

Revista

Debates sobre Derechos Humanos

Director:
Sebastián Alejandro Rey

Obligatoriedad de los fallos de la CSJN

Violencia contra las mujeres. Discriminación en razón de género.
Deber de investigar

Muertes en unidades de detención. Deber de cuidado

Protección de la familia. Adopción internacional. Responsabilidad
parental y educación de niñxs. Interés superior del niño

Derecho a la privacidad. Intercepción de comunicaciones. Libertad
de expresión. Acceso a la información pública

Derecho a la salud. Personas adultas mayores

Discapacidad. Matrimonio. Autonomía del individuo

Independencia e imparcialidad judicial. Destitución de magistrados.
Garantías judiciales

Pueblos indígenas. Extradición

Libertad sindical. Libertad de asociación. Derecho a huelga

Crímenes contra la humanidad. Imprescriptibilidad de la acción civil.
Prisión preventiva

Asilo. Refugio

NÚMERO

3

AÑO 2019



EDUNPAZ
Editorial Universitaria



UNPAZ
Universidad Nacional de José C. Paz

Revista Debates sobre Derechos Humanos

Número 3 - Año 2019

© 2020, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2020, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN 2591-670X



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Director del Instituto Interdisciplinario
de Estudios Constitucionales: **Mauro Benente**

Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**

Diseño, arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

Corrección de estilo: **María Laura Romero y Nora Ricaud**

director

Sebastián Alejandro Rey

equipo de redacción

Julia Ben Ishai

Gabriel Fernando Bicinskas

Belén Donzelli

Marisol Dorrego

Romina Peñaloza

Publicación electrónica - distribución gratuita



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc) Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de esta publicación ni de la Universidad Nacional de José C. Paz.

Índice

Editorial	9
Comentarios a fallos	
Obligatoriedad de los fallos de la Corte. CSJN, “Viñas, Pablo c/ E.N. - M. Justicia y DDHH s/ indemnizaciones - Ley 24043 - art. 3”, 22 de mayo de 2018 por MARTÍN CORMICK	11
Pueblos indígenas. Extradición. CSJN, “Jones Huala, Francisco Facundo s/ extradición”, 23 de agosto de 2018 por ELIZABETH GÓMEZ ALCORTA y EDUARDO HUALPA	17
Muertes en unidades de detención. Deber de cuidado. CSJN, “H. M. A. y otro c/ EN - Servicio Penitenciario Federal s/ daños y perjuicios”, 30 de octubre de 2018 por ANA CLARA PIECHESTEIN y SANTIAGO MAURI	29
Interés superior del niño. CSJN, “S., M. A. s/ art. 19 de la C.I.D.N.”, 27 de noviembre de 2018 por CAROLINA A. VIDETTA y MARTINA SALITURI AMEZCUA	45

Prisión preventiva. Retroactividad de la ley penal más gravosa. Crímenes contra la humanidad. CSJN, “Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros”, 4 de diciembre de 2018 por ROBERTO MANUEL CARLÉS	57
Libertad de expresión. Acceso a la información pública. CSJN, “Savoia, Claudio Martín c/ EN - Secretaría Legal y Técnica (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986”, 7 de marzo de 2019 por LUIS LOZANO y WANDA FRAIMAN	67
Discapacidad. Privilegios concursales. CSJN, “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)”, 26 de marzo de 2019 por MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PERÍA	75
Plazo razonable. Reparación. CSJN, “Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 9 de abril de 2019 por OSVALDO A. GOZAÍNI	85
Libertad sindical. CSJN, “Farfán, Julio Antonio y otros s/ amenazas agravadas, daños agravados, turbación al ejercicio de la función pública, San Pedro de Jujuy”, 16 de abril de 2019 por LEANDRO MACIA	97
Derecho a la salud. Personas adultas mayores. Corte IDH, <i>Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349 por SILVIA EDITH MARTÍNEZ	103
Protección de la familia. Adopción internacional. Corte IDH, <i>Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351 por MARISA GRAHAM y LAURA ANALÍA SARDA	113
Asilo. Refugio. Corte IDH, <i>La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)</i> . Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25 por RAPHAEL CARVALHO DE VASCONCELOS y ERALDO SILVA JÚNIOR	131
Ejecuciones extrajudiciales. Reparaciones. Corte IDH, <i>Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) Vs. Guatemala</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2018. Serie C No. 356 por MARIO ALCIDES POLANCO PÉREZ	137

Violencia contra las mujeres. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Discriminación en razón de género. Corte IDH, <i>Caso López Soto y otros Vs. Venezuela</i>. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362 por FEDERICO MANUEL GONZÁLEZ	147
Desaparición forzada. Libertad de asociación. Corte IDH, <i>Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia</i>. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363 por CAROLINA SOLANO GUTIÉRREZ y LUCÍA ALEJANDRA HERNÁNDEZ GARCIA	157
Ejecuciones extrajudiciales. Corte IDH, <i>Caso Villamizar Durán y otros Vs. Colombia</i>. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364 por JESÚS ASDRÚBAL USSA PIÑEROS	163
Violencia contra las mujeres. Uso de la fuerza. Deber de investigar. Corte IDH, <i>Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México</i>. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371 por STEPHANIE ERIN BREWER y EDUARDO GUERRERO LOMELÍ	169
Crímenes contra la humanidad. Imprescriptibilidad acción civil. Corte IDH. <i>Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile</i>. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372 por ANDREA GATTINI ZENTENO, FRANCISCO BUSTOS y FRANCISCO UGÁS TAPIA	181
Destitución magistrados. Garantías judiciales. Corte IDH, <i>Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador</i>. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373 por ARNAU BAULENAS BARDIA	191
Independencia judicial. Garantías judiciales. Corte IDH, <i>Caso Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala</i>. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C No. 374 por JUANA MARÍA CRUZ FERNÁNDEZ	203
Independencia e imparcialidad judicial. TEDH, <i>Affaire Boyan Gospodinov c. Bulgarie</i>, 5 de abril de 2018 y <i>Case of Otegi Mondragon y otros v. España</i>, 6 de noviembre de 2018 por ADELINA LOIANNO	213
Investigación de delitos vinculados a la pornografía infantil. Derecho a la privacidad e Internet. TEDH, <i>Case of Benedik v. Slovenia</i>, 24 de abril de 2018 por JAVIER TEODORO ÁLVAREZ	225

Prohibición de tortura. TEDH, <i>Case of Abu Zubaydah v. Lithuania</i> y <i>Case of Al Nashiri v. Romania</i> , 31 de mayo de 2018 por PABLO GABRIEL SALINAS	235
Cosa juzgada. Ejecución de sentencia internacional. TEDH, <i>Affaire Kontalexis c. Grèce (n° 2)</i> , 6 de septiembre de 2018 por LAURA ARACELI AGUZIN	239
Derecho a la privacidad. Intercepción de comunicaciones. TEDH, <i>Case of Big Brother Watch and others v. The United Kingdom</i> , 13 de septiembre de 2018 y TEDH, <i>Case of Catt v. The United Kingdom</i> , 24 de enero de 2019 por DAMIÁN LORETI	247
Discapacidad. Matrimonio. Autonomía del individuo. TEDH, <i>Affaire Delecolle c. France</i> , 25 de octubre de 2018 por GONZALO ERNESTO IMAS	259
Derecho de defensa. Igualdad de armas y debido proceso. TEDH, <i>Case of Zhang v. Ukraine</i> , 13 de noviembre de 2018 por JAVIER BALMAYOR	265
Derecho a huelga, TEDH, <i>Case of Ognevenko v. Russia</i> , 20 de noviembre de 2018 por MARIANO RECALDE	275
Igualdad y no discriminación. Derecho a manifestarse. TEDH, <i>Case of Alekseyev and others v. Russia</i> , 27 de noviembre de 2018 por ANA HILBERT	279
Responsabilidad parental y educación de niños. TEDH, <i>Case of Wunderlich v. Germany</i> , 10 de enero de 2019 por LAURA MARÍA GIOSA y MARIANA BROCCA	289
 Reseñas bibliográficas	
Los dos demonios (recargados) (Daniel Feierstein) por MARCELO FERREIRA	295
El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras (Paola Bergallo, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Juan Marco Vaggione, comps.) por LUCÍA MERCEDES CATUOGNO	303
Estadísticas del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en las peticiones contra la República Argentina que han sido publicadas (1971-2015) (Gabriel Fernando Bicinskas y Sebastián Alejandro Rey) por JAVIER SALGADO	311

Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Andrés Rousset Siri) por GONZALO M. EVANGELISTA	315
El delito de la desaparición forzada en la Argentina entre 1976 y 1983 (Pablo Salinas y Viviana Beigel) por GABRIEL F. BICINSKAS	325
Derecho Internacional Público (Juan Fernando Armagnague) por LEOPOLDO GODIO	329
Tutela judicial de los derechos humanos (María Fernanda Dietz) por ROMINA G. PEÑALOZA	335
Incumplimiento de sentencias internacionales. Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Susana Albanese, coord.) por MARÍA LAURA OLIVERA	339
Género e Identidad de Género: regulación y perspectivas (Laura M. Giosa y Guillermina Zabalza, dirs.) por JULIETA DANIELA VELARDEZ	343

Editorial

Por Sebastián Rey, director

Comienza una nueva etapa para la *Revista Debates sobre Derechos Humanos*. A partir de este número, la edición quedará a cargo de EDUNPAZ, la editorial de la Universidad Nacional de José C. Paz.

Desde los inicios de la revista hemos intentado visibilizar, darle difusión y, a la vez, cuestionar los estándares sobre derechos humanos fijados tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El trabajo mancomunado con el Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales de la UNPAZ permitirá mejorar la calidad de la publicación digital y ampliar aún más el universo de destinatarios, aprovechando que el portal EDUNPAZ funciona con los softwares libres de gestión de publicaciones científicas Open Journal System (OJS) y de edición de libros Open Monograph Press (OMP) desarrollados por PKP (Public Knowledge Project). Ello permitirá que la revista esté listada en el portal de promoción de OJS del CAYCIT y en ROAD y estén cosechadas por Google Scholar.

Afrontamos este nuevo desafío convencidos y convencidas de que esta herramienta será de gran utilidad para quienes día a día ejercen la abogacía así como para quienes desde la academia buscan actualizar su conocimiento sobre los nuevos desarrollos jurisprudenciales.

COMENTARIOS A FALLOS

Obligatoriedad de los fallos de la Corte

CSJN, “Viñas, Pablo c/ E. N. – M. Justicia y DDHH s/ indemnizaciones - Ley 24043 - art. 3”, 22 de mayo de 2018

Por Martín Cormick¹

Introducción

El fallo “Viñas”² vuelve a poner en tela de juicio la relación entre las distintas instancias del Poder Judicial, en este caso, la relación entre los fallos de la Corte Suprema y su debido acatamiento, o no, por parte de los tribunales inferiores.

En este sentido, viene bien recordar, o buscar poner luz, sobre la relación existente entre los tribunales federales inferiores y la Corte.

Relación de jerarquía

Es sabido que el principio de jerarquía presente en la organización administrativa del Poder Ejecutivo es, a modo de síntesis, “una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí a los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar unidad en la acción”.³

¹ Abogado (UBA). Profesor de Derecho Constitucional (UNDAV) y de Derecho Administrativo (UNPAZ).

² CSJN, Fallos 341:570.

³ Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: FDA, p. 24.

Recordemos que es requisito para que exista relación jerárquica que haya, simultáneamente, la misma competencia en razón de la materia y superioridad de grado.

En este sentido, la relación jerárquica presenta las siguientes atribuciones dotadas al órgano superior jerárquico:

- a) Dar órdenes al inferior jerárquico.
- b) Modificar las decisiones del inferior jerárquico al revocar un acto administrativo por él dictado.
- c) Delegar en el inferior jerárquico competencias a él asignadas.
- d) Avocarse en competencias asignadas al inferior jerárquico. Esto es, asumir una competencia propia del inferior jerárquico –por un tiempo determinado– en un asunto determinado y resolver.

En definitiva, la jerarquía presupone un amplio control del órgano superior por sobre el inferior y se justifica en la unidad de acción que requiere la organización en su totalidad –sea este el Poder Ejecutivo, u otros–.⁴ No es posible pensar que un órgano inferior jerárquico pueda libremente tomar decisiones sin un claro perjuicio hacia la organización entera, la cual perdería rumbo, objetivos, etc.

Es claro que no existe dicha relación entre los tribunales judiciales superiores e inferiores. No se habla –ni existe– una relación de jerarquía entre ellos sino de superintendencia.

Stare decisis* o la obligatoriedad del precedente en el *common law

El sistema jurídico de *stare decisis*⁵ es el nombre abreviado de la doctrina que constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones –*common law*–. Este sistema obliga a respetar los precedentes, las sentencias de tribunales que resolvieron situaciones semejantes a la planteada en el caso.

Como sostiene Gozaíni, “esta doctrina resulta aplicable en los sistemas concentrados porque no hay diversidad de enfoques y la discusión ya fue practicada siendo innecesario reiterar argumentos, salvo que surgieran nuevas cuestiones que obliguen a una reconsideración”.⁶

Por lo tanto, “no resultaría aplicable en la jurisdicción de control difuso, puesto que si se obliga a los jueces inferiores a respetar los fallos de los tribunales superiores, no habría interpretación; solo existiría una actividad mecánica de adecuación”.⁷

4 El Derecho Canónico y las organizaciones militares también se estructuran bajo el principio de jerarquía.

5 El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quieta non movere*, lo que significa “estarse quieto, tranquilo y sin moverse”.

6 Gozaíni, O. A. (28/04/93). La doctrina del precedente obligatorio *stare decisis* y el valor de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. *Jurisprudencia Argentina*, 5826, p. 2.

7 *Ibídem*.

Existen el *stare decisis* horizontal y el *stare decisis* vertical. El horizontal es aquel en donde los tribunales deben seguir sus propios precedentes. El vertical, por su parte, establece la obligación de los tribunales de seguir los precedentes de sus superiores jerárquicos. En este caso, de apartarse del precedente, el tribunal superior revoca la sentencia sin más. Lo cierto es que los autores entienden que dichos sistemas en los últimos años están convergiendo.

Nuestro sistema

En nuestro sistema judicial no existe tal nivel de obligatoriedad. Como afirma Gelli, “el sistema jurídico argentino proviene del continental europeo, con raíz en el derecho romano, y no ha adoptado el criterio del *stare decisis*, aunque la Constitución norteamericana fue una de las fuentes principales de la Constitución Nacional”.⁸

Sin embargo, continúa la autora,

el valor de los precedentes judiciales como fuente del derecho no es solo moral o retórico [...] las sentencias de la Corte Suprema surten el efecto de los precedentes judiciales con valor de ejemplaridad y requieren acompañamiento por parte de los tribunales federales inferiores.⁹

Párrafos adelante, y en una cuestión más vinculada a la practicidad que a la obligatoriedad, Gelli sostiene que “el deber de seguimiento de sus sentencias se deriva de que ella es el último Tribunal de las controversias de constitucionalidad en el orden interno”.¹⁰ Por lo tanto, la regla que emana de la Corte Suprema debe ser seguida ante hechos y casos similares.

Así, y hace ya varios años, la Corte sostiene que

la interpretación que haga de ella no es solo moral sino institucional, es decir que el orden de las instituciones que se trata sobre ella. Y es patente que lo perturban los Tribunales Inferiores que prescinden pura y simplemente de aquella, sin pretender que la singularidad del caso haga inaplicable lo decidido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, ni intenten reabrir, en recto ejercicio de libertad de juicio, que es propio de los jueces, la dilucidación del punto del que dicha jurisprudencia se pronuncia.¹¹

8 Gelli, M. A. (2011). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada: tomo II*. Buenos Aires: La Ley, p. 558.

9 Ídem, p. 559.

10 Íbidem.

11 CSJN, *Fallos* 212:51.

La solución en el caso en estudio. El precedente “De Maio” “olvidado”

Como bien sostiene la CSJN en el fallo que aquí se comenta,

las cuestiones ventiladas en el *sub lite* son sustancialmente análogas a las consideradas y decididas por esta Corte en el pronunciamiento dictado en la causa “De Maio”.¹² Allí, la actora junto con sus padres y hermana se vieron obligados a exiliarse. Por ello se debatía –dado que las hijas de Maio nacieron en Venezuela y no Argentina por producto del propio exilio– si las circunstancias que llevaron al nacimiento y permanencia de las actoras en el extranjero como consecuencia del exilio de sus padres eran equiparables a las previstas como indemnizables por la Ley 24.043, en la interpretación dada por esta Corte en el precedente “Yofre de Vaca Narvaja” (*Fallos* 327:4241).

Justamente, años antes, en “Yofre de Vaca Narvaja” se había ampliado a los casos de exiliados el derecho a una indemnización. El artículo 2 de la ley establecía que correspondía solo: i) a los puestos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional antes del 10 de diciembre de 1983 y ii) a los privados de su libertad por actos emanados de tribunales militares, haya habido o no sentencia condenatoria en este fuero.

Siguiendo el dictamen del procurador fiscal, la CSJN entendió que una interpretación literal de la norma dejaba afuera casos que el debate legislativo demuestra que quisieron proteger, en tanto busca “lograr un resarcimiento omnicomprendivo de quienes habían sufrido esa penosa situación”.¹³ La Corte entendió así que la palabra “detención” debía interpretarse con alcance amplio, incluyendo exilios involuntarios, donde, encima, hubo riesgo de vida.

Retomando en “De Maio”, y nuevamente por no ser un caso de los previstos expresamente por ley, en el considerando 7 el tribunal entendió que

la exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (*Fallos* 303:578).

Agregando que

en esa tarea no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante; es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que

¹² CSJN, *Fallos* 337:1006.

¹³ Del texto del dictamen. Recordemos que toda la familia de Vaca Narvaja debió refugiarse en la embajada de México para, luego de varios días, poder salir del país como refugiados políticos.

las normas, jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente injustas cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y de la judicial.

Por lo tanto, la vocación reparatoria de la ley era clara.

Finalmente, en “Viñas”, la CSJN advierte que los hechos de ambas causas son sustancialmente análogos. En efecto, si bien De Maio nació en Venezuela y Viñas en Brasil, ninguno había sido técnicamente exiliado –como en Yofre de Vaca Narvaja–, sino nacidos en el extranjero, producto del exilio de sus padres. Ambos casos comparten entonces que

a- Nacieron en el exterior;

b-su nacimiento en el exterior no fue una elección voluntaria de los padres sino producto de su exilio político;

c- regresaron al país cuando, retornada la democracia, su vida y libertad ya no corrían riesgos.

Esto es, no advierte la CSJN cómo, ante un caso donde el máximo tribunal ya ha fallado, ante mismos hechos y derecho aplicable, nuevamente los tribunales inferiores –en este caso la Cámara–, se han apartado de los fallos precedentes. La Cámara, salteando el fallo análogo –De Maio– y basándose en que el accionante no había corrido peligro de vida, avala la negativa del Ministerio en otorgar el beneficio.

La CSJN, advirtiendo esta omisión, en un breve fallo sostiene en su primer considerando

que la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores.

Es por ello que continúa sosteniendo

cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes.

Finaliza este breve análisis el máximo tribunal entendiendo entonces que la causa “Viñas” es análoga sustancialmente a “De Maio”, “de cuya doctrina la Alzada se apartó sin haber satisfecho la carga argumentativa calificada de demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de

causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable (*Fallos* 337:47, “Arte Radiotelevisivo Argentino S. A.”).¹⁴

Justamente, en el considerando 6 del fallo “Arte Radiotelevisivo Argentino S. A.” la Corte amplía fundamentos sosteniendo que

sería en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos [...] aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de *stare decisis* sin las debidas reservas.¹⁴

En definitiva, la CSJN entiende que dada la autoridad institucional de los precedentes del tribunal, en su calidad de intérprete final de la Constitución, las decisiones en sus fallos deben ser debidamente consideradas por los tribunales inferiores.

A modo de cierre

Hace ya varios años, y quizás cada vez con mayor énfasis, la CSJN reitera la regla por la cual, si el caso ha llegado a su instancia, el apartamiento de dicha decisión debe ser identificado y argumentado, explicando claramente los motivos de la inconveniencia y/o el error que implicaría aplicar la regla.

En nuestro país, el único momento en donde la obligatoriedad de los precedentes de la Corte fue expresa se dio con la sanción de la Constitución de 1949, que en el tercer párrafo del artículo 95 enunciaba que “la interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada, obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales”.

Derogada dicha Constitución y no existiendo el *stare decisis* se podría pensar que el juez de un tribunal inferior posee amplio margen para resolver. Empero, quien acuda a tribunales de justicia a resolver sus cuestiones requiere cierta previsibilidad en las decisiones que se tomarán sobre sus derechos y bienes.

Al involucrarse en una cuestión jurídica, cualquier habitante tiene derecho a pretender –o más aun, reclamar– que si la Corte Suprema –máximo intérprete– ha fallado de determinada manera un caso, esa regla tenga seguimiento en los tribunales que resolverán casos sustancialmente análogos. Llámese seguridad jurídica, llámese extensión de la garantía de igualdad ante la ley, llámese eficiencia en la utilización de recursos del sistema judicial. Sin importar como se denomine, no se llamará *stare decisis* pero se le parece cada vez más.

¹⁴ CSJN, *Fallos* 337:47.

Pueblos indígenas. Extradición CSJN, “Jones Huala, Francisco Facundo s/ extradición”, 23 de agosto de 2018

Por Elizabeth Gómez Alcorta¹ y Eduardo Hualpa²

Durante los años 2016 y 2018, en el marco de la extradición de Facundo Jones Huala, se desarrolló una persecución judicial que articuló la acción de los Estados con que el pueblo mapuche interactúa. Intentaremos desarrollar brevemente algunas de las cuestiones que se vinculan con los singulares juicios de extradición del lonko mapuche, teniendo en cuenta que se trata del primer proceso de estas características seguido contra un miembro de una comunidad indígena en nuestro país.

1. El (segundo) juicio

El 5 de marzo del 2018, el juez subrogante del Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche, Gustavo Eduardo Villanueva, ordenó la extradición del lonko mapuche Facundo Jones Huala, requerida por el Estado chileno, para ser juzgado por los delitos de incendio en lugar habitado y tenencia ilegal de arma de fuego de fabricación artesanal.

La sentencia rechazó los planteos de nulidad por violación a la garantía del principio *non bis in idem* y denegó la extradición en relación con las acusaciones por los delitos de tenencia ilegal de munición y

¹ Abogada especializada en Derecho Penal (UBA). Diploma Superior en Ciencia Política y Sociología (FLAC-SO). Docente de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA.

² Abogado (UBA). Docente de Derecho Constitucional (UNPSJB).

por la infracción a la ley de extranjería en función del ingreso clandestino al país. Por último, difirió al Poder Ejecutivo la decisión sobre la opción que hizo Jones Huala de ser juzgado por los tribunales argentinos.

Era la segunda oportunidad en que Jones Huala era sometido al juicio de extradición requerido por Chile.

2. En un juicio no tan lejano

Entre la gran cantidad de particularidades que tuvo el proceso de extradición seguido contra Jones Huala, la primera que debemos destacar es que en virtud del mismo requerimiento de extradición de parte de Chile se llevaron adelante dos juicios, uno en el año 2016 y otro en el año 2018.

El Estado chileno solo pidió una vez la extradición del líder mapuche, para ser juzgado en aquel país por varios hechos que datan de enero del 2013. El pedido de extradición fue dictado en marzo de 2015. Jones Huala recién fue detenido a fines de mayo de 2016 –el 30 de mayo del 2016 el juez federal que intervenía ordenó dejar sin efecto el pedido de captura– y fue sometido a juicio el 31 de agosto y el 1º de septiembre de aquel año, dictándose sentencia el 6 de septiembre en lo que de por sí ya era un juicio histórico para nuestro país, por ser el primer caso de una extradición de un miembro de una comunidad indígena.

Este debate concluyó con una sentencia que declaró nulo el proceso en virtud del accionar ilegal del propio Estado argentino. Quedó demostrado que la Agencia de Inteligencia había realizado tareas de inteligencia ilegales contra Jones Huala y sus familiares, que fueron coordinadas, además, con fiscales provinciales y con la policía de investigación de la provincia de Chubut; que para conocer el paradero de Jones Huala se torturó a un joven indígena; que se labraron actas falsas y que a partir de ello se dio información a INTERPOL Argentina del paradero del lonko.

Esa información –obtenida ilegalmente– es la que utilizó el Poder Judicial de Chile para requerir la extradición. El juicio concluyó con la declaración de la nulidad de todo lo actuado en ese expediente, por graves irregularidades en el proceso de investigación; ordenando, asimismo, acciones penales contra funcionarios policiales y otros implicados en el proceso, así como otras medidas de protección respecto de testigos afectados por el accionar de policías y funcionarios de organismos de inteligencia. Asimismo, se ordenó la libertad de Jones Huala.

La fiscal federal de Esquel, Silvina Ávila, interpuso el recurso ordinario previsto normativamente contra aquella resolución que peticionaba al máximo tribunal que i) revocara la nulidad decretada por el magistrado federal y ii) concediera la extradición de Jones Huala al Estado de Chile. El subprocurador general de la nación, Eduardo Casal, sostuvo aquel recurso ante la CSJN, por medio del escrito presentado el 13 de octubre del 2016, en el que luego de argumentar respecto de la errónea declaración de nulidad, a partir del acápite VII, expresó de modo detallado las razones por las que entendía que el

máximo tribunal debía conceder la extradición requerida, examinando uno a uno los recaudos exigidos normativamente para su concesión.

Mientras el expediente se encontraba en el máximo tribunal para su estudio, otro juez disponía nuevamente la detención de Jones Huala en virtud de aquel pedido de extradición.

3. La historia que cuenta sobre el fin de la litispendencia

Desde el 2 de septiembre de 2016, Jones Huala gozaba de la libertad que había sido ordenada por la sentencia recién mencionada. Desde aquella fecha no había orden de captura en ninguna causa judicial que tramitara en Argentina, y la orden de captura internacional, como se dijo, había sido dejada sin efecto el 30 de mayo del 2016.

Durante nueve meses el lonko transitó libremente, dictó conferencias y participó de charlas públicas. Incluso tramitó su documento nacional de identidad ante una oficina del RENAPER. Sin embargo, el 27 de junio de 2017 fue nuevamente detenido por funcionarios de Gendarmería Nacional del Escuadrón de El Bolsón cuando se movilizaba junto a otras personas en un automóvil. Según estos agentes el demorado “registraba en el ‘Nuevo Sistema de Antecedentes’ de esa fuerza –‘NSAG’– un pedido de captura fechado el 15/4/2015 ordenado en el expediente FCR 930/2015, del registro del Juzgado Federal de Primera Instancia con asiento en Esquel (cfr. fs.1/2 y 9)”,³ por lo que el juez a cargo del Juzgado Federal de Bariloche resolvió detener a Jones Huala e iniciar un nuevo proceso de extradición, en virtud del mismo requerimiento del Estado chileno que habilitó el primer juicio, por los mismos hechos de enero de 2013, a pesar de los planteos que realizó la defensa, en cuanto a que aquel pedido de captura no se encontraba vigente⁴ y que existía un trámite por el mismo requerimiento de extradición pendiente de resolución ante la Corte Suprema.

Sin resolver los planteos que se formularon, el proceso continuó adelante junto con la detención de Jones Huala. Recién el 3 de agosto de 2017, treinta y siete días después de iniciado ese nuevo proceso, el máximo tribunal resolvió el recurso de apelación confirmando la sentencia que había sido dictada el 6 de septiembre de 2016 y, por ende, dejando firme la nulidad del primer proceso de extradición.

4. Un juicio oral sin público, sin testigos y sin pruebas de la defensa

Seis meses después de la nueva detención, se convocó a las partes a que ofrezcan la prueba que requerían para el debate. La defensa ofreció una serie de pruebas testimoniales, documentales y periciales para el

³ Según surge de la sentencia en la causa “Jones Huala, Francisco Facundo s/extradición” (Expte. FGR N° 11466/2017).

⁴ Se presentó una copia del oficio remitido por el juez Otranto, a cargo del Juzgado Federal de Esquel, al subcomisario Verdun, jefe de Extradiciones de Interpol Argentina, de fecha 30 de mayo del 2016, comunicándole que se había ordenado dejar sin efecto el pedido de captura que pesaba sobre Facundo Jones Huala, obrante a fojas 196 del expediente.

segundo juicio, que en su inmensa mayoría fueron denegadas. Tal es así que en definitiva, en la instancia del debate únicamente se plantearon cuestiones preliminares, se escuchó a Jones Huala, se reprodujo un video y se alegó, todo ello en una única audiencia, con un número limitado de público –solo veintitrés lugares para familiares, miembros de la comunidad, periodistas y referentes de derechos humanos–.

Además de la limitación al principio de publicidad del juicio, no se admitieron las declaraciones de miembros de la comunidad ni del jefe de Extradiciones de Interpol Argentina, y se denegó una pericia antropológica y una serie de pruebas que estaban ofrecidas para justificar el carácter político de los hechos que se le atribuían a Jones Huala. Sin prueba de la defensa, se llevó adelante una audiencia que habilitó al magistrado a dictar la sentencia que aquí se analiza.

5. La potestad del Estado que no tiene fin

La defensa planteó la nulidad del juicio en virtud de entender que el principio *non bis in idem* regía también en los procesos de extradición. Así argumentó que el Estado argentino perdió la facultad de persecución a los fines de la cooperación internacional, en virtud de las gravísimas actuaciones de fiscales, policías y agentes de inteligencia que intervinieron de modo ilegal en el primer proceso.

El principio de *non bis in idem* garantiza a toda persona que no sea juzgada o sometida a proceso nuevamente por el mismo delito o infracción, entendiendo de modo sustantivo que asegura que nadie sufra la reacción penal más de una vez, y el sometimiento a un nuevo proceso de extradición era una modalidad de la reacción penal, derivada de los principios de cooperación internacional. En conclusión, el proceso de extradición no se limita a un medio de cooperación entre los Estados, sino que, también, el juez requerido debe velar por los derechos y garantías del extraditable, en el marco de dicho proceso.

Al dictar sentencia, el magistrado desechó este planteo al entender que “lo prohibido por el principio *non bis in idem* es que una persona sea sometida de manera reiterada –a través de un nuevo sometimiento a proceso– al riesgo de que se le aplique una ‘pena’ cuando ya fue perseguida judicialmente por el mismo hecho”, por lo que no tratándose el juicio de extradición de un proceso sobre la culpabilidad de una persona descartó sin más la cuestión.

Cabe destacar que entre los planteos que había formulado la defensa en razón de la aplicación del principio, se destacaba que el *non bis in idem* tiene una incidencia en el plano procesal por el cual se impide la persecución penal y se extiende como garantía de seguridad para el imputado al terreno del procedimiento penal. Por esa razón, cubre el riesgo de una persecución penal renovada cuando feneció una anterior o aún está en trámite. El principal efecto de la regla así concebida consiste en impedir absolutamente el regreso sobre la persecución penal. En definitiva, lo que no se descartó es que un proceso de cooperación internacional en materia penal no implica un procedimiento penal, aunque no sea en el sentido clásico del término.

6. Causales invocadas por la defensa para denegar la extradición

Asimismo, la defensa entendió que debía rechazarse la extradición por diversos motivos: i) por no existir doble subsunción respecto de los hechos vinculados al incendio de fundo no habitado y la tenencia de arma artesanal en virtud de que las figuras típicas previstas en el inciso 1 del artículo 186 y 189 bis (2) del Código Penal no contenían todos los elementos típicos que exigían los delitos previstos en el ordenamiento chileno; ii) por tratarse de delitos políticos y/o conexos; iii) porque la acusación se trataría de una persecución en virtud de la raza/nacionalidad y iv) debido a que la extradición implicaría la aplicación de una pena cruel inhumana y degradante.

