psicológico y social.<sup>2</sup>

Si bien dicha Convención tiene una aplicación limitada a las víctimas de trata de personas, el TEDH interpreta que debe abarcar la totalidad de las obligaciones positivas generadas por el Artículo 4 del CEDH y no sólo en casos de trata de personas estrictamente hablando.

En relación con la asistencia brindada a la víctima de trata de personas, en el caso “J and others v. Austria”, en el cual las peticionarias provenientes de Filipinas habían sido llevadas a trabajar a Emiratos Árabes Unidos luego de lo cual se les había retenido sus documentos personales y fueron trasladadas a Austria con sus empleadores, logrando allí escapar, el TEDH dividió su análisis respecto de si las autoridades austriacas cumplieron con su obligación positiva de identificar y dar apoyo a las víctimas potenciales de trata de personas y su obligación de llevar a cabo una investigación sobre los delitos alegados.<sup>3</sup>

En dicha oportunidad, al igual que en el caso que aquí se comenta, no sólo tomó en cuenta el criterio establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos ya mencionado, sino que el TEDH estableció que la identificación y asistencia de las víctimas debe ser independiente de los procedimientos penales que fueran llevados a cabo, toda vez que ambas cuestiones persiguen fines diferentes. Mientras que el proceso penal busca identificar y perseguir a los culpables, la asistencia e identificación de las víctimas, con presiden-

---

2. TEDH, “Affaire Chowdury et autres c. Grèce”, Requête no 21884/15, Première Section, 30 de marzo de 2017, párr. 110.

3. TEDH, “Case of J. and others v. Austria”, Application no. 58216/12, Fourth Section, 17 de enero de 2017.

cia de los procesos judiciales, es necesaria incluso cuando el delito no ha sido establecido de manera formal en sede penal. Por lo tanto, pareciera requerir que los mecanismos de los cuales disponga el Estado, en tanto contención y asistencia de las víctimas o de las potenciales víctimas de trata de personas, deben ser puestos en marcha previo e incluso independientemente de que penalmente se deba investigar los hechos del caso.

Ello también ha sido señalado en el ámbito americano, puesto que en el “Caso de Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde”, la Corte IDH ha tomado en cuenta que, con el fin de la protección de las víctimas respecto de una situación de trata de personas, se debe no sólo iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables sino que también se debe adoptar medidas de protección y asistencia a las víctimas.<sup>4</sup>

Respecto de los procedimientos llevados a cabo en sede interna en el caso “Chowdury”, el TEDH entiende que el criterio de interpretación seguido por los tribunales nacionales fue demasiado estricto dado que requirió que los peticionarios se encuentren en una situación absoluta de imposibilidad de movimiento. Por ende, consideró que no puede ser tomado dicho criterio como un estándar para definir al trabajo forzado o a la trata de personas donde la coacción puede no ser tal que impida de manera absoluta el movimiento de la persona.<sup>5</sup>

En este mismo sentido, observa que para definir la situación como trabajo forzado, a diferencia de la servidumbre, no sería necesario demostrar que la víctima vivía en una situación de exclusión total del mundo exterior o que era desprovista totalmente de su libertad de movimiento.<sup>6</sup>

Es de destacar que el TEDH entiende que la situación de irregularidad de los trabajadores migrantes en la plantación de referencia constituía una situación de particular vulnerabilidad. Por lo tanto, no puede tomarse en cuenta su consentimiento en los trabajos que califica como forzados,

---

4. Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 319.

5. TEDH, “Affaire Chowdury et autres c. Grèce”, cit., párr. 123.

6. Ídem, párr. 99.

dado que se hizo particular aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad económica y social.<sup>7</sup>

En concordancia con este criterio del TEDH, la Corte IDH en el precedente antes citado consideró que los Estados americanos deben “adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinados grupos de personas pueden ser víctimas de trata o de esclavitud. Esa obligación es reforzada en atención al carácter de norma imperativa de derecho internacional de la prohibición de la esclavitud, y de la gravedad e intensidad de la violación de derechos por esa práctica”.<sup>8</sup>

El tribunal interamericano además tomó en cuenta que no sólo estaban en situación de vulnerabilidad en tanto que se encontraban en una situación de trabajo forzado sino también porque se encontraban en una situación de extrema pobreza de la cual los empleadores en la hacienda Brasil Verde se habían beneficiado. Dos de los peticionarios eran además menores de edad a la fecha de los hechos por lo cual el Estado tenía el deber de “desplegar todo su aparato para hacer frente a esas violaciones de derechos humanos”.<sup>9</sup>

A su vez, coincidiendo en su criterio interpretativo con el TEDH la Corte IDH estimó que el Estado debe adoptar medidas específicas para reducir la situación de victimización en la que se encontraba una cantidad de personas que sufrían de una discriminación estructural en tanto que se encontraban en una situación de extrema pobreza.<sup>10</sup>

Los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde habían sido encontrados en situación de higiene deplorable durante las visitas realizadas por el Ministerio de Trabajo y se encontraban en situaciones análogas a los trabajadores del caso “Chowdury”, dado que en ambos casos los peticionarios eran amenazados con armas de fuego. También se les deducía de su paga la alimentación y medicamentos y se les forzaba a quedar endeudados con el empleador, por lo que se veían forzados a trabajar hasta más de doce horas por jornada exceptuando los domingos.

---

7. Ídem, párr. 96.

8. Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, cit., párr. 320.

9. Ídem, párr. 327.

10. Ídem, párr. 338.

Por último, si bien se había constatado una serie de violaciones a las normas internas de trabajo (así como a normas de la OIT), en el caso se realizó una interpretación restrictiva del artículo 149 del Código Penal brasileiro, que prohíbe la esclavitud, dado que “los trabajadores eran libres de salir de la hacienda”. Frente a dicha interpretación, la Corte IDH entendió que “si un país adopta normas que sean más protectoras a la persona humana, como podría entenderse la prohibición de la esclavitud en el ordenamiento jurídico brasileño a partir de 2003, el Tribunal no podría restringir su análisis de la situación específica con base a una norma que otorgue menos protección”<sup>11</sup>. Por lo tanto, la Corte IDH hace referencia al principio pro persona, mediante el cual en ningún caso se podría hacer una interpretación restrictiva de una norma de protección de derechos humanos con la finalidad de otorgarle menor protección a la víctima de una violación de derechos humanos.

## Comentarios finales

Es de destacar, en primer lugar, la particular protección que ambos sistemas de derechos humanos pretenden brindar a las víctimas de trata de personas dado que los mecanismos de protección respecto de su situación corren por un carril separado de los procedimientos penales incoados en sede interna. Esto contribuye a una mayor protección de aquellas potenciales víctimas, dado que, previo a la determinación jurídica de la trata de personas/trabajo forzado, se verían provistas de asistencia médica, psicológica y social, sin por ello menoscabar el deber del Estado de investigar toda denuncia de trata de personas o trabajo forzado.

Por otra parte, además de la restricción de la movilidad de la persona o de la retención de sus documentos o de una coacción física, tanto la Corte IDH como el TEDH, encuentran que la vulnerabilidad entendida como una desigualdad estructural en la cual se encuentran las posibles víctimas de trata de persona, puede ser usada para mantener a la víctima en esa situación de trabajo forzado. En ambos casos, se hace referencia no sólo a que el Estado había tomado conocimiento de la situación de

---

11. Ídem, párr. 311.

vulnerabilidad de las potenciales víctimas de trata de personas sino que no habían puesto a su disposición medios o acciones positivas para evitar que se produzca efectivamente una violación de derechos humanos.

Finalmente, si bien en el caso de “Chowdury” el TEDH toma en cuenta para definir como trabajo forzado la vulnerabilidad de las víctimas y lo diferencia de una servidumbre, en varias oportunidades a lo largo del caso se refiere a la situación experimentada por los migrantes de Bangladesh como “explotación” y no como trabajo forzado, sin especificar que es lo que aquello significa en el marco del Artículo 4 del CEDH.

## LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

TEDH, *Affaire Giesbert et autres c. France*,

1° de junio de 2017,

por DAMIAN LORETI<sup>1</sup>

### Los hechos del caso:

En el caso *Giesbert v France* la Sección Quinta de la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que las decisiones judiciales de la justicia francesa en contra del magazine *Le Point*, castigando la publicación de documentos obrantes en un legajo de una causa penal de alto conocimiento público como “Bettencourt”, no violan el artículo 10 de la Convención Europea que protege la libertad de expresión.