Cada una de las causales se encontraba fundada en el contexto en que los hechos objeto de requerimiento habían sido llevados adelante; las particularidades de la persecución judicial en Chile respecto a Jones Huala; las condiciones del tratamiento penitenciario en aquel país a indígenas y su condición de miembro de una comunidad mapuche y autoridad política y espiritual.

Todas las alegaciones fueron rechazadas en la sentencia, la mayoría de ellas por entender que no había prueba suficiente para darlas por acreditadas.

7. Absoluta omisión a la aplicación de la normativa indígena

La sentencia de primera instancia se apartó de la obligación de aplicar el derecho vigente, omitiendo por completo asignar valor jurídico a la pertenencia étnica y cultural de Jones Huala al pueblo mapuche.

La reforma constitucional de 1994 reconoció expresamente los derechos de los pueblos indígenas. Así el artículo 75, inciso 17 dice:

Corresponde al Congreso: [...] Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Esta norma modificó el trato que el Estado argentino prodigaba a los pueblos indígenas, plasmado en el anterior inciso constitucional que los consideraba como un problema de seguridad de las fronteras, postulaba mantener un “trato pacífico” y el sometimiento al catolicismo (cf. art. 67, inc. 15 de la Constitución de 1853-1860).

Ninguna duda presenta en la actualidad la operatividad de la cláusula constitucional, atendiendo a la interpretación de la Corte Suprema de Justicia (*Fallos* 325:1744; 326:3258; 327:2309; 336:2271; 336:2271).

El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, ratificado por nuestro país en el año 2001, es el Tratado de Derechos Humanos más importante en materia de pueblos indígenas y contiene normas enteramente aplicables al caso que han sido omitidas en su consideración con el dictado de la sentencia en crisis.

En particular, el artículo 2 del Convenio que ordena: “Los Gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

Por su parte el artículo 3, inciso 2 establece que “[n]o deberá emplearse ninguna forma de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio”. También reza: “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados” (art. 4).

Aunque las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT contienen mandatos para todos los funcionarios de los Estados, los artículos 8, 9 y 10 se dirigen especialmente a los jueces, dada su función de interpretación y aplicación de las leyes, obligándolos a tomar “debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”; y establecen el derecho de los pueblos

de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

También se ha obligado nuestro país a respetar “los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (art. 9).

Las sanciones penales a aplicarse a miembros de los pueblos indígenas “deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales” (art. 10.1), y deberá “darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (art. 10.2).

Otras disposiciones del Convenio garantizan adecuado acceso a la protección de sus derechos (art. 12), derecho a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra y al territorio (arts. 13 y 14).

Todas estas normas, que forman parte de nuestro derecho positivo y que son pasibles de generar responsabilidad internacional, fueron rotundamente ignoradas en la sentencia comentada, sin que para ello el magistrado se haya dignado a explicar por qué motivo resultaban irrelevantes o de incorrecta subsunción en el caso.

Vale la pena recordar que en el caso “Fermin”⁵ la CSJN había anulado una sentencia que mantenía abierta una causa por usurpación contra un anciano mapuche, con remisión al dictamen de la Procuración General, entre otros motivos, por omitir el tratamiento de los derechos indígenas vulnerados, tal como se hizo en la sentencia que admitió la extradición de Jones Huala.

8. La sentencia de la CSJN

El 23 de agosto de 2018, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó el fallo de primera instancia. Los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda se expidieron en un voto conjunto, mientras que Rosatti y Rosenkrantz lo hicieron según consideraciones propias, acompañando la decisión de pronunciarse en sentido favorable a la procedencia de la extradición, pero con diferentes argumentos para rechazar el planteo vinculado al delito político.

Los magistrados desestimaron todos los planteos interpuestos por la defensa, a excepción del que requería tomar en cuenta para el cómputo de la detención el plazo que Jones Huala estuvo privado de su libertad en el primero de los procesos de extradición.

Para desechar el planteo de *non bis in idem* solo se afirmó que no existía una extradición “negada” y que la nulidad dictada en el marco del primer proceso de extradición no podía tener ese carácter y, por ende, ser razón de aquella petición.

En cuanto a la falta de aplicación de la normativa específica de los pueblos indígenas, entendieron que ello se daba por satisfecho con la autorización para que Jones Huala pudiera mantener diversas prácticas de la cultura mapuche en el ámbito carcelario, al igual que al garantizarle los cuidados de salud y la realización de ceremonias ancestrales.

Afirmando en este sentido que

mantuvo la detención del requerido en la Cárcel de Esquel (Unidad 14) “Subalcaide Abel Rosario Muñoz” del Servicio Penitenciario Federal con miras a garantizar “el vínculo familiar de Francisco Facundo Jones Huala con su comunidad originaria” pese a los reparos expuestos por ese establecimiento carcelario aconsejando su alojamiento en uno de régimen más riguroso (cerrado) y no semiabierto/abierto como era el caso.⁶

En cuanto al requisito de la doble incriminación, expresaron que más allá que las dos legislaciones previeran figuras penales diferentes, ambos países castigaban en sustancia la misma infracción

⁵ Fallos 331:1664.

⁶ CSJN, “Jones Huala, Francisco Facundo s/extradición”, 23 de agosto de 2018, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, considerando 8.

con prescindencia de la diversa modalidad seleccionada por cada uno para diseñar el tipo penal inserto en sus respectivos ordenamientos jurídicos, sin que ninguna de las razones esgrimidas por quien aquí recurre tengan entidad para descalificar la procedencia del pedido de extradición en relación a este hecho.⁷

De ese modo, se dio por cumplido el requisito de la doble subsunción.

Los argumentos centrales del fallo, tanto en el voto de la mayoría como en los dos restantes, tratan el planteo vinculado al rechazo de la extradición por tratarse el delito endilgado a Jones Huala de un delito conexo a un delito político, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención sobre Extradición entre la República Argentina y la de Chile, suscripta en Montevideo en 1933, que señala:

El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición: [...] e) Cuando se trate de delito político o de los que le son conexos. No se reputará delito político el atentado contra la persona del Jefe de Estado o de sus familiares.

En este sentido, el primero de los votos afirmó que el magistrado había utilizado para el análisis del caso el criterio delimitador que había fijado en un antecedente la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata y que fue postulado por la defensa, en los términos que “el delito común conexo al delito político esté teñido de las características políticas, con todas las consecuencias que ello implica”, a lo que agregó que “no puede tratarse de delitos comunes que sean innecesarios para conseguir el objetivo político que se persigue”.

La defensa del lonko había sostenido que

los hechos ocurrieron en un contexto de la existencia de una disputa por carriles no institucionales. El incendio del fundo guarda vinculación con un conflicto por la instalación de una hidroeléctrica y por la falta de consulta al pueblo mapuche que habita en aquellos territorios. Por la defensa de dos cementerios, en un marco mucho más complejo de tensión política que es advertido no solo por los imputados, por las comunidades indígenas, sino también por la sociedad chilena en general, el propio Estado y por diversos organismos internacionales.

Así, el fallo entendió que el juez de grado había acogido el mismo criterio de interpretación y que en ese marco valoró que el incendio por el que se lo acusaba a Jones Huala “no constituyó una manifestación necesaria orientada a preparar o llevar a cabo acto de rebelión, sino un hecho de vandalismo común cometido en perjuicio de un grupo familiar particular (incluso del mismo origen mapuche que el requerido)”.

⁷ Ídem, considerando 10.

El máximo tribunal afirmó que la defensa no identificó cuál era el delito político al que debía conectarse el delito común, ni que hubiera sido una manifestación necesaria orientada a preparar o llevar a cabo un delito político. En ese sentido, entendió que aquello no se encontraba suficientemente fundado con la invocación de un clima de violencia con base al reclamo de tierras ancestrales dentro de las que se habría cometido el delito de incendio, en razón de que esa conflictividad no aparece vinculada a ningún supuesto de “delito político”.

Centralmente, se aseveró que en el caso no se advierte el vínculo estrecho, directo y claro entre el delito cometido –el incendio– y el objetivo político. Asimismo, se expresó que aun cuando hubiera estado probada aquella relación, resulta notoria la desproporción entre el medio escogido y el objetivo político perseguido. Por último, ante el alegato de la defensa de que se le había imposibilitado producir la prueba en el juicio para acreditar aquellas circunstancias, la resolución refiere que no se había “señalado de qué modo la prueba no sustanciada podría haber incidido para concluir en forma diversa”.⁸

En definitiva, la CSJN sostuvo que lo decidido en primera instancia coincide con el tratamiento que históricamente le ha dado el tribunal al tema y que citó los fallos “Bohne”⁹ y “Apablaza Guerra”¹⁰ en relación con el encuadre de los delitos políticos.

Por otra parte, para reafirmar que los hechos por los que era requerido Jones Huala por el Estado chileno no podían ser considerados delitos políticos se basó en dos resoluciones de 1880 y 1892 del Instituto de Derecho Internacional, que referían que la apreciación si se está ante un delito común o uno político se debe inspirar en las siguientes dos ideas: “a) los hechos que reúnen todos los caracteres de crímenes de derecho común (asesinatos, incendios, robos) no deben ser exceptuados de la extradición en razón solo de la intención política de sus autores y b) para apreciar los hechos cometidos en el curso de una rebelión política, de una insurrección o de una guerra civil, cabe preguntarse si serían o no excusados por los usos de la guerra [...] Tampoco será admitida [la extradición] por las infracciones mixtas o conexas a crímenes o delitos políticos, siempre que no se trate de los crímenes más graves, del punto de vista de la moral y del derecho común”, y entre estos últimos incluyó, junto a otros, a “los atentados contra la propiedad por incendio, explosión, inundación, así como los robos graves, especialmente los que se cometan a mano armada y con violencia”.¹¹

Asimismo, la CSJN basó su argumentación en la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951, afirmando que, si bien el lonko no había invocado tal calidad, aquel instrumento internacional admite el “grave delito común” como una causal para excluir el reconocimiento de la condición de refugiado.

Los criterios interpretativos de esa cláusula han sido sentados por el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en su Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado, y por las Directrices sobre Protección Interna-

⁸ Ídem, considerando 23.

⁹ Fallos 265:219.

¹⁰ Fallos 333:1735.

¹¹ Ídem, considerando 24.

cional en la aplicación de las cláusulas de exclusión: el artículo 1 f de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que definen al delito “común” como contrario al “político”.

De acuerdo al citado Manual, para considerar un delito político

debe tenerse en cuenta ante todo su naturaleza y su finalidad, es decir, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o con ánimo de lucro. Debe haber asimismo un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido y la finalidad y el objeto políticos invocados. Además, el elemento político del delito debe predominar sobre su carácter de delito de derecho común. No será así cuando los actos cometidos no guarden proporción con el objetivo invocado. El carácter político del delito asimismo es más difícil de admitir si el delito supone la perpetración de atrocidades (parágrafo 152).

Finalmente, se citan diferentes informes de la Relatoría Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en los que se desaprueba la utilización de incendios como modo de protesta al analizar las diferentes problemáticas de los pueblos indígenas.

A la vez, la CSJN afirma que las razones que diera la defensa en este punto podrían, eventualmente, hacerse valer como causales de justificación o de inculpabilidad en el proceso judicial en Chile.

Para concluir, con una simple remisión al dictamen del procurador general de la nación interino rechaza la defensa articulada con sustento en la persecución por raza y nacionalidad y la aplicación de una pena cruel, inhumana y degradante.

Por su parte, el voto de los ministros Rosatti y Rosenkrantz es coincidente con el de la mayoría en todas las cuestiones, fundando la exclusión del delito político con similares argumentos, a excepción de los criterios de interpretación establecidos a partir del Instituto de Derecho Internacional y en base a la Convención sobre el Estatuto de Refugiados.

En este tópico, la confirmación del fallo de primera instancia se basó exclusivamente en la falta de vínculo estrecho directo o claro entre el delito de incendio y el objetivo político y en la notoria desproporción que existe entre el medio empleado y el objetivo político alegado por la defensa.¹²

Respecto al fallo de la Corte Suprema solo mencionaremos dos cuestionamientos.

El primero, referido a la falta de aplicación de la normativa específica de los pueblos indígenas en la sentencia recurrida. Este planteo fue rechazado en base a que el juez de primera instancia había contemplado los derechos de Jones Huala en el marco de su privación de libertad. Resulta evidente que el planteo de la defensa se encontraba dirigido a la sentencia de extradición y no al régimen carcelario. No hay mención alguna en el fallo de primera instancia ni en el del máximo tribunal que contemple la legislación de los pueblos indígenas a la hora de evaluar la correspondencia de

¹² Ídem, voto de los jueces Rosatti y Rosenkrantz, considerandos 17 y 18.

la extradición del lonko. No se ha mensurado el rol comunitario que él tiene, ni, en todo caso, el impacto diferencial de la prisión preventiva a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, que en el caso de dirigentes de la comunidad puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo, como había sido alegado por la defensa.

La CSJN perdió una oportunidad única para expedirse tomando en cuenta la normativa por la que el Estado argentino se obligó frente a la comunidad internacional respecto de los derechos y obligaciones que se encuentran en juego en relación con un miembro de una comunidad indígena.

El segundo cuestionamiento es al modo en que se abordó el análisis para resolver si se trata de un delito político el hecho por el que fue requerido Jones Huala. Ambos votos desarrollan los criterios que se deben utilizar pero evitan realizar un examen sobre los hechos en concreto a la luz de esas reglas. En ese sentido, no se ha demostrado que existiera alguna otra motivación que no fuera la política para llevar adelante el incendio; no se ha acreditado la falta de relación entre el hecho y el conflicto que existía justamente sobre aquellas mismas tierras en donde se cometió el acto; o la evaluación que se hizo para afirmar que aquella relación sería desproporcionada, cuando no corrió riesgo de vida ninguna persona.

Por otro lado, la mención a diferentes informes de la Relatoría Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas solo confirma que la práctica de incendios en la región de la Araucanía chilena es llevada adelante como modo de protesta en el marco de una conflictividad política.

9. Un Estado doblemente incumplidor

El 28 de agosto de 2018, cinco días después del fallo de la CSJN, Facundo Jones Huala presentó una comunicación ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas solicitando su intervención ante la violación flagrante de sus derechos. El 5 de septiembre, el Comité, además de acusar recibo de la petición, solicitó al Estado argentino, de conformidad con el artículo 92 del Reglamento del Comité, la suspensión de la extradición mientras el caso se encontrara pendiente de examen por ese órgano.

El 11 de septiembre, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto le envió una atenta nota a la alta comisionada del Comité de Derechos Humanos, mientras de modo simultáneo se procedía a extraditar a Facundo Jones Huala a Chile. En la carta informa:

el Estado ha examinado detenidamente dicha solicitud a la luz de los fines del Primer Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto corresponde considerar que de la presentación formulada ante el Comité por los peticionarios no surgen argumentaciones o hechos que resulten novedosos a la luz de lo ya resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, en todas las instancias, las autoridades judiciales desestimaron los argumentos que ahora se exhiben ante ese Ilustre Comité como fundamento para requerir la adopción de las medidas antes citadas.

Asimismo, el Estado estima oportuno enfatizar que el señor Jones Huala ha tenido oportunidad de ejercer su derecho a la defensa de manera irrestricta durante todo el proceso judicial de extradición, llegando incluso a ser objeto de tratamiento por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el mismo sentido el Estado considera que, de los hechos relatados a la luz de las constancias obrantes en el expediente judicial en cuyo marco tramitó la extradición del señor Jones Huala, no surgen elementos que permitan concluir que, una vez entregado a las autoridades de la República de Chile, el señor Jones Huala pudiera estar en riesgo de ser objeto de persecución, malos tratos, torturas, y/o violación de su derecho a un debido proceso. En consonancia con ello el Estado ha tomado en consideración que en la República de Chile rige el sistema democrático y el estado de derecho.

En atención a las circunstancias planteadas, el Estado argentino entiende que resulta procedente llevar a cabo la extradición del Sr. Francisco Facundo Jones Huala.

Sin perjuicio de lo expuesto, y de conformidad con el procedimiento en vigor, el Estado argentino formulará las observaciones que considere corresponder, tanto en materia de admisibilidad como de fondo, dentro de los plazos de 2 y 6 meses, respectivamente.

El Estado argentino le hizo saber al Comité que ya se había evaluado si se habían vulnerado los derechos de Jones Huala en el proceso de mención, a la vez que había agotado las instancias judiciales en nuestro país –lo que resulta evidente sino no podría haber intervenido aquel órgano internacional– y que contestaría la comunicación que le habían cursado en el plazo de dos a seis meses, pero que, en definitiva, no cumpliría con la medida cautelar ordenada.

Sin embargo, aquella nota concluye de un modo cuanto menos ofensivo teniendo en cuenta la respuesta, afirmando que “[e]l Estado argentino valora la destacada labor que lleva adelante el Comité de Derechos Humanos en la supervisión de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por sus Estados Partes”.

10. Palabras finales

Para concluir esta historia, debemos mencionar que Jones Huala fue juzgado por un tribunal en Valdivia y fue encontrado culpable de los delitos de incendio intencional y tenencia de arma de fuego. Se le impuso la pena de nueve años de prisión. Ello ocurrió con las mismas pruebas con las que fueron absueltas otras dos personas en el juicio anterior por los mismos hechos.

Entendemos que la condena a Facundo Jones Huala pone al descubierto el sistema represivo montado contra el pueblo mapuche, sus organizaciones y autoridades, en deliberada coordinación de dos países. Se evidencia así al terrorismo como herramienta para moldear una respuesta judicial plagada de violación de garantías e irregularidades, el desprecio por el rol de los organismos internacionales de derechos humanos y, como telón de fondo, la falta de reconocimiento y vigencia de los derechos de los pueblos indígenas en toda la región.

Muertes en unidades de detención. Deber de cuidado.

CSJN, “H. M. A. y otro c/ EN - Servicio Penitenciario Federal s/ daños y perjuicios”, 30 de octubre de 2018

Por Ana Clara Piechestein¹ y Santiago Mauri²

*“La muerte es un texto, un discurso, sobre la realidad social en que se produce.
Torna evidentes viejos problemas y contribuye a definir nuevos”*
Gayol y Kessler, *Muertes que importan*, 2018

I. Hechos del caso y trámite en las instancias anteriores a la Corte Suprema

M.A.H. ingresó al Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza (C.P.F. I) el 16 de junio de 2007 en calidad de detenido procesado por una tentativa de robo. Con diecinueve años, era la primera vez que estaba preso. Al día siguiente, se le impuso una sanción disciplinaria de aislamiento que lo obligó a permanecer más de una semana en una celda solo. Cuatro días después de finalizada la sanción, a las 19:55 h fue encontrado ahorcado en su celda por un celador que realizaba un control de rutina. M.A.H se había suicidado.

¹ Abogada (UBA). Master en Criminal Justice (Rutgers University). Integrante de Limando Rejas, colectivo de acción jurídica y social en cárceles y contra la violencia institucional. Profesora de grado y posgrado (UNPAZ/UBA). Investigadora en temas de castigo, prisión y reforma legal (UNPAZ). Asesora del Observatorio de Cárcenes Federales de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

² Abogado (UCASAL). Maestrando en Derechos Humanos y Políticas Sociales (UNSAM). Trabaja en la Fiscalía Federal de Primera Instancia N° 1 de Neuquén. Integrante de Limando Rejas.

Ante el fallecimiento, el Juzgado Federal N° 2 de Lomas de Zamora, que tiene jurisdicción sobre los establecimientos penitenciarios federales de la localidad de Ezeiza, inició una investigación por muerte dudosa para esclarecer los hechos. En esa instancia se tuvo por cierto que la muerte de M.A.H. había sido el resultado de un acto de suicidio y que no existía responsabilidad penal de agentes del Servicio Penitenciario Federal (SPF).

En paralelo a la causa penal, los padres del joven fallecido presentaron una demanda por daños y perjuicios contra el Estado en el fuero contencioso administrativo federal, argumentando que el suicidio había ocurrido en un establecimiento penitenciario, correspondiendo al SPF un “deber de custodia” y atención adecuada en materia de salud que fue incumplido, lo que propició el escenario que llevó al suicidio.

En primera instancia el juzgado se abocó a determinar si, pese a haberse tratado de un acto voluntario, había existido responsabilidad del SPF por acción u omisión. El juez concluyó que no había responsabilidad alguna y rechazó la demanda. Disconformes con el pronunciamiento, los padres de M.A.H. apelaron la sentencia.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia. Concluyó al respecto que los agentes del SPF no habían incurrido en una falta de servicio, puesto que M.A.H. había sido sometido a una evaluación médica al ingresar al CPFÍ que no había arrojado “resultados psicológicos negativos” y, por el poco tiempo que hacía que se encontraba privado de libertad, la no realización de un nuevo examen médico aparecía como razonable. Entendieron los magistrados, asimismo, que se había cumplido con diligencia el deber de vigilancia, ilustrando la frecuencia de los controles con el hecho de que el cuerpo sin vida de M.A.H. fue hallado por un celador dos horas después de que el celador de la guardia anterior lo viera con vida.

Los padres de M.A.H. intentaron recurrir la decisión de la Cámara a través de un recurso extraordinario, pero les fue denegado, motivo por el cual presentaron un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En la queja deducida argumentaron que las circunstancias de la detención y el incumplimiento de deberes específicos facilitaron el escenario para el suicidio de su hijo. Precisamente, expusieron ante la CSJN que el examen médico que tuvo lugar en el ingreso al CPFÍ fue practicado en forma irregular, que no se realizó ningún diagnóstico de salud mental, que no se tuvo en cuenta la adicción de M.A.H. a las drogas –sobre todo “pasta base”– y que, de haberse realizado un examen real y no un *mero trámite formal*, se habría podido identificar la inminencia de conductas autolesivas por parte de M.A.H., ya que tenía cicatrices de heridas cortantes en el antebrazo. Además, hicieron mención a las condiciones de detención y a las graves deficiencias del sistema penitenciario argentino, que incrementan el efecto deteriorante que la propia privación de libertad conlleva, propiciando situaciones que pueden conducir al suicidio si no se ofrecen programas específicos de prevención de hechos violentos.

II. El caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Una vez presentada la queja, el procurador fiscal ante la CSJN, Víctor Abramovich, concluyó que el recurso de queja era procedente, y dictaminó por la revocación de la sentencia dictada por la Cámara para que se tomara otra decisión que se ajustase a los estándares del derecho vigente.

Los argumentos que lo motivaron a dictaminar de ese modo se pueden distinguir esquemáticamente en tres ejes:

1) *Deber de custodia*: Utilizando jurisprudencia de la CSJN, el procurador sostuvo que quien contrae una obligación de prestar un servicio debe hacerlo en las condiciones adecuadas para el fin. En el caso que nos ocupa, el SPF tenía la obligación de prestar la debida custodia a M.A.H., que no solo implicaba atender lo relativo a la seguridad, sino también el debido respeto a su vida, salud e integridad física y moral.³ Argumenta que, frente al desenlace fatal, el Estado incurre en responsabilidad por haberse verificado una falta al servicio que debía prestar.

2) *Ingreso a la prisión y el examen médico obligatorio*: Reseña el marco legal que regula el ingreso de una persona no condenada a la prisión, que indica con claridad la obligación que tiene el SPF de realizarle un examen médico exhaustivo –arts. 16 y 85 del Decreto N° 303/1996 y art. 5, inc. a) de la Ley N° 20416–. Luego coteja la normativa vigente con lo ocurrido en la realidad, y concluye que el examen médico no resultó suficiente porque no consignó la real situación de salud física y psíquica en la que se encontraba M.A.H. Sostiene que la Justicia debería haber exigido que se mostrara qué se realizó y cómo, si se cumplió con lo que se debía hacer conforme la normativa –en especial en cuanto al deber de preservar su salud física y mental–, y no haberse quedado únicamente con la afirmación “dogmática” de que se le había practicado un examen médico. Dice que los jueces anteriores no valoraron el informe de la autopsia del cual surge que las lesiones en el antebrazo son muestra de “trastornos del control de los impulsos y bajo umbral de tolerancia a la frustración, por lo que ello sumado a su juventud y el encierro carcelario que sufría, bien pudieron determinarlo a tomar la decisión de terminar con su vida”. También resulta de importancia destacar que el Procurador agrega, al momento de referirse al examen médico realizado sobre M.A.H cuando ingresó a la prisión, que

[s]i bien se registró en la ficha médica que el joven presentaba cicatrices en el antebrazo, no fueron caracterizadas como signos de autolesión ni se les dio la entidad que tenían de acuerdo con el informe de la autopsia y la sentencia penal.

3) *El aislamiento*: Además de no haberse realizado el diagnóstico oportuno de los signos de autolesión ni de los problemas de adicción –lo que podría haber llevado a que se le practicara un diagnóstico de salud mental para descartar trastornos y evaluar la necesidad de un tratamiento específico–, se

³ Con cita de *Fallos*: 333:2426, entre otros.

agravó la situación de M.A.H. a horas de pisar por primera vez una cárcel: al día siguiente al ingreso se le aplicó una sanción de aislamiento por el lapso de ocho días.⁴ El procurador consideró esencial la valoración de esta circunstancia por la resonancia psíquica que genera, que ni en primera instancia ni en la Cámara de Apelaciones fue tomada en cuenta. Resaltó en su dictamen el deber de protección del derecho a la salud que el Estado mantiene respecto de las personas privadas de la libertad de acuerdo a la normativa vigente, que prevén la visita diaria de un médico que informe si la medida de aislamiento debe suspenderse o atenuarse.⁵

Siguiendo estos argumentos, la CSJN hizo lugar al recurso de queja por mayoría. Los jueces Maqueda, Rosatti y Lorenzetti resolvieron dejar sin efecto la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, y ordenaron la remisión de las actuaciones al juez de primera instancia para que se dicte una nueva sentencia. Los jueces Rozenkrantz y Highton de Nolasco, por su parte, rechazaron el recurso de queja.

III. El ingreso a la prisión

No es difícil imaginar el punto de inflexión que implica para la vida de cualquier persona el hecho de ingresar a un establecimiento penitenciario por primera vez. De un instante a otro, el ejercicio que podría percibirse casi inconsciente de la libertad de deambular desaparece de manera coactiva. Con el simple ejercicio mental de pensar como sería transitar los primeros pasos en una prisión ya se puede configurar una sensación palpable de padecimiento, temor y angustia.

Este ejercicio mental no alcanza para comprender ni siquiera someramente lo que realmente ocurre en el ingreso a un establecimiento penitenciario en la Argentina. Al mencionar el dictamen su rechazo al análisis “dogmático” de las piezas probatorias, entendemos que se refiere justamente a esto: la desvinculación entre el “papel frío” fuera de contexto y la interpretación “formalista” que los jueces de este caso realizaron en base a piezas probatorias valoradas con liviandad y sin conocimiento o consideración sobre lo que efectivamente sucede en la institución carcelaria.

Si bien es cierto que hubo un examen médico al momento del ingreso, no alcanza esa información para poder decidir sobre el carácter de dicho examen, en el sentido de si fue practicado conforme a

4 Cabe aclarar que las sanciones de aislamiento consisten en alojar a una persona en una celda de escasas dimensiones –conocidas en la jerga como “buzones” o “tubos”– en forma “ininterrumpida” (cfr. art. 19 inc. e) Decreto 18/97). Es decir, alrededor de veintitrés horas y treinta minutos por día, o incluso menos. En el caso de M.A.H, es probable que durante los ocho días que duró la sanción haya tenido la posibilidad de salir de la celda individual solo por un breve tiempo, disponiendo apenas de unos minutos para poder comunicarse con su familia, higienizarse, etc.

5 Reglamento General de Procesados, Reglamento de Disciplina para los Internos, Decreto Nº 18/1997 y Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos. De acuerdo con este instrumento, el equipo médico debe velar por la salud física y mental de los reclusos y especifica que un médico debe examinar a “cada recluso tras su ingreso a efectos de determinar la existencia de una enfermedad física o mental y tomar las medidas necesarias” (reglas 24 y 25; en sentido similar ver CIDH, Resolución Nº 1108, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principios IX y X). Cabe recordar que las Reglas Mínimas, que fueron revisadas en 2015 y renombradas “Reglas Mandela” y mantienen estos estándares en la nueva regla 30, configuran de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema “las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención”. Cf. *Fallos*: 328:1146.

estándares adecuados de profesionalidad, si fue oportuno, preciso y eficiente, porque la realidad carcelaria se caracteriza por padecer un déficit constante como “institución total”.⁶

La Ley N° 20416 prevé que el Servicio Penitenciario Federal es una fuerza de seguridad destinada a la custodia y guarda de quienes se encuentran privados de su libertad, y subraya que ese deber incluye la obligación de preservar la salud de los detenidos. Por lo tanto, es deber del SPF brindar los servicios básicos necesarios *para la conservación de la vida desde el primer momento*⁷ –atención a la salud, alimentación suficiente, seguridad frente a la posibilidad de sufrir torturas, no aplicación de tormentos ni apremios ilegales,⁸ etc.–, pero lejos de adecuarse a su misión institucional lo que efectivamente sucede en el plano óptico, de manera sistemática y estructural en cada ingreso a la prisión, se da una ceremonia, un rito inicial que está destinado a marcar el inicio del proceso de degradación. Este momento inicial es abordado por Goffman como la “mortificación del yo”, el cual lo presenta como un mismo momento que tiene dos partes compuestas por una “despedida” y un “comienzo”. La primera implica el desposeimiento de toda propiedad, configurando el desapoderamiento de la propiedad subjetiva. A partir de ese instante el hecho que motivó el confinamiento es la nueva identidad y debe despedirse integralmente, no sin violencia, del sujeto que se era hasta ese momento. Luego, el “comienzo” es el reemplazo que debe realizar la institución entregando ciertos elementos o asignando alguna marca.⁹

En nuestras cárceles el ritual conocido como “la bienvenida”¹⁰ se materializa en ocasiones en la forma de una paliza por parte de los agentes penitenciarios que reciben al nuevo integrante de la comunidad carcelaria, pero también puede tomar la forma de desatención médica frente a un problema de salud determinado que padezca la persona, sin importar la intensidad y gravedad del mismo. Esta “mortificación del yo” se encuentra presente en toda instancia o momento carcelario; se trata de un accionar que aparece en múltiples intervenciones –procedimientos de requisa, visitas, traslados de establecimiento, etc.–, pero el inicio, aquel primer encuentro entre la persona que va a ser privada de su libertad y todo el dispositivo carcelario –sus oficinas, el personal uniformado, sus vehículos de

6 Goffman, E. (2001). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires: Amorrortu, p. 19.

7 Cf. Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C N° 126, párr. 118.

8 Es abundante la información colectada a lo largo de años por sentencias judiciales o relevamientos realizados por organismos de control, donde se reconocen y visibilizan las múltiples deficiencias que atraviesan al Servicio Penitenciario Federal. A modo ilustrativo pueden leerse los Informes Anuales de la Procuración Penitenciaria de la Nación en www.ppn.gov.ar

9 Goffman, E. (2001), *op. cit.*, pp. 30 y ss.

10 Procuración Penitenciaria de la Nación (2008). *Cuerpos castigados, malos tratos físicos y tortura en cárceles federales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 130 y ss. Se transcriben, a continuación, algunos relatos recopilados en el libro citado: “El bautismo (bienvenida) para mí fue terrible, bueno para todos los que ingresamos en esa unidad, se pusieron ocho penitenciarios de cada lado y nos dieron trompadas y palazos mientras íbamos pasando. Un señor en un escritorio nos hacía preguntas mientras nos golpeaban. Cada respuesta teníamos que decir: ‘Sí, señor’, si no nos golpeaban más fuerte”; “Me golpearon al ingresar junto con otros detenidos, pero a mí me golpearon más, palazos, me doblaron los brazos y trompadas, y eso me pasó dos veces en la misma noche”; “En la bienvenida te matan, son muchos los que te golpean, te escupen, te hacen doler y si ingresas un viernes que el personal está en pedo, te matan mucho peor”; “El ingreso es muy violento, gritos, órdenes, amenazas y muchos golpes”; “A todo el que está preso lo golpean, lo peor es la bienvenida en la Unidad 2. Los viernes a la noche es peor porque siempre están borrachos”; “Cuando ingresé a la unidad me golpearon entre siete u ocho penitenciarios, incluido el médico”.

transporte, etc.—, presenta una intensidad y severidad particular en la cual se deja muy en claro que la privación de la libertad no es el único derecho que se va a perder.