Los peticionantes y presuntas víctimas fueron el editor del semanario *Le Point*, junto a un periodista y la editora (las personas jurídicas pueden actuar ante el TEDH).

El día 10 de diciembre de 2009 la revista publicó un artículo de 4 páginas relativo a obsequios de hasta un billón de euros de parte de Liliane Bettencourt, una de las personas más ricas de Francia, heredera del imperio L’Oreal, a su amigo François-Marie Banier, quien es un conocido escritor y fotógrafo (a quien en el juicio de fondo se lo conocerá como B).

La acción judicial fue promovida por la hija de Bettencourt contra Banier.

El artículo posee comentarios con citas textuales entrecomilladas, presentadas como extractos de declaraciones hechas a los investigadores. Así también reproduce declaraciones de Bettencourt con los titulares de “Exclusivo: qué es lo que Liliane Bettencourt dijo efectivamente a la policía”.

---

1. Abogado (UBA). Doctor en Ciencias de la Información (Universidad Complutense de Madrid). Profesor de grado y postgrado en Derecho a la Información y Libertad de Expresión desde 1988. Es secretario del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Ha sido perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y desde 1990 asesora a organizaciones sindicales y de medios comunitarios nacionales y regionales en materia de libertad de expresión y radiodifusión.

El 4 de febrero de 2010 la revista publicó otro artículo titulado “El asunto Bettencourt: como ganar un billón (sin demasiado problema)”.

La publicación reproduce largos extractos de declaraciones hechas por personal que trabaja en la casa de Bettencourt, que habían sido registradas durante la investigación preliminar.

El 11 de febrero de 2010, más allá de la publicación del artículo, ambas mujeres presentaron procedimientos de urgencia contra las presuntas víctimas ante el Tribunal de Grande Instance.

Bettencourt se agravió que la reproducción de documentos obrantes en el procedimiento de una investigación preliminar viola la sección 38 de la ley de Libertad de Prensa de 1881 y el artículo 9 del código civil que protege la vida privada de las personas.

La Corte local ordena a las presuntas víctimas a pagarle a Bettencourt la suma tres mil euros de indemnización más otro tanto de costas y gastos.

Los requirentes y la actora apelan la decisión y la corte de apelaciones de París levanta la indemnización a 10.000 euros.

Luego la Corte de Casación rechaza el nuevo recurso sobre puntos de la aplicación de la ley.

En cuanto a los agravios de Banier el TGI entendió que la publicación había infringido sus derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia.

La condena a las presuntas víctimas requirentes fue de 3000 euros en adelanto respecto de daños no pecuniarios por esos rubros y de otro tanto por costos y costas.

Tras la apelación de los tres periodistas, la Corte de Apelaciones de París mantuvo la decisión y la Corte de Casación rechazó también los recursos.

El 9 de marzo de 2010 Banier promovió juicios pidiendo indemnización por los daños personales causados por las publicaciones del 10 de diciembre de 2009 y del 4 de febrero de 2010 en base a las previsiones de la ya mencionada ley de Libertad de Prensa. El tribunal interviniente rechazó la acción. En febrero de 2012 la Corte de Apelaciones de París revoca la decisión y resuelve a favor de la actora diciendo que se habían afectado sus derechos al juicio justo con respecto a su derecho de defensa y a la presunción de inocencia. Ordena el pago de UN EURO en compensación por cada publicación y de 6000 por costos y costas. La Corte de Casación rechaza posteriormente los recursos.

Desde junio de 2010 en adelante, las ramificaciones político financieras del “caso Bettencourt” recibieron cada vez más cobertura en los medios de comunicación.

En diciembre de 2011 Banier fue formalmente imputado y sujeto a investigación por el delito de “aprovechamiento de incapaces” (*abus de faiblesse*) y el 28 de mayo de 2015 fue encontrado culpable y sentenciado a tres años de prisión.

De esta condena cumplió treinta meses. Además, tuvo que pagar una multa de 350.000 euros y €158.000.000 por daños a fin de indemnizar a Mme. Bettencourt. La Corte de Apelaciones de Bordeaux mantuvo la condena que fuera apelada.

## La sentencia del TEDH

No se discute que ha habido una interferencia con las previsiones del derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 10 de la Convención.

Dicho esto, la cuestión se dirime en tanto corresponde analizar si la aplicación de las responsabilidades establecidas en el derecho nacional cumple con los estándares de libertad de expresión establecidos. Vale decir, en otras palabras, si la injerencia se encuentra justificada.

Ello se destaca porque el artículo 10 de la Convención admite efectivamente injerencias en tanto se cumplan con ciertos principios. Estas circunstancias son distintas a la posibilidad única de imponer responsabilidades ulteriores, tal como reza el artículo 13.2 de la Convención Americana, con la sola excepción de las previsiones de calificación de espectáculos públicos del 13.4.

Los principios mencionados son los de legalidad, formal y precisa; protección de un fin legítimo y de necesidad social imperiosa en el estado de derecho.

En cuanto a la presencia y cumplimiento del principio de legalidad, la Corte EDH afirma que las previsiones de la sección 38 de la ley de 1881 son suficientes para cumplir las exigencias establecidas en el artículo 10 indicado. La Corte Europea ya había fijado posición (ver a este fin *Tourancheau et July vs France*).

Agrega, como un dato a tener en cuenta para fundar la inteligencia de la presencia del requisito, que los periodistas Gisbert y Gattegno eran

periodistas avezados y experimentados que podían claramente sopesar los riesgos de la publicación.

En cuanto a la presencia de fin legítimo previsto para proteger con la imposición de responsabilidades, señala el Tribunal Europeo que la interferencia con el ejercicio del artículo 10 de libertad de expresión estuvo destinada a proteger el derecho a un juicio justo en relación al derecho de presunción de inocencia de Banier.

También considera la debida protección a una justa administración de justicia y la protección de la reputación y los derechos de los otros.<sup>2</sup>

A la hora de discurrir si la interferencia “era necesaria en una sociedad democrática”, la Corte Europea sostiene que los derechos a balancear como fin legítimo debían ser ponderados en las mismas condiciones que los derechos de protección a la honra y la vida privada.

A tal fin, recogiendo el precedente “Bedat vs Suiza” (2016) se tomaron en cuenta una serie de criterios:

- a. Cómo las presuntas víctimas entraron en posesión de la información. Es sabido que la legislación francesa castiga el mero hecho de la publicación.
- b. El contenido de los artículos. Para la Corte está sentada la condición de culpable en los artículos aun cuando no se exponen conclusiones. La Corte refiere que destacar al público las contradicciones de las declaraciones, así como adelantar la condena antes de la actuación de la Corte de Apelaciones del derecho nacional, viola el tratado.

---

2. Artículo 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

- c. La contribución de los artículos al debate de cuestiones de interés público. El Tribunal Europeo consideró que se trataba una cuestión que iba más allá de mera curiosidad respecto de lo ocurrido entre dos personas reconocidas, pero consideró que pese a la falta de fundamentación suficiente por los tribunales nacionales respecto a la eventual falta de interés público, no se había violentado el límite del margen de apreciación nacional.
- d. Respecto a la influencia del artículo impugnado en los procedimientos penales, la Corte pone énfasis en la importancia de la actividad de los periodistas que escriben artículos respecto de procedimientos penales, asegurando la posibilidad de las personas de tener un juicio justo. En relación con el caso particular, el Tribunal Europeo refrenda la posición de los tribunales nacionales en cuanto a que la publicación influía sobre los testigos y también sobre los jueces afectando su objetividad.
- e. La Corte rechazó el argumento de que la gran cobertura mediática justificaba la publicación de documentación obtenida por vías no oficiales toda vez que se ponía en riesgo el derecho de Banier a un juicio justo. Lo propio respecto a que podría tener repercusiones negativas para el derecho al remedio judicial de Bettencourt.
- f. En materia de protección a la vida privada se consigna que no hubo reclamaciones por Banier ni por Bettencourt. Es decir, no hubo reclamo judicial a nivel doméstico por violación del artículo 8 de la Convención.
- g. En materia de proporcionalidad de la pena, o sujeción al principio de necesidad social imperiosa en el estado de derecho, para evitar el reconocido “efecto inhibitor”, el TEDH entiende que los argumentos de los tribunales nacionales fueron suficientes para justificar el cumplimiento del requisito o estándar mencionado.

La Corte indica que los reclamos de las presuntas víctimas no son suficientes para prevalecer sobre la protección de los derechos de otros y la administración apropiada de justicia. Por lo tanto, resuelve que no ha habido violación al artículo 10 de la Convención.

## Comentarios

Vista a la luz del artículo 10 y la jurisprudencia previa del TEDH en materia de publicación de información judicial (casos “Bedat vs Suiza”<sup>3</sup>, “Toureancheau et July vs France” (affaire Liberation)<sup>4</sup>) y el histórico caso de “Los niños de la Talidomida” (Sunday Times Vs United Kingdom”), la magnitud de la prevalencia de la autoridad e imparcialidad del poder judicial en el marco del artículo 10 como un fin legítimo a proteger no debe sorprender.

Sin perjuicio de ello, es menester señalar que el TEDH parece poner en actores privados la garantía de protección de derechos que -habitualmente - en el sistema interamericano son consignados como obligación de los estados.

Los que aparecen involucrados en el asunto son los de defensa en juicio y de presunción de inocencia.

No estamos afirmando que no existan obligaciones éticas al respecto. Los estudios comparados en materia de ética periodística dan cuenta de una buena cantidad de códigos o manuales que afirman la obligación de parte de los profesionales de la prensa de respetar los derechos de las personas sometidas a procesos penales.

Pero el derecho a la comunicación en tanto que derecho humano es un derecho más vasto –por suerte y aunque a algunos esta afirmación les enoje– que el derecho de las empresas periodísticas y de los profesionales oficialmente actuantes en aquellas. Y ello resulta aún más expansivo con las redes sociales.

Por lo que nos preguntamos en qué condiciones los particulares deberían resguardar tales derechos y garantías. Está claro que no es la hipótesis de protección –bajo el artículo 10 CEDH– de la autoridad e imparcialidad del poder judicial, que también aparece consignada en el fallo como bienes legítimos a resguardar.

---

3. TEDH, Case of Bédat v. Switzerland, Application no. 56925/08, Judgment, 29 March 2016.

4. TEDH, Case of Tourancheau and July v. France, Application no. 53886/00, First Section, 24 November 2005.

Y a lo largo del caso no aparece de qué modo, salvo no tratar la cuestión del modo en que se hace, podría ser compatible la publicación de material obrante en un legajo penal con la protección del derecho de defensa en juicio o la presunción de inocencia.

Está claro que los sujetos universales del derecho a la comunicación no deben afectar arbitrariamente los derechos de los otros, en el caso del art. 13 CADH, con atención a los bienes legítimos de la honra, reputación y derechos de los demás.

Pero aún la publicación veraz de documentación fiel podría estar sujeta a responsabilidades en el marco del fallo que se analiza.

Por supuesto que son cuestionables tanto la llamada pena de banquillo tanto como los juicios paralelos que ha tenido largo desarrollo en la doctrina europea sobre libertad de expresión.

Mas, ante el temor cierto de la actuación del Poder Judicial bajo la influencia del poder político o económico, ¿qué conducta informativa o de uso de la palabra pública sería la adecuada legalmente hablando?

Claro está que, si la divulgación indebida corresponde a los funcionarios de seguridad o del poder judicial, son ellos responsables por el incumplimiento de sus obligaciones, pero esa responsabilidad –al menos por ahora en el derecho argentino– no es extensible a los medios que lo difundan. Tampoco en el derecho americano de la Primera Enmienda.<sup>5</sup>

Aún así, nada de lo dicho justifica tampoco que los jueces profesionales puedan sentirse moralmente afectados por el tratamiento periodístico de un caso bajo su tratamiento. Al mismo tiempo, tampoco es razonable que los jueces prejuzguen o den información de medidas aún no adoptadas, salvo rarísimas excepciones.

No porque ello afecte el principio de publicidad, sino que –allí si– pueden afectar directamente los derechos del imputado o de la víctima de un determinado caso, o de la presunción de su imparcialidad.

Es que la defensa y su intangibilidad no están pensadas para satisfacer el derecho a la información y la publicidad de un acto oficial (tal las decisiones procesales) sino al revés. Es una garantía del derecho de defensa.

---

5. Caso “Vopper v. Bartnicki” entre otros.

Recordamos que el caso progresó en el derecho doméstico prescindiendo de reclamos sobre imagen, vida privada y/u honor. En función de ello, la ponderación de derechos en conflicto no nos resulte tan familiar en el marco de los debates de nuestro Sistema judicial nacional y regional.

En el marco del artículo 8.5 de la Convención Americana<sup>6</sup> la excepción a la publicidad de los procesos es la preservación de los intereses de la justicia, pero no hay casuística que dé cuenta de casos de censura directa o de confrontación del art. 13 versus el artículo 8.

En nuestros casos domésticos, habitualmente, se dirime alrededor de los derechos que no fueron –precisamente– puestos en debate en Gisbert.

Queda por ver, en el “affaire Gisbert”, que es lo que las presuntas víctimas reclaman en el recurso ante la Grand Chamber.

Hasta tanto, la novedad es que no hubo.

---

6. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

## LIBERTAD RELIGIOSA. NO DISCRIMINACIÓN.

TEDH, Affaire Metodiev et autres c. Bulgarie,

15 de junio de 2017

por JULIA BEN ISHAI<sup>1</sup>

El presente trabajo se elabora tras el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “T.E.D.H.” o “El Tribunal”) en el que se examina la demanda presentada por el Sr. Rumen Dimitrov Metodiev y otros 30 peticionarios (en adelante, “los requirentes” o “Los peticionarios”) contra el Estado búlgaro<sup>2</sup>.

### Hechos

El origen del presente caso se da en la negativa de Bulgaria a otorgar a los peticionarios la registración de su movimiento religioso, conocido como ahmadié, derivado del Islam sunita.

El 11 de febrero del 2007, en una asamblea, diez de los miembros (nueve de los cuales forman parte de la demanda presentada ante el T.E.D.H.) decidieron formar una asociación cultural denominada Comunidad Musulmana Ahmadiyya encontrándose el sitio principal de la misma en la ciudad de Sandanski. Un par de días más tarde Metodiev, quien había sido designado presidente, presentó una solicitud de registración en base a la ley de cultos de Bulgaria y partiendo de la necesidad de los religiosos de un reconocimiento de su culto a los fines de su pleno desenvolvimiento religioso, moral, intelectual, social y psicológico.

---

1. Investigadora de apoyo en Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Universidad de Buenos Aires.

2. TEDH, Affaire Metodiev et autres c. Bulgarie, Judgment, Court (Fifth Section), 15 de junio de 2017.

Como parte de su solicitud, incluyeron en el punto 6 de su petitorio las definiciones respecto de sus creencias y ritos, recalcando que es un movimiento religioso que existe en el mundo entero y aclarando que pertenecen al islamismo y, por tanto, respetan y celebran las fiestas establecidas en el Corán.

En mayo de ese mismo año, el Tribunal de Sofía rechazó la demanda de Metodiev considerando que el movimiento ahamadie sólo se distinguen de la religión musulmana en que consideran a Ahmad como el mesías y que rechazan la peregrinación a la Meca, uno de los pilares de la religión islámica. Además, agregó que los ahmadies poseen una tendencia hacia la poligamia y son intolerantes religiosos, al punto que serían considerados como una secta por los musulmanes.

A pesar de la apelación, el tribunal de alzada de la capital confirmó el rechazo argumentando que no había elementos suficientes para considerar que se trataba de una agrupación diferente al islam ortodoxo. Agregaron que la falta de referencia respecto de sus cultos y sus ritos no permite definir al culto ahamadie como un culto musulmán.

Los demandantes presentan entonces la demanda que motiva este análisis en base a una supuesta violación de los arts. 9 (libertad religiosa) y 14 (prohibición de la discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

## **Análisis del Tribunal Europeo**

En primer lugar, es preciso hacer una pequeña reseña respecto de la legislación del Estado teniendo en cuenta la ley de cultos del año 2003 que proclamó la libertad religiosa y de igualdad entre los cultos así como la separación de las instituciones religiosas y el Estado.

La ley permite la creación y mantenimiento de comunidades e instituciones religiosas de acuerdo a como lo establezcan los miembros de dicho culto. Uno de los impedimentos para la registración de una nueva asociación cultural estaría dado por la sola distinción de ésta por su nombre, pero no por su doctrina religiosa.