El ingreso a un establecimiento carcelario tiene lugar usualmente en horario de la madrugada, en el cual el personal penitenciario y de la salud escasea. De forma previa o posterior al interrogatorio sobre los datos personales y de la causa de la detención, las personas y sus objetos personales son registrados o requisados. En ese contexto ocurre el examen médico, que en la práctica no se diferencia del momento de la requisa, por lo que, en rigor, no podríamos hablar de una revisión médica propiamente dicha, sino de una mera comprobación visual (“visu”) de la ausencia de lesiones ostensibles en la persona privada de libertad. La frase “el médico también pegaba” se halla presente en relatos de la bienvenida registrados por la PPN, lo que es indiciario de la ausencia de una revisión dirigida por propósitos ligados al cuidado o atención a la salud, sino que se trata de una formalidad burocrática realizada para limitar la responsabilidad de los agentes que reciben a la persona en el establecimiento, en caso de que hubiera sido agredida por agentes pertenecientes a otra fuerza policial o de seguridad, o que cumplen otra función en el propio servicio penitenciario (ej., agentes que custodian o realizan los traslados).

IV. El aislamiento

Uno de los principales mecanismos de control y gobierno dentro del ámbito de la prisión es el uso del aislamiento, tanto como forma de castigo como de gestión de conflictos sucedidos o potenciales. El uso del aislamiento como sanción, el “encierro dentro del encierro”, se halla establecido normativamente, tanto por la Ley N° 24660 como por el Reglamento de Disciplina para los Internos (artículo 19 del Decreto N° 18/1997).

Al igual que sucede con la Justicia, que de entre la variedad de penas previstas en el Código Penal suele escoger casi siempre la privación de libertad, ante las infracciones disciplinarias de las personas presas, las autoridades de la prisión cuentan con un abanico de posibilidades (amonestación, restricción a la recreación, al derecho a recibir visitas, etc.) pero imponen mayoritariamente la sanción de aislamiento.

Esta práctica se encuentra ampliamente institucionalizada en el ámbito del SPF, donde si bien pueden observarse casos aislados en los que se utilizan otras sanciones, la regla es el uso de la sanción de aislamiento que, en rigor, está establecida para conductas calificadas como graves y debería ser aplicada solo en forma excepcional.

De acuerdo con los datos que produce la Procuración Penitenciaria de la Nación a partir de información proporcionada por el SPF, del total de sanciones impuestas en los establecimientos federales, casi la mitad implican entre una semana y quince días de encierro intensivo con un régimen restringido “donde las personas sólo gozan de una hora de recreo para salir de sus celdas individuales y realizar llamados telefónicos a sus familiares, para canalizar trámites judiciales o para realizar su aseo personal”.¹¹ La aplicación

¹¹ PPN, *Informe Anual 2018*, p. 271.

del aislamiento disciplinario constituye una práctica extendida y recurrente, aunque en ocasiones se lleve a cabo sin formalizar. Es decir, se utiliza el aislamiento como modo de castigo informal, lo que contribuye a una menor contabilización y control de los procedimientos sancionatorios formales.

En esta misma dinámica encontramos el *resguardo* –anteriormente conocido como RIF, resguardo de la integridad física–, que es una medida adoptada muchas veces a requerimiento de la judicatura para “proteger” a una persona que se encontraría en riesgo. En la práctica, dicha protección consiste en el aislamiento en espacios que se asemejan notablemente a aquellos destinados al cumplimiento de sanciones. Hasta la aprobación del Protocolo para la implementación del resguardo de personas en situación de especial vulnerabilidad en abril de 2013 –Boletín Público Normativo del SPF N° 500–, en el ámbito penitenciario federal estas medidas de resguardo eran dispuestas y aplicadas de modo discrecional e incontrolado por parte de la administración penitenciaria y de la Justicia.

A la regularidad de estas prácticas hay que sumarle, además, el contexto en que se dan las conductas luego sancionadas o resguardadas. Aunque de la lectura del fallo no surge el motivo de la sanción, un escenario realmente posible a considerar es que la misma pudo haber ocurrido como medida disciplinaria a alguna pelea mantenida por M.A.H con otro/s detenido/s al momento de ingresar al pabellón. Contemplamos esta hipótesis ya que otra práctica fuertemente institucionalizada del SPF es el alojar a las personas que ingresan a la cárcel en los pabellones de “ingreso” o “tránsito”, también conocidos como pabellones de “villa”, para luego de observar su comportamiento decidir si las coloca en un pabellón de “conducta” o no.

Vale aclarar que este destino inicial no distingue entre “procesados” y “condenados”. Por lo tanto, se producen encuentros entre personas que tienen alguna expectativa de volver a recuperar su libertad con aquellas que ya han perdido esa esperanza, sobre todo si tienen condenas muy elevadas. Asimismo, existen excepciones a esta práctica según el perfil de la persona que va a ingresar: las personas que pueden comprar con dinero un mejor destino son ubicadas en ámbitos carcelarios menos violentos y riesgosos para la integridad física. Creemos que este último no era el perfil de M.H.A., quien estaba detenido por una tentativa de robo, tenía 19 años y presentaba signos de consumo problemático.

En cuanto a sus características, los pabellones de “villa” funcionan como un depósito. La población que allí es alojada es tildada por el SPF de “conflictiva” y, lejos de realizar acciones para desarticular ciertos conflictos, los habilitan a través de su desgobierno. Permiten la existencia de estos pabellones, en los cuales rigen reglas muy violentas y precarias que operan entre las propias personas presas, las cuales se imponen por un líder o un grupo dominante que todo el tiempo está en disputa. Además, la existencia de estos pabellones facilita, según la mirada del SPF, el gobierno dentro de la cárcel, toda vez que aquel detenido que avanza en la progresión de la ejecución de la condena, siempre tiene latente como amenaza la posibilidad de ser devuelto al pabellón de “villa”. De ese modo, el SPF se garantiza que las arbitrariedades o delitos que comete no sean denunciados o también disminuir demandas, porque luego de cualquier llamado o intervención judicial guarda entre sus facultades informales la de castigar a esa persona que “habló” con una regresión a un lugar más hostil.

Una de las reglas violentas que regulan este territorio es la pelea inicial, la cual es muy común que sea a “faca”. Es prácticamente otra ceremonia de rito que aquel que ingresa por primera vez sea invitado a pelear por otro preso. Las razones pueden ser muy variadas y disímiles –conflictos que vienen desde el medio libre, agresiones hacia la familia del ingresante o directamente no existir razones–; el fin es evaluar la capacidad de supervivencia, coraje y fortaleza del “nuevo”. Esta “ceremonia” ampliamente conocida por el SPF no es motivo de intervención institucional, es decir, no se genera ninguna acción preventiva para que no suceda, pese a estar ampliamente en contra de los artículos 2 y 3 del Decreto N° 18/97.

Si bien omite esta tarea preventiva, el SPF conoce e incluso avala en un acto de delegación de violencia el escenario descrito, pero luego recurre a la legalidad disciplinar y castiga la pelea con sanción de aislamiento o bien con sectorización de toda la población del pabellón.¹²

Aclaremos nuevamente que desconocemos el motivo de la sanción a M.H.A. Lo que sí sabemos es la modalidad, existencia y reglas de los pabellones de villa,¹³ lugar al que ingresó M.H.A. También sabemos que la sanción ocurrió al día siguiente de su ingreso, y que el modo de su ejecución se habría realizado de acuerdo a la descripción antes mencionada.¹⁴

V. Posición de garante del Estado

Es abundante la jurisprudencia local e internacional que se ha encargado de determinar la responsabilidad estatal frente a distintos conflictos ocurridos en establecimientos carcelarios. La cuestión central radica en la especial relación que existe entre las personas privadas de su libertad y el Estado, quien debe garantizar el goce de todos los derechos que no son suprimidos por la sanción penal.

Si bien el discurso jurídico formal solo reconoce la limitación de un pequeño grupo de derechos (libertad ambulatoria, responsabilidad parental, derecho al voto), en la realidad son muchos más los derechos que se restringen, menoscaban o vulneran por una multiplicidad de factores que dan cuenta de la complejidad del castigo penal.¹⁵

El derecho a salud, el derecho a la integridad física, el derecho al trabajo, entre otros, constituyen bienes jurídicos que en términos programáticos no pueden ser afectados. Una simple lectura de la Ley N° 24660 permite observar un amplio caudal de derechos que le son reconocidos a las personas privadas de su libertad. Sin embargo, una visita a un establecimiento carcelario demuestra un alto déficit o incluso contrariedad con los estándares legales vigentes.

12 PPN. Informe Anual 2018, Capítulo VI.

13 <https://www.perfil.com/noticias/policia/alan-schlenker-estoy-apilado-en-un-pabellon-al-que-llaman-villa.phtml>

14 Desde el colectivo Limando Rejas iniciamos, en el año 2014, un taller de Derechos Sociales en el Centro Universitario de la Cárcel de Mujeres de Ezeiza (CPF IV). Los encuentros que hemos tenido con las mujeres privadas de su libertad nos han permitido tomar conocimiento de las prácticas y escenarios desarrollados en este acápite. Asimismo, las funciones que realizamos en nuestros espacios laborales también nos han permitido tomar conocimiento sobre “prácticas” y “códigos” carcelarios.

15 Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 333.

Si bien es tarea de múltiples agencias encargarse de la corrección y adecuación del sistema penitenciario —o del poder punitivo en un sentido más amplio— a lo que “debería ser” o para cuya finalidad existe, es importante destacar que el Poder Judicial cumple un rol clave en las decisiones que emite frente a las situaciones que llegan a su conocimiento, ya que las interpretaciones que realiza sobre los límites y alcances de las obligaciones, acciones y omisiones del Estado tiene una consecuencia directa en la institución penitenciaria y, por ende, en el destino de las personas encarceladas.

Volviendo al fallo que comentamos, el dictamen fiscal utiliza como precepto jurídico para el análisis del caso la obligación que nace en el “*deber de seguridad y custodia*” que tiene el SPF en virtud de su Ley Orgánica y el artículo 18 de la Constitución Nacional. El artículo 1 de la Ley N° 20416 dice

el Servicio Penitenciario Federal es una fuerza de seguridad de la Nación destinada a la custodia y guarda de los procesados, y a la ejecución de las sanciones penales privativas de la libertad, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias en vigor.

Luego agrega en su artículo 5 que son funciones de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal: “a) Velar por la seguridad y custodia de las personas sometidas a proceso procurando que el régimen carcelario contribuya a preservar o mejorar sus condiciones morales, su educación y su salud física y mental”.

Vale mencionar que en su tarea de fijar el alcance y sentido de las leyes, la Corte Suprema expresó con bastante precisión en el fallo “Badin”¹⁶ qué implica el “deber de seguridad y custodia”. Dijo, con relación al artículo 18 de la Constitución Nacional, que tiene un contenido operativo y que, por lo tanto,

impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral” (considerando IV, punto 3).

Por lo tanto, nuestro derecho interno es claro en cuanto a las obligaciones institucionales que recaen sobre el SPF. Sin embargo, este “deber de seguridad y custodia” y de cumplir con las reglamentaciones vigentes no alcanza para lograr decisiones justas en las situaciones que se judicializan. Como se observa en el fallo que comentamos, para la Cámara de Apelaciones en lo Administrativo resultó suficiente el examen médico de ingreso y las rondas de recuento para eximir de responsabilidad al Estado por la muerte de M.A.H., aduciendo que se habían verificado el cumplimiento a los deberes de cuidado. No se profundizó en aristas claves que permiten acercarse con más certeza a la violenta y espantosa

¹⁶ Fallos 318:2002.

realidad carcelaria. Los jueces no se preguntaron cómo se hizo el examen médico, en qué contexto, a qué hora, con qué profesionales, etc. Tampoco se preguntaron acerca de la sanción aplicada y sus efectos sobre el joven recién ingresado al Complejo Penitenciario. Simplemente se tuvo por probado el examen médico de ingreso y las rondas de recuento en virtud de las constancias agregadas.

Por ello, entendemos que la categoría de “posición especial de garante” que tiene el Estado frente a las personas privadas de su libertad, desarrollada por la Corte IDH, es más abarcativa y completa para analizar con profundidad y agudeza las distintas obligaciones que recaen sobre el Estado, en este caso a través del SPF, permitiendo de ese modo alejarse del “análisis dogmático” que señala el procurador en su dictamen.

Con esta mirada, la interpretación para analizar si el Estado cumplió con sus obligaciones sería no solo tener conocimiento de la existencia de un examen médico, sino también cómo se hizo, cuál fue el contenido, y las decisiones que se tomaron en base a la información obtenida. Lo mismo también vale para otras situaciones, como, por ejemplo, las sanciones: ¿por qué se sancionó?, ¿cuál fue el motivo?, ¿fue proporcional la sanción con la conducta imputada?

En relación con esta postura existe dentro de nuestra jurisprudencia local un antecedente que articula la noción de la “posición especial de garante del Estado” a situaciones de vulneración de derechos dentro del ámbito carcelario. Se trata de la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2011 dictada por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en la causa “R., E. c. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad)”. Allí, el juez Hitters analiza en su voto una serie de fallos emitidos por la Corte IDH,¹⁷ y plantea con claridad cuál debe ser el estándar que debe brindarse desde el Poder Judicial para las personas detenidas, extremo que observamos inexistente en las sentencias dictadas por la muerte de M.A.H. En particular, expresa Hitters:

Cuando digo que el Estado debe buscar el *effet utile*,¹⁸ no me refiero sólo al Poder Legislativo, sino también a los jueces que a través de la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debemos acomparar el modelo interno con el transnacional, de lo contrario se originan injusticias en los pleitos y se genera responsabilidad internacional del país por actos u omisiones de cualquiera de los tres poderes.

Consideramos interesante la jurisprudencia internacional que cita el juez Hitters, que no fue analizada ni tenida en cuenta por ninguno de los tribunales con competencia administrativa que intervinieron para determinar la responsabilidad del SPF por la muerte de M.A.H., ya que refleja cuáles son los

17 Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100 y *Caso “Instituto de Reeduación del Menor” Vs. Paraguay*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

18 Principio del derecho internacional de los derechos humanos que establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse de manera que sus disposiciones sean efectivas (principio de la efectividad o del *effet utile*), contemplando para ello el contexto en que ocurre, según su objeto y fin.

estándares de derechos humanos que deben preservarse de manera obligatoria por el Estado para todas las personas privadas de su libertad.

Si bien es extensa la cita, transcribimos a modo de conclusión algunos párrafos de la sentencia dictada por la CIDH en el caso “Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay”, que condensa con notable claridad la obligación que tiene el Estado de garantizar el derecho a la vida y la integridad:

Este Tribunal ha establecido que quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal.

152. Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna [...].

153. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar [...].

VI. La atención a la salud en prisión

Dentro de las prisiones federales es una responsabilidad exclusiva de la administración penitenciaria encargarse de garantizar la oportuna asistencia médica integral –art. 143, Ley N° 24660–. Sin embargo, otra vez se observa el mismo problema: el marco normativo que refiere a la atención de salud se encuentra alejado de la práctica institucional.¹⁹

La precariedad, improvisación y desinterés son adjetivos que describen el estado de la atención a la salud dentro de la cárcel. En otras palabras, no existe una política penitenciaria universal y eficiente que se encargue de la atención a la salud de las personas privadas de su libertad. La asistencia médica se obtiene a través de un gran esfuerzo individual que realiza la persona privada de libertad para conseguir que lo atienda personal médico. La intermediación del personal de seguridad, que no suele creerles a las personas presas que padecen dolencias o desestiman su gravedad, conlleva que deban solicitar in-

¹⁹ Ver Museri, A. y Spinelli, H. (s./f.). La cárcel como depósito. *Revista Anfibia*. Recuperado de <http://revistaanfibia.com/ensayo/la-carcel-como-deposito/>

numerable cantidad de audiencias o interponer *habeas corpus*, comunicarse con las oficinas judiciales en el caso de ser atendidos, autolesionarse, o cualquier otra estrategia que sirva para llegar al encuentro con el personal a cargo de la atención de salud. Este escenario provoca una dilapidación de recursos y multiplicación de esfuerzos, en virtud de diversos factores distorsionantes en el acceso a la salud.²⁰

De acuerdo a lo que advierte la Comisión Provincial por la Memoria, la desatención de la salud en el contexto de encierro también se constituye en tortura o maltrato, porque provoca que enfermedades curables se conviertan en mortales o en discapacidades permanentes. Esto no solo se debe a la insuficiencia de recursos humanos, técnicos, edilicios, medicamentos, etc., sino que la producción de enfermedades dentro de la cárcel se presenta como un elemento de gobierno por medio del cual se degrada, debilita y somete a las personas detenidas, dado que la producción de sufrimiento se valoriza como medio de dominio y de subordinación.²¹

La falta o deficiente asistencia de la salud es la principal causa de muerte en el sistema penitenciario de la provincia de Buenos Aires. De acuerdo con el registro de la CPM, entre 2008 y 2017 se produjeron 1.343 muertes en cárceles y alcaldías del Servicio Penitenciario Bonaerense, de las cuales por lo menos 862 (64%) fueron por problemas de salud mal o no atendidos. Esto equivale a un promedio de 86 muertes por año y 7 por mes. Esta causa de muerte aumentó un 84% entre los extremos del período, y es la que más creció.²²

Por su parte, en el sistema penitenciario federal el impacto de la deficiente asistencia médica en la producción de muertes bajo custodia no es menos alarmante: 236 de los 425 fallecimientos registrados en la década 2009-2018 (el 54%) registradas por la PPN han sido categorizados como muertes por enfermedad. Según se consigna en el Informe Anual de la PPN:

La atención médica resulta uno de los principales déficits constatables en el sistema penitenciario federal [...]. En 82 casos de muertes por enfermedad las actuaciones administrativas han incluido la intervención de profesionales de la salud de este organismo, evaluando la atención recibida por el paciente durante su privación de libertad, y en particular respecto de la patología que provocó finalmente su fallecimiento. En al menos 49 ocasiones, los asesores de este organismo han dictaminado, de acuerdo a las constancias médicas reunidas en las actuaciones administrativas y judiciales, que el tratamiento brindado resultó inadecuado. En 43 casos, además, evaluaron como inadecuado el lugar donde la detención del paciente se desarrolló, al opinar que la particularidad del cuadro ameritaba su internación en una sección médica intramuros o su derivación a un hospital público. Pero el aporte del Área Salud de este organismo no se reduce a identificar deficiencias en la atención médica del sistema penitenciario federal, sino que permite alertar sobre las responsabilidades de otras agencias estatales, principalmente del Poder Judicial: en al

20 PPN. *Informe Anual 2018*. Capítulo VII: Acceso a Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

21 Comisión Provincial por la Memoria (2017). *La salud en las cárceles bonaerenses*. La Plata: CPM Ediciones, p. 26.

22 Ídem, p. 10.

menos 19 de los 82 casos relevados, los profesionales han dictaminado con las constancias reunidas que el cuadro ameritaba la incorporación del paciente al instituto de arresto domiciliario.²³

Si bien la Ley N° 24660 recepta un criterio humanitario que intenta evitar que una persona privada de libertad fallezca alojado en un establecimiento penitenciario, la judicatura no suele conceder libertades anticipadas o arrestos domiciliarios que podrían evitar que cuadros de salud graves empeoren o bien permitir que las personas pasen sus últimos días de vida en compañía de sus seres queridos.

VIII. Reflexiones finales

Utilizaremos estas últimas líneas para proponer algunas breves reflexiones. La primera de ellas es acerca de la utilización de la prisión preventiva por parte de la judicatura. Recordemos que M.A.H. no pasó más de trece días privado de libertad, detenido por un robo en grado de tentativa, y era su primera vez en una cárcel. Se impone aquí una pregunta incómoda y contrafáctica: ¿habría muerto M.A.H. de no haber un juez dispuesto la prisión preventiva?

El caso analizado nos muestra un ejemplo de cómo gran parte de los principios que teóricamente regulan al poder penal son echados por tierra en la praxis concreta de los tribunales, en este caso a través del uso desmedido de la prisión preventiva y las consecuencias mortales que provocó. La verdadera pena pasa a ser la pena de muerte, ya hace tiempo desterrada de nuestro ordenamiento jurídico-legal, y, además, una pena impuesta a M.A.H. sin juicio previo, sin sentencia, en otras palabras, una prisión preventiva mortal.

Sin embargo, la teoría jurídico-penal del Estado de derecho nos ha enseñado el principio de intervención mínima, el principio de subsidiariedad, el principio de lesividad, el principio de proporcionalidad, el principio de humanidad, entre otros, que se encuentran legislados en diversos instrumentos jurídicos –Constitución Nacional y Provinciales, Tratados de Derechos Humanos, Código Penal, Códigos Procesales–. Es decir, hay disponible un enfoque utilitarista del derecho penal que busca un uso estrictamente necesario y limitado de la violencia estatal, que según Ferrajoli existe, entre otros fines, para la prevención de la pena informal.²⁴

A pesar de ello, los jueces por diversas razones desconocen este marco normativo y rápidamente acuden al uso de la prisión preventiva, provocando en lo concreto la aplicación de una pena anticipada, y en razón del volumen y magnitud con que se utiliza esta herramienta excepcional, una sobrepoblación carcelaria que agrava aún más este complejo escenario.

23 PPN *Informe Anual 2018*, pp. 228-229.

24 Citado por Larrauri, E. (1998). *Criminología Crítica: Abolicionismo y garantismo. Ius et Praxis*, 4(2), y por Zilio, J. L. (2012). *El Derecho Penal de las Drogas. Revista Crítica Penal y Poder*, 2012(3), 166.

En este caso, como en tantos otros, la responsabilidad judicial no es motivo de discusión y análisis, ya que no existe un control democrático, institucional y republicano acerca de las decisiones que emiten los juzgados. Cotidianamente, como ejercicio habitual del poder legal que recae sobre los jueces, estos toman decisiones sobre la libertad ambulatoria de las personas que son seleccionadas por el sistema penal, es decir, habilitan la prisión o mantienen la libertad. Utilizan la prisión preventiva de manera desmedida; subutilizan institutos como el arresto domiciliario, que podría evacuar paliativamente la cantidad de personas presas, que colapsan de ese modo las cárceles, y luego tampoco controlan y monitorean la situación real en que se encuentran los establecimientos carcelarios y las personas por ellos encarceladas. Cuando ocurre un evento fatal –como el suicidio de M.H.A.–, nadie se pregunta qué responsabilidad le cabe al juez. Resulta clave que la judicatura adopte una postura de responsabilidad frente a la situación de las personas que envía a la cárcel en calidad de detenidas o de condenadas, o bien que mantiene allí a sabiendas de esas mismas condiciones, y considere evaluar seriamente en función de ellas la necesidad de ordenar o mantener la detención o bien de disponer alternativas a la ejecución de la pena menos lesivas.²⁵

No es un dato menor el volumen de la población carcelaria, porque a medida que crece este número aumenta la demanda para las distintas áreas que forman el SPF, mientras que se mantiene la misma infraestructura. Por lo tanto, se incrementan significativamente las personas presas que solicitan o necesitan un tratamiento médico, en tanto se intensifica la crisis de salud. En razón de que el armado institucional necesario para brindar un nivel de cuidado aceptable requiere inversiones muy costosas y una reelaboración profunda de los procedimientos penitenciarios, en la práctica esa modificación no sucede y se vulneran derechos por la propia saturación en la que se encuentra el sistema.²⁶

Entre 2009 y 2019 en el ámbito del SPF se produjo un aumento alarmante la población carcelaria, que se tornó más significativo a partir del año 2015. De 9.210 personas privadas de libertad en el año 2009²⁷ la población pasó a 13.987 en el año 2019,²⁸ casi un 50 % más.²⁹ Además, mientras más se agudiza el análisis sobre las estadísticas se observa que durante todo este lapso de tiempo la población procesada con prisión preventiva es mayor a la cantidad de personas condenadas.³⁰ En el último in-

25 Piechestein, A. C. (2019). El mandato constitucional de cárceles sanas y limpias. Pasado, presente y futuro de una prescripción incumplida. En R. Gargarella y S. Guidi, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina: jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria: tomo I*. Buenos Aires: La Ley.

26 Simon, J. (2018). *Juicio al encarcelamiento masivo*. Buenos Aires: Didot, p. 104.

27 Informe del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) de la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación año 2009.

28 Procuración Penitenciaria de la Nación (2019). *Boletín Estadístico "Las cárceles en números"*, 5(14).

29 Este número no informa sobre la evolución del total de personas encarceladas en nuestro país en la última década, ya que, en virtud del fallo que se comenta, solo nos acotamos a observar lo sucedido en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal. Sin embargo, si observamos estas estadísticas a nivel país, son alarmantes los datos que arrojan. En el año 2009, Argentina tenía 57.403 personas privadas de su libertad, en el año 2017 la población reclusa ascendía a 85.283 (Ver informe SNEEP 2009 y 2017). Aún no se ha publicado el informe SNEEP correspondiente al año 2018, sin embargo, la tendencia en alza de población encarcelada no ha cesado, a punto tal que en marzo del año 2019, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos declaró la emergencia penitenciaria. También es importante mencionar que, de acuerdo a los relevamientos realizados por la Procuración Penitenciaria, en solo tres años –de 2015 a 2017–, la población privada de su libertad en el país creció un 23% (ver Informe Anual 2018 PPN).

30 Informe SNEEP 2009. Procesados: 4.842. Condenados: 4.313. Total: 9.210. Informe SNEEP 2010. Procesados: 4.888. Condenados: 4.592. Total: 9.523. Informe SNEEP 2011. Procesados: 5.067. Condenados: 4.561. Total: 9.644. Informe SNEEP 2012. Procesados: 5.440. Condenados: 4.356. Total: 9.807. Informe SNEEP

forme estadístico publicado por la Procuración Penitenciaria se conoció que para el tercer trimestre del año 2019 el número de procesados era de 8.261, mientras que el número de personas condenadas ascendía a 5.636. Es decir, un 59% de la población carcelaria se encontraba privada de su libertad a través de un instrumento excepcional, tendencia que fue así durante toda la década que se señala. Si más de la mitad de personas encarceladas se encuentran allí en virtud de un remedio extraordinario, entonces no se trata de una excepción sino de una regla, que invierte todo el sentido del sistema penal.

Además, se trata de un caso paradigmático si tenemos en cuenta quiénes son mayormente las personas que están encarceladas. Una visita a cualquier establecimiento penitenciario permite observar que la mayor parte de quienes los pueblan son personas jóvenes, provenientes de los sectores más postergados y marginados de nuestra sociedad, y que en muchas situaciones presentan cuadros de consumos problemáticos de distintas drogas altamente nocivas, que se consumen principalmente en sus medios circundantes, entre varios factores, por la relación entre el costo de la misma y la escasa capacidad adquisitiva del consumidor (paco o pasta base, cocaína cortada, pastillas).

El perfil de M.H.A. no era distinto al que se describe, y aquí se presenta otro punto de conflicto si hacemos foco en el cuadro de consumo problemático: el destino para una persona en esa situación es más cercana a una cárcel que a un dispositivo de salud, es decir, lo primero que llega es el poder penal en virtud de la criminalización de las drogas, pero en realidad se trata de una cuestión de salud física y mental.

La prisión, como espacio productor y reproductor de violencias de todo tipo (institucional, de género, económica) y que profundiza las vulnerabilidades que suelen hallarse superpuestas en las personas que las habitan, agrava esos problemas de salud mental ligados al consumo y puede llevar al intento de autolesión y al suicidio, especialmente en quienes están bajo prisión preventiva. Muestra de ello es que para el período 2009-2018, el 63% de las muertes en el SPF fueron por suicidio, y dentro de ellas, 55% por ahorcamiento.³¹

En última instancia creemos que este difícil y hostil escenario para el desarrollo humano de muchas personas se debe a la innegable desigualdad que atraviesa a nuestra sociedad, tanto de manera material como simbólica. Lejos de aquella visión formalista e idílica que propone el ordenamiento jurídico sobre la igualdad de derechos que poseen, sin distinción alguna, todos los ciudadanos, lo que emerge de los escenarios sociales es una amplia diversidad de “ciudadanías” organizadas de manera jerárquica.

Podría decirse que las personas privadas de su libertad son “ciudadanes de segunda”, ya que desde el ingreso hasta la salida del establecimiento penitenciario, y posteriormente en caso de que la persona

2013. Procesados: 5.554. Condenados: 4.233. Total: 9.795. Informe SNEEP 2014. Procesados: 6.297. Condenados: 4.120. Total: 10.424. Informe SNEEP 2015. Procesados: 6.168. Condenados: 4.101. Total: 10.274. Informe SNEEP 2016. Procesados: 6.498. Condenados: 4.465. Total: 10.968. Informe SNEEP 2017. Procesados: 6.770. Condenados: 5.087. Total: 11.861. Debido a que aún no fue publicado el informe SNEEP del año 2018, tomaremos la información relevada por la Procuración Penitenciaria de la Nación en su Informe Anual 2018; allí informa un total de 13.077 de personas privadas de su libertad a disposición del Servicio Penitenciario Federal para diciembre del año 2018 (pp. 59-64).

31 PPN, Base de Datos de Fallecimientos, 2018.

decida encarar la empresa de una (im)posible “reinserción social”, sus vidas –y sus muertes– no merecen el mismo trato que otras. Coincidimos con Simon, quien sostiene con relación a esto que

[L]a falta de atención médica en las cárceles implica un profundo nivel de negligencia y desprecio, como si los cuerpos incapacitados no estuvieran sujetos al sufrimiento que acompaña la lesión, la enfermedad y la muerte, como si no fueran humanos.³²

El no reconocimiento de esas personas como humanos se traduce en que existan vidas que, en términos de Butler,³³ merecen *ser lloradas* y vidas que no, y se pregunta si existen acaso discursos y estructuras de poder que producen una jerarquía entre unas y otras, marcos mediante los cuales aprehendemos o no conseguimos aprehender ciertas vidas como perdidas o dañadas. Parafraseando el título de la obra de Gayol y Kessler, hay *muertes que importan* y muertes sobre las que recaen estigmas y procesos de devaluación social que impiden que una persona que ha muerto se convierta en *víctima*, especialmente cuando ella no es “inocente”.³⁴ Como sucede en los barrios rotulados como “marginales”, en las prisiones la recurrencia de la muerte³⁵ –sobre todo la violenta–, le quita la excepcionalidad y la plantea como una posibilidad siempre latente para quienes se hallan en ese contexto. Por su parte, el estigma del “delincuente” contribuye a dificultar el proceso de *victimización* que podría hacer que esas muertes que ocurren en el encierro conmocionen a la sociedad que está afuera e interpelen a los poderes públicos.