En el caso concreto, el Estado argumentó que no se cumplieron con los requisitos necesarios para lograr la registración. Consideró que la institu-

cionalización de esta comunidad podría dar lugar a un sismo al interior de la comunidad musulmana ya que se encuentra fuera de los límites del islam ortodoxo y podría ser considerado una herejía por parte de la misma.

Por su parte los demandantes entienden que la decisión estatal es violatoria del artículo 9.2 del Convenio europeo porque no existe un fin legítimo que permita socavar su derecho a ser reconocidos como culto de forma institucional. Entienden que no es una facultad del Estado inmiscuirse dentro de las facciones religiosas protegiendo a unas por sobre otras.

Para el TEDH es fundamental la aclaración relativa a la importancia de analizar el artículo 9 junto con el 11 que protege la vida privada y familiar. En este sentido, se remarca la estricta motivación que debe existir para restringir la libertad de asociación entre ciudadanos. En este sentido, y a pesar de los argumentos estatales de que la falta de registración no impide el ejercicio religioso, es destacable la cantidad de derechos que las personas se privan de gozar al no otorgar la institucionalización (adquirir personalidad jurídica, poseer o alquilar bienes inmuebles, poseer cuentas bancarias, estar en juicio, entre otros). El Tribunal entiende que hubo una injerencia no compatible con el artículo 9 a la luz del artículo 11.

El T.E.D.H. también entiende que la posible justificación del Estado estaría relacionada con el artículo 17 de la ley de culto que exige que los movimientos que se registran sean distinguibles entre sí en orden de evitar enfrentamientos entre las comunidades religiosas. En este sentido, el acompañamiento de los principios y ritos por parte de los solicitantes es para el Tribunal suficiente, siendo que la ley no exige ni explica que grado de especificidad deben contener las solicitudes. Además, recalca que si este fuese el inconveniente, hubiese sido fácilmente subsanable mediante el otorgamiento de la posibilidad de remediar esta falta a los demandantes por parte de la Corte de primera o segunda instancia.

El T.E.D.H. hace suyas las expresiones de los solicitantes respecto a que no es una facultad del Estado analizar la legitimidad de las creencias o modalidades en las que dichas creencias se manifiestan. En este sentido, considera que la posición tomada por la Corte de Apelaciones llevaría al impedimento de registrar cualquier culto que se considere parte de un movimiento ya existente pese a las diferencias en la interpretación religiosa que la asociación que busca incorporarse pueda poseer. Este obje-

tivo que garantizaron los tribunales búlgaros y que defiende la representación estatal ante el Tribunal Europeo dista de los objetivos y principios que debe defender el Estado a la hora garantizar la libertad religiosa. Los actos llevados a cabo por Bulgaria conducen a estructurar a los cultos en una dirección única, obstaculizando el derecho a la libertad, diversidad y pluralidad de cultos e inmiscuyéndose en territorio ajeno al poder de policía obviando su obligación de permanecer neutral e imparcial.

Estos argumentos llevaron a que el T.E.D.H. establezca la violación del artículo 9 a la luz del artículo 11 por parte del Estado búlgaro. En lo que refiere al artículo 14 de la Convención, el Tribunal entiende que no es posible hacer distinción entre lo ya analizado referido a los artículos precedentes que permita hacer una especificación pormenorizada del artículo 14 por lo que rechaza la solicitud de los peticionarios en este punto.

## Palabras Finales

Considero que el análisis que hace el Tribunal Europeo es propicio y certero y pone el acento en los puntos clave en torno al análisis que realizó el poder judicial búlgaro. Es fundamental remarcar, por un lado, la importancia de insistir en la imposibilidad de exigir medidas cuyo grado de exigencia puedan llevar a la violación de un derecho humano. A su vez, es importante resaltar la importancia de cuidar los ámbitos de privacidad y vida íntima de los seres humanos, aún en casos referidos a colectivos de ciudadanos, determinando y marcando los límites a la injerencia estatal en dichos asuntos.

En lo que refiere a los requisitos, si bien en el caso no se plantea una posición que pueda dar lugar a segundas opiniones respecto a lo que termina fallando el poder judicial búlgaro, es interesante pensar hasta qué punto el Estado puede imponer requisitos para registrar una asociación religiosa y cuáles son los límites necesarios para una sociedad democrática que puedan justificar restricciones al derecho a la libertad de culto y pluralidad religiosa.

En este sentido, la libertad religiosa cuenta con dos facetas, una positiva dirigida a la posibilidad de mantener y manifestar una convicción

religiosa (o ninguna) y una negativa relativa a la posibilidad de no verse obligado a declarar las convicciones religiosas personales, de donde surge la obligación del Estado de inmiscuirse lo menos posible y mantener una actitud neutral en materia de creencias.

El Tribunal Europeo repite en el fallo citado jurisprudencia de larga data que estableció a partir del precedente *Kokkinakkis c. Grecia*<sup>3</sup>, donde estableció que el pluralismo cultural es indisociable de las sociedades democráticas.

---

3. TEDH, Case of Kokkinakis Vs. Greece, 25/05/1993.

*Derechos humanos de las personas mayores.  
Acceso a la justicia y protección internacional  
dirigida por María Isolina Dabove,  
Astrea, Buenos Aires, 2017, 248 páginas.*

por ALEXANDRA BIASUTTI<sup>1</sup>  
y NATALIA ANALÍA MARTÍNEZ<sup>2</sup>

Este libro pretende mostrar los avances producidos en los últimos años en el campo del Derecho de la Vejez. Esta nueva especialidad, desarrollada por María Isolina Dabove desde 1998, responde a la necesidad de elaborar respuestas jurídicas correspondientes con el actual fenómeno del envejecimiento, que hoy ya es global y multigeneracional.

Afortunadamente, este campo hoy cuenta con una nueva herramienta de derechos humanos que viene a robustecer su alcance y contenido: la “Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores”, que ha entrado en vigencia en el sistema regional en enero de 2017.

Este libro da cuenta de esta evolución, tanto como de la necesidad de profundizar y expandir la construcción del Derecho de la Vejez. Muestra la complejidad de este fenómeno, a partir del diálogo con voces diversas de la Gerontología y las pone en conexión con la teoría y la práctica jurídica.

El libro está organizado en dos partes. En la primera, se plantean los temas centrales de la doctrina del Derecho de la Vejez que le dan sustento y fundamento. En la segunda, en cambio, se muestra la mirada de los profesionales que día a día trabajan en el campo y deben lidiar con un

- 
1. Abogada (UCA). Master en Dirección y Gestión de los Regímenes de la Seguridad Social (Universidad Alcalá de Henares). Master en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral). Integrante del Seminario de Derecho de la Vejez del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (UBA).
  2. Abogada (UNR). Especialista en Magistratura (UNR). Integrante del Seminario de Derecho de la Vejez del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (UBA).

sistema jurídico que se resiste a tomarse en serio los derechos humanos de las personas en su vejez.

El Capítulo I -a cargo de Isolina Dabove- ofrece conceptos insoslayables para situarnos en la temática, tanto desde el punto de vista sociológico, como jurídico, económico y valorativo; nos brinda los principios que reconoce para su desarrollo y especificación. Esta mirada holística no soslaya la dimensión normativa y analiza tanto la recepción constitucional, como la normativa internacional. Hacia el final del mismo -y enlazando con las Reglas de Brasilia- aborda la complejidad del Acceso a la Justicia.

El Capítulo II, en cabeza de Miguel Ángel Ciuro Caldani, desgaja con la minuciosidad de un orfebre el Derecho de la Ancianidad mirado del integrativismo trialista: la dimensión sociológica, la normológica y la dikelógica. Además, se detiene en su autonomía e inter-materialidad, dejando a salvo que es necesario desarrollar estrategias no solo jurídicas sino también políticas.

Mónica Roqué tiene cargo el tercer capítulo donde nos introduce a los datos duros de la vejez y nos interroga como sociedad global sobre nuestro presente y futuro. Este diagnóstico deriva en los trabajos de la comunidad internacional, plasmados en la modificación de diversos instrumentos ya existentes y el proceso de creación de otros.

El capítulo IV, a cargo de Ricardo Iacub, analiza la situación actual de la temática, los discursos y en qué lugar ponen al anciano. Desde esa base plantea el empoderamiento como estrategia frente a una serie de disvalores que atentan contra la autonomía y ejercicio de la libertad; ellos se pueden resumir en discriminación, circunstancias traumáticas y limitaciones cognitivas.