Es por eso que destacamos la trascendencia de este fallo de la CSJN en tanto reconoce que las vidas que se pierden en el contexto del encierro también son vidas (y muertes) que importan.

32 Simon, J. (2018), *op. cit.*, p. 105.

33 Butler, J. (2010). *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*. México: Paidós.

34 Gayol, S. y Kessler, G. (2018). *Muertes que importan: Una mirada socio histórica sobre los casos que marcaron la Argentina reciente*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 218.

35 Durante la década 2009-2018 la PPN ha registrado 425 muertes de detenidos bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal, lo que supone un promedio de 42,5 muertes al año. (PPN, *Informe... op. cit.*, p. 221).

Interés superior del niño

CSJN, “S., M. A. s/ art. 19 de la C.I.D.N.”, 27 de noviembre de 2018

Por Carolina A. Videtta¹ y Martina Salituri Amezcua²

1. Antecedentes

1.1. Los hechos del caso

El 19 de agosto de 2008 los progenitores de M., quien por entonces era una adolescente de 15 años de edad, denunciaron ante el Juzgado de Garantías del Joven N° 1 de Moreno, provincia de Buenos Aires, que su hija cursaba un embarazo de siete meses como consecuencia del abuso sexual cometido por la ex pareja de una tía materna.

Conforme surge del relato efectuado en la sentencia en comentario, la joven M. manifestó en audiencia con la magistrada su deseo de dar en adopción a la niña por nacer. Así las cosas, la magistrada ordenó que, ante la internación de la joven, le practiquen una operación cesárea en el Hospital Posadas, hecho que tuvo lugar el 23 de octubre de 2008, y la posterior internación de la recién nacida en el

1 Abogada, especialista en Derecho de Familia. Doctoranda en Derecho (UBA). Profesora de la Facultad de Derecho (UBA).

2 Abogada (UBA). Doctoranda en Derecho (UBA). Becaria Doctoral (CONICET). Profesora de la Facultad de Derecho (UNICEN). Coordinadora del Observatorio de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Facultad de Derecho (UNICEN).

servicio de neonatología por no resultar favorable la vinculación con su progenitora, lugar en el que permaneció hasta su ingreso al programa de la asociación Familias de Esperanza el 14 de noviembre de ese año.

El día 29 de diciembre, en la audiencia judicial prevista por el artículo 317, inciso a del entonces vigente Código Civil, la madre y la abuela de la niña ratificaron el deseo de darla en adopción. Dicha audiencia se celebró sin la presencia de Asesor/a de Menores ni de letrado³ que la patrocinara jurídicamente.

El 30 de enero de 2009, la jueza encomendó la guarda provisoria de la pequeña S. al matrimonio H.-M. y finalmente, el 12 de julio de 2010 decretó su estado de desamparo y situación de adoptabilidad.

Dicha decisión fue apelada por la abuela materna, por sí y en representación de su hija aún menor de edad. Esto motivó a que la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes declare la nulidad de todo lo actuado hasta el dictado de dicha sentencia, inclusive, en el entendimiento de que el proceso estaba viciado por tres motivos: a) la progenitora adolescente no había actuado representada por ambos padres (cf. art. 264 del Código Civil derogado); b) tanto ella como su madre no tuvieron la asistencia letrada obligatoria durante el procedimiento (art. 27, inc. c de la Ley N° 26061) y c) los actos procesales por los cuales la joven M. había expresado la voluntad de entregar a su hija carecían de validez, en un caso por haber sido anterior al nacimiento y en el otro porque no le habían permitido tener contacto con la niña.

Por otra parte, la Cámara consideró que la magistrada había cometido irregularidades en el otorgamiento de la guarda provisoria de la pequeña, toda vez que entregó la niña sin la previa declaración del estado de abandono y adoptabilidad al matrimonio H.-M., que se había inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un mes después del nacimiento de aquella y fueron dados de baja con posterioridad porque no completaron el proceso de evaluación. Además, no se había corrido vista de las actuaciones al Asesor/a de Menores ni se había pedido su conformidad.

No obstante ello, el tribunal de alzada hizo mérito de la buena impresión que en la entrevista personal le habían causado los guardadores, destacando el trato afectivo y cariñoso que daban a la niña, con quien habían concurrido. En consecuencia, y en virtud del interés superior de la pequeña, decidió mantener la guarda y ordenar que se tomaran las medidas adecuadas en la instancia ordinaria para llevar adelante un proceso de vinculación con su madre biológica y, en su caso, con el grupo familiar. Asimismo, dispuso que la causa continuara su tramitación en el juzgado de familia de la localidad de Mercedes.

Contra dicho pronunciamiento, el Asesor de Incapaces –en representación de la niña– y el matrimonio guardador dedujeron sendos recursos de inaplicabilidad de ley, que fueron denegados por no dirigirse

3 El uso de un lenguaje que no marque diferencias discriminatorias entre hombres y mujeres es una de las preocupaciones de las autoras. Sin embargo, no existe acuerdo entre los lingüistas sobre la forma de resolver este dilema en español. Con el fin de evitar la sobrecarga que supondría marcar léxicamente la diferencia genérica, en la redacción de este artículo se optó por emplear la letra “x”.

contra la sentencia definitiva del caso, circunstancia que motivó la interposición de las respectivas quejas, admitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

La Corte local, por mayoría de votos concurrentes, rechazó los citados recursos. Para así decidir, sostuvo que más allá de las presuntas irregularidades cometidas por la magistrada de grado, que serían evaluadas en las actuaciones disciplinarias formadas al efecto, los recurrentes no habían logrado rebatir con argumentos eficaces un fundamento central del fallo: la ausencia de patrocinio letrado de la progenitora adolescente, hecho que había maximizado la situación de vulnerabilidad en la que había estado inmersa.

Contra dicho pronunciamiento, los guardadores interpusieron un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el cual fue concedido y da lugar a la sentencia objeto del presente comentario.

1.2. Los derechos involucrados

Podríamos decir que la situación descripta tiene varias aristas para analizar: desde los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos de la joven M. y la actuación que le corresponde al Estado en casos de abuso sexual, tal como la denuncia que da inicio a todo el proceso; el vínculo filiatorio entre M. y su hija; el derecho a la identidad; la decisión libre e informada de dar a su hija en adopción; el derecho a la defensa técnica y el derecho a tener una sentencia en un plazo razonable.

En definitiva, el tema que subyace y transversaliza la decisión tiene que ver con definir el contenido que en este caso tiene el principio genérico contenido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), esto es, el interés superior de la pequeña S. En efecto, ¿responde a su interés superior declarar la nulidad de todo lo actuado, luego de diez años de convivencia de la pequeña con sus guardadores y sin haber tenido contacto nunca con su progenitora ni su familia de origen?

1.3. La decisión del tribunal federal

La CSJN declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, deja sin efecto el fallo apelado (en sentido contrario al propuesto en el dictamen de la procuradora fiscal). Asimismo, dispone que continúe la guarda de la pequeña con sus actuales guardadores, unida a la vinculación – paulatina y de acuerdo a las posibilidades– con la familia biológica en el marco del llamado “triángulo adoptivo-afectivo”, devolviendo el expediente a la instancia de origen, a fin de que se continúe con la tramitación de la causa y se defina, a la mayor brevedad posible, la situación legal de la niña.

2. Análisis de la sentencia de la CSJN

Adelantamos al lector/a nuestro acuerdo con lo resuelto por la CSJN, esto es mantener a la pequeña S. con sus guardadores y disponer en la medida en que esto sea posible el llamado “triángulo adoptivo-afectivo” mediante el cual la niña, su familia de origen –para este entonces la joven M. ya tuvo otra hija que permanece junto a ella– y los guardadorxs pueden entablar una relación, en virtud de la protección adecuada de los derechos de la niña conforme a su interés superior y la incidencia del tiempo transcurrido.

Sin embargo, no es menos importante destacar que nos distanciamos de algunos argumentos de la CSJN en los cuales se sustenta el fallo por los motivos que expondremos a continuación, resaltando así las irregularidades que han rodeado al caso, agudizando situaciones de gran vulnerabilidad.

2.1. Las irregularidades del caso y la deficiente protección de las vulnerabilidades comprometidas

En primer lugar, corresponde señalar que al inicio de las actuaciones se trataba de dos personas menores de edad. La progenitora adolescente, que en el momento de la denuncia de abuso sexual tenía 15 años, y su hija S. Es decir, ambas se encontraban doblemente vulneradas: en razón de la edad y de la situación que atravesaban de gravedad e irreparabilidad.

Un dato preocupante es que, en nuestro país, anualmente, cerca de 3.000 niñas y adolescentes menores de 15 años se convierten en madres.⁴ Esto no solo acarrea el riesgo de mayores complicaciones físicas que representa el embarazo a tan temprana edad, sino también pone de manifiesto el hecho de que, a menor edad, mayor es la probabilidad de que el embarazo sea producto de abuso sexual, relaciones forzadas y/o explotación sexual.⁵

Las consecuencias de un embarazo adolescente no deseado constituyen en sí mismas una barrera para que las niñas y adolescentes puedan ejercer plenamente su derecho a un desarrollo saludable, acarreado consecuencias a lo largo de sus vidas, como altas tasas de retraso y/o abandono escolar con la consecuente dificultad en la inserción al mercado laboral, afectando negativamente sus trayectorias de vida.⁶

Por otro lado, se encuentra el factor tiempo. El caso se inicia en el año 2008 y al momento de la sentencia de la CSJN, diez años después, la situación legal de la pequeña S. no se encuentra resuelta, vulnerándose todos sus derechos y, específicamente, sus derechos a la integridad psíquica, identidad y protección de la familia. En este sentido, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han señalado que el derecho

4 Ministerio de Salud de la Nación, Dirección de Estadísticas e Información de Salud (2015). Recuperado de <http://www.deis.msal.gov.ar> (compulsado el 21/1/2019).

5 Amnistía Internacional Argentina, Informe al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, 78th session (2018). Recuperado de <https://www.amnesty.org> (compulsado el 21/1/2019).

6 Ministerio de Educación de la Nación, Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Ministerio de Salud de la Nación, Plan Nacional de Prevención y Reducción del Embarazo no Intencional en la Adolescencia 2017-2019, Resolución 982/2017 de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, p. 5.

a la protección de la familia del niñx, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conlleva a que “los Estados están obligados no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, conforme al artículo 19 de la Convención, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”.⁷

Al respecto, las separaciones legales del niñx de su familia de origen solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niñx, si son excepcionales y temporales (cf. art. 39 y ss. de la Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes). Asimismo, en vista de la importancia de los intereses en cuestión, en lo que respecta a posibles efectos en el derecho a la integridad personal, el derecho a la identidad y el derecho a la protección de la familia, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niñxs, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades.⁸

Tomando en cuenta las particularidades del caso, la CSJN consideró que desde su nacimiento, la niña S., actualmente de casi diez años de edad, está separada de su madre y familia biológica. En tal sentido, tanto la abuela como la progenitora han alegado que inicialmente la madre, quien en ese entonces tenía 15 años, y su familia biológica no recibieron los apoyos especiales necesarios para proporcionar su voluntad respecto a la entrega y adopción de la niña.

En este sentido, se ha sostenido doctrinariamente que

[n]o son aislados los casos que enfrentan a los principios de autonomía y vulnerabilidad, en su despliegue y aplicación práctica. Así, el reconocimiento de mayores dosis de autonomía puede verse severamente limitado si consideramos las diferentes capas o factores de vulnerabilidad que pueden abrazar la situación de un niñx en concreto.⁹

A ello se suma la falta de defensa técnica, situación que ponen de manifiesto tanto la Cámara como la Corte local –en el voto de la mayoría– al considerar que

7 Cf. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 66; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párrafo 141; *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrafo 157, y *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrafo 125.

8 Cf. Corte IDH, *Caso Fornerón vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 51.

9 Fernández, S. E. (13/07/2018). El ejercicio de derechos personalísimos por niñas, niños y adolescentes. Tensiones entre autonomía y vulnerabilidad. *RCCyC 2018*, 30, Cita online: AR/DOC/1208/2018.

las manifestaciones de voluntad de la joven madre habían sido dadas solo en compañía de su progenitora, que no era abogada, y sin patrocinio letrado ni representación del Asesor de Incapaces; reiterando que al no haberse dado cumplimiento con lo dispuesto por el citado art. 27 de la Ley 26.061, la adolescente no había podido hacer valer sus derechos con toda la amplitud que los arts. 18 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución provincial determinaban.

Por el contrario, la CSJN en su decisión considera que

la adolescente no ha estado librada a su suerte sino que ha recibido contención y acompañamiento en su decisión antes y después del alumbramiento, sin que sea posible presumir que el Asesor de Menores y la jueza de grado no le hubieran señalado, en las distintas oportunidades en que tomaron contacto personal con aquella, las consecuencias que se derivaban de ella.

Al respecto nos preguntamos, ¿puede considerarse válida la declaración de dar a su hija en adopción durante el embarazo y luego del parto, sin haber tenido contacto con la niña y sin haber estado contenida ni informada? ¿La contención y el acompañamiento terapéutico y/o de la familia equivale a una defensa técnica? ¿Ese tipo de acompañamiento satisface el derecho a tomar una decisión libre e informada en los términos del artículo 607, inciso b del Código Civil y Comercial (CCyC)? ¿Realmente el Sistema de Protección Integral resguardó adecuadamente los derechos de las dos personas menores de edad (progenitora adolescente y su hija recién nacida) ante tal escenario de gran vulnerabilidad? Las respuestas son a todas luces negativas.

Por su parte, el hecho de la intervención del Asesor de Menores, incluso desdoblándose la intervención del Ministerio Público tanto para la progenitora como para la pequeña S., tampoco es óbice para sustentar que la joven madre no fue asesorada jurídicamente. En este sentido, es importante poder tener en claro la diferencia que hay entre la actuación del Ministerio Público y del abogadx del niñx, figura que incorpora¹⁰ el artículo 27, inciso c de la Ley N° 26061¹¹ y que sigue el artículo 26 del CCyC.¹²

10 Corresponde señalar que, ya antes de la sanción de la Ley N° 26061, en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997), se resolvió que el derecho de los niños a “tener la garantía del patrocinio letrado en cuanto sea necesario, debe ser respetado en todo tipo de procesos en el que sean partes o en el que se encuentre involucrado su persona o sus bienes”.

11 Artículo 27: “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

12 Esta figura ha tenido recepción y tratamiento especial en las legislaciones provinciales, a modo de ejemplo: la Ley N° 3062/2009 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de Santa Cruz (arts. 63 y ss.); la Ley N° 14568 de la provincia de Buenos Aires, así como también en la Ciudad de Buenos

Resulta preciso, entonces, distinguir las funciones de representación –propias del Ministerio Público (cf. art. 103 CCyC)– con la específica de asistencia jurídica, a cargo del abogadx del niñx. Ello surge del propio Decreto N° 415/2006, que al reglamentar el artículo 27 de la Ley N° 26061 señala:

El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

Así, la Defensoría General de la Nación, a través de la Resolución N° 1234/2006, recomendó a los defensores públicos de menores e incapaces que, en aquellos supuestos que denoten complejidad o se vislumbre la posibilidad de intereses contrapuestos o sea solicitado por el niñx o adolescente, se arbitren los medios para la provisión de un letrado e insten, por vía directa o indirecta, al organismo al que se le ha asignado el rol de garante del cumplimiento de la normativa de aplicación.

Incluso, desde el plano jurisprudencial, se ha dicho que

[n]o es dudoso que no se trata de una nueva forma de representación, que reemplace o concurra con la representación necesaria de padres o tutores (art. 57, inc. 2 y 67 y 274, CCiv.), con la representación promiscua del Ministerio Público (art. 59, CCiv.) o con la representación propia del tutor *ad litem* que pueda designar el juez en circunstancias especiales (arts. 61 y 397 CCiv.). Prevé la actuación del menor en el proceso por su propio derecho, con patrocinio letrado, cuya función obviamente, no implica sustituir la voluntad del patrocinado, sino, básicamente, proporcionarle asistencia y orientación jurídica dentro del régimen del ejercicio profesional de abogados; sin que, por otra parte, implique la carga procesal prevista por los arts. 56 y 57 del Código Procesal.¹³

Al respecto, también es importante señalar que el derecho a ser oído (cf. art. 12 de la CDN; arts. 2, 24 y 27, inc. a de la Ley N° 26061 y arts. 26 y 707 del CCyC), tal como se produjo tanto en primera como en segunda instancia, tampoco sustituye el derecho a un abogadx de confianza que asesore y represente los intereses de la joven.

Máxime tratándose de una decisión trascendental para la vida de ambas –progenitora e hija– que tendrá, sin lugar a duda, proyección en toda su existencia. A mayor abundamiento, cabe mencionar el artículo 21 de la CDN referido a la adopción, que dispone la obligación de los Estados parte de cuidar ciertos principios, entre ellos el de velar

Aires (conf. art. 9 del Decreto Reglamentario de la Ley N° 114). A su vez, resulta interesante destacar la Ley N° 26657 de Salud Mental y su Decreto Reglamentario que prevé el derecho de las personas menores de edad ante supuesto de internación a recibir asistencia técnica, de un abogado preferentemente especializado en niñez y adolescencia (art. 26).

¹³ C. Nac. Civ., sala I, 4/3/2009, “L., R. v. M. Q., M. G.”.

por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario (inc. a).

¿Acaso podemos decir que en este caso el consentimiento de la progenitora y de la abuela materna fueron realmente informados, plenos y libres?

Párrafo aparte merece la mención a la irregularidad cometida en la elección de los guardadores, quienes según las constancias de la causa habían iniciado el trámite de inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un mes después del nacimiento de la niña, sin completarlo.¹⁴

Al respecto, cabe realizar dos observaciones distintas. Por un lado, recordar la importancia y sentido de la función del Registro para la protección de derechos, el cual fue creado a nivel nacional en el año 2003 por la Ley N° 25854, cuyo artículo 16 dispone la inscripción de los peticionantes de guarda preadoptiva como requisito esencial, postura reafirmada por el CCyC en su artículo 60, inciso b, con el objetivo de “evitar el tráfico de niños, el amiguismo en la entrega de menores en condiciones de adoptabilidad, el peregrinaje de los padres adoptantes por diversas circunscripciones territoriales a los fines de adoptar un niño y las deficiencias de las entidades no gubernamentales”.¹⁵

Por otro lado, la CSJN también ha señalado el carácter instrumental del Registro, cediendo en su rigorismo ante el interés superior del niño en el caso concreto, al sostener que el motivo de su existencia

no tiene como destino hacer de la inscripción en el Registro Único una suerte de recaudo carente de todo sentido, o sólo aplicable bajo criterios antojadizos o meramente subjetivos de los magistrados; tampoco desarticular un régimen enderezado al logro de los elevados propósitos anteriormente expresados. Antes bien, de lo que se trata es de que el requisito sea interpretado y aplicado con arreglo al

14 Surge del dictamen de la procuradora fiscal que “la guarda fue otorgada a personas con domicilio en esta Ciudad, no admitidas en el R.U.A.G.A., ni inscriptos en el Registro de Aspirantes a guarda con fines de adopción del Juzgado o en el Registro de la Provincia que centraliza, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (cf. Ac. 2707/96, ley local 13.326 y res. del SCJBA N° 2681/06, - v. fs. 254 vta./255). s más, a los guardadores designados no se les realizó pericia alguna ni informe socio-ambiental (v. fs. 21 del expte. 9044/2010 y fs. 146 y 183/184) y, haciendo caso omiso a las presentaciones de fojas 82/85, que daban cuenta de la voluntad de la familia biológica de instar la tenencia o guarda de M.S., se declaró su estado de abandono y situación de adaptabilidad (fs. 86/103). Esta sentencia fue notificada al Asesor de Menores, Dr. A. Kosicki (v. fs. 103)” (considerando IV).

15 Informe de las comisiones de Justicia, de Legislación General y de Familia, Mujer y Minoridad, de la Cámara de Diputados de la Nación, respecto al Proyecto de Ley de Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (Ley N° 25854), citado en CSJN, “G., M.G. s/ protección de persona”, Fallos 331:2047, considerando 3.

principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, vale decir, el interés superior de éste.¹⁶

Puntualizando que

al enunciar el interés superior del menor, el art. 3 de la citada ley 26.061 advierte que debe respetarse el ‘centro de vida’ de aquél [...]. Es de reiterar, ciertamente, que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia queda totalmente desvirtuada si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar.¹⁷

2.2. El interés superior del niño y el factor tiempo

Así las cosas, la comprensión de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos impone una atención central hacia el interés superior del niño, que orienta y condiciona cualquier decisión en materia de personas menores de edad, titulares de una protección especial que debe prevalecer como factor esencial de toda relación judicial (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

¿Podría invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales? La Corte IDH ya se pronunció por la negativa en “Fornerón e hija vs. Argentina”.¹⁸

Ahora bien, en el presente caso nos encontramos con dos derechos fundamentales que colisionan, uno de los cuales debe ceder ante el otro, sin que esto implique declarar inválido el derecho desplazado. El pronunciamiento de la CSJN convalida la primacía del interés superior de la niña por sobre los intereses de los adultos involucrados. Si bien el plexo normativo vigente (en especial, la CDN –cf. arts. 7, 8 y 9–) prioriza a la familia de origen “como el medio más favorable para el desarrollo de los niños”, podemos advertir que esta preferencia no es absoluta sino que constituye una presunción conectada –entre otros extremos– con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma.

¹⁶ Ídem, considerando 4. Este criterio fue sostenido por la justicia nacional con posterioridad a la entrada en vigencia del CCyC, manifestándose que “[e]vitar la ‘cosificación’ del niño también es impedir que, en pos de pétreos postulados, se experimente en su protección; en este caso tratando de ubicarla con otra familia –inscripta previamente en el registro– cuando ni siquiera podría afirmarse que aquella sería mejor que la actual. Contrariamente, la posibilidad de que la niña se inserte en otra familia diferente a la del matrimonio peticionante [...] instala el alto riesgo de colocarla en nuevas circunstancias que podrían ser experimentadas bajo la lógica del abandono...”. Juzgado Nacional en lo Civil N° 8, “L. G. M. s/Control de Legalidad - Ley 26.061”, 15/07/2016.

¹⁷ Ídem, considerando 5.

¹⁸ Cf. Corte IDH, *Caso Fornerón vs. Argentina*, cit., párr. 105.

De allí que la preeminencia de la filiación de origen no significa que el vínculo biológico debe ser preservado por encima de todo, incluso a costa del trauma que se derivará para la niña a raíz de una posible restitución, dando lugar a posibles excepciones en algunos casos en concreto cuando ello sea necesario para el resguardo de los derechos fundamentales a la integridad, dignidad e, incluso, identidad dinámica del niño o adolescente.

En este último aspecto, la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados socioafectivamente es también un dato con contenido axiológico que debe ser atendido por el derecho como tutela del interés superior del niño.¹⁹

Es en este caso justamente, por las razones expuestas, que se da la excepción. Pues el interés superior de la niña (es decir, la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos de acuerdo al caso concreto, tal como establece el art. 3 de la Ley N° 26061) consiste en no modificar su actual situación fáctica porque lo contrario, luego de diez años, le originaría un perjuicio que debe evitarse. Entendiendo, así, la CSJN que “en el caso la incidencia del tiempo repercute en la vida de la niña y se convierte en un factor que adquiere primordial consideración a la hora de determinar su interés superior”.²⁰

Al respecto, es doctrina jurisprudencial de la Corte IDH que

el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. En otros términos, el paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña.²¹

De allí, que la solución de “triángulo adoptivo-afectivo” resulta ser la más acorde al interés de la niña. Claro que para que ello funcione se va a requerir de la asistencia del Estado en tanto se lleve a cabo de manera acompañada, respetando los tiempos y deseos de la niña. No podemos dejar de advertir que la sentencia no dice la forma en que esto se llevará adelante sino que insta a la instancia de grado a que promueva este vínculo. ¿Pasarán otros diez años más hasta que ello ocurra?

19 Cf. considerando 13 del fallo en comentario, con cita al considerando 6 del voto de la mayoría en *Fallos* 328:2870.

20 Ídem, considerando 14.

21 Corte IDH, “Asunto L. M. respecto de Paraguay”. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, párr. 18.

3. Palabras de cierre

Una vez más, el aspecto que sustenta la decisión es el hecho de que el paso del tiempo se constituye, inevitablemente, en un elemento definitorio de vínculos afectivos difíciles de revertir sin causar un daño al niño.

Es justamente, el paso del tiempo el que hizo que los lazos afectivos se constituyan en el factor determinante de la decisión final sobre la guarda, custodia y relacionamiento de S. ¿Estamos en presencia de otro caso como el de “Fornerón”? Si bien difiere la plataforma fáctica, podemos observar claramente cómo el paso del tiempo sentencia.

Prisión preventiva. Retroactividad de la ley penal más gravosa. Crímenes contra la humanidad

CSJN, “Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros”, 4 de diciembre de 2018

Por Roberto M. Carlés¹

I. El fallo “Muiña” (Bignone, Benito A. y otro s/recurso extraordinario)

El 3 de mayo de 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió aplicar la regla del “dos por uno” a Luis Muiña, un condenado por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura cívico-militar. Esta regla, que había sido fijada por el artículo 7° de la Ley N° 24390 y derogada en 2001, establecía una compensación para los imputados que hubieran transcurrido en prisión preventiva más de dos años sin condena firme. Esta compensación consistía en el cómputo doble del tiempo transcurrido en prisión una vez superado los dos años de prisión preventiva.

Para aplicar esta norma, la Corte fundó su decisión en la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna y entendió que no era relevante que los hechos que motivaron la condena hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia, ni que el encarcelamiento y la condena hubieran tenido lugar con posterioridad a que este beneficio fuera derogado.

¹ Docente (UBA). Presidente del Comité de Jóvenes Penalistas de la Asociación Internacional de Derecho Penal y secretario de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología.

II. El principio de legalidad y la retroactividad de la ley penal más benigna

El principio de retroactividad de la ley penal más benigna es uno de los corolarios del principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional: “ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. En consecuencia, 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.

El principio de legalidad es una garantía que integra nuestro derecho positivo y que tiene como fundamento, a su vez, el principio de culpabilidad, en tanto que a nadie puede exigírsele que ajuste su conducta a normas inexistentes. Por otro lado, razones de seguridad jurídica explican que la pena aplicable sea aquella prevista al tiempo de la comisión del hecho, la que por otra parte expresa la valoración social de la conducta al tiempo de su comisión.

La irretroactividad de la ley penal tiene una excepción, que es la retroactividad de la ley penal más benigna. Esta garantía –prevista expresamente en la Constitución de 1949, derogada por bando militar– integra nuestro derecho positivo en el artículo 2º del Código Penal, 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.

Esta garantía se vincula también con el principio republicano y el principio de igualdad, dado que sería irrazonable que se aplicaran penas diferentes por idénticas conductas por la sola razón de que fueron cometidas en distintos momentos.

Nuestro Código Penal prevé expresamente que debe aplicarse la ley más benigna incluso si esta tuvo vigencia solo durante el período intermedio entre la comisión del delito y el pronunciamiento del fallo, supuesto que era precisamente el del caso. Con todo, el caso planteaba otras particularidades que ya analizamos en otra oportunidad:² la aplicabilidad de la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna respecto de normas procesales (sostuvimos que la regla del “dos por uno” no lo era, dado que regulaba una cuestión de derecho de fondo como el cómputo de la pena); si la ley más benigna debe o no implicar un cambio en la valoración del hecho para ser aplicada retroactivamente (sostuvimos que, pese a la jurisprudencia de la Corte Suprema en ese sentido, se trata de un requisito no previsto en el Código penal e implica un recorte por vía interpretativa de la garantía en cuestión); los problemas que presenta la ultraactividad de una ley intermedia entre los hechos y la condena en el caso de los delitos permanentes (consideramos aplicable la ley más benigna y no la vigente al tiempo del cese de la comisión porque el Código penal no prevé ninguna excepción para los delitos permanentes).

2 Carlés, R. M. (2017). Comentario a “Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario”. *Debates sobre Derechos Humanos*, 2017(1), pp. 24-48.

III. El deber de aplicar una pena proporcional a responsables por delitos de lesa humanidad

En nuestro comentario al fallo “Muiña” sosteníamos que se había ignorado lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Masacre de La Rochela vs. Colombia*), en particular respecto del deber del Estado de aplicar una pena proporcional. En ese caso, la Corte Interamericana sostuvo que para aplicar el principio de favorabilidad (ley más benigna)

debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no 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.

Criticábamos, además, que una decisión de tanto impacto para el proceso de Memoria, Verdad y Justicia no se hubiera tomado de cara a la sociedad, con una amplia deliberación pública y luego de la realización de audiencias en las que se hubiera escuchado a los interesados. Lo que estaba en juego –no solo para buena parte de nuestra sociedad, sino de acuerdo a los estándares internacionales mencionados antes– era la efectividad de la pena por delitos de lesa humanidad.

Concluíamos que las garantías constitucionales amparan a todos, también a los genocidas. Lo contrario implicaría admitir la validez de un derecho penal de excepción o “del enemigo”, antiliberal, contrario al principio de igualdad. Pero observábamos que, frente a la cuestión particular de los delitos de lesa humanidad, en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, es necesario observar que la aplicación de beneficios derivados de garantías constitucionales no torne ilusorias o desnaturalice las penas. Reitero: no se discute aquí la aplicación de garantías constitucionales, que, como el debido proceso, el principio de inocencia y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, deben aplicarse en todos los casos, sin excepciones. Lo que se discute aquí es la aplicabilidad de beneficios derivados de esas garantías. Dicha aplicabilidad, claro está, debería ser objeto de análisis en cada caso en particular. Esto no significa que cada imputado deba superar un *test moral* para acceder a un beneficio derivado de una garantía constitucional, sino que la aplicabilidad de ese beneficio debe ser objeto de ponderación frente a las obligaciones impuestas por nuestro bloque de constitucionalidad, que contiene tratados internacionales de derechos humanos los cuales, en las condiciones de su vigencia, también son parte de nuestro derecho positivo.

IV. Beneficios derivados del principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna: la necesidad de evaluar su procedencia en el caso concreto

Se ha pretendido justificar la inaplicabilidad del “dos por uno” a casos como el presente a partir de la idea de que ello implica una interpretación *literalista* del texto legal. No parece una crítica acertada toda vez que lo que el Código Penal dispone respecto de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna es claro y taxativo. Por otra parte, si bien no parece razonable que un imputado se beneficie con una norma que no regía al tiempo de la comisión de los hechos, ni cuando fue detenido, ni tampoco cuando fue condenado y ni siquiera durante el proceso ya que gozaba de la impunidad conferida por las leyes de obediencia debida y punto final, lo cierto es que dicha ultraactividad está reconocida por el artículo 2º del Código Penal en forma taxativa. Considerar que esta norma debe ser desplazada a partir de una interpretación sustentada en criterios de justicia procedimental y “valores comunitarios propios del liberalismo político” es tan inconsistente (y punitivista) como la postura de quienes sostienen que el deber irrenunciable de castigar justifica el desplazamiento del principio de legalidad.

No se trata de establecer excepciones, en virtud de la naturaleza de los delitos, a las garantías constitucionales con las que cuentan todos los imputados. Estas excepciones violarían, además, el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. El punitivismo es una tendencia global que ha permeado las prácticas de nuestros operadores judiciales también en materia de lesa humanidad. Las garantías individuales deben ser respetadas siempre y no pueden ser objeto de ponderación en nombre de beneficios colectivos. Lo contrario implicaría asumir que los jueces pueden ejercer un control de constitucionalidad a partir de fines morales o de políticas públicas y pondría en crisis la integridad constitucional.

En el campo del derecho penal no hay derechos fundamentales en conflicto, dado que lo que se contrapone a los derechos del imputado no son los derechos de otro individuo, sino la pretensión punitiva del Estado. El imputado en un proceso penal, por otra parte, no tiene que convencer a nadie de que merece gozar de las garantías constitucionales, dado que su goce es una precondition para la vida en común organizada en un Estado. Si existe en los pueblos algo así como una voluntad o mandato de castigar que deposita en manos del Estado, ese poder está reconocido y limitado por la Constitución.

Lo que aquí postulamos es la necesidad de evaluar, en cada caso concreto, si la aplicación de un beneficio derivado de una garantía incide en la efectividad de la pena de un modo incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino. No se trata de un conflicto entre los derechos del imputado y una pretensión punitiva de orden supranacional, sino del que se plantea entre aquellos y el derecho a la memoria, la verdad, la justicia y la debida reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Y este es un deber moral, pero ante todo jurídico, pues se deriva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es derecho positivo en nuestro país, que vale por su fuente, no por su contenido. Las obligaciones explicitadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que

delimitan el alcance de la vigencia de la Convención, valen no por expresar la interpretación de los jueces de ese tribunal, sino por imperio del artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional.

V. La Ley N° 27362 de reforma de los efectos de la regla del “dos por uno”

Como consecuencia de la masiva reacción social en contra del fallo “Muiña”, el Congreso sancionó la Ley N° 27362 en forma prácticamente unánime. Según afirma su propio texto, se trataría de una ley interpretativa de la regla del “dos por uno”. Su artículo 3° establece que lo allí dispuesto “es la interpretación auténtica del artículo 7° de la Ley N° 24390 –derogada por Ley N° 25430– y será aplicable a las causas en trámite”.

El artículo 1° de esta nueva ley establece que

[d]e conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7° 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 1° de la Ley N° 27156 establece que

[l]as penas o procesos penales sobre los delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra contemplados en los artículos 6°, 7° y 8° 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.

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 esta debía fijarse: computando doble el tiempo transcurrido en prisión preventiva luego de superado el plazo de dos años bajo esa medida de coerción procesal.

En rigor de verdad, la Ley N° 27362 impuso una reforma sobre los efectos presentes y futuros de una norma derogada. Al afirmar lo contrario, lo que establece esta nueva ley es que la norma en cuestión siempre tuvo el alcance que ahora ella viene a precisar.

Como ya hemos sostenido, no se trata de una ley interpretativa, sino de una ley penal más gravosa para los imputados. Una ley interpretativa es aquella que echa luz sobre aspectos ambiguos u oscuros de una norma, no la que altera su alcance cuando este no deja lugar razonablemente a ningún

tipo de duda. En efecto, en la Ley N° 24390 no había ninguna ambigüedad que requiriese una aclaración legislativa. Por otra parte, la Ley N° 27362 tampoco señala cuáles serían esos aspectos que habrían requerido de una interpretación.

Nunca una omisión puede ser considerada como una “ambigüedad” o punto oscuro, en la medida en que lo que el legislador omite es –se entiende– parte de su voluntad. Si posteriormente considera que ha olvidado incluir alguna disposición específica o considera posteriormente la conveniencia de contemplarla, deberá reformar la ley. En este caso en particular, la Ley N° 24390 contempló excepciones a la aplicación de la regla del “dos por uno” para delitos de estupefacientes, que fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema en el fallo “Véliz”.

En efecto, lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley N° 24390 (regla del dos por uno) no ofrecía ninguna complejidad para ser comprendido ni contenía oscuridad o ambigüedad alguna que requiriera una interpretación. Con todo, si ese hubiera sido el caso, no está de más recordar que en un Estado constitucional de derecho la ley penal debe ser interpretada en forma limitativa del poder punitivo, por el principio de interpretación restrictiva de la ley penal que se deriva del principio de inocencia, que no es un mero criterio procesal de valoración de la prueba, sino una regla general interpretativa del derecho penal.

La posibilidad de aplicar retroactivamente cualquier ley que se califique de interpretativa no es sino un fácil y burdo recurso para violar el principio de irretroactividad de la ley penal. Y este es el caso de la Ley N° 27362, que contiene una norma que modifica la Ley N° 24390 en forma más gravosa para los imputados, por lo que su aplicación retroactiva es inconstitucional.

VI. El fallo “Batalla”

El fallo “Batalla” carece de una mayoría que sustente la decisión. Los jueces Lorenzetti y Maqueda confirmaron la sentencia recurrida con los argumentos que ya habían sostenido en sus respectivas disidencias en el fallo “Muiña”, aunque en esta oportunidad los condensaron en un voto conjunto. Con respecto a lo establecido por la Ley N° 27362, entendieron que “coincide en sus efectos” con el alcance que le asignaron al artículo 7° de la Ley N° 24390 en sus disidencias en el mencionado fallo. En consecuencia, sostuvieron que no era necesario tratar el planteo del recurrente que consideraba a la ley como lesiva del principio de legalidad y de la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna.

Por su parte, los jueces Highton y Rosatti entendieron que la aplicación retroactiva de la Ley N° 27362 era conforme a derecho. Ambos jueces habían votado a favor de la aplicación de la regla del dos por uno en el fallo “Muiña” (*Fallos* 340:549).

Estos jueces entendieron que la existencia de leyes interpretativas como la Ley N° 27362 ha sido pacíficamente reconocida por la Corte (doctrina de *Fallos* 134:57; 187:352, 360; 267:297; 311:290 y 2073), a condición de que dicha norma pueda ser objeto de control judicial. Dicho control abarcaría, según entendieron, en determinar si, más allá de la denominación que le asignen los legisladores, la ley

califica como “interpretativa” (test de consistencia) y si su contenido es razonable y no violenta ningún derecho fundamental (test de razonabilidad).

Con respecto al primero de los test (consistencia), los jueces Highton y Rosatti entendieron que la Ley N° 27362 es una ley interpretativa de la Ley N° 24390 porque: (i) no modifica retroactivamente la legislación penal en materia de tipificación delictual o de asignación de la pena, sino que aclara cómo debe interpretarse la ley aplicable al caso y (ii) no alarga la sanción de quien ya está condenado, porque el monto de la pena queda incólume, sino que se establece cómo se computa el tiempo recaído en prisión preventiva para definir cuándo se cumple la condena.

Concluyen que ambas leyes, la interpretada y la interpretativa, se aplican de manera conjunta, es decir, que la norma interpretada ha regido desde su entrada en vigencia en los términos y con igual significado que el establecido en la disposición interpretativa, con lo cual no habría aplicación retroactiva de la segunda disposición.

En cuanto al “test de razonabilidad”, entendieron que la Ley N° 27362 no es arbitraria ni discriminatoria en la medida en que está dirigida a un universo de personas que se encuentra en la misma situación jurídica (condenados por delitos de lesa humanidad). Tampoco resulta estigmatizante para un sector de la población o para actividad alguna, pues está dirigida al circunscripto núcleo de quienes cometieron los delitos más aberrantes que registre el comportamiento humano, y que no afecta a quienes –dentro de la misma actividad– cumplieron adecuadamente con su función.

El juez Rosatti afirma que los delitos de lesa humanidad poseen una “ilegalidad propia e inherente”, lo que se asemeja a la afirmación de que existen conductas *mala in se* (criminales en sí mismas, aunque no estén prohibidas), una terminología que se ha difundido mucho en la década pasada para justificar la persecución de conductas etiquetadas con el inasible rótulo de *terroristas*.

Por otra parte, consideraron que la aplicación de la Ley N° 27362 no viola ningún estándar internacional en materia de derechos humanos, dado que la oportuna determinación de la pena estuvo precedida por el cumplimiento del debido proceso y porque antes de la aplicación de la “ley aclaratoria” el condenado tuvo oportunidad de ejercer su defensa técnica.

El juez Rosenkrantz resolvió, en disidencia, que la solución del fallo “Muiña” regía también para este caso. Con respecto a la Ley N° 27362, entendió que es inconstitucional porque: (i) no se trata de una ley genuinamente interpretativa y (ii) si así lo fuera, sería inaplicable por violar el principio de irretroactividad de la ley penal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Recordó que, al pronunciarse sobre leyes interpretativas no penales, la Corte Suprema tuvo el cuidado de recalcar que en materia penal el artículo 18 de la Constitución Nacional impide la aplicación retroactiva de la ley más gravosa (*Fallos* 184:260; 287:104). En consecuencia, dado que el principio de irretroactividad de la ley penal es uno de los principios fundamentales que hace posible una democracia constitucional y republicana como la nuestra y que dicho principio está violado por la Ley N° 27362, dicha ley es manifiestamente inconstitucional.

Rosenkrantz consideró que una ley interpretativa es aquella que se limita a despejar dudas sobre conceptos equívocos, oscuros o dudosos de la ley interpretada, lo que no es el caso de la Ley N° 27362 la cual, por el contrario, presupone que la Ley N° 24390 es perfectamente clara: al establecer que la ley interpretada no se aplica a ciertos casos lo que presupone es que se entendió claramente que la ley interpretada era aplicable a dichos casos.

En el debate parlamentario de la Ley N° 24390, sancionada en 1994, se puso de manifiesto que, excepto por los delitos expresamente excluidos, la ley era aplicable a todos por igual. En la causa “Véliz” (sentencia del 15 de junio de 2010) la propia Corte declaró la inconstitucionalidad de la exclusión de delitos de la aplicación de dicha ley por cuanto el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

se inserta dentro de un conjunto de disposiciones que intentan garantizar el derecho a la libertad personal (art. 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos), las cuales no prevén restricción alguna para semejante derecho basada en el mero reproche o repulsa social que puedan tener determinadas conductas, por más graves que ellas puedan resultar.

A su vez, en el plenario “Molina”, dictado por la Cámara Nacional de Casación Penal en 1995, se determinó que la Ley N° 24390 se aplica también a personas que no hubieran estado privadas cautelarmente de la libertad durante su vigencia. El punto fue ratificado por la Corte en “Arce” (*Fallos*: 331:472).

Concluye Rosenkrantz que jamás hubo dudas sobre la aplicabilidad del dos por uno a delitos de lesa humanidad o a imputados que no hubieran sido privados de su libertad en forma preventiva durante su vigencia.

VII. Punitivismo, derecho penal de excepción y derecho internacional de los derechos humanos

No hay fundamento jurídico alguno para excluir a los responsables de delitos de lesa humanidad de la aplicación de la garantía de irretroactividad de la ley penal más gravosa o de la ley más penal más benigna. Ningún argumento moral o político, basado en la gravedad de los hechos, en su carácter aberrante o sistemático, ni siquiera su caracterización jurídica como delitos de lesa humanidad, justifica considerar a estos imputados indignos de estar amparados por las garantías penales que protegen a todos los ciudadanos frente a eventuales arbitrariedades estatales.

Por ello entiendo que es desafortunado lo sostenido por el juez Rosatti en el fallo “Batalla” en cuanto afirma que los delitos de lesa humanidad están dotados de una “ilegalidad inherente”.

Cierto es que estos hechos han sido considerados por la comunidad internacional como actos que lesionan a la humanidad en su conjunto y ello es consecuencia directa de la trágica experiencia del siglo XX, donde quedó en evidencia que las leyes más ilustradas y liberales no eran barrera de

contención suficiente para el genocidio y la barbarie. Y esto es así no porque los autores de estos delitos sean enemigos del Estado, sino porque se trata de crímenes masivos y sistemáticos cometidos precisamente desde el aparato estatal.

Es por ello que, lejos de ser despojados de su condición de ciudadanos o sometidos a alguna clase de derecho penal del enemigo o de excepción, los imputados por delitos de lesa humanidad, cuando no han sido beneficiados por leyes de impunidad, fueron juzgados y condenados dentro de la ley, de acuerdo con las normas penales vigentes al tiempo de los hechos. Dicho de otro modo, no se los ha condenado porque sus conductas fuesen moralmente atroces, sino porque fueron responsables de conductas tipificadas como delitos al tiempo de su comisión: privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos, homicidios, sustituciones de identidad, etc.

Pero tampoco se puede ignorar que no son morales ni políticas sino estrictamente jurídicas –aunque de orden internacional– las normas que establecen el marco dentro del cual deben juzgarse los delitos de lesa humanidad. No se trata de hacer caso omiso al razonamiento jurídico, como han sostenido algunos autores, sino de reconocer que, en el presente, nuestro derecho positivo comprende tratados internacionales de derechos humanos que deben ser aplicados en las condiciones de su vigencia, lo que implica, esencialmente, la observancia de los criterios establecidos por el sistema interamericano para la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al denunciar una supuesta moralización del discurso jurídico o bien se omite esta realidad o, en forma velada, se la pretende descalificar. De este modo, se reduce al estatuto de literatura o filosofía a criterios que integran nuestro derecho positivo, no solo por su contenido sino por su fuente.

Por último, no podemos dejar de coincidir con quienes han señalado que el derecho penal liberal se encuentra en crisis en nuestro país –y más allá, también– eclipsado por un creciente punitivismo que implica, entre otras cosas, el avasallamiento de las garantías constitucionales. Se trata, en efecto, de un fenómeno en permanente expansión desde hace algunas décadas. Celebramos, en todo caso, que las vicisitudes en torno a la aplicación de la regla del dos por uno a responsables por delitos de lesa humanidad hayan servido para que muchos reparasen en la desnaturalización del derecho penal de nuestro tiempo.

Libertad de expresión. Acceso a la información pública

CSJN, “Savoia, Claudio Martín c/ EN - Secretaría Legal y Técnica (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986”, 7 de marzo de 2019

Por Luis Lozano¹ y Wanda Fraiman²

Introducción

El derecho de acceso a la información pública parte del presupuesto de obtención, por parte de la población, de los datos que se encuentren en manos del Estado, ya sea por la existencia de una obligación positiva sobre este de poseerlos, o bien con motivo del desenvolvimiento de su aparato burocrático.

Esta concepción se desprende tanto del derecho internacional de los derechos humanos, como del marco constitucional y de las normativas locales que han adoptado en los últimos años los países de la región con el fin de brindar herramientas concretas a la ciudadanía para acceder a la información en poder del Estado (Brasil, 2011; Chile, 2008; Paraguay, 2014 y Uruguay, 2008). Esta tendencia puede comprenderse a partir de la incorporación plena de la cuestión del acceso a la información en la agenda internacional –en particular mediante los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) trazados por la Organización de Naciones Unidas para 2030–³ así como por los procesos de incidencia que

1 Licenciado en Ciencias de la Comunicación (UBA). Candidato a doctor en Ciencias Sociales (UBA). Realizó estudios de posgrado en Derechos Humanos y Comunicación en la Fundación Henry Dunant y la UEDH (Ginebra, Suiza). Docente e investigador en la Universidad de Buenos Aires.

2 Licenciada en Ciencias de la Comunicación (UBA). Magíster en Investigación en Ciencias Sociales y candidata a doctora (UBA). Integrante del Instituto de Estudios de América Latina y el Caribe y del Observatorio de Comunicación y Derechos (DERCOM/UBA). Docente e investigadora (UBA).

3 El objetivo número 16.10 de los ODS propone “Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales”. Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.

han tenido lugar en diversos países de América Latina y que aportaron a consolidar el concepto de ciudadanía desde una perspectiva comunicacional.⁴

En este sentido, cabe destacar que se trata de un derecho de especial importancia debido a que presupone la obtención de elementos que permiten a las personas constituir sus propias ideas y opiniones, expresarlas en y a través de los medios de comunicación, así como participar en aquellos espacios de discusión de la cosa pública. Es decir, en los ámbitos de toma de decisiones.

Por otra parte, y como un eje particular, el acceso a la información que posee el Estado sobre los hechos acontecidos durante los gobiernos dictatoriales de América Latina de la segunda mitad del siglo pasado forma parte del concepto de derecho a la verdad y constituye un presupuesto básico para la construcción de la memoria histórica de nuestras sociedades. El mismo comprende tanto una dimensión individual, que se relaciona con “el derecho de los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a recibir informaciones sobre el destino de sus seres querido”, como otra social o colectiva, vinculada a la necesidad que tiene la sociedad en su conjunto de “conocer su pasado y su presente”.⁵ Si bien este derecho no ha sido reconocido “expresamente” en los distintos instrumentos del sistema internacional, ha tenido lugar su incorporación progresiva en las decisiones emitidas por los órganos de protección de los derechos humanos.⁶

En el fallo que se presenta a continuación puede observarse cómo la información requerida por la parte demandante relacionada a la última dictadura militar argentina, así como los sujetos habilitados para solicitarla, son dos elementos fundamentales para la justicia.

Los hechos del caso y el derrotero judicial

El 16 de mayo de 2011 el periodista Claudio Savoia realizó un pedido de acceso a la información pública ante la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, en los términos de la legislación vigente en aquel entonces en la materia –Decreto N° 1172/03–, con el objetivo de obtener copias de una serie de decretos del Poder Ejecutivo Nacional promulgados entre 1976 y 1983 por quienes ejercieron el poder *de facto* en esos años.

La Secretaría rechazó la solicitud y fundó su negativa en el hecho de que los decretos en cuestión habían sido clasificados como de carácter “secreto” y “reservado” al momento de su promulgación. En este sentido, se atuvo a lo dispuesto en el artículo 16, inciso a, del Anexo VII, del Decreto N° 1172/03, el cual preveía que el Poder Ejecutivo Nacional podía negarse a brindar la información requerida, por

4 Esta conceptualización considera al derecho a la información como un aspecto primordial para el ejercicio de la ciudadanía. Para profundizar acerca de esta cuestión, ver De Charras, D., Lozano, L. y Rossi, D. (2013). Ciudadanía(s) y derecho(s) a la comunicación. En G. Mastrini, D. De Charras y A. Bizberge (eds.), *Las Políticas de Comunicación en el siglo XXI. Nuevos y viejos desafíos*. Buenos Aires: Editorial La Crujía.

5 Loreti, D. y Lozano, L. (2014). *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, pp. 243-244.

6 Ídem, pp. 241-242.

acto fundado, cuando se tratara de “información expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior”.

Ante la denegatoria, el periodista impulsó una acción de amparo. En su presentación sostuvo que el rechazo del Ejecutivo violaba el principio de “máxima divulgación” de la información en poder del Estado que emana de las normas constitucionales y los tratados internacionales. Además, afirmó que la restricción en el acceso no cumplía con los requisitos de legalidad, necesidad y fin legítimo que se desprenden del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).⁷ Al respecto sostuvo que el rechazo no estuvo fundado en una ley formal. Por el contrario, argumentó que las normas vigentes habían dejado sin efecto el carácter secreto de la información solicitada, ya que el Decreto N° 4/2010 dispuso relevar de la clasificación de seguridad “a toda aquella información y documentación vinculada con el accionar de las fuerzas armadas durante el período comprendido entre los años 1976 y 1983, así como a toda otra información o documentación, producida en otro período, relacionada con ese accionar”.

Asimismo, consideró que era deficiente la fundamentación brindada por el Ejecutivo para justificar que la información contenida en los decretos resultara compatible con alguno de los fines legítimos establecidos en la CADH y que las restricciones fueran necesarias y proporcionadas para no limitar el ejercicio de la libertad de expresión en una sociedad democrática.

La jueza de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos por la fiscalía federal, hizo lugar a la acción de amparo y ordenó que se exhibiera a la parte actora los decretos que no se encuentren dentro de las excepciones previstas en el artículo 2 y 3 del Decreto N° 4/2010. En su dictamen, la fiscalía había sostenido que, “en materia de acceso a la información pública, la regla es el deber de los organismos estatales de informar a la ciudadanía cuanto les sea razonablemente requerido, a menos que por vía legislativa se establezca una excepción, la cual debe ser valorada con carácter restrictivo. Asimismo, precisó que no es menester gozar de una situación jurídica calificada como de derecho subjetivo o interés legítimo a fin de solicitar acceso a la información pública dado el criterio de legitimación amplia receptado por el Decreto N° 1172/03”,⁸ criterio que sería retomado luego por la CSJN.

7 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, propone tres consecuencias que se derivan del principio de “máxima divulgación”. La primera sostiene que “el acceso a la información es la regla y el secreto la excepción”, a partir de la cual la denegación de lo solicitado no deben ser la norma y que en aquellos casos en que la excepción pudiera encuadrarse en los requisitos establecidos por ley, el secreto “debe tener un plazo razonable, vencido el cual, el público tendrá derecho a conocer la respectiva información”. La segunda consecuencia es que “la carga probatoria en caso de establecer limitaciones al derecho de acceso a la información corresponde al Estado”, lo que obliga a este sujeto a dar cuenta, caso por caso, y a justificar la limitación en base a los estándares establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por último, la tercera determina la “preeminencia del derecho de acceso a la información en caso de conflictos de normas o de falta de regulación con las normas interamericanas sobre libertad de expresión”. Esta consecuencia hace alusión a la necesidad de la interpretación de la legislación existente, y/o a la toma de decisiones, cuando no existieran normas especiales, también en armonía con los estándares mencionados. Cf. CIDH, “El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales”, 2012, pp. 7-26.

8 Canda, F. O. y Lauhirat, S. (26 de marzo de 2019). Acceso a la información pública y decretos secretos: A propósito del fallo “Savoia”. *Diario Administrativo*, 231.

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional, revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, rechazó el amparo. En contraposición a lo que habían sostenido la fiscalía y la jueza en primera instancia, la Cámara consideró que el peticionario no tenía legitimación para demandar, en la medida en que no había demostrado un interés suficiente y concreto, diferenciado del que cualquier ciudadano puede tener, en acceder a la información solicitada.

En una particular consideración de requisitos para acceder a la información, el fallo sostuvo que Savoia debió haber justificado su pedido en algo más que el mero interés en establecer relaciones entre los decretos solicitados y las violaciones de derechos humanos perpetradas por los gobiernos que los promulgaron. Al respecto, estimó que el solicitante

no ha anudado la condición de periodista, invocada en la demanda, con la defensa de un derecho subjetivo sobre un bien jurídico individual ni con la tutela de un derecho de incidencia colectiva según las diversas categorías de intereses enunciadas por la Corte Suprema en el precedente “Halabi” (*Fallos*: 332:111).

Esta visión es contrapuesta a lo establecido por el derecho internacional de los derechos humanos y por nuestra Constitución Nacional.

La Cámara también se expidió sobre la cuestión de fondo y convalidó la negativa a brindar la información. Así, señaló que el Ejecutivo llevó adelante un ejercicio válido de sus facultades para disponer fundadamente que cierta información quedara excluida del acceso público irrestricto debido a cuestiones de protección de la seguridad interior, la defensa nacional y las relaciones exteriores, todo ello a la luz del artículo 16 de la Ley de Inteligencia Nacional N° 25520 y el artículo 16 del reglamento general de acceso a la información pública aprobado por el Decreto N° 1172/03.

Poco después de conocida la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, el Ejecutivo dictó el Decreto N° 2103/12 mediante el cual dispuso dejar sin efecto el carácter secreto o reservado de los decretos y decisiones administrativas dictados por el Poder Ejecutivo Nacional y por el Jefe de Gabinete de Ministros. Sin embargo, el mismo decreto contemplaba una excepción para sostener el secreto respecto de “aquellos que, a la fecha, ameriten mantener dicha clasificación de seguridad por razones de defensa nacional, seguridad interior o política exterior; y los relacionados con el conflicto bélico del Atlántico Sur y cualquier otro conflicto de carácter interestatal”.

Esta medida generó la automática publicación de gran parte de los decretos solicitados por Savoia, pero otros permanecieron reservados. En efecto, como consecuencia de la excepción dispuesta en el Decreto N° 2103/12, y según relevaron las periodistas Mariel Fitz Patrick y Sandra Crucianelli mediante otro pedido de acceso a la información presentado ante la Secretaría Legal y Técnica, a principios de 2019 permanecían sin ver la luz pública 16 decretos secretos y otros 1.483 reservados correspondientes al período

1976-1983. Todo este acervo documental fue alcanzado por el fallo de la CSJN del 7 de marzo de 2019 que revocó la sentencia de Cámara, hizo lugar al amparo y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento.

La sentencia de la Corte Suprema

En primer lugar, la Corte corrobora en su fallo que el agravio sostenido por Savoia se sostenía, dado que una parte de la información que había solicitado no se había hecho pública y que tampoco había recibido una nueva respuesta del Ejecutivo que justificara y fundara con nuevos argumentos la negativa a entregar los textos normativos que permanecían en secreto.

En segundo lugar, la CSJN aclara que se ha producido una modificación sustancial del marco normativo durante la tramitación del caso: la sanción de la Ley Nacional de Acceso a la Información Pública N° 27275.⁹ A partir de ello, el máximo tribunal reseña en su fallo una serie de principios relativos al alcance del derecho de acceso a la información bajo control del Estado, así como a los recaudos exigidos para limitar de manera legítima el ejercicio de este derecho. Tal como expresa la Corte, estos principios, que se encontraban contenidos en tratados internacionales y en la propia jurisprudencia del tribunal, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fueron retomados y expresamente consagrados en la Ley N° 27275.

El máximo tribunal sostiene que el derecho de acceso a la información se rige por el principio de máxima divulgación,

el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones, pues el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas.

Este principio también ha sido incorporado por la Ley N° 27275 en sus artículos 1 y 2.

En sintonía con lo previsto por artículo 13 de la CADH, la Corte recuerda que las restricciones al ejercicio de este derecho deben ser excepcionales, estar establecidas previamente por ley formal y ser las mínimas necesarias para la protección de un fin legítimo expresamente mencionado por la CADH, es decir, “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Sostiene la Corte, apoyada en su propia jurisprudencia y en el precedente “Claude Reyes”¹⁰ de la Corte IDH, que las restricciones deben ser

⁹ Publicada en el Boletín Oficial el 27 de septiembre de 2016.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

Recuerda, además, la Corte que “los sujetos obligados solo pueden rechazar un requerimiento de información si exponen, describen y demuestran de manera detallada los elementos y las razones por las cuales su entrega resulta susceptible de ocasionar un daño al fin legítimamente protegido”.

En función de la aplicación de estos principios el máximo tribunal concluye que la actuación del Ejecutivo en el caso resultó “ilegítima” y descarta la mera invocación del artículo 16 del Reglamento de Acceso para denegar la solicitud. Sostiene que se trata de una norma dictada muchos años después de la clasificación de los decretos como secretos o reservados; que no es una ley en sentido formal y que “la mera cita, dogmática y abstracta, de normas generales que habilitan excepciones no puede considerarse suficiente como respuesta a la luz de los principios reseñados”. Además, la Corte afirma que la Ley N° 27275 exige que la denegación de una solicitud se haga por acto fundado, emitido por la máxima autoridad del organismo y dispone que “la falta de fundamentación determinará la nulidad del acto denegatorio y obligará a la entrega de la información requerida”; y que el silencio del sujeto obligado, “así como la ambigüedad, inexactitud o respuesta incompleta, serán considerados como denegatoria injustificada a brindar la información” (art. 13, Ley N° 27275).

Por otra parte, tal como se adelantó, el máximo tribunal dedica un apartado especial a revertir la interpretación de la Cámara en cuanto a la legitimación del peticionario para realizar un pedido de acceso a la información pública. Se trata de uno de los aspectos más enriquecedores de la sentencia, dado que la Corte consolida su jurisprudencia en la materia y reafirma que “la legitimación para solicitar acceso a la información bajo el control del Estado es amplia, y que corresponde a toda persona, sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal”. Sostiene el máximo tribunal que esta interpretación ya configura un “claro y preciso estándar en la materia” y que puede identificarse en diversos fallos desde el año 2012, en el precedente “Asociación Derechos Civiles c/ EN PAMI (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986”. En el mismo sentido la Corte descarta de plano que el solicitante hubiera tenido que justificar algún interés legítimo asociado a su condición de periodista para solicitar la información, como había requerido la Cámara.

En igual sentido, la Ley N° 27275 ha reconocido expresamente el carácter amplio de la legitimación activa en esta materia al sostener que “toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado” (art. 4).

El valor del precedente

Si bien la sentencia reseñada se inscribe en una larga tradición jurisprudencial sostenida por nuestra CSJN,¹¹ presenta un valor adicional por tratarse del primer pronunciamiento del máximo tribunal con posterioridad a la sanción de la Ley de Acceso a la Información Pública. En tal sentido, cobra especial valor la reafirmación del principio de máxima divulgación y de la amplia legitimación¹² para el ejercicio de este derecho, en sintonía con lo receptado por el nuevo marco normativo.

Asimismo, vale recordar la importancia que reviste el tipo de información solicitada, debido a aquellos datos que se enmarcan directa o indirectamente en el derecho a la verdad, posibilitan, en palabras de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (OEA), “reconstruir el pasado, reconocer los errores cometidos, reparar a las víctimas y formar una opinión pública vigorosa que contribuya a la recuperación democrática y a la reconstrucción del Estado de Derecho”.¹³

La Ley N° 27275 es la primera normativa federal destinada a garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en todas las entidades públicas, de los tres poderes del Estado federal, y en aquellas organizaciones privadas con o sin fin de lucro que reciban fondos del Estado nacional, en lo atinente a la utilización de esos fondos. La sanción de esta ley representó de por sí un avance respecto a la situación anterior, cuando solo existía el Decreto N° 1172/03 que establecía pautas para el acceso destinadas exclusivamente a aquella información en poder de dependencias del PEN. La sanción de la nueva legislación en la materia representó la concreción de una demanda sostenida durante más de una década por organizaciones de la sociedad civil, instituciones académicas y asociaciones de periodistas, entre otros colectivos.

El texto de la norma enfrentó objeciones durante el debate parlamentario de parte de actores académicos y de la sociedad civil por la falta de incorporación de estándares de la Ley Modelo de la OEA, entre otros aspectos. En este sentido, fueron el sector académico y los organismos de derechos humanos, quienes enfatizaron en la necesidad de que las excepciones no pudieran ser aplicadas en los casos de graves violaciones de derechos humanos o delitos contra la humanidad, consideración que fue tomada en cuenta por los/las legisladores.

Finalmente, luego de su sanción, la ley sufrió algunas modificaciones por la vía de decretos de necesidad y urgencia que debilitaron aún más el impulso de esta política. Al momento se pueden observar ciertas deficiencias, como la falta de convocatoria a las universidades nacionales y a la sociedad civil para la aplicación de la norma. Esa participación permitiría la formulación de acciones específicas

11 Véase, entre otros, *Fallos*: 338:1258; 335:2393 y 337:256.

12 El principio de legitimación activa amplia para las solicitudes de información debe considerarse tanto en lo que respecta a la imposibilidad de los Estados de requerir la manifestación de los motivos para la realización de los pedidos, así como a la discriminación de el o los sujetos solicitantes según su profesión, situación política o cualquier otra característica especificada. Esta condición acompaña, además, la ratio de que la información es condición *sine qua non* para el desenvolvimiento de las personas, tanto en términos individuales como colectivos, especialmente de aquellos casos en que las personas y/o grupos se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad y/o desigualdad frente a otros/as.

13 CIDH, *op. cit.*

según el tipo de información requerida para ciertos grupos y sectores sociales, así como el diseño de mecanismos específicos (y accesibles) para la obtención de los datos.