La primera parte del libro es cerrada por Rosana Feliciotti en el Capítulo V, quien emprende el camino de la vulnerabilidad de las personas mayores para acceder al sistema de justicia. En ese sentido- ofrece un panorama de las medidas adoptadas por el Ministerio Público de la Defensa para eliminar las barreras en aras de un efectivo acceso y explica el programa sobre temáticas de salud, discapacidad y adultos mayores que funciona dentro del mismo que trabaja no solo en estrategias de defensas o planteos jurídicos, sino también en derivaciones. Finalmente, refiere a las personas con discapacidad y a la actuación de los curadores.

La Parte Segunda del libro versa sobre Los Principios de Naciones Unidas y el Derecho a la Vejez en la Experiencia Profesional.

El Capítulo VI plasma el estudio y conclusiones del taller I del Seminario, relacionadas con el principio de autorrealización, desde el punto de vista de la capacidad y los atributos de las personas mayores. A partir de la experiencia profesional de los integrantes del grupo se efectúa un análisis y diagnóstico acerca de las normas, prácticas administrativas o diversas situaciones, que limitan o impiden el proceso de autorrealización; se evalúan las fortalezas y debilidades del ordenamiento jurídico vigente para responder a los conflictos identificados, y se proponen herramientas y mecanismos de protección para superarlos.

El Capítulo VII aborda el estudio y conclusiones del taller II del Seminario, respecto del principio de Independencia y los Derechos de Autonomía, que implica la habilidad o competencia de las personas mayores para desenvolverse por sí mismas, sin influencias o condicionamientos que ataquen su libertad de decisión.

Se identifican variadas problemáticas en torno a la efectiva concreción de estos derechos, relacionadas especialmente con la estadía en residencias geriátricas, con las prestaciones que brinda el servicio de salud, con el ejercicio de los derechos patrimoniales y con restricciones en el ejercicio de derechos personalísimos como el derecho a disponer del propio cuerpo, derecho a la intimidad, a la protección de la imagen, etc.

Se ponen de manifiesto las fortalezas del sistema jurídico argentino y sus debilidades, efectuando algunas sugerencias en pos de mejorar las problemáticas identificadas.

El Capítulo VIII versa sobre el estudio y conclusiones del taller III del Seminario, respecto del principio de participación en la vejez, que implica involucrarse y formar parte de los diferentes grupos sociales, de la familia, de los vínculos laborales y de la sociedad toda y tener la posibilidad de influir en dichos ámbitos.

Se abordan los distintos derechos que emanan de ese principio, tales como el derecho a la ocupación, al trabajo y al empleo, a la asociación, a la recreación, al ocio y al uso del tiempo libre, a la participación política, etc.

Se identifican los obstáculos o barreras que limitan el ejercicio de estos derechos, entre los que se pueden mencionar la falta de conocimiento de

las propias personas mayores de cuáles son sus derechos, la escasa difusión por medios accesibles y el escaso compromiso político en su promoción y las barreras culturales relacionadas con estereotipos o prejuicios.

El Capítulo IX plasma el estudio y conclusiones del taller IV del Seminario, relacionadas con el principio de cuidados y derechos sociales, identificando las principales cuestiones problemáticas en torno al sistema de cuidados -abarcando cuestiones legales, culturales y de prácticas-, y al alcance y suficiencia de los derechos sociales.

Se formulan novedosas propuestas para lograr una mejor calidad de vida en la vejez, haciendo eje en un refuerzo de la cultura gerontológica, la generación de criterios claros y especiales de justicia en la vejez y el establecimiento de nuevas pautas de cuidados en los establecimientos de larga estadía.

El Capítulo X aborda el estudio y conclusiones del taller V del Seminario, relacionadas con el Principio de Dignidad en los Sistemas de Protección, Garantías y Acceso a la Justicia, que lleva implícito el acceso a la justicia propiamente dicho, la obtención de una sentencia fundada y la ejecución inmediata de la resolución obtenida.

Se resalta la necesidad de que los derechos procesales de los ancianos cuenten con una especificidad mayor a la actual, para procurar la garantía de igualdad, tanto en términos reales como materiales, en la defensa de sus derechos vulnerados, analizando esta cuestión en el ámbito jurisdiccional y administrativo.

Se marca el progreso que en materia legislativa implicó el nuevo Código Civil y Comercial argentino y los distintos cuerpos normativos que incluyen estos principios a nivel interno.

Finalmente, se efectúan sugerencias a efectos de efectivizar los derechos fundamentales de las personas de edad, tales como el respeto del principio de inmediatez con los operadores judiciales, mecanismo de acceso a la justicia en donde se prevea un abordaje interdisciplinario e instar a la especialidad o capacitación de los abogados en derecho de la vejez para ejercer acabadamente la defensa de la persona mayor en juicio, entre otras.

Finalmente, la obra consta de un apéndice normativo que permite navegar sobre las reglas que regulan la ancianidad. Esto le otorga completud y vigencia.

Un libro que obliga a reflexionar y nos interroga como componentes de una sociedad que avanza en la expectativa de vida. Sin lugar a dudas, este libro constituye una mirada insoslayable sobre la temática de la ancianidad, no solo para la gente del derecho, sino sobre todo el universo que aborda la vejez.

## *Defensa Eficaz y Control de Convencionalidad de Abel Cornejo*

Rubinzal-Culzoni editores,  
Buenos Aires, 2016, 224 páginas.

por CARLA CANNIZZARO <sup>1</sup>

Como introducción a su texto, Cornejo se postula en contra de los reclamos sociales de aumento de pena, propone efectuar una diferenciación entre el desacierto de un Juez y la crítica a la justicia como “institución” y presenta un panorama en el que la sociedad es víctima del sensacionalismo generado por los anuncios publicitarios que, a su vez, destaca, afloran durante las épocas de competencia electoral.

Así, en un contexto en el que la sociedad es inducida a reclamar aumento punitivo y en el que no se repara en los resultados de las reformas promovidas, las garantías individuales se ven menoscabadas. Ello se debe, principalmente, a que el discurso que propicia el endurecimiento punitivo opone los conceptos de impunidad y ejercicio de garantías como dos extremos inconciliables.

Es por eso que el autor resalta el valor de una posibilidad cierta de defenderse, para considerar que existe un debido proceso, en el que se resguardan las garantías individuales, y propone así al derecho de defensa como el eje central, la premisa indispensable para que efectivamente pueda considerarse que existió un juicio previo y que la aplicación de una pena no es, entonces, una mera arbitrariedad.

Desde esta lógica, entiende que al Estado le corresponde velar por el cumplimiento de la defensa eficaz, así como también debe efectuar un constante control de convencionalidad por todos los órganos que administran justicia o ejercen la coerción.

---

1. Abogada egresada con Diploma de Honor (Universidad de Buenos Aires), especializada en derecho penal. Auxiliar docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente cumpliendo funciones en el Ministerio Público de la Defensa.

De ese modo, se introduce en su primer capítulo, que le asigna el nombre al libro, “La defensa eficaz”, presentando esta garantía a partir del artículo 18 de la Constitución Nacional, que consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Así, en conexión con la exposición introductoria, reitera que todo el ordenamiento jurídico debe responder a la efectiva tutela de esta garantía.

A lo largo de este apartado, el autor transita los distintos meollos que deben sortearse para hacer efectiva esta garantía constitucional, mencionando entre otras, las cuestiones relacionadas con el rol de los jueces al advertir una situación de indefensión; el del defensor público y sus límites éticos en el ejercicio de la defensa y su obligación de guardar silencio.

También sostiene que para que el derecho de defensa en juicio sea respetado, en un caso concreto, es menester que el imputado cuente con la asistencia efectiva de un profesional del derecho en todas las etapas del proceso. Pero ello no es todo, pues la defensa debe cumplimentar algunos requisitos mínimos de eficacia.

Con lo cual, la cuestión versará en torno a la determinación del momento a partir del cual la persona acusada se encuentra en un estado de indefensión. Pues, ésta no se exterioriza en un acto, sino que es una situación que puede ir desarrollándose a lo largo del proceso penal.