Además, la dispersión de la implementación de la ley en seis agencias (Ejecutivo, Legislativo, Ministerio Público Fiscal, Ministerio Público de la Defensa, Corte Suprema y Consejo de la Magistratura) que a la fecha aún no se encuentran constituidas en su totalidad, junto con la absorción¹⁴ de la Agencia del Poder Ejecutivo bajo la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros, son algunas de las cuestiones que surgen del texto de la ley o que se incorporaron *a posteriori* en su reglamentación y que han obstaculizado un mayor impulso de la ley, luego de más de dos años de su sanción.

La realidad es que aún se debate al interior del Estado los términos de adecuación de los sujetos obligados para la implementación de la ley y la misma dista de ser una herramienta conocida por los ciudadanos. En este sentido, la falta de una obligación del organismo en cuanto a la aplicación de políticas de comunicación con el fin de difundir los mecanismos vigentes de acceso a la información pública, dificulta aún más la ampliación del ejercicio de este derecho.

No obstante, cabe reconocer la visibilidad que esta discusión ha cobrado al interior de todos los poderes y organismos de la administración federal a partir de la sanción de la ley. Sin dudas, la sentencia de la CSJN representa un impulso adicional en ese camino que todavía queda por recorrer.

14 Los distintos documentos internacionales expresan la necesidad de que las agencias u órganos de supervisión de las leyes de acceso a la información pública sean autónomos, independientes y especializados. En este sentido, como ha expuesto en reiteradas oportunidades la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esas características deben ser evaluadas “en función de aspectos externos e internos”. En el primer caso se hace referencia “al modo en que el organismo ha sido creado y constituido o al modo mediante el cual le fue otorgado el mandato de supervisión y cumplimiento de lo establecido en la normativa de acceso a la información”. Mientras que la dimensión interna se relaciona “con la actuación del organismo una vez que ha sido conformado”. Cf. CIDH, “Los órganos de supervisión del derecho de acceso a la información pública: Informes temáticos contenidos en los informes anuales 2014 y 2013 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

Discapacidad. Privilegios concursales

CSJN, “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)”, 26 de marzo de 2019

Por María Eugenia Rodríguez Pería¹

Introducción

En las siguientes páginas se comentará la decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN o la Corte) en la causa “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)”² (en adelante, “Institutos Médicos”).

La relevancia de la solución del caso radica en que entiende que un niño con discapacidad tiene un derecho con jerarquía constitucional a cobrar con preferencia en una quiebra a pesar de que, según la Ley de Concursos y Quiebras, su crédito era quirografario.

Este caso tiene, además, la particularidad de que la Corte resolvió de manera opuesta a como lo había hecho pocos meses antes en otro caso análogo: “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidencia de verificación de crédito por L.A.R. y otros”³ (en adelante, “Asociación Francesa”).

¹ Abogada (UBA). Magíster en Derechos Humanos y Democratización (Universidad Externado, Colombia).

² Fallos: 342:459.

³ Fallos: 341:1511.

Considerando lo expuesto, resulta inevitable confrontar la respuesta que dio la CSJN al primero con la que dio al segundo. Para ello, se tendrá en cuenta que la decisión de la mayoría en “Institutos Médicos” es la de la minoría en “Asociación Francesa”, y viceversa, y que los hechos en ambos casos son semejantes, si bien aquí solo se desarrollarán los de “Institutos Médicos”.

Los hechos del caso

El 25 de mayo de 1990 nació B.M.F. en Institutos Médicos Antártida y, como consecuencia de una *mala praxis* médica durante el parto, sufrió lesiones cerebrales gravísimas que le generaron una incapacidad total e irreversible, una parálisis en los cuatro miembros que le impide movilizarse y un retraso en el crecimiento. Esta situación se fue agravando con el paso del tiempo.

A raíz de ello, sus padres, por derecho propio y en representación de su hijo, promovieron una demanda por daños y perjuicios contra el médico, la obra social y el sanatorio, quienes fueron condenados en primera y segunda instancia.

Paralelamente, Institutos Médicos Antártida fue declarada en quiebra, motivo por el cual los beneficiarios de la indemnización solicitaron la verificación de su crédito.

La sentencia de primera instancia declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en la Ley N° 24522 de Concursos y Quiebras –arts. 239, primer párrafo, 241, 242, parte general y 243 parte general e inciso 2– y verificó el crédito de B.M.F. con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio.

Apelada la sentencia, fue revocada por la Cámara Comercial, que le asignó a la acreencia el carácter de quirografaria y dejó sin efecto el pronto pago dispuesto en la instancia anterior.

B.M.F. y la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante la Cámara interpusieron sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos en relación a la cuestión federal. La CSJN, por voto mayoritario compartido por los jueces Maqueda, Medina (por su voto) y Rosatti (por su voto) –con la disidencia conjunta de Highton de Nolasco y Lorenzetti– dispuso dejar sin efecto la decisión de Cámara.

El voto de la mayoría

Declaró procedentes los recursos extraordinarios, dejó sin efecto la sentencia apelada, puso fin a la discusión y decretó la inconstitucionalidad de las normas concursales en juego por no dar una respuesta acorde con la situación de B.M.F. al no prever preferencia de pago alguna que garantice el goce de sus derechos.

Además, consideró que el crédito debía contar con un privilegio superior al de los demás créditos privilegiados y ordenó su verificación con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio, a pesar de que no existe norma internacional que lo establezca explícitamente.⁴

Tanto el juez Maqueda como el juez Rosatti tuvieron por reproducido su voto disidente en la causa “Asociación Francesa”, mientras que la conjuenza Medina emitió su voto por primera vez en tanto no había integrado el tribunal en dicha causa.⁵

La mayoría tuvo en cuenta la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra B.M.F., que lleva 28 años transitados con una incapacidad total sin poder cobrar el crédito –reconocido por sentencia judicial firme– que tiene la finalidad de garantizarle el derecho a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y social.

Consideró también la falta de recursos económicos para afrontar los tratamientos adecuados para alcanzar un nivel de vida digno y que es un acreedor involuntario en una quiebra con un único inmueble gravado con dos hipotecas, donde la liquidación del total del activo no alcanzaría para la satisfacción de los créditos quirografarios como el suyo.

Recordó que en la causa “Pinturas y Revestimientos aplicados SA”⁶ la Corte entendió que el régimen de privilegios previsto en la Ley N° 24522 debe ser integrado con las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales que fueron incorporados a nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes.

A partir de allí destacó la obligación del Estado argentino de tomar medidas positivas para hacer efectivos los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud prevista en diferentes tratados internacionales.⁷ Resaltó particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad teniendo en cuenta la condición de niño con discapacidad de B.M.F. y la mayor protección que merece por su situación de especial vulnerabilidad.

Recordó la especial atención que requieren los niños de los jueces y la sociedad además de la de quienes están directamente obligados a su cuidado, sobre todo cuando se encuentran comprometidos su salud y normal desarrollo, y que el interés superior del niño orienta y condiciona las decisiones de los magistrados hacia la solución que sea más beneficiosa para estos.

En tales condiciones entendió que, dadas las particularidades del caso, resultaba imperativo ofrecer una satisfactoria protección jurídica de la vida y de la salud del incidentista, que sea respetuosa de la

4 A diferencia de lo que sucedía en *Fallos*: 337:315, “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.”, donde el Convenio N° 173 de la OIT establecía expresamente que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo debían quedar protegidos por un privilegio en caso de insolvencia del deudor.

5 Su participación se debió a la excusación del juez Rosenkrantz.

6 *Fallos*: 337:315, “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.”.

7 Art. 5, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 3.1, 23.1, 24, 27.1, 27.3, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 7, aps. 1 y 2, 10, 12, 25 y 28.1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 11 y 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

dignidad que es inherente al ser humano y que no signifique una demora que desnaturalice y torne ilusoria la reparación del derecho irreversiblemente dañado.

La mayoría concluyó que el deber de protección que se desprende de los instrumentos internacionales, en especial para el caso de personas con discapacidad, torna improcedente el diferimiento del pago de una deuda cuando entra en directa colisión con el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad de las personas.⁸

La disidencia

La disidencia consideró que la cuestión propuesta a examen era análoga a la resuelta en la causa “Asociación Francesa” y remitió a sus fundamentos y conclusiones.

Allí se resolvió confirmar la sentencia de Cámara que, en el marco de un incidente de verificación, había revocado la sentencia de primera instancia que declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales de la Ley N° 24522.

Para ello se tuvo en cuenta que, ni la ley concursal, ni las normas internacionales, ni la Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, establecen un privilegio especial para los niños con discapacidad.

Se resaltó que el carácter de privilegiado de un crédito es una excepción al principio de la *par conditio creditorum* que deriva de la garantía de igualdad (art. 16 CN) por lo que solo puede surgir de la ley y debe ser interpretado restrictivamente.

Además, se destacó que el sistema de privilegios es cerrado y que estos responden a la causa o naturaleza del crédito y no del acreedor, que la ley concursal no confiere privilegio al crédito del incidentista y que ello no había sido cuestionado.

Se afirmó que el mandato de mayor protección constitucional reconocido a los niños y a las personas con discapacidad es general y está dirigido al Estado para que implemente políticas públicas y que de ello no puede derivarse directamente el reconocimiento de un derecho específico como el reclamado –privilegio que debe prevalecer sobre privilegios especiales o generales de terceros–.

8 Conforme Fallos: 334:842, “M.M.M.G.”. En el caso, la actora había recibido una indemnización por un accidente de tránsito que le ocasionó gravísimos traumatismos, con diagnóstico inicial de “estado vegetativo persistente” en el cual permaneció durante diez años y luego devino en una grave lesión cerebral. Los fondos fueron invertidos en bonos de la deuda pública del Estado nacional. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior que había intimado al Estado nacional a depositar los servicios financieros correspondientes a los años 2006 al 2009 de los Bonos Globales 2017 pertenecientes a la actora. Frente a la apelación ordinaria del Estado, la CSJN declaró desierto el recurso por considerar que la situación absolutamente excepcional había sido contemplada en la sentencia de Cámara, cuyos fundamentos se apoyaron en la improcedencia de aplicar normas que difieren el pago de la deuda pública cuando ello está en directa colisión con el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad de las personas y la postura sostenida por el Estado nacional resultaba contraria a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada –junto con su protocolo facultativo– por la Ley N° 26378.

Ello es así, pues los tratados internacionales no solo no lo prevén sino que ni siquiera determinan en qué ámbitos y con qué alcance se hará efectiva esa especial protección que otorgan a los niños discapacitados, materia que queda reservada entonces a cada uno de los Estados.⁹

Se entendió que, en virtud del principio de separación de poderes, no es de competencia de los jueces, sino del Poder Legislativo, definir en qué ámbitos debe efectivizarse esa mayor protección o decidir qué políticas públicas adoptar.

Se hizo alusión al riesgo de que una eventual declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios con sustento en los amplios mandatos contenidos en los tratados internacionales podría conllevar la invalidez de toda norma o acto que no conceda un trato preferente a niños o personas con discapacidad, incluso a otros grupos vulnerables.

Se explicó que en un proceso falencial no solo está en juego la relación entre deudor y sus acreedores, sino –especialmente– la relación de estos últimos entre sí, y que la preferencia que se otorgue a cualquiera de ellos es correlativa con el mayor sacrificio que deberán soportar los demás.

Se sostuvo que el reconocimiento judicial de privilegios no previstos en la ley concursal traería aparejados serios inconvenientes que excederían el ámbito propio de esta, posibilitando la creación de un sistema paralelo de privilegios, *contra legem*, discrecional y casuístico, con un fuerte impacto negativo sobre la seguridad jurídica.

Análisis del fallo

Como puede observarse, tanto la mayoría como la disidencia remiten a lo resuelto en la causa “Asociación Filantrópica”.

Aquí se da la particularidad, tal como se indicó al inicio, de que la CSJN resolvió de modo opuesto dos casos análogos con, tan solo, cuatro meses de diferencia.

Institutos Médicos

Igualdad material

La solución de “Institutos Médicos” es acorde con la última reforma constitucional y con el derecho constitucional contemporáneo que, a diferencia de otros modelos políticos constitucionales, se caracteriza por tener como eje central la defensa y garantía de los derechos fundamentales y donde la

⁹ Considerando 11.

igualdad formal es reemplazada por la igualdad material a fin de lograr la tutela efectiva de derechos de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad.¹⁰

En efecto, si bien el régimen falencial se apoya en el principio de la *pars conditio creditorum*, según el cual el daño que implica la insolvencia debe ser repartido en forma igualitaria, [...] el impacto de la falta de satisfacción de un crédito no es igual para un niño con discapacidad que lo necesita para atender sus derechos fundamentales, que para los restantes acreedores quirografarios, entre los que se encuentran, por ejemplo, los proveedores comerciales. Ello demanda un trato diferenciado por parte del Estado, que no era satisfecho por la ley 24.522, lo que justificó la intervención del Poder Judicial.¹¹

Es por eso que la CSJN, interpretando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, consideró que el mandato de protección especial que debe darse a los niños con discapacidad no se encontraba satisfecho en el caso concreto por los privilegios fijados en la Ley N° 24522, declaró su inconstitucionalidad y ordenó el pago prioritario del crédito del niño.

Esta solución tiene puntos en común, en cuanto al trato diferenciado, con el caso “García”,¹² resuelto el mismo día, donde la CSJN declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley N° 20628 que gravan con el impuesto a las ganancias las rentas de los jubilados. Allí sostuvo que: “a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos”, y que “[d]icho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico”, además de que “el control judicial del cumplimiento de este imperativo constitucional no implica desconocer el principio de división de poderes”.¹³

Así, consideró que el parámetro de la capacidad contributiva para el establecimiento de tributos a los jubilados resultaba insuficiente para circunstancias en las que, como en el caso, hay personas en situaciones de mayor vulnerabilidad a la vez que puso en conocimiento al Congreso de la Nación para que revise, corrija, actualice o complemente el criterio genérico de la norma.¹⁴

La postura adoptada por la CSJN en estos casos resulta esperanzadora al abrir la puerta a una visión de igualdad como contraria al sometimiento de grupos¹⁵ a la vez que habilita la relectura de instituciones

10 Ejemplos de esto se ven en el artículo 37, segundo párrafo y el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional.

11 Vásquez, G. (septiembre 2019). Adjudicación constitucional aplicada: enfoques formalistas vs. constructivistas. Suplemento Derecho Constitucional *La Ley*, 6, 2019-E, pp. 7-12.

12 *Fallos*: 342:411.

13 Considerandos 15 y 16.

14 Considerandos 20 y 23.

15 Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI Editores. En este trabajo no se pretende profundizar en el concepto de igualdad como no sometimiento (desigualdad estructural) extendidamente tratado en el libro citado y que ameritaría un análisis aparte. Sin embargo, se puede afirmar que en el caso “García” se vislumbra el germen de la adopción de esta postura cuando en el considerando 21 se refiere a la clase pasiva como “grupo vulnerable e históri-

del derecho interno que no han cambiado con el paso del tiempo –como el régimen de privilegios– a la luz de los mandatos constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos.

Asimismo, mantiene una tendencia de protección reforzada de los niños con discapacidad que ha sostenido en otros fallos¹⁶ por su especial situación de vulnerabilidad.

Asociación Francesa

Por su parte la solución de “Asociación Francesa” adopta una postura formalista y alejada de la protección de los derechos humanos, sin brindar fundamentos razonables de esa visión tan restrictiva.

Desconocimiento de los derechos fundamentales como principios

Pretende que para reconocer el derecho exista en el ordenamiento internacional o local una norma específica que le otorgue un privilegio concursal a un niño con discapacidad. Esta idea desconoce que la mayoría de las normas constitucionales e internacionales de protección de derechos humanos tienen la estructura de principios y que, como tales, no establecen criterios específicos.¹⁷

Es por eso que los jueces tienen un rol tan relevante en la protección de las normas jurídicas del más alto nivel contenidas en los tratados internacionales y en las constituciones, pues son los que, en el caso concreto, determinan si los derechos comprendidos en esos principios han sido o no vulnerados.¹⁸

Incluso, por si alguna duda cabía, tienen un mandato en el Código Civil y Comercial que establece que los casos deben ser resueltos de conformidad con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, y no solo según las leyes. Asimismo, estas deben ser interpretadas teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (arts. 1 y 2).

camente postergado”. Si bien no aparece una idea así de explícita en el caso “Institutos Médicos”, sí puede leerse como una postura que intenta habilitar el trato preferente de un niño con discapacidad, ciertamente en situación de vulnerabilidad, conciliando las aspiraciones de los artículos 16 y 75, inciso 23 de la Constitución Nacional.

16 Como en Fallos: 323:3229, “Campodónico de Beviacqua”; 327:2127, “Martín”, entre otros.

17 Alexy, R. (2002). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 95. “[L]os principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencias, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario”.

18 Abramovich, V. y Courtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., p. 66. “Las garantías institucionales son mecanismos de aseguramiento de los derechos confiados a las instituciones o poderes públicos. [...] [L]as garantías jurisdiccionales son garantías secundarias –ya que se ponen en funcionamiento sólo en caso de incumplimiento de quienes tenían a cargo el respeto, protección o satisfacción del derecho–”.

Desconocimiento del control de convencionalidad

En ese sentido, la idea, sostenida en el fallo de que el mandato de mayor protección constitucional a los niños y personas con discapacidad está dirigido al Estado para que implemente políticas públicas y que, por lo tanto, es una potestad del Poder Legislativo y no de los jueces, va en contra de la teoría del control de convencionalidad.¹⁹

Esto aparece como un retroceso en el reconocimiento de derechos humanos en la propia postura de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti que, en otras oportunidades, han sostenido que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Así, en “Rodríguez Pereyra”²⁰ afirmaron:

La jurisprudencia no deja lugar dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga los tribunales nacionales ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente normas locales de menor rango.²¹

Igualdad formal

Además, detrás de la afirmación de que los privilegios deben ser interpretados restrictivamente por ser una excepción a la *par conditio creditorum* que se deriva de la garantía de igualdad, se esconde una mirada restringida a la igualdad formal,²² mientras que una defensa coherente de los valores que integran el discurso de los derechos humanos va de la mano de una protección de la igualdad material mediante acciones positivas que la hagan posible y no limitada a la igualdad ante la ley.

Ideas como la de “seguridad jurídica” o de “riesgo de una extensión sin límites y *contra legem* de privilegios” van en detrimento del igual desarrollo de una vida digna que se le debe garantizar, en el caso concreto, a un niño con discapacidad cuyo crédito tiene como fin satisfacer sus derechos a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado.

19 No es la primera vez que esto ocurre. Esta teoría ya ha sido desconocida en Fallos: 340:47, “Fontevicchia y D’Amico”.

20 Fallos: 335:2333. Ver también Fallos: 330:3248, “Mazzeo”.

21 Considerando 12, último párrafo.

22 Pérez Luño, A. E. (2007). *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: Dykinson, pp. 19-38.

Conclusión

Si bien la última causa resuelta es un avance en la protección de derechos, en tanto el voto mayoritario consideró que la aplicación al caso concreto de los privilegios de la ley de quiebras vulneraba los derechos fundamentales a la vida y a la salud del niño con discapacidad, declaró su inconstitucionalidad y determinó que cobrara su crédito con privilegio especial de primer orden, no es posible afirmar que esta será la doctrina de la Corte a futuro.

Teniendo en cuenta que el juez Rosenkrantz integró la mayoría en “Asociación Francesa” y se excusó en “Institutos Médicos”, es posible que, de presentarse un caso similar, la CSJN vuelva a resolver como lo hizo en “Asociación Francesa” y no siga la solución adoptada en “Institutos Médicos”.

De ser así, se insistiría en una postura que no solo aleja la posibilidad de construir una sociedad que proteja a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad para evitar su exclusión,²³ sino que lo hace acudiendo a ideas y posturas que desconocen el sistema de protección de derechos humanos y que, en muchos casos, se creían superadas, como es el caso del control de convencionalidad.

23 Además de seguir generando perplejidad por el cambio de jurisprudencia en un corto período de tiempo sin dar razones específicas que lo motiven.

Plazo razonable. Reparación

CSJN, “Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 9 de abril de 2019

Por Osvaldo A. Gozaini¹

Anotaciones al “Caso Espíndola” y una propuesta propia de interpretación para el derecho a ser reparado por violación al plazo razonable

1. Introducción

Entre los contenidos esenciales que modifican la tradición conceptual del debido proceso aparece la regla del plazo razonable para determinar los tiempos que debiera insumir un procedimiento judicial. Es un avance que viene de la mano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos donde los artículos 8 y el 25 son la piedra de toque para exhortar a que toda persona sea oída dentro de un plazo razonable y que su causa sea resuelta en un tiempo igualmente prudencial.

Sin embargo, el “plazo razonable” es un concepto indeterminado y, como tal, puede tener lecturas diferentes y hasta contradictorias entre sí, porque como suele ocurrir cuando se realiza interpretación, las opiniones tienen sentidos y objetivos, como sensaciones e influencias que afectan los criterios a seguir.

¹ Doble doctorado en Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho Procesal Civil (UBA). Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional.

Así lo entiende la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso que comentamos, propiciando que la interpretación que ella realiza desde temprana jurisprudencia, sobre el significado y alcance del plazo razonable, sea aplicada por los jueces y tribunales de la nación y de las provincias, de manera obligatoria.

El problema está en que por más que la Corte se esfuerce, sus fallos no pueden ser doctrina vinculante, porque ella solo resuelve para el caso concreto, no admitiendo nuestro país la tesis de la jurisprudencia obligatoria. En todo caso, podríamos admitir que, como una suerte de guía, se cree cierta doctrina legal que, de todos modos, no sería de acatamiento absoluto. De allí que sea la Corte quien diga en este y otros casos que, al menos, sería indirectamente subordinante, por vía del principio de economía procesal (es decir, aceptar el fallo orientador, para evitar que se tenga que llegar a él por escalas recursivas).

El derecho a la celeridad del proceso jurisdiccional aparece entre los terrenos abonados por la evolución de los derechos humanos y, en esa categoría, se convierte en un derecho fundamental que supone dos obligaciones inmediatas:

- a) reconocer el carácter de garantía procesal interna para asegurar un proceso rápido, eficaz y expedito, y
- b) admitir que se tiene un compromiso internacional al haber incorporado (art. 75 inciso 22, Constitución Nacional) los tratados y convenciones sobre derechos humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental.

Obviamente, este emplazamiento conduce a evidenciar responsabilidades por la demora inusual, de manera tal que el derecho a evitar un proceso con dilaciones indebidas supone también encontrar responsables que indemnicen al perjudicado por la rémora judicial.

Como se observa, no hemos dicho plazo razonable sino “proceso sin dilaciones indebidas”, concepto que llega del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), que simplifica la exigencia para los procesos penales. Quiere decir que las fuentes difieren y, aunque parezcan conceptos relacionados, puede haber plazo razonable en un proceso que dure una década o más (v. gr.: investigaciones penales complejas), o dilaciones indebidas en un amparo resuelto en pocos días (v. gr.: amparos de salud donde la decisión judicial llega tarde).

Queremos decir que, aun existiendo vínculos entre plazo razonable y dilaciones indebidas, son conceptos diferentes.

No obstante, la tendencia mundial extiende el concepto a todo tipo de procedimientos donde se debe hacer realidad la noción de “tutela judicial efectiva”. Se propicia que en el desarrollo de las etapas procesales no se provoquen acciones dilatorias u obstruccionistas (de manera que el principio de moralidad procesal está implícito en la idea) que paralicen o demoren inútilmente la solución final de la controversia.

La dilación se produce por el comportamiento intencionado de las partes o mediante la inejecución por el órgano judicial de las obligaciones que están bajo su responsabilidad.

A veces, estas actitudes propias de la desidia judicial se convalidan por la ausencia de denuncia de los perjudicados, haciendo real e irritante el principio que sostiene que en el proceso todas las nulidades son relativas.

En otras, el mismo sistema deja sin defensas al interesado que afronta, en tal caso, la imposibilidad de reclamar y contradecir el método que se le impone, debiendo quedarse a la espera de una sentencia que nunca llega.

Muchas veces, la inercia se produce en el escalonamiento de las etapas del procedimiento y en el desinterés del Estado por impulsar en todos los procesos la tutela al derecho de tener un proceso rápido y expedito.

Cuando las demoras procesales son producto de la acción de las partes, la dilación compromete el deber jurisdiccional de controlar la regularidad de las actuaciones que el proceso suscita; mientras que, si la lentitud se produce por la injustificada reacción de la judicatura a los pedidos de los litigantes, la consecuencia es hacer responsable al órgano judicial.

Por tanto, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se vincula con el derecho a la jurisdicción y no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por estos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

2. Introducción de la cuestión federal

En el caso que estudiamos, se discute si el plazo razonable para decidir se puede tomar como un atenuante sobreviniente para el cómputo de la condena y, en su caso, si ello requiere haberse introducido oportunamente para habilitarlo como cuestión federal.

La Corte se pronuncia sosteniendo que

en el caso, los agravios del apelante suscitan cuestión federal suficiente para la admisibilidad de esta vía extraordinaria de apelación por cuanto se halla en tela de juicio la interpretación que cabe asignar a la garantía a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas derivada del art. 18 de la Constitución Nacional y de tratados internacionales referidos en ella, en especial, la CADH en su art. 8, y la decisión del superior tribunal recaída en la causa ha sido adversa a las pretensiones que el recurrente ha fundado en aquella. Cabe agregar que, al guardar los agravios deducidos, con apoyo en la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad de sentencias, estrecha conexidad entre sí con la interpretación de la ley federal, ambos deben ser tratados en forma conjunta (cfr. *Fallos*: 329:5368, entre muchos).

Para el tribunal, la cuestión federal está en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y no en los efectos que produce para el agravamiento o despenalización.

Temperamento que nos parece correcto porque elude el cerrado cuadro que tiene el artículo 14 de la Ley N° 48, que vuelve a esta norma anacrónica y en franca contradicción con el principio de convencionalidad, que pone una supremacía diferente a la que contempla la vieja ley custodia de la defensa constitucional.

3. Las dilaciones indebidas

La famosa distinción que hace el uso forense entre causas “con o sin presos”, pareciera evidenciarse en la dogmática que estudia los criterios de la dilación indebida. Ello no está mal, porque en definitiva al quedar en juego la libertad de las personas, de otro modo considerado, se podría llevar a sostener que no existe el principio de la “presunción de inocencia” y que se enjuicia siempre al culpable que, detenido preventivamente, va pagando con anticipación la condena a que se verá expuesto.

La duración total del procedimiento se visualiza para estimar si hubo o no demoras inusuales que permitan resolver la justificación del tiempo o, en su caso, sancionar al responsable. Para ello es preciso encontrar el momento preciso donde aparecen las dilaciones, y luego que se las determina, habrá que comprobar si ellas son indebidas o intolerables.

Hay varios modos de verificarlo, donde concurren contingencias internas y externas, tales como el exceso de trabajo del órgano jurisdiccional; la defectuosa organización, personal y material de los tribunales; el comportamiento de la autoridad judicial; la conducta procesal de la parte; la complejidad del asunto; y la duración media de los procesos del mismo tipo. Por tanto, en la definición del instituto es necesario realizar dos etapas. En la primera, se tiene que resolver qué significa un proceso con dilaciones indebidas; y en la segunda, determinar los criterios que orienten soluciones particulares.

El concepto de dilación se puede relacionar con demora o retraso en la práctica de alguna actuación judicial, de manera que el tiempo invertido para decidir o hacer no sea oportuno ni razonable y aparezca manifiestamente inexcusable. No se castiga la simple inactividad ni la rémora por la desorganización, sino la tardía producción de actuaciones necesarias para evitar perjuicios materiales o morales en la persona que ha requerido la intervención judicial.

Observemos que, desde estas primeras advertencias, estamos diciendo que no es el proceso en sentido global el que se afecta con lo irrazonable del tiempo que insume, ni por las nulidades que ello enrostra cuando aparecen dilaciones. Lo que queremos decir es que siendo el tiempo oro, cuando se encuentran dilaciones indebidas y plazo razonable violado, alguien debe pagar.

4. Los siete criterios

Para nosotros hay siete criterios para deducir si el proceso tiene dilaciones indebidas.

a) Duración de la detención en sí misma

En la causa “Sánchez Reisse, Leandro y otros”, se explicó que el concepto de plazo razonable de detención, previsto en el artículo 7º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 9º, inciso 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de jerarquía constitucional –art. 75, inc. 22, Constitución Nacional–, tiene como fundamento la injusticia que significa la morosidad en un proceso donde una persona encarcelada espera su veredicto, y tiende a acelerar el proceso penal. Con ello se debe evitar razonablemente la prisión preventiva y dar cauce a la excarcelación durante su trámite, con subordinación a garantías que hacen a la eficacia del mismo (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo) (*Fallos 323:423* y muchos más).

El análisis del tiempo de detención preventiva llevó a tener que estudiar si existe un plazo máximo de prisión para los procesados aún no condenados, circunstancia que se articula con la excarcelación del inculcado frente al delito que se le imputa.

Aquí el plazo genérico es de dos (2) años, aunque la prisión sin condena puede no ser razonable aunque no exceda dos años, como, asimismo, dicha detención puede ser razonable aun después de cumplido el límite de dos años. Esta es la lectura que hace el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1996/03/01, Informe 12/96, caso 11.245: Argentina), donde agrega que, si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable, y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo, la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin.

En suma, no se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea razonable *per se* solamente basándose en lo que prescribe la ley, sino que debe fundamentarse en la sana crítica del juez, quien llega a una decisión utilizando los criterios que establece la ley.

b) Naturaleza del delito y la pena que tiene señalada

Conviene advertir en este aspecto las sustanciales diferencias que tienen las causas, sean estas motivadas por faltas, contravenciones o delitos, pues mientras se admite en unas la suspensión del procedimiento –por la bagatela o escasa gravedad del hecho–, en otras, las punitivas, puede llevar al entorpecimiento y virtual bloqueo del desarrollo del enjuiciamiento, postergando una decisión que –esté o no detenido el imputado– obliga a despejar la incertidumbre que el principio de inocencia no consigue doblegar.

En consecuencia, para establecer la duración razonable del encarcelamiento preventivo deben tenerse en cuenta, por un lado, aquellos límites absolutos como el principio de proporcionalidad, por el cual no se puede prolongar la prisión preventiva excediendo el plazo de la pena privativa de libertad previs-

ta para el delito; y por otro, límites relativos, constituidos por la complejidad e implicancias del caso, actividad de los órganos judiciales y la conducta procesal del acusado.

c) Efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros

Aquí la Corte ha dicho que, tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, dichos principios obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal (*Fallos*, 272:188, “caso Mattei”).

En suma, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal (*Fallos*, 272:188, “caso Mattei”).

d) Dificultades de la instrucción del proceso

En estos casos se trata de equilibrar la complejidad de la instrucción sumarial con el tiempo de la detención preventiva. La Comisión IDH ha dicho que

no es legítimo invocar la complejidad de un caso y las necesidades de investigación en el curso del proceso, de manera general y abstracta, para justificar la imposición de prisión preventiva, ya que debe existir un peligro efectivo de que tal investigación sea impedida por la liberación del acusado. Toda persona que se encuentra privada de libertad tiene derecho a que su caso sea analizado con prioridad, y que se imprima una diligencia especial en su tramitación. De esta forma, el poder del Estado para detener a una persona en cualquier momento del procedimiento constituye el fundamento principal de su obligación de sustanciar tales casos dentro de un plazo razonable (CIDH, 1997/3/11, Informe 2/97).

La Corte Suprema de Justicia Nacional, en algunos precedentes, hizo la diferencia que parece no continuar ahora, cuando sostuvo que la morosidad que tiende a evitar el principio de plazo razonable establecido por el artículo 7º, inciso 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere al trámite del proceso, pero no a las demoras que sufre por complejos y delicados trámites de extradición, en los que no se puede avanzar en el juicio del imputado, pues en nuestro sistema procesal penal está prohibido celebrarlo en ausencia –art. 290, Código Procesal Penal y 151, Código de Procedimientos en Materia Penal– (*Fallos*, 323:423).

e) La actitud de la autoridad judicial en el trámite del expediente

También la CIDH, en el informe 12/96, había sostenido que la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia, por ello debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda convertirse en un riesgo significativo.

Afirmó, además, que se viola la norma del artículo 7º.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativa al derecho a la libertad personal de los procesados, cuando estos fueron retenidos en prisión preventiva más allá de un plazo razonable, y el Estado no empleó la debida diligencia en los procedimientos respectivos (Informe 2/97, 1997/03/11, La Ley, 1998-D, 683).

De ambos conceptos, se reconoce la imposibilidad de traducir el concepto “plazo razonable” utilizado por el artículo 7º inciso 5º de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos –art. 75 inc. 22, Constitución Nacional– en un número fijo de días, meses o años, o en variar la duración según la gravedad de la infracción, sino que hay que tener en cuenta la complejidad de los acontecimientos analizados, el número de personas involucradas y otras circunstancias, como que en varias oportunidades el legajo haya necesitado el pronunciamiento del tribunal de alzada.

f) La actuación de estas autoridades durante todo el procedimiento

La complejidad de la causa no exime ni excusa al juez para alcanzar una decisión oportuna, de modo tal que las dificultades de sustanciación no son motivos para facilitar la lentitud jurisdiccional. De todo ello surge que el respeto hacia el tiempo procesal justo, en materia punitiva, comienza desde que una persona conoce de la acusación, lo cual puede ser anterior al mismo enjuiciamiento (supuestos de arresto, instrucción preliminar, averiguación previa, etc.) y se confronta con la duración del procedimiento.

El informe de la Comisión Interamericana sobre Argentina, expuso claramente que, la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia, por ello debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda llegar a convertirse en un riesgo significativo. La privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social (1996/03/01, Informe 12/96, caso 11.245: Argentina).

La restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, por ello la razonabilidad y proporcionalidad se pueden determinar únicamente por la vía del examen del caso específico.

En suma, es oportuno precisar el concepto de dilación, caso por caso, de forma tal que permita discernir algunas pautas sobre lo que debe entenderse por razonabilidad de los tiempos de duración de un proceso, y el significado y alcance de su exceso. Además, permite descubrir cuando esa dilación es indebida, por superar negativamente todos los criterios de justificación y pertenecer al ámbito de diligencia exigible a los tribunales de justicia, con abstracción de la laboriosidad de su titular.

g) Conducta del acusado

Este es un argumento que se aplica en sentido inverso al principio; es decir, si es el mismo acusado quien no colabora para la celeridad en el trámite, su propia conducta no puede aplicarse como argumento en favor de encontrar dilaciones indebidas en el proceso. Son los supuestos clásicos de quienes se pretenden amparar en los beneficios de la eximición de prisión sin haberse puesto a disposición de las autoridades jurisdiccionales.

5. El derecho a ser indemnizado por violación del plazo razonable

Si dejamos sentado que el plazo razonable define un derecho subjetivo nuevo que tiene todo litigante para que su conflicto sea resuelto en tiempo razonablemente oportuno, cabe también proyectar el análisis a una segunda línea de investigación que consiste en resolver si el derecho a la tutela judicial efectiva es independiente del derecho a obtener sentencia en un plazo razonable.

La conexión parece obvia pero no lo es tanto cuando se trata de perseguir la rapidez como un objetivo del debido proceso. En efecto, el contenido de una y otra garantía se autoabastecen y retroalimentan, llegando a confundirse en algunas circunstancias; por ejemplo, cuando la sentencia tarda en llegar y se pierde el interés en la resolución definitiva por haber devenido abstracta.

Pero el plazo razonable, si bien no tiene varas ni es conveniente que las tenga, sí encuentra parámetros de medición en las dilaciones indebidas. Estas tienen reconocimiento en los tratados y convenciones antes citados, y establecen el derecho que se propicia, aunque no se refieran expresamente al cumplimiento estricto de los plazos procesales. Por ello, no cualquier violación en los términos (v. gr.: el plazo de prueba será de cuarenta días, y en los hechos supera holgadamente este espacio temporal) supone violación al principio (o regla) del plazo razonable, pero sirve para advertir si la demora sucede por un motivo indebido de dilación estructural o provocada por las partes.

La tutela judicial efectiva se integra en el conjunto de requisitos constitucionales y supranacionales que venimos destacando en varios de nuestros libros: acceso a la justicia, juez independiente e imparcial, juicio justo y sin abyecciones solemnes, sentencia fundada y ejecución posible, todo en el marco de una dimensión temporal que sea razonable.

Este marco de garantías mínimas no se ciñe ahora al clásico perfil del artículo 18 de la Constitución Nacional porque debe cubrir dichas exigencias que se integran como componentes actuales de esa obligación de preservar el derecho a la protección judicial efectiva.

En consecuencia, el plazo razonable es una exigencia de cumplimiento funcional en una situación de justicia realizada; si se debe algo a alguien, no es porque este tenga un derecho, en el sentido de una pretensión de su voluntad, sino porque eso viene impuesto como deber por el orden del ser. Son los deberes de todos hacia los demás los que están destinados a asentarse de una manera estable como situación empírica permanente.

Si se trata de definir (o encontrar) la longevidad de un proceso judicial, lo es para resolver la crisis que lo lleva a esa situación, como para resolver el daño sufrido por quien lo padece. Lo primero es de política judicial donde el sistema organizacional trasciende el espacio de estos comentarios; en cambio, para deducir si un proceso devino irrazonable por la pauta temporal cumplida, tiene consideraciones de posible comprensión.

Las demoras en el trámite judicial que lo llevan a desarrollarse en un plazo irrazonable, obligan a resarcir a la víctima, que se ampara en el principio “el daño injustamente causado origina el deber de reparar”. Al referir al plazo razonable, la imputación de los factores de postergación que viola la oportunidad temporal para conseguir resultados útiles y efectivos no se considera únicamente con la terminación del proceso.

La relación daño efectivamente sufrido igual a derecho a la reparación, pierde consistencia en este fenómeno que visualiza la asignación de responsabilidad allí donde haya probabilidad de un daño injusto, difuminando el sentido objetivo antes consagrado. Con este mecanismo, la idea fuerza que impulsa el principio de “plazo razonable” se adecua mejor al destino pensado.

Es decir, antes que reparar el perjuicio sufrido, es mejor prevenir la repetición de las demoras inusuales o provocadas en el procedimiento judicial. Teniendo en cuenta la dimensión constitucional del problema, las posibilidades de actuar con el principio mentado pueden perseguir: a) la satisfacción económica por la rémora judicial; o b) impedir la continuación o repetición del plazo procesal excedido e irrazonable.

El peligro de daño debe ser acreditado sin necesidad de forzar el proceso de prueba, pues debe ser manifiesta la gravedad del hecho o estar apoyado en una fuerte probabilidad para que suceda.

Así como el concepto repetido de dilaciones indebidas se tiene como pautas de medición para el plazo razonable, también las materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter son llevadas al terreno de la solución en tiempo oportuno.

De algún modo, el plazo razonable es un concepto abierto, como lo son la moral, las buenas costumbres, el buen padre de familia, el orden público y otras tantas voces donde la indefinición muestra la incapacidad del legislador para encontrar precisión conceptual, o quizás, por qué no también, el mensaje implícito de impedir bloqueos lingüísticos donde se necesita libertad y criterios amplios. Vale decir que la idea se concreta como un derecho en permanente evolución que se influye y modifica por los cambios y transformaciones que le inciden (v. gr.: reformas procesales, cambios constitucionales, exigencias sociales, etc.).

Es un principio antes que una regla y, como tal, tiene su norte en la justicia antes que en resolver una deficiencia estructural. La primera trinchera contra el retardo injustificado es el proceso mismo. Solo cuando han fallado estas armas y se ha producido un daño a la parte, queda expedita la fórmula indemnizatoria que surge respaldada por la violación al plazo razonable.

No se trata de resarcir el daño producido por el error judicial, que, en todo caso, es diferente al supuesto que se analiza. Se pretende indemnizar al perjudicado por el anormal funcionamiento del servicio de justicia.

6. El procedimiento indemnizatorio

Ya hemos visto que, para determinar la existencia de un proceso ineficaz por violar el principio del plazo razonable, no se requiere comparar parámetros específicos; aunque se pueda echar mano a los criterios generales que tienen presente la complejidad del caso, el volumen de asuntos ante el órgano judicial, la conducta de los litigantes, el comportamiento de los órganos judiciales, las consecuencias perjudiciales del retardo, el alargamiento del proceso en relación con el “nivel medio admisible” y la valoración de las deficiencias estructurales de la organización judicial.

Si el cuadro a confrontar evidencia, por ejemplo, que la conducta de las partes obró a favor de la demora, en ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios proviene de quien reclama por el tiempo invertido que él mismo contribuyó para eternizar.

Lo mismo puede decirse cuando se comprueba el mero incumplimiento de plazos procesales establecidos (v. gr.: plazos para dictar las resoluciones judiciales), porque no es una causal aislada de los demás criterios.

La determinación de la indemnización tiene un sistema procesal específico, que parte de asignar competencia al órgano judicial de igual competencia que el denunciado, y si este fuera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la misma se integraría con jueces *ad hoc* designados al efecto. Cabe aclarar que se habla de un procedimiento especial independiente de los procesos de responsabilidad civil y penal de jueces y magistrados porque lo que interesa es la producción de un daño en el patrimonio del litigante a causa de un retardo irregular del servicio de administración de justicia.

Esta cuestión es separable de la concurrencia de ilicitud en el juez o en los magistrados actuantes. Una variable sucede con el derecho de repetición que tenga el Estado contra el juez o magistrado que –con dolo o culpa grave– causó la demora indemnizada.

En realidad, el sistema no es muy diferente del que debe situarse cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado. Corre el mismo plazo de prescripción, y se aplica el proceso ordinario de conocimiento.

Se deben indicar las lesiones producidas y relación de causalidad entre estas y el funcionamiento del servicio público. Recordemos: no basta la mera dilación. Es preciso que esta genere un concreto daño en cualquiera de los bienes o derechos del litigante. Se debe evaluar la magnitud económica de la responsabilidad patrimonial.

En España, indica el artículo 2.2. del R.D. 429/1993, que el procedimiento tiene como objetivo la fijación de la cuantía y del modo de la indemnización (no se limita, pues, a la declaración de la exis-

tencia de responsabilidad). Como pauta general, el artículo 141.2 LRJPAC indica que “la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”. También se debe establecer el momento en que la lesión efectivamente se produjo: el artículo 141.3 de la LRJPAC recuerda que “la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo”.

Cabe agregar que la persecución por lograr un plazo razonable en la terminación de los procesos no es una máxima declamada sin más razonamientos que la utopía. Se trata nada más ni nada menos que de resolver uno de los más graves problemas de la administración de justicia en la hora presente y su resolución demanda una reflexión global sobre esta función del Estado.

7. Conclusiones

Por tanto, para garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el ordenamiento comparado ha dispuesto dos mecanismos. El primero es la invocación del defecto en el curso del proceso (a través de la queja del litigante o de los recursos dispuestos por la ley procesal). El segundo es la percepción de una indemnización que repare los daños que, en el patrimonio de la parte procesal, ha causado el retardo. Se configura así la dilación indebida como un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

La determinación de la indemnización solo cabe si el retardo procesal ha causado un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Libertad sindical

CSJN, “Farfán, Julio Antonio y otros s/ amenazas agravadas, daños agravados, turbación al ejercicio de la función pública, San Pedro de Jujuy”, 16 de abril de 2019

Por Leandro Macia¹

I.- Las libertades, pensando

En la sentencia que aquí se comenta, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace lugar a la queja y se avoca a entender el recurso extraordinario que interpusieron la defensa de algunos de los acusados contra la Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy.

La cuestión a la que ingresó el máximo tribunal contiene particulares aristas, de diversa índole que motivan las presentes líneas. Por lo pronto, y como coyuntura, estos últimos años ha resurgido el debate entre las dos ramas del derecho que históricamente han atendido a la huelga y con ella, a la libertad sindical. En efecto, nostálgicos penalistas no se resignan a perder de su campo de conocimiento estos menesteres y encuentran siempre el impulso para reconquistar esas cuestiones a favor de su rama. Es que, en principio, el aparato represivo se encargaba de los huelguistas y de los y las trabajadoras organizadas.

¹ Abogado laboralista (UBA). Docente de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo (Facultad de Derecho, UBA) y Derecho II (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Asesor de sindicatos.

Que estas cuestiones hayan ingresado al campo de la Administración laboral y del derecho del trabajo no ha sido nunca aceptado pacíficamente, y reiteradamente fiscales/as y jueces/zas en dictámenes y sentencias, letrados/as en sus presentaciones, y doctrinarios/as en sus publicaciones han intentado volver al esquema represivo retrotrayendo el tiempo hacia los años en que se castigaban esas conductas que aún no les parecen tolerables.²

Las cuestiones han suscitado, incluso, mecanismos de gran creatividad llegando a producirse múltiples intervenciones a sindicatos en el marco de investigaciones,³ sin preguntarse por lo apropiado de la medida y la eventual competencia para disponerla, ni avergonzarse por lo aberrante de la construcción jurídica que los arrimara a estas “soluciones”.

La creatividad jurídica a este respecto data de largo tiempo y hasta llevó a la creación pretoriana del amparo entre privados. A esta compulsión judicial por el desalojo o alguna otra forma de punición de la huelga, en honor a aquella sentencia de la Corte, la denominamos “Síndrome de Kot”.

En relación con esto, la Corte Suprema de Justicia también se pronunció en autos “Unión Personal de Seguridad República Argentina c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/ Ley de Asoc. Sindicales”, el 14 de agosto de 2018, cuando se expidió respecto a la competencia, reencausando la escandalosa cuestión al decir:

la superposición jurisdiccional que pudo dar lugar a la equívoca situación planteada en el *sub examine* debe resolverse a través del estricto apego a la competencia *ratione materiae* de los tribunales involucrados y atendiendo al objeto procesal que –en cada caso– corresponde a ellos. En tal sentido, el magistrado federal debe circunscribir su actuación jurisdiccional al objeto de la pesquisa penal, donde se investiga la presunta resistencia o desobediencia de la Resolución 998/16 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, mediante la cual se designó un delegado normalizador para que intervenga en el sindicato actor.

La cuestión que se analiza en “Farfán” es más sutil, pero importa un similar llamado de atención. La evaluación de medidas punitivas o preventivas, el alcance de las mismas y la eventual afectación que estas impliquen al conjunto de libertades y garantías requieren que quien se encuentre en condiciones de dictarlas tenga cabal comprensión de las consecuencias de sus actos.

2 De entre las múltiples expresiones en este sentido resulta en extremo descriptivo lo expuesto por la Fiscal Penal Contravencional y de Faltas N° 35, Celsa Ramírez, en autos “Rodan Noelia Elizabeth, Robledo, Marcos Raúl, Soria, Gregorio Ferico y otros s/ inf. Art. 237 del CP”, donde señalara: “estimo que nos hallamos ante la existencia de una organización que tiene como único propósito o razón de ser, la interrupción de los servicios de transporte público. En tal sentido, cobra especial relevancia la circunstancia de que los acusados refieren pertenecer a la agrupación gremial AGTSyP”.

3 Esta situación reiterada y en apariencia también acordada con el P.E.N., ha llevado incluso al pronunciamiento de un cuantioso grupo de abogadas/os de organizaciones sindicales, que han denunciado “[i]ntervenciones a las entidades sindicales y utilización de sus recursos por parte de los interventores nombrados por el poder político y/o judicial”. Ver <https://sindicalfederal.com.ar/2018/12/16/se-conformo-el-foro-de-abogados-y-abogadas-de-organizaciones-sindicales>

De estimarse imposible tal condición, no sería inédita en nuestro país la existencia de profesionales del derecho como peritos, tal el caso de escribanos/as,⁴ y no es algo extraño en los tribunales internacionales, siendo usual que se requiera opinión a expertos en las materias que se pueda tratar (si bien en tales casos la normativa compone materia de prueba, no se puede ignorar que sus pericias contienen cuestiones valorativas a su respecto, tal como aquí se pretende). Evitar la afectación de derechos humanos a través del dictado de medidas judiciales amerita reconocer la viabilidad de auxilio en campos del derecho que no son siempre los de experticia del juzgador y expondría la intencionalidad de quien omite realizar estas convocatorias.

II.- Un caso, una visita a una perspectiva

En el caso “Farfán” se ha puesto en juego mucho de lo señalado y el máximo tribunal ha resuelto bajo una mirada que parece más contemplativa de los hechos y de las organizaciones colectivas.

El Juzgado de Control de San Pedro, Jujuy, a cargo de la cuestión, había dispuesto el cese de las medidas cautelares de detención y restricción de la libertad de cuatro personas, disponiendo como condición que no debían “participar de reuniones multitudinarias y/o manifestaciones violentas en el ámbito de la ciudad de San Pedro de Jujuy”, lo que tras la apelación fuera confirmado por la Cámara de Apelaciones y Control de esa jurisdicción. Ello motivó la interposición de recurso de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal provincial, que fue desestimado.

Señala el fallo que con motivo de ciertos episodios ocurridos durante una movilización efectuada el 12 de febrero de 2014 se les inició una causa penal, “la que impugnaron dada su condición de Delegados Gremiales, Afiliados y Miembros de la Comisión Directiva del S.E.O.M. Jujuy”. Agrega que

la sola presencia de los mismos en una asamblea de Trabajadores dentro de sus lugares de trabajo y/o plenario de delegados del S.E.O.M. Jujuy desobedecería la restricción impuesta y habilitaría la Revocación de la libertad otorgada [...] [lo que] constituye una medida encubierta para apartarlos de las actividades que diariamente realizan como integrantes del Sindicato.

Para el Tribunal, la restricción jurisdiccional implicaba una vulneración a los derechos inherentes al ejercicio de la libertad sindical, reconocidos por el artículo 14 *bis* de la CN.

La CSJN señaló que existían en el caso circunstancias que permiten equiparar el decisorio cautelar a una sentencia definitiva, que se había denunciado “vulneración de garantías para el cumplimiento de la gestión gremial y una restricción irrazonable de la libertad sindical de los apelantes”, y que mediaba cuestión federal.

⁴ La Ley N° 24675 los enumera entre los posibles auxiliares de justicia.

Luego, ingresó a resolver el fondo, no ya con la perspectiva de la persona considerada individualmente, en relación con el colectivo pero sin ser parte del mismo, sino contemplando este segundo orden como el central.

Siendo la solidaridad el eje generador y vertebrador de la organización sindical, la persona actuante en esta pasa a formar parte de la misma y, sin resignar individualidad, se pone en función del colectivo que integra.

La CSJN en los casos “ATE c/Estado Nacional”,⁵ “Rossi, Adriana c/Estado Nacional”⁶ y “Orellano”⁷ analizó los planteos formulados a partir de la perspectiva de lo individual inserto en lo colectivo, bajo preeminencia de dicha individualidad, razón por la cual no tuvo presente el marco, el sistema normativo y relacional, en el que se insertaba su decisorio,⁸ aquí, sin dejar de mirar la afectación hacia lo individual, observa lo colectivo y sitúa aquello en esta dimensión.

De las consideraciones vertidas por el Tribunal en el caso que aquí se comenta, quisiera destacar aquella que apunta a que componen requisitos *sine qua non* de la libertad sindical, el derecho de reunión, de opinión y de expresión, al expresar que

sin el aseguramiento de las libertades que acaban de ser indicadas, es poco menos que imposible que puedan ejercerse acabadamente [...] el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes (Fallos: 341:1106 “Varela, José Gilberto”, voto del juez Rosatti, considerando 10). La doctrina citada guarda una natural correspondencia con el criterio de esta Corte según el cual las libertades de reunión, de expresión y de asociación son esenciales del estado constitucional vigente en la República (Fallos: 329:5266).

Aquello que viene con ciertas libertades no son solo sus manifestaciones, sino que la componen en sí misma (vale decir que no solo dan cuenta de la existencia de la tal libertad, sino que son la tal libertad) y si la libertad sindical es libertad asociacional,⁹ también excede a esta última y en esta última comprensión hay que entender sus implicancias, añadiendo que compone parte de lo que hace al trabajador (y la trabajadora), “sujeto de preferente tutela constitucional”.¹⁰

5 Fallos: 331:2499.

6 Fallos: 332:2715.

7 Fallos: 339:760.

8 A tal punto que, en el considerando 3° del fallo “Rossi”, el Máximo Tribunal hizo unas distinciones que no pueden más que considerarse como aclaraciones respecto de sus consideraciones en el caso “ATE c/Estado Nacional”.

9 Cf. TEDH, *Case of Ognevenko v. Russia*, 20/11/2018.

10 CSJN, Fallos: 327:3677, “Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A. s/ despido”, en el que se señala que “el art. 14 bis, cabe subrayarlo, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis anteriormente transcritos, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula”.

Menciona luego la Corte a los tratados con jerarquía constitucional que consagran la libertad sindical como derecho humano, con cita a la Comisión de Expertos y Recomendaciones de la OIT y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para en base a aquellas fuentes, señalar “las dos dimensiones que tiene la libertad de asociación en el ámbito laboral: individual y social, pues no solo atañe al sujeto sino al colectivo que dicha asociación expresa”, entendiendo que el colectivo preexiste a la asociación y es titular, si cabe la expresión, de los derechos que emanan de esa libertad, lo que contradice lo expuesto y resuelto por el mismo Tribunal en el fallo “Orellano”.

La atención a esta dimensión, breve y de ocasión pero importante al fin, lleva al máximo tribunal a sostener que dicha falta de perspectiva por parte de los tribunales que habían entendido la cuestión resultaba suficiente como para afirmar que el decisorio en crisis no contenía la “fundamentación suficiente exigible a todo fallo judicial”, para luego hacer lugar a la queja y dejar sin efecto la sentencia recurrida.

El fallo, no puede omitirse el dato, contó con la disidencia del presidente del Tribunal, el juez Ronsekrantz y de su vicepresidenta, la jueza Highton de Nolasco, quienes entendían que la cuestión ameritaba recorrer el camino que señala el artículo 280 del CPCCN.

III. Palabras finales

La libertad sindical seguirá siendo materia de decisiones judiciales, muchas de las cuales pueden aventurarse como negativas para trabajadores y trabajadoras, teniendo presente la procedencia social y modelos formativos de quienes las emiten. Esto hace que fallos como los aquí analizados, aun cuando lo que resuelvan parezca obvio a especialistas de la materia, son motivo de celebración.

Ello no implica que por levantar la copa nos estemos distraendo de lo que luce como una ocupación y preocupación constante de quienes abogamos por los derechos de las y los trabajadores y de sus organizaciones, en la comprensión de que el fenómeno social y el derecho que busca comprenderle, son ajenos a buena parte de quienes operan el sistema de Justicia y nos compromete a la constante reflexión en torno al mismo como a la forma de darle mayor difusión. No especulamos en torno a las derivaciones históricas, sociales y jurídicas de la huelga, como derecho de excepción, sino como hecho social que instalado en el orden jurídico lo interpela totalmente y le confiere otra dimensión e interpretación, en la que recién comenzamos a bucear.

Derecho a la salud. Personas adultas mayores

Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349

Por Silvia Edith Martínez¹

1. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su sentencia en el *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, se pronunció por primera vez sobre el derecho a la salud como parte integrante de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

En esa ocasión, los jueces declararon, por unanimidad, la responsabilidad internacional del Estado chileno por “no garantizar a una persona mayor su derecho a la salud, sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes con relación a su situación especial de vulnerabilidad”, lo cual derivó en su muerte.

Asimismo, declaró que el Estado vulneró los derechos a la vida e integridad personal; a obtener el consentimiento informado y al acceso a la información en materia de salud, en perjuicio del paciente y de sus familiares; y el derecho al acceso a la justicia e integridad personal, en perjuicio de sus familiares.

¹ Abogada. Especialista en Derecho Penal (Universidad Torcuato di Tella). Profesora adjunta de Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires). Defensora pública oficial ante los juzgados en lo criminal y correccional. Defensora pública interamericana ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión IDH designada para el período 2013-2016 y 2016-2019.

2. Los hechos del caso

En enero de 2001, el Sr. Poblete Vilches, quien entonces tenía 76 años, ingresó al Hospital Público Sotero del Río a causa de una “insuficiencia respiratoria grave”. Los médicos le practicaron una intervención cuando se encontraba inconsciente y sin el consentimiento de su familia, luego de la cual se le dio de alta de manera temprana sin mayores indicaciones.

Pocos días más tarde, ingresó nuevamente al hospital con el cuadro de salud agravado y no se le brindó el tratamiento básico que requería, lo que derivó posteriormente en su fallecimiento.

En este escenario, la Corte IDH determinó que la salud es un “derecho protegido por la Convención Americana”, y que los Estados deben “asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación”.

Como se mencionara, este es el primer pronunciamiento de la Corte IDH relativo a los derechos de las personas mayores y el derecho a la salud de manera autónoma como parte integrante los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana.

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

En este sentido, la Corte IDH señaló que las personas mayores “gozan de un nivel reforzado de protección respecto de servicios de salud de prevención y urgencia”, y concluyó que el Estado chileno es responsable internacionalmente por la falta de garantía de los derechos a la salud, vida, integridad personal, libertad, dignidad y acceso a la información.

3. El derecho a la salud de las personas adultas mayores

3.1. El derecho a la vida y a la integridad personal en relación con el derecho a la salud

El artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en lo que aquí interesa, indica que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley [...]. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Por otro lado, el artículo 5.1 establece que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

En relación con estos dos derechos, los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometieron oportunamente, a través del artículo 1.1 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.

Aunque vida e integridad personal son derechos que suelen reconocerse de manera separada, uno y otro se encuentran estrechamente relacionados durante toda la existencia del ser humano. De la misma forma que la vida constituye la base para el disfrute de los demás derechos, la integridad personal se erige como el sustrato para gozar de una vida digna.

Gozar de integridad personal es un derecho fundamental de aplicación inmediata que garantiza a todas las personas estar protegidas contra actos injustos que perjudiquen o deterioren su salud física o psíquica. Toda persona tiene derecho a no ser víctima de conductas que le causen detrimento o menoscabo a su integridad psicofísica.

La interpretación del alcance del derecho a la integridad personal no puede ser restrictiva. Las autoridades y los funcionarios del sistema de salud están obligados tanto a abstenerse de incurrir en conductas que menoscaben la integridad de los pacientes como a obrar con el fin de adoptar los recaudos indispensables para prevenir esos menoscabos.

La Corte Interamericana ha entendido en diversas ocasiones que el artículo 5.1 de la CADH se encuentra directa e inmediatamente vinculado con la salud,² y que la falta de observancia del derecho a la salud puede importar para el Estado una violación al artículo 5.1.³

El derecho a la salud faculta a la personas para reclamar y disfrutar de todos los medios que le permitan acceder al más alto nivel de bienestar físico, mental y social. El bien protegido por este derecho no puede ser observado simplemente como un mero estado de ausencia de enfermedad. La salud, desde tal perspectiva, debe ser comprendida como el resultado de una serie de condiciones sociales y económicas que configuran un medio favorable para que las personas puedan llevar una vida sana.

La Corte IDH ha señalado con anterioridad que

una eventual atención médica en instituciones sin la debida habilitación, sin estar aptas en su infraestructura o en su higiene para brindar prestaciones médicas, o por profesionales que no cuenten con la debida calificación para tales actividades, podría conllevar una incidencia trascendental en los derechos a la vida o a la integridad del paciente.⁴

2 Corte IDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C Nro. 261, párr. 130; Corte IDH *Caso Vera Vera vs. Ecuador*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C Nro. 226, párr. 43.

3 Corte IDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, cit., párr. 130; *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, Nro. 114, párr. 157 y *Caso Vera Vera vs. Ecuador*, cit., párr. 44.

4 Corte IDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, cit., párr. 149, con cita de Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Número 14*.

Es verdad que el contenido y alcance del derecho a la salud no puede, sin embargo, ser identificado con un posible derecho a estar sano. El contenido de las obligaciones de los Estados en esta materia se concentra en el deber de realizar todas las acciones y programas necesarios para prevenir y superar las enfermedades y, en general, para que las personas puedan acceder a los bienes y servicios que facilitan alcanzar el mejor bienestar social e individual posible. Es decir, sin perjuicio de que los Estados no están obligados a asegurar que todos sus habitantes estén sanos, tienen el deber de hacer todos sus esfuerzos para mejorar la salud de los mismos. Se trata de obligaciones de medio y no de resultado.

Este extremo resulta particularmente importante en el caso “Poblete Vilches”, dado que la víctima era una persona de edad avanzada y con enfermedades preexistentes severas, lo que en modo alguno exime al Estado de empeñar todos sus recursos para brindarle un tratamiento adecuado, aun si el resultado finalmente acontecido hubiera ocurrido de todos modos en un tiempo relativamente cercano o lejano.

Dicho de modo más crudo, aunque el cuadro del paciente fuera serio, ningún Estado tiene facultad de dejarlo morir en atención a las dificultades que presenta o en razón de privilegiar la atención de otro paciente con mejor pronóstico.

Obviamente, la existencia de factores de morbilidad no implica necesariamente que el Estado incumpla sus obligaciones en relación con los artículos 4 y 5 de la CADH y que, en consecuencia, viole el derecho a la salud. Sin embargo, cuando esos factores están relacionados con la ausencia de programas, infraestructura y actividades necesarios para el bienestar personal o con la deficiente calidad de ellos, es posible concluir que se presenta una violación del derecho a la vida o a la integridad personal en conexión con el derecho a la salud imputable al Estado.

Se puede afirmar lo mismo cuando el Estado no ejecuta las acciones necesarias para favorecer el acceso de las personas que se hallan en condiciones de vulnerabilidad y debilidad a las acciones y servicios que les permitirían gozar del más alto nivel posible de salud.

Dado que el goce pleno del derecho a la vida, protegido por el artículo 4.1 de la Convención es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos, el Estado debe crear las condiciones necesarias para evitar su violación e impedir que sus agentes o sus particulares lo vulneren, por lo que es responsable tanto por los actos como por las omisiones que sus agentes realizan al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.

El derecho a la vida no se agota en la prohibición de quitar la vida arbitrariamente sino que, como otros derechos, tiene aspectos económicos y sociales que deben ser considerados por los órganos que los aplican a los casos particulares. Así, el derecho a la vida exige por parte de los Estados, la adopción de medidas de prevención que tengan relación con la mantención de la vida de las personas por medio de la provisión de una situación económica y social que impida su muerte por falta de atención médica.

No hay que olvidar que el Estado debe garantizar los derechos humanos de todas las personas sin discriminación y que una de las posibles bases de discriminación es la de la posición económica o “cualquier otra condición social”.

Al igual que en casos anteriores, en “Poblete Vilches” la Corte IDH una vez más consideró que el derecho a la vida y a la integridad personal de la víctima se habían visto afectados en la medida en que no se garantizó adecuadamente su derecho a la salud.