De hecho, advierte el autor que “las principales enemigas de la defensa eficaz son la desidia, la incuria y la negligencia”. Pues los peores casos son aquellos en los que se han satisfecho todos los actos procesales para dotar de eficacia a la defensa, pero solo como un medio para cumplir con los requisitos formales y no así desde una labor jurídica dirigida a mejorar la situación procesal del encausado.

De allí que distingue entre una actuación deficiente y una actuación inconsistente del abogado. Si bien en ambos casos la defensa es ineficaz, lo cierto es que se presenta una radical diferencia, en tanto la primer forma de actuación importa no llevar a cabo los debidos actos formales de defensa (como ser la articulación de recursos, el cumplimiento de los plazos procesales, la producción de prueba de descargo o la quietud ante diligencias que requieren una participación activa de quien defiende); mientras que la defensa inconsistente supone una deficiencia

en los conocimientos del hecho, de las constancias del expediente o bien un conocimiento poco profundo del derecho que le asiste al imputado.

Dando continuidad a estos argumentos, aflora en el texto el interrogante acerca del tratamiento que se le debe brindar a un supuesto de indefensión, principalmente cuando dicha situación se verifica tardíamente, habiéndose llevado a cabo diversos actos procesales que agravan a la persona imputada.

El autor sostiene que los operadores judiciales no deben permitir que los actos procesales ejecutados en situación de indefensión acaben por perjudicar al imputado, por lo que están obligados a neutralizar la afectación del derecho de defensa con las herramientas procesales a su alcance. Así, tratándose de un caso de defensa voluntaria (quien se defiende por sus propios medios), deberá asignar un abogado y, en los supuestos de defensa necesaria, deberá remover al representante, sea que se trate de un abogado particular o bien un defensor público.

Frente al ornamentado desarrollo permanece oculta una incógnita de difícil respuesta: ¿Cuándo la defensa es eficaz? En este punto, el texto no brinda coordenadas ni precisiones respecto a los caracteres a considerar en la determinación de dicha utilidad. Muy por el contrario, se omiten algunos puntos interesantes que deberían tenerse en cuenta al momento de definir qué implica un ejercicio eficaz de la defensa.

Así, por ejemplo, se ha omitido analizar algunas cuestiones relacionadas con la “utilidad” de la defensa técnica a la que se hizo referencia o a la obligación que pesa sobre los operadores judiciales de salvaguardar esta garantía, analizadas desde el foco que puso nuestro Máximo Tribunal en el fallo “Núñez, Ricardo Alberto”<sup>2</sup>.

Este *leading case*, vale destacar, no fue el único caso en el que nuestro Tribunal supremo procuró subsanar el estado de indefensión de quienes, contando con una asistencia jurídica, no eran eficazmente defendidos. Con lo cual, un desarrollo del recorrido jurisprudencial efectuado por la Corte, hubiera ilustrado al lector en punto a los alcances de esta garantía,

---

2. Fallos: 327:5095t

en virtud de la cual se ha llegado a dejar a un lado todo tipo de formalidad procesal en procura de una amplia protección del imputado<sup>3</sup>.

Por otra parte, la Corte IDH también ha vinculado la garantía de defensa en juicio con la necesidad de que ésta sea eficaz. Así, en el caso “Ruano Torres vs. El Salvador” expuso que “Ciertamente, la función judicial debe vigilar que el derecho a la defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica ineficaz. En esta línea resulta esencial la función de resguardo del debido proceso que deben ejercer las autoridades judiciales”<sup>4</sup>.

Párrafo seguido, el Tribunal internacional elogió el tratamiento que nuestro país le ha brindado a dicha garantía desde antaño, resaltando que “la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que desde larga data ha delimitado el rol de los jueces frente a situaciones en que estuviera comprometido el derecho a la defensa (...) pues, constituye una exigencia previa emanada de la función jurisdiccional de dicha Corte el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran comprometidos aspectos que atañen al orden público”<sup>5</sup>.

Ello no es todo, pues en materia de derecho de defensa, el referido Tribunal ha indicado que el ejercicio del derecho estaba restringido en un supuesto en que a un imputado se le designó un abogado de oficio al cual nunca había podido conocer. En ese antecedente se destacó el principio de confianza entre el abogado y la persona acusada, así como también el deber de comunicación entre estos<sup>6</sup>.

Asimismo se instó al Estado a que “provea el pleno acceso a la justicia, debe montar un sistema de defensa verdadera y eficiente que batalle por los derechos del inculcado con la misma constancia y consistencia con que recomienda Ihering la lucha por el derecho (...) **Esto insta a emprender la marcha hacia nuevos medios de garantizar el acceso a la justicia**” —el destacado es propio—<sup>7</sup>.

---

3. Así, por ejemplo, entre los antecedentes más relevantes, podrían señalarse los Fallos: 329:2569; 329:4248; 327:103; 329:4248; 327:5095 y 327:3802.

4. Corte IDH, Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, 5 de octubre de 2015, párrafo 168.

5. Ídem, párrafo 169.

6. Corte IDH, Caso Tibi c. Ecuador, 7 de septiembre de 2004, párrafo 194.

7. Ídem, párrafo 48

Estos antecedentes jurisprudenciales, y varios más que no me permito mencionar para evitar una innecesaria extensión de esta reseña, permitirían a los lectores y lectoras delinear las implicancias de una vasta aplicación de la garantía constitucional y del significado de “defensa útil”. Además, abriría un espacio de reflexión en relación con la defensa en juicio, interpretándola desde un nuevo paradigma que ya no consiste en la sencilla asignación de una persona instruida en la materia. Pues, en apoyo a lo señalado por el autor, se considera que para garantizar su eficacia deben darse determinados recaudos como ser la configuración de un ámbito de confianza entre el defensor y el acusado, un diálogo continuo que posibilite el armado de una estrategia común del caso, el conocimiento pleno y acabado de los hechos que se le acusan y la posibilidad de controvertir la prueba de cargo.

Volviendo al texto, se destaca la postura que adopta Cornejo en punto al rol del Defensor Público en el ejercicio del derecho de defensa. Parafraseando a Roxin, explica que la defensa oficial no vela única y exclusivamente por los intereses del imputado, ya que en definitiva es un órgano dependiente de la administración de justicia. Es por ello que, dentro del proceso, el representante debe procurar la mejor lectura de los hechos que le pueda favorecer a quien asiste, al mismo tiempo que debe abogar “por la elección del derecho para que el encuadramiento de su conducta sea el que adecuadamente corresponda”.

De allí que se advierte una suerte de contradicción en las distintas funciones que cumple el defensor público, pues dicha tesitura exige -por un lado- el armado de la teoría del caso en defensa de los intereses de su representado, al mismo tiempo que -para el autor- debería velar y garantizar la legalidad del procedimiento. En otras palabras, el autor le reconoce la posibilidad de llevar a cabo diligencias aptas para una buena defensa, pero con el *límite ético* previsto por la ley y el desempeño profesional.

De todos modos, Cornejo aclara que los límites éticos no interfieren en la obligación de guardar silencio que impera sobre el abogado y sirve de base para la construcción de una relación de confianza entre el representante y el representado, sin la cual no sería posible una defensa eficaz.

Luego, se introduce en su segundo capítulo, donde trabaja el principio de legalidad como una garantía constitucional de la defensa en juicio. El

desarrollo de este tema está atravesado por la preocupación en torno a los recientes procesos de reforma procedimental, en virtud de los cuales se instaurará el principio de oportunidad que, para Cornejo, podría denominarse “principio de arbitrariedad”.

El razonamiento parte de la base de que la ley penal tiene como tarea principal demostrar al ciudadano los límites del espacio libre de penalidad, de manera tal que pueda adecuar su conducta acorde a derecho. Tácitamente, parte de una función preventiva especial de la pena y a partir de eso concluye que la norma penal, en última instancia, determinará y delimitará los comportamientos punibles en contraposición de las conductas acorde a derecho. Lo cual, en definitiva, importa un reaseguro de qué comportamiento es punible y cuál no y supone la determinación de la pena en base a una determinada ley dictada con anterioridad al hecho.

Por otra parte, vinculado a este principio está el de oficialidad, que imposibilita la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal y que para el autor se opondría al principio de oportunidad.

Para Cornejo, con la implementación del principio de oportunidad se vulnera el derecho a la igualdad, dado que la respuesta a una misma conducta no será la misma para todas las personas que la cometen sino que dependerá del criterio de cada Fiscal y en cada caso en concreto.