Pero lo novedoso del caso que aquí se comenta es que junto con la violación de esos derechos el Tribunal internacional sentenció que el Estado había violado el derecho a la salud como un derecho autónomo y no necesariamente vinculado con los derechos a la vida y a la integridad personal. Esto implica, por cierto, reconocer que el derecho a la salud es un derecho autónomo garantizado en la Convención Americana y que puede ser judicializable internacionalmente.

3.2. La violación del artículo 26 de la CADH como violación autónoma. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Este es el alcance más importante y novedoso que ofrece la sentencia del *Caso Poblete Vilches v. Chile*. En ella, la Corte IDH entendió que el derecho a la salud es uno de los derechos comprendidos en el artículo 26, único artículo de la CADH que refiere a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en general, pero omitiendo toda mención explícita de cada uno de esos derechos.

Ya con anterioridad, el juez Mac-Gregor Poisot, en su voto del *Caso Suarez Peralta vs. Ecuador*, afirmaba que había llegado el momento de adoptar un modelo que reconozca la violación directa del artículo 26 de la CADH, más allá del análisis del derecho social a la salud por la vía indirecta de la violación a otros derechos civiles y políticos, tales como la integridad física o las garantías judiciales.

Así, afirmaba

En efecto, sin negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos —que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano— en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de *todos los derechos* conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacionales y en el derecho internacional de los derechos humanos.⁵

Esta reflexión fue retomada más tarde en los votos concurrentes de los jueces Roberto Caldas y Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Para los magistrados, si en un primer

⁵ Corte IDH, *Caso Suarez Peralta vs. Ecuador*, cit., voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 11.

momento, por las estrategias de litigio y la propia necesidad de consolidación de los tribunales internacionales, optaron por un modelo indirecto de atribución de responsabilidad internacional a los Estados por la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, actualmente debe ser discutida la insuficiencia de tal camino, siendo necesario adoptar un modelo directo para la determinación de las violaciones de los referidos derechos.⁶

Por otro lado, se ha indicado con razón que para profundizar en la justiciabilidad directa del derecho a la salud, resulta de especial utilidad efectuar una interpretación evolutiva en relación con el alcance de los derechos consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana. Al respecto, la práctica de diversos tribunales nacionales ofrece importantes ejemplos de análisis a partir de la obligación de respeto y garantía respecto al derecho a la salud y la utilización del *corpus juris* sobre las obligaciones internacionales en relación con el derecho a la salud para impulsar una protección judicial directa de este derecho. Y se agregaba que “En la actualidad resultan innegables los avances normativos en los Estados nacionales sobre los derechos sociales, en particular sobre el alcance constitucional de la protección del derecho a la salud”.⁷

En la sentencia que aquí se comenta, la Corte IDH refirió que

la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral.

En este sentido, indicó que

la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.⁸

En relación con la justiciabilidad directa de los DESCAs, la Corte IDH recordó que en la sentencia del *Caso Lagos del Campo vs. Perú* desarrolló y concretó por primera vez una condena específica en

6 Corte IDH, *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C, No. 296, voto concurrente de los jueces Roberto Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 4.

7 Corte IDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, cit., voto concurrente del juez Eduardo Mac-Gregor Poisot, párrs. 73 y 74.

8 Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 118.

forma autónoma al artículo 26 de la Convención y se refirió a la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, afirmando que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos.

De manera consistente con el precedente mencionado, en *Poblete Vilches* destacó que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones: por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y, por otro, la adopción de medidas de carácter inmediato.

Respecto de las primeras, la realización progresiva significa que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs. Pero ello no debe interpretarse en el sentido que durante su período de implementación dichas obligaciones se priven de contenido específico ni que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión. Asimismo, se impone la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados.

Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, consisten en adoptar medidas adecuadas a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como la adopción de medidas de derecho interno (arts. 1.1 y 2 de la Convención) resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.

Como se señalara al inicio, esta es la primera sentencia en que la Corte IDH se pronunció sobre el derecho a la salud de manera autónoma, como parte de los DESCAs, y precisó elementos que contribuyen a la consolidación del derecho. En este sentido, señaló que el derecho a la salud es uno de los derechos justiciables a la luz de la Convención y que de él derivan diversos estándares aplicables a las prestaciones básicas y específicas de salud, en particular frente a situaciones de urgencia médica.

Otro aspecto interesante de la sentencia es que desarrolla el contenido de las prestaciones médicas de urgencia, estableciendo cuáles son los estándares mínimos que deben garantizar los Estados:

- a) Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas.
- b) Respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas [...].
- c) Respecto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población.
- d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad.⁹

⁹ Ídem, párr. 121.

La Corte IDH resaltó la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de especial protección y, por ende, de cuidado integral, respetando su autonomía e independencia. Recordó que “el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud”.¹⁰

En relación con los adultos mayores, expuso que “tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, [el derecho a la salud] exige la adopción de medidas diferenciadas”. Además, reconoció “un avance en los estándares internacionales en materia de derechos de las personas mayores, al entender y reconocer la vejez de manera digna y por ende el trato frente a ella”.¹¹

Y agregó que “en muchas situaciones, se presenta una particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud [...]. Asimismo, en determinadas situaciones, dicha vulnerabilidad se encuentra incrementada en razón del desequilibrio de poder que existe en la relación médico-paciente, por lo que resulta indispensable que se garantice al paciente, de manera clara y accesible, la información necesaria y el entendimiento de su diagnóstico o situación particular, así como de las medidas o tratamientos para enfrentar tal situación”.¹²

De allí que la Corte IDH sostuvo que la edad es también una categoría protegida por la Convención Americana. En este sentido, la prohibición de discriminación relacionada con la edad cuando se trata de personas mayores se encuentra tutelada y, por ende, comporta, entre otras cosas, la aplicación de políticas inclusivas para la totalidad de la población y un fácil acceso a los servicios públicos.

En cuanto a la situación de Poblete Vilches, la Corte IDH entendió que

en el segundo ingreso [al hospital], existió urgencia de las prestaciones de salud requeridas en el caso, cuya dispensa de forma inmediata resultaban de carácter vital. En suma, el paciente requería de una atención médica urgente y de calidad, que el sistema de salud pública no proveyó, por lo que dicha situación derivó en una discriminación por su condición de persona mayor.¹³

4. Conclusión

En conclusión, la Corte determinó que i) el derecho a la salud es un derecho autónomo protegido por el artículo 26 de la Convención Americana; ii) este derecho en situaciones de urgencia exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad; iii) las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección

10 Ídem, párr. 122.

11 Ídem, párr. 127.

12 Ídem, párr. 131.

13 Ídem, párr. 142.

respecto de servicios de salud de prevención y urgencia y iv) a fin de que se impute la responsabilidad del Estado por muertes médicas es necesario que se acredite la negación de un servicio esencial o tratamiento pese a la previsibilidad del riesgo que enfrenta el paciente, o bien una negligencia médica grave, y que se corrobore un nexo causal entre la acción y el daño. Cuando se trata de una omisión se debe verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso.

El caso “Poblete Vilches” constituye un nuevo hito en la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, profundizando la senda de tutela de tales derechos a través de su justiciabilización internacional directa.

Esta decisión inaugura para los países de la región un enorme desafío y otorga contenido al artículo 26 de la Convención Americana concretizando derechos esenciales para la vida de las personas, en particular, para quienes se encuentran en especial situación de vulnerabilidad, otorgándoles una herramienta muy fuerte para exigir de sus Estados que así como se tutelan, a través de la posibilidad de justiciabilidad directa, los derechos civiles y políticos, otro tanto ocurra con los DESCAs.

Protección de la familia. Adopción internacional

Corte IDH, Caso *Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351

Por Marisa Graham¹ y Laura Analía Sarda²

Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*, declaró responsable al Estado de Guatemala por violación a la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida familiar, las garantías judiciales y el derecho a la protección de la familia, reconocidos en los artículos 8.1, 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), a causa de la declaración de abandono de los hermanos Osmín Ricardo Tobar Ramírez y J. R., su institucionalización y posterior adopción internacional por dos familias distintas, mediante un procedimiento extrajudicial ante un notario público.

También se declaró responsable al Estado por la violación al derecho a la protección judicial, al plazo razonable, a la prohibición de discriminación y al respeto al derecho a la vida familiar, reconocidos por los artículos 25.1, 8.1 y 11.2 de la CADH.

1 Abogada (UBA). Profesora adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones (Facultad de Derecho, UBA). Ex Subsecretaria Nacional de Derechos de Niñez y Adolescencia. Directora de la Carrera de Actualización de Derechos de la Niñez y la Adolescencia en contextos sociales, políticos y culturales (Facultad de Ciencias Sociales, UBA).

2 Abogada (UBA). Docente de la Carrera de Actualización de Derechos de la Niñez y Adolescencia en contextos sociales políticos y culturales. Ex Coordinadora del área de restitución y promoción de los derechos de niños niñas y adolescentes de la SENAF.

Por último, fue declarado responsable por la falta de investigación de las irregularidades cometidas en el proceso de desintegración de la familia Ramírez y la posterior adopción internacional de Osmar Ramírez y J. R., la violación del derecho de acceso a la justicia, libertad personal, identidad e integridad personal reconocidos en los artículos 8, 25, 7.1, 18 y 5 de la mencionada Convención.

Las víctimas de estas violaciones fueron Flor de María Ramírez Escobar, Gustavo Tobar Fajardo y Osmin Tobar Ramírez, hijo de ambos. En relación con J. R., el otro hijo de la señora Ramírez Escobar, no tuvo interés en efectuar reclamo judicial alguno ante la Corte IDH.

En el presente artículo intentaremos analizar los aspectos más relevantes de la sentencia. Previo a ello nos proponemos describir conforme surge del propio fallo el contexto de las adopciones en Guatemala al momento de los hechos, la legislación vigente y los sucesos tal como ocurrieron durante su transcurso.

Las adopciones en Guatemala en la época de los hechos

Según informa la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), en el Estado regía la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria (Decreto N° 54), que había entrado en vigor en el año 1977. Esta norma consolidó la privatización de los procesos de adopción en ese país, habilitando el otorgamiento notarial de la misma.

De este modo, las adopciones formaron parte de un negocio no solo para los escribanos públicos sino también para las agencias internacionales en adopción y las instituciones de internamiento de niños, como por ejemplo la Asociación Los Niños de Guatemala.

También señaló que desde inicios de los años 1990 hasta finales de la primera década de los años 2000, las adopciones internacionales representaron un negocio lucrativo en Guatemala favorecido por la extrema pobreza, la alta tasa de natalidad y la falta de control y supervisión eficaces de los procedimientos de adopción.³

Esta situación llevó a que se consolidaran redes de delincuencia organizada transnacional dedicadas a la tramitación de adopciones irregulares, convirtiendo a Guatemala en el cuarto país “exportador de niños del mundo”.⁴

La referida Comisión Internacional señaló que

no hubo investigaciones serias en contra de estas redes y fue recién a partir del año 2006 cuando el Ministerio Público inició investigaciones por el delito de trata de personas con fin de adopción irregular y, en

3 Informe CICIG sobre adopciones irregulares en Guatemala a partir de la entrada en vigor de la Ley de Adopciones (Decreto N° 77-2007) del 1 de diciembre de 2010.

4 Informe Relatora Especial sobre la venta de niños (Año 1999) y CICIG, *op. cit.*

noviembre del 2007, se creó la Unidad contra la Trata de Personas y Adopciones irregulares en la Fiscalía contra el Crimen Organizado del Ministerio Público.⁵

Si bien en el año 2002 Guatemala había adherido al Convenio relativo a la Protección y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio de La Haya sobre Adopciones Internacionales), su vigencia fue impugnada y la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional el proceso de adhesión a dicho instrumento, que recién fue reconocido en el año 2007.

Recién en el mes de diciembre de ese año se aprobó la Ley de Adopciones, que confirió el control sobre los procedimientos de adopción a una autoridad central, denominada Consejo Nacional de Adopciones, y al Poder Judicial, a través de los juzgados de Familia y los juzgados de la Niñez y Adolescencia.

Marco normativo aplicable a nivel interno en la época de los hechos

El Código de Menores, al tiempo de los hechos, adscribía absolutamente al denominado paradigma de la situación irregular. La situación de los menores de edad en situación irregular estaba definida frente a “aquellos que sufran o estén expuestos a sufrir desviaciones o trastornos en su condición fisiológica, moral o mental y los que se hallen en abandono o peligro”.

“La situación de abandono o peligro se determinaba a los menores que careciendo de padres no tuvieren persona que los tenga a su cargo, que por negligencia de unos u otros, se dedicaren a la vagancia o a la mendicidad” (art. 47), así como a los hijos de padres viciosos o inmorales o de prostitutas y a los que por cualquier motivo se pongan en peligro de adoptar una conducta irregular o viciosa (art. 48).

Al tomar conocimiento, el juez de Menores debía hacer la averiguación correspondiente por medio de un trabajador social, oír al denunciante, al niño o niña, a sus padres o a las personas que lo tuvieran a su cargo y dictar medidas de protección de las niñas y niños en situación irregular, así como resolver en definitiva los procesos de menores acordando las medidas que el código establecía, procedimiento que como se verá más adelante no habría sucedido en el expediente.

La legislación interna en Guatemala contemplaba dos procedimientos: uno de adopción judicial y otro extrajudicial ante notario público. La vía utilizada para un procedimiento de adopción era opcional.⁶

En el presente caso, las adopciones de Osmín Tobar Ramírez y J. R. se llevaron adelante por vía extrajudicial. Ello podía iniciarse frente a dos circunstancias: cuando una madre acudía a un notario para dar a su hijo en adopción o cuando un juez de Menores declaraba a un niño o niña en situación de abandono, como fue la situación sometida a estudio.

5 Informe CICIG. Da cuenta que en el año 2017 la Unidad de Trata de personas y adopción irregular obtuvo 24 sentencias condenatorias por el delito de trata de personas con dicha modalidad y 81 sentencias por delitos conexos.

6 Cfr. Código de Menores. Decreto Nº 78-79 de 28 de noviembre de 1979, art. 1.

El procedimiento de adopción notarial se iniciaba a solicitud del adoptante ante el notario provisto de la documentación pertinente. Luego debía realizarse una audiencia para oír a la Procuraduría General de la Nación y, si esta no se oponía, se procedía a otorgar la escritura pública respectiva. La Procuraduría funcionaba como el ente controlador de la actividad del notario, en el ámbito de la adopción.

El otorgamiento de la escritura pública de adopción contemplaba los requisitos de la comparecencia del adoptante, los padres del menor, o la persona o institución que ejercía la tutela. Cumplido, el notario debía extender el testimonio y gestionar las anotaciones relativas a la adopción ante el registro respectivo, momento en que se cambiaba de nombre a la niña o niño.

Los hechos del caso en análisis

Los padres de Osmín Tobar Ramírez se separaron cuando este tenía algunos meses de nacido. A partir de ese momento, Osmín y su madre vivieron en casa de su abuela materna. El padre mantuvo contacto con su hijo y contribuía económicamente para su cuidado personal.

Osmín tenía 7 años y J. R. 2 años cuando la señora Ramírez Escobar dejó la casa de su madre para ir a residir a un cuarto alquilado en el barrio Las Vacas. Los niños estaban escolarizados. La señora había contratado a una vecina para el cuidado de sus hijos mientras ella trabajaba realizando trámites, entre las ocho de la mañana y las cinco de la tarde.

Gustavo Tobar Fajardo trabajaba como piloto de un autobús urbano en México, lugar al que había emigrado por razones económicas alrededor de 1994. Señaló que trabajaba veinte o veintidós días y luego regresaba por cinco o seis días a descansar, momentos en que aprovechaba para ver a su hijo.

El 18 de diciembre de 1996 la Magistratura Coordinadora de la Jurisdicción de Menores recibió una denuncia anónima, vía telefónica, en la cual se alegaba que los niños Ramírez se encontraban “abandonados por parte de la madre, que se dedicaba a inhalar pegamento y a ingerir bebidas alcohólicas, razón por la cual se encontraban en situación de riesgo o peligro”.⁷

El 8 de enero de 1997 el Juzgado Primero de Primera Instancia de Menores de la Ciudad de Guatemala solicitó a la Procuraduría General de la Nación que se constituyera en el domicilio de los niños Ramírez a los fines de constatar la situación denunciada con la indicación de retirar a los niños e internarlos en el hogar la Asociación Los Niños de Guatemala, para su cuidado y protección.⁸

Es así que al día siguiente, los funcionarios de la Procuraduría informaron que

⁷ Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 83.

⁸ Ídem, párr. 84.

se encontraron a Osmín y J. R. en estado de abandono, que no presentaban signos de agresión física, sin embargo [...] no se encuentra a la madre ni persona que diga ser responsable de los menores [...] algunos vecinos refieren que la misma trabaja como tramitadora en las afueras del edificio de finanzas. Se procede a recoger a los menores y se internan en el hogar Asociación Los Niños de Guatemala.⁹

El mismo día la señora Ramírez Escobar compareció ante el Juzgado para solicitar la entrega de sus hijos, presentando sus certificados de nacimiento. Explicó que se encontraba trabajando y que sus hijos estaban a cargo de una vecina. Sin embargo, de acuerdo a lo declarado por la señora Ramírez Escobar, no se le permitió verlos ni se le informó sobre su paradero.¹⁰

El señor Gustavo Tobar Fajardo, padre de Osmín, no fue notificado de las actuaciones en ninguna etapa del proceso, tomando conocimiento de que su hijo había sido separado de su madre casi un año después, presentándose espontáneamente en el mes de diciembre de 1998.¹¹

El 13 de enero de 1997 la jueza interviniente solicitó al Servicio Médico Forense determinar si los niños Ramírez presentaban señales de maltrato. El resultado del examen no constaba en el expediente. Sin embargo, el 27 de enero de 1997 el Juzgado confirmó el internamiento de Osmín Tobar Ramírez y J. R. en el hogar Asociación Los Niños de Guatemala. También solicitó a dicho centro la realización de un estudio social sobre la situación de los niños, que fue realizado por una trabajadora de la mentada Asociación el día 3 de febrero de 1997.

El informe incluía una entrevista realizada a la presidenta de la Asociación Los Niños, quien señaló que “recibió a los niños [...] en un estado lamentable. Sucios, hambrientos, con golpes y escasa ropa [...] Osmín presentaba una infección en la parte interior de la boca que ameritó tratamiento antibiótico y analgésico, por el dolor. [J. R.] tenía un morete de regulares dimensiones, causado por un golpe y Osmín presentaba cicatrices de heridas en el abdomen”, que según indicó, fueron causadas por golpes que le dio su papá.

Concluyó que

Los menores provienen de un hogar desintegrado, donde la madre los abandona por completo sin proporcionarles vestido, alimentación y educación. Además los trata mal tanto física como mentalmente, porque la ven llegar en estado de ebriedad o drogada, acompañada de distintos hombres lo que no es un ejemplo edificante para ellos. Con las entrevistas realizadas ha quedado plenamente establecido que Flor de María Ramírez Escobar es incapaz de cuidar de sus hijos, por lo que es imperativo encontrarles un hogar sustituto, donde se les inculquen valores morales y se les satisfagan sus necesidades físicas y mentales.¹²

9 Ídem, párr. 85.

10 Ídem, párr. 86.

11 Ídem, párr. 88.

12 Ídem, párrs. 91-93.

El 21 de febrero el Juzgado solicitó a la Procuraduría General de la Nación que realizara un estudio social a Flor de María Ramírez Escobar. El 14 de marzo de 1997 la Procuraduría presentó su informe negativo para la progenitora, en el cual se reflejan entrevistas a tres vecinos y a dos mujeres, sin nombre, que presuntamente conocían a la señora Ramírez Escobar.

La abuela materna de los niños Ramírez solicitó el 12 de marzo de 1997 la entrega de sus nietos para su cuidado y protección. Indicó que sus nietos solían vivir con ella, pero que su hija decidió independizarse. La Procuraduría concluyó que

Tomando en cuenta la situación económica tan inestable de la madre y abuela materna, así como también la conducta muy desordenada de ambas; se considera que ninguna constituye al momento recurso para la protección de los niños al igual que la familia de ellas, por lo que se recomienda que continúen institucionalizados.¹³

La Asociación Los Niños de Guatemala volvió a solicitar se los declarara en estado de abandono para que puedan ser incluidos dentro de su propio programa de adopción internacional.

La señora Ramírez Escobar, en marzo de 1997, tuvo la oportunidad de ver por última y única vez a Osmín y J. R., cuando el personal de la Procuraduría General de la Nación los llevó a su residencia. Sin embargo, no le permitieron hablarles ni abrazarlos. Declaró, además, que nunca se le permitió visitarlos ni tuvo conocimiento de dónde exactamente se encontraban.

El 21 de julio de 1997, la Unidad de Psicología del Organismo Judicial presentó un informe psicológico sobre la madre y la abuela materna de los niños. De la señora Ramírez Escobar, dicho estudio señaló que “por las características de personalidad que presenta la paciente [sic], se deduce que su capacidad para poder asumir el rol de madre está seriamente comprometido, necesitaría de un tratamiento psicológico a mediano plazo por lo menos, buscando reorientar su afectividad para que pueda cumplir con su responsabilidad maternal de una forma adecuada”. Respecto a la abuela materna, señaló que “al considerarla como recurso familiar hay que tomar en cuenta que un adulto con preferencias homosexuales estará transmitiendo esta serie de valores a los niños que pueda tener a su cargo”.¹⁴

El 29 de julio de 1997 la Procuraduría solicitó que se los declarara en abandono y que fueran incorporados al programa de adopciones, a lo cual accedió el 6 de agosto de 1997 el Juzgado Primero de Primera Instancia de Menores de Guatemala. El Juzgado confirió a la Asociación Los Niños la tutela legal de los hermanos Ramírez y ordenó que dicha institución los incluyera en los programas de adopción que patrocinaba.¹⁵

Luego de una batería de peticiones y apelaciones presentadas por la Sra. Ramírez Escobar en las cuales denunciaba la violación al debido proceso legal, al derecho de defensa en juicio, a la falta de imparciali-

13 Ídem, párr. 95.

14 Ídem, párr. 98.

15 Ídem, párrs. 99 y 100.

dad en las decisiones, y las distintas recusaciones y excusaciones de magistrados de diversos juzgados, el 11 de diciembre de 1997 se declara firme el estado de abandono ordenando el archivo de las actuaciones.

En abril de 1998 se inició el procedimiento de adopción de los niños, quienes fueron adoptados por dos familias estadounidenses distintas: J. R. por la familia B. de Illinois y Osmín por la familia Borz-Richards de Pensilvania. Ambas familias al mismo tiempo adoptaron otro niño y sendas adopciones fueron realizadas por el mismo notario.

No obstante los recursos pendientes de resolución, se ordenó la escritura pública de adopción de los hermanos. El juzgado declaró válidas las diligencias de adopción de Osmín y J. R. y dejó constancia de que los adoptantes habían cumplido con todos los requisitos legales como así también acreditó su solvencia moral y económica. Así, el 2 de junio de 1998 el notario concedió las adopciones de ambos niños mediante escrituras separadas y el 11 de junio de 1998 se realizaron las respectivas inscripciones en las actas de nacimiento de los niños como hijos adoptivos.

El 17 de diciembre de 1998 el señor Gustavo Tobar Fajardo presentó un recurso de revisión ante el Juzgado de Primera Instancia de Menores de Escuintla dentro del proceso de declaratoria de abandono, alegando no solo que existían distintas cuestiones impetradas por la madre de los niños pendientes de resolución sino también que jamás se lo había citado y, por ende, se le había negado la posibilidad de intervenir en todo el proceso de declaración de abandono.

El mismo día el juzgado declaró sin lugar el recurso, señalando que fue interpuesto en forma extemporánea y que el señor Tobar Fajardo no había sido tenido como parte dentro del expediente. El día 2 de febrero de 1999 el señor Tobar Fajardo interpuso un recurso de amparo ante la Sala de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, resaltando que ni él ni el padre de J. R. habían sido “contactados por autoridad alguna para comparecer dentro del expediente”, ni tampoco “constaba que se hubiera intentado localizarlos”.¹⁶

Finalmente, el día 5 de mayo del mismo año, la Corte de Apelaciones decidió otorgar el amparo definitivo al señor Tobar Fajardo. La Sala sostuvo que

la decisión jurisdiccional en la que se indica que Gustavo Tobar no había sido parte dentro del expediente viola el derecho de defensa del postulante pues le impide hacer valer su calidad de padre del menor Osmín [...] para lograr que el mismo le sea entregado.¹⁷

En consecuencia, ordenó dar al señor Tobar Fajardo intervención en el proceso, dejar en suspenso la resolución del 17 de diciembre de 1998 y remitir el expediente al Juzgado de Primera Instancia de Menores de Jutiapa.

¹⁶ Ídem, párr. 119.

¹⁷ Ídem, párr. 121.

El 20 de junio de 2000 el mismo tribunal emitió una resolución en la cual enmendó parcialmente el procedimiento y dejó sin valor lo actuado entre las resoluciones del 25 de agosto de 1997 y del 15 de octubre de 1999. El juzgado estableció que

en la tramitación del presente expediente se cometieron múltiples errores sustanciales, que perjudicaron los derechos y garantías constitucionales correspondientes a la señora Flor de María Ramírez Escobar, como parte procesal [...] así como también se violaron las formalidades legales del debido proceso.¹⁸

Además, dicho Tribunal se excusó de continuar interviniendo, denunciando haber recibido llamadas telefónicas intimidatorias de parte de sujetos interesados en sostener la adopción internacional.

El 7 de noviembre de 2000 el nuevo juzgado interviniente del Departamento de Chimaltenango ordenó practicar una serie de diligencias, puesto que “no se les brindó suficiente oportunidad a la señora Ramírez Escobar y al señor Tobar Fajardo para demostrar que constituyen recurso familiar, emocional y psicológico idóneo para sus menores hijos”.¹⁹ Además, por primera vez se dispuso localizar a quien aparecía como padre biológico de J. R. en la partida de nacimiento, a efectos de darle participación en el caso.

Tanto las evaluaciones psicológicas como los estudios socioeconómicos dieron resultados favorables sobre los padres y su idoneidad para asumir el cuidado de sus hijos, indicando que “no se encontraron inconvenientes de índole social que pudieran poner en riesgo a los niños en caso que le sean entregados”.²⁰

El 31 de agosto del año 2001, el juzgado ordenó librar exhorto a la Embajada de los Estados Unidos de América a efectos de citar a audiencia a las dos familias adoptivas para que se presentaran y pusieran a disposición a Osmín y J. R., en virtud de que “los padres biológicos de los mismos solicitan un acercamiento”.²¹

Cuatro años después de la separación de los niños de su familia de origen, el juzgado advirtió que era necesario recabar la opinión de los menores aludidos, a efectos de establecer su interés y definición respecto a con cuáles de sus padres deseaban permanecer.

El Ministerio de Relaciones Exteriores informó a la Corte Suprema de Justicia que el exhorto no había sido recibido por la Embajada de los Estados Unidos de América en Guatemala por no cumplir los requisitos formales exigidos en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y su protocolo adicional.

Sin embargo, otro obstáculo económico impedía el acceso a la justicia de Tobar Fajardo: se le exigía el pago de los gastos que implicaba la citación de los padres adoptivos, mientras se lo amenazaba de archivar las

18 Ídem, párr. 124.

19 Ídem, párr. 128.

20 Ídem, párr. 129.

21 Ídem, párr. 131.

actuaciones, amenaza que se hizo efectiva el 19 de septiembre de 2002 “por no poderse proceder” en virtud de que aquel no habría solventado los gastos aludidos por imposibilidades económicas.

Además de los trámites procesales, el señor Tobar Fajardo y la señora Ramírez Escobar emprendieron diversas gestiones para localizar a sus hijos. Así se logró la ubicación de Osmín en el año 2002, quien vivía en Estados Unidos con el nombre de Ricardo William Borz. Sus progenitores decidieron esperar a que su hijo fuera mayor para localizarlo personalmente. Lo hicieron a través de redes sociales en el año 2009 y comenzaron a mantener comunicación en forma fluida. Sin embargo el idioma, se tornaba otro obstáculo en ese momento de la relación. En mayo de 2011, Osmín viajó por un mes a Guatemala y se reencontró con su familia biológica. En noviembre del año 2015, Osmín decidió mudarse a Guatemala, donde actualmente vive con su padre, la pareja de este y el hijo de ambos.

La señora Ramírez Escobar no ha tenido contacto con J. R. desde que fue separado de la familia. Osmín informó que en 2010 logró entrar en contacto con la madre adoptiva de su hermano J. R., quien le manifestó que no tenía interés en que J. R. tuviera comunicación con su familia biológica. En el año 2016 se comunicó con su hermano por la red social *Facebook*, quien le indicó que no desea saber nada del presente caso.

Observaciones sobre algunos aspectos relevantes de la sentencia

La Corte IDH, en el fallo que comentamos, ha vuelto a afirmar, tal vez con mayor cantidad de argumentos y con más contundencia, principios esenciales y derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes que se violan frente a tres situaciones: a) La separación de su familia de origen, en particular de progenitoras solas, pero también de progenitores solos y su internamiento, b) la declaración de abandono (en nuestra legislación, situación de adaptabilidad) y c) la adopción, en este caso internacional, que produce la vulneración de otros derechos.

La Corte IDH vuelve a señalar que las violaciones a los derechos enumerados deben interpretarse a la luz del *corpus iuris* internacional de protección de las niñas y los niños. El artículo 19 de la Convención, además de otorgar una protección especial a los derechos reconocidos en esta, establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables. En particular, reiteró que “la CDN dota de contenido al art. 19 de la CADH”.

En ese marco, en el caso también se violaron los cuatro principios rectores de la CDN: la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a ser oído y participar y el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo.

El fallo da cuenta a cabalidad de la magnitud de la violación del derecho a la familia de los niños Ramírez, que surge de los artículos 7, 8, 9 y 18 de la CDN y también del artículo 17 de la CADH de protección del núcleo familiar.

La Corte IDH reitera lo plasmado en el *Caso Fornerón e hija vs. Argentina* en lo relativo a que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, y así lo ha dicho con relación al derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la CADH, que conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar,²² por la importancia fundante que tiene la familia en el desarrollo del niño.

Es esa familia la que debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. Al decir de la propia Corte IDH no existe una definición única de familia. Esta no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar solo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales.²³

La Corte IDH ha establecido adicionalmente que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano.²⁴ En tal sentido, la perita designada por la Corte IDH en el fallo bajo estudio señaló que

si alguien en la familia extensa no puede brindarle cuidado, deberá también buscarse en el entorno afectivo del niño, es decir, parientes no consanguíneos con quien el niño tenga un vínculo afectivo [...] sólo en el caso de que todas esas alternativas anteriores fueran consideradas, investigadas suficientemente y descartadas, recién ahí debiera pensarse en un alternativa de cuidado por parte de personas desconocidas o extrañas para el niño.²⁵

Es decir, no solo existe para el Estado la obligación de proteger y garantizar el derecho de los niños a vivir y ser cuidados y criados por y en su familia biológica, sino también la obligación de tomar medidas de protección de esa familia.

Los niños Ramírez no solo fueron reclamados desde un inicio por su madre, sino también por su abuela materna y sus madrinas, quienes ofrecieron hacerse cargo de su cuidado mientras cursaban las peticiones y recursos planteados por la progenitora primero y por el padre de Osmín, señor Tobar Fajardo, después.

Queda claro, entonces, que las únicas medidas adoptadas luego de la separación de los niños de su familia de origen fueron las direccionadas a consumar la adopción internacional. En efecto, el interés