Desde esta lógica sostiene que la solución frente a un desmedido punitivismo no radica en el principio de oportunidad, sino en orientar al proceso penal hacia los principios de ultima ratio, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad. De modo tal que las causas de menor relevancia en materia de política criminal sean reconducidas a su cierre en base a estos principios mencionados y no, siguiendo al principio de oportunidad, en función del criterio de cada representante del Ministerio Público Fiscal en cada caso en particular.

Es clara la postura del autor en punto a la histórica contraposición entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, aunque quizás hubiera sido enriquecedor un mayor desarrollo del problema en torno a la determinación de la política criminal, el deber de obediencia de cada representante del Ministerio Público Fiscal para con las recomendaciones dictadas por quien ejerza el cargo de Procurador o Procuradora General y

cómo esa cuestión se proyecta directamente en la aparente contradicción entre los dos principios mencionados.

El libro continúa con el tratamiento del debido proceso legal, para lo cual anuncia la primer problemática advertida a la hora de delimitar o definir esta garantía. Es por eso que el interrogante circula en torno al modo de garantizar el debido proceso. Para ello, retoma las ideas de nuestro Tribunal Supremo -que ha establecido que se garantiza asegurando la existencia de una acusación, la defensa y prueba y una sentencia- y le añade algunos requisitos como la irretroactividad de la ley penal, el plazo razonable, el principio de igualdad de partes, la imparcialidad del juez, el derecho al recurso, la garantía de *ne bis in ídem*, el principio de judicialidad y la presunción de inocencia.

Otra garantía indispensable para una defensa eficaz es el conocimiento de la imputación. Este tema se desarrolla en el capítulo cuarto del libro a partir de la identificación de una cuestión relevante para la práctica judicial. Cornejo es determinante en punto a que no hay defensa posible si la persona imputada no conoce pormenorizadamente el hecho que se le imputa y la calificación legal que se adecuaría a los hechos descriptos.

Para defenderse eficazmente, dirá el autor, es necesario también que se le permita a la persona acusada explicar, expresarse, respecto de cada uno de los puntos de la imputación. La contracara del derecho a conocer la imputación es entonces el derecho a ser oído.

En relación con el derecho a ser oído, sería conveniente agregar que, en procesos mixtos de raigambre inquisitiva -en los que la capacidad de investigar por parte de la defensa es prácticamente nula- debería incluirse, como contrapartida, la obligación por parte de los jueces de producir las pruebas tendientes a confirmar la hipótesis de los hechos propuesta por la persona imputada.

De este modo lo ha establecido nuestro Tribunal Supremo en el -todavía reciente- fallo “Carrera, Fernando”. En este antecedente, los jueces entendieron que “A la luz de estos principios, resulta decisivo que el juez, aún frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta. Desde esta perspectiva, la presunción de

inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal<sup>8</sup>.

En el capítulo siguiente trata el principio del juez natural, entendido como una garantía multifuncional que sirve para asegurar la igualdad de cada habitante de que no será juzgado por leyes especiales, al tiempo que funciona como un principio organizacional del Poder Judicial que se verifica en la existencia de órganos judiciales preestablecidos de forma permanente por la ley.

Además, no se puede escindir de la imparcialidad con la que debe actuar cada magistrado. Es decir, de la inexistencia de un interés personal o preferencia o afición por alguna de las partes. En definitiva, la garantía del juez natural tiene por finalidad asegurar la máxima imparcialidad en el juzgamiento. Por ello, uno de los requisitos del Juez natural radica en su competencia, en su designación por ley anterior a los hechos. Este requisito, entiende Cornejo, se extendería a los fiscales, aunque no exista algo así como una garantía al fiscal natural.

La competencia se vincula con otro de los requisitos, la imparcialidad, respecto de lo cual agrega a lo ya expuesto que ésta se podría definir por su contracara, que no es más que el designio anticipado a favor o en contra de alguien o algo, la falta de neutralidad o insegura rectitud en el modo de juzgar o proceder.

A modo de cierre, deja en evidencia la diferencia entre la recusación del Juez que pueda efectuar un acusado en contraposición con la que pueda realizar la acusación. Pues, el primero tendría un derecho a la imparcialidad, lo que motiva que cualquier recusación -aun cuando no esté fundada en una de las causales previstas en la ley- deba ser razonablemente atendida. Mientras que el segundo de los actores, solo podría recusar a un Juez por los motivos estrictamente previstos en la ley.

El capítulo siguiente es quizá el que mayores discusiones podría suscitar con aquel sector de la doctrina que promueve la implementación de un sistema penal acusatorio y que en las últimas décadas ha trabajado incesantemente en la promoción de reformas -tanto legislativas como en

---

8. Fallos: 339:1498, cons. 22°

la práctica judicial- para lograr que las jurisdicciones que aún conservan sistemas judiciales mixtos o inquisitivos, finalmente puedan reconvertir sus procesos de conformidad al mandato constitucional.

Se trata del derecho a declarar y de la garantía contra la autoincriminación, cuyo análisis parte de la presunción de inocencia que se le garantiza a cualquier sujeto ajusticiado, en virtud de la cual se establece que no debe colaborar con su propia condena, o bien, que cualquier información que decida introducir al proceso debe ser por su propia voluntad. Ello importa un desplazamiento de la carga probatoria, siendo obligación de quien acusa destruir el velo de inocencia que protege al acusado.

Ahora bien, Cornejo señala un problema en torno a las reformas procesales que se han dado en nuestro país y en toda Latinoamérica durante los últimos años: todos estos proyectos presentan una marcada falencia en punto a la protección contra la autoincriminación, en tanto la tendencia de los recientemente sancionados Códigos Procesales es que la declaración del imputado la tome el propio Fiscal.

Para el autor, el mayor conflicto radica en que este acto vendría a quebrantar el principio de igualdad de partes, colocando a un Fiscal en el rol de un sujeto neutral que escucha a su contendiente para que éste pueda controvertirlo y desvirtuar su propia postura. Desde esta lógica, entiende que la única forma de conservar la garantía contra la autoincriminación es que el Juez sea quien tome la declaración del imputado. Es aquí donde se presenta el punto de tensión mencionado más arriba.

Para la doctrina promotora de los proyectos de reforma en Latinoamérica se entiende que los procesos de transformación de los sistemas inquisitivos o mixtos a sistemas acusatorios son progresivos y que estas sanciones legislativas responden a lo que comúnmente se conocen como “sistemas acusatorios primarios”, es decir, los primeros intentos de reforma y de introducción de estas nuevas formas procedimentales.

Éstos se caracterizan por transferir las funciones acusatorias que actualmente cumpliría un Juez de instrucción al Fiscal. De allí, que como un primer paso evolutivo se promueva que el acto procesal más parecido a lo que se conoce como declaración indagatoria lo lleve a cabo el Fiscal.

Sin embargo, no tardan en marcar una diferencia tajante en punto a esta audiencia: no se trata exactamente de una instancia en la que el

imputado formula un descargo. Más bien se trata de una audiencia de formulación de cargos en la que el Representante del Ministerio Público Fiscal le indica al imputado de qué se lo acusa, cuáles son las pruebas aunadas en su contra y en qué calificación legal encuadraría la acusación.

Es decir, a diferencia de la audiencia indagatoria, al momento de llevarse a cabo la formulación de cargos la investigación está concluida y las medidas de prueba ya se realizaron. En definitiva, es en este momento en que quien resulte acusado de un delito tiene posibilidad de ejercer su derecho de defensa<sup>9</sup>.

Pero además, es importante no perder de vista que estas reformas promueven la introducción de sistemas acusatorios que, como tales, parten de lógicas procedimentales absolutamente diferentes a las que acostumbramos quienes trabajamos con Códigos Procesales Mixtos. El hecho de tratarse de sistemas que parten de distintos paradigmas impacta directamente sobre el desarrollo, la extensión y los límites de la garantía contra la autoincriminación.

En un sistema acusatorio el imputado no está relevado de decir verdad. Si el imputado declara, lo hace bajo juramento en calidad de testigo. Esto guarda una íntima relación con el origen histórico de este tipo de procedimientos.

Debe recordarse que los sistemas acusatorios modernos se enraízan en las ordalías, en la lucha, como método de solución de conflictos. En estos mecanismos basados en la fuerza, en la contienda, y que habían sido aceptados por la Iglesia, para los delitos más leves estaba la posibilidad de resolver el conflicto prestando juramento. Es decir, la palabra de la persona acusada, sosteniendo su propia inocencia, bastaba para solucionar un conflicto entre las partes.

Luego se instauró el sistema inquisitivo con el objetivo de monopolizar la investigación y sancionar determinados crímenes como la herejía mediante procedimientos secretos y con medios de prueba como la tortura, regulados y legalizados, así como también un sistema de prueba tasada adoptado para controlar los resultados de cada caso. La confesión

---

9. Cf. Alliaud, A., Audiencias Preliminares, en Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial, Ed. Didot, 2016, Bs As, p. 84 y ss.

del imputado era entonces la vedette del sistema de justicia inquisitivo de manera tal que la tortura acabó reemplazando al juramento.

Así fue como cada uno de estos sistemas -acusatorio e inquisitivo- tomó un camino diferente en la consolidación del privilegio contra la autoincriminación: mientras que en el sistema adversarial la búsqueda de la verdad es de relativa importancia, en el inquisitivo es de tal trascendencia que se desconfía de la versión del acusado aun cuando confesara libremente su culpabilidad. De allí que en la primera de las formas de enjuiciamiento mencionadas, la garantía opera frente a aquellas confesiones obtenidas mediante tratos inhumanos y abusos. En cambio, en el segundo modelo procedimental, la misma garantía opera de manera absoluta imposibilitando una condena si no existen otras pruebas que sustenten los dichos de la propia persona acusada<sup>10</sup>.

En resumen, el autor abre la puerta a un largo debate que quizá excede el propósito del libro, pero no por ello deja de ser uno de los puntos de más álgida discusión en materia de derecho de defensa, que radica justamente en las condiciones de la declaración del imputado y en el valor probatorio que a la misma se le debe asignar.

En la obra también se trabajan las garantías contra la doble persecución penal e *in dubio pro reo*. En el desarrollo de la primera se plasman las dos tesis interpretativas: una restrictiva que supone que la protección se extiende sobre la doble punición y una amplia que entiende que se protege al imputado aún de ser perseguido dos veces por un mismo hecho.

Si bien esta garantía tiene un origen netamente accidental en cada uno de los países y distintos sistemas de justicia conocidos histórica y universalmente, para Cornejo se encuentra enraizada en el concepto de debido proceso. Por ende, omite inmiscuirse en la problemática en torno a su surgimiento como excepción a las reglas que promovían múltiples acciones penales públicas y privadas en el derecho inglés<sup>11</sup> y sienta certeza en

---

10. Cf. Ojea Quintana, T., El privilegio contra la autoincriminación. Reflexiones acerca de dos sistemas distintos de procedimiento criminal, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Nro. 9", Año 5, Nro. 9, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 251 a 263.

11. Hendler, Edmundo S., "Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem", en HENDLER, Edmundo S. (comp.), Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 131 y ss

la materia afirmando que la misma ha quedado consolidada a partir de la sanción de diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Por último, concluye el estudio aludiendo a la interesante problemática en torno a la *cosa juzgada fraudulenta*, con un vasto recorrido jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sintéticamente ha establecido que la garantía contra la doble persecución no opera cuando se presentan supuestos de corrupción en los que los Tribunales operan sin independencia ni imparcialidad, sin identificar a los sujetos implicados en el hecho y no se llevan a cabo investigaciones tendientes a esclarecer lo sucedido. Pues estas situaciones solo tienden a generar situaciones de impunidad total y de proteger a quienes detentan el poder de los Estados bajo una garantía que apunta a supuestos en los que se cumplió con la reglas del debido proceso.

En cuanto al principio *in dubio pro reo* explica que rige al momento de aplicar una pena y exige una total certidumbre respecto de responsabilidad penal del encausado para legitimar la aplicación punitiva.

Para el autor, la certeza es la “firme adhesión de la mente a algo conocible” y el principio se erige como resultado de la aplicación de la presunción de inocencia, que rige durante todo el proceso y que importa la absolución del imputado si no hay prueba suficiente de la existencia del hecho punible.

En cuanto a la definición de certeza, tiene que ser entendida como un estado subjetivo. Así, podría inferirse del texto que parte de la noción de existencia de una verdad absoluta, aunque admite que en el proceso penal únicamente es asequible una verdad relativa. Esta verdad relativa es la que puede coincidir con la certeza -subjetiva, propia del espíritu humano-, más no importa necesariamente una coincidencia con la verdad histórica, con lo realmente sucedido, sino con lo que se ha logrado probar en el proceso.

Lo que se requiere para una condena es entonces una certeza absoluta, una plena convicción de que se ha arribado a la verdad y que ella importa el señalamiento del encausado como el culpable de un hecho delictivo. Si no se dan estas condiciones y existe un resquicio de duda en la subjetividad del juzgador, corresponde la absolución.

Finalmente, el autor destaca la relevancia de impedir que los Estados condenen informalmente a quienes aún gozan de la presunción inocencia y formula una convincente crítica contra los medios de comunicación que generan la vulgarmente denominada “condena social” o “condena mediática”.

En cuanto al derecho al recurso, en absoluta relación con el derecho de defensa en juicio, Cornejo explica que importa la posibilidad de recurrir las resoluciones que le causen agravio a la persona imputada, haciendo efectivo el doble conforme. Es decir, supone que ninguna sentencia puede pasar a cosa juzgada sin haberse permitido previamente una instancia revisora. En este apartado, deja en claro que el derecho a recurrir es de la persona acusada y que este carece de simetría respecto al de la parte acusadora, a quien solo se le habilita una acotada vía impugnativa.

En cuanto a la prohibición de la *reformatio in peius* se encuentra íntimamente ligada al derecho al recurso, puesto que implica garantizar al acusado la libertad de recurrir sin que la resolución puesta en crisis pueda ser modificada en su perjuicio. Su límite se presenta cuando ambas partes recurren: acusación y defensa, pues allí sí es posible revisar la sentencia y resolver una situación más gravosa para el imputado.

Finalmente, el libro culmina con el desarrollo de la garantía de plazo razonable y una tenaz crítica a la duración de los procesos penales, alertando al lector respecto a la innumerable cantidad de causas que llevan entre dos y tres décadas de tramitación.

En este apartado, se adentra en la problemática que presenta nuestra legislación al carecer de un plazo perentorio para determinar la razonabilidad del proceso y apunta que, como si fuera poco, los plazos prescriptivos de la acción penal que nuestra legislación establece no siempre han sido claros. En este sentido, destaca que hasta el año 2005, que se promulgó la ley 25.990, había un amplio margen de interpretación del significado de la “secuela de juicio”, permitiendo un gran margen de discrecionalidad al respecto.

Con la reforma se aclaró este punto pero al día de la fecha, denuncia Cornejo, no se ha determinado legislativamente la razonabilidad del plazo para mantener la persecución penal contra un sujeto. Con un dejo de indignación, hace suyas las reflexiones de Daniel Pastor sobre la cues-

tión, señalando que la determinación de este período impediría las arbitrariedades a la hora de determinar la razonabilidad de los plazos.

A modo de cierre, me permito señalar que el libro ilustra al lector acerca de los puntos de contacto de la garantía de defensa en juicio con los restantes principios y garantías procesales que rigen en la materia. En definitiva, la eficacia de la defensa es abordada como una más de las diversas problemáticas relacionadas con la defensa en juicio, constituyéndose ésta última en el eje central del trabajo efectuado por el autor.

El texto es un portal de ingreso a las discusiones clásicas de la defensa en juicio y es funcional a quienes se inician en el derecho procesal penal por la claridad y simplicidad del lenguaje utilizado. Además, abarca las cuestiones más relevantes de cada principio o garantía, desde la definición y ubicación en la legislación hasta el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia. Eso lo convierte en una herramienta de trabajo interesante para ser utilizada como puntapié inicial en la labor jurídica.

Revista

# Debates sobre Derechos Humanos

Número 1 • Año 2017

**Director:**

Sebastián Alejandro Rey

**Equipo de redacción:**

Gabriel Fernando Bicinskas

Marisol Dorrego

Edición gráfica:

mónadanomada ediciones@monadanomada.com.ar

Gándara 2599 (1431) CABA, Argentina.

Para comunicarse con nosotros o enviarnos artículos,  
por favor remitir a: debatesddhh@gmail.com

ISSN 2591-670X

Los artículos representan la opinión de sus autores.

© 2017, de los autores

Editado en Buenos Aires, Argentina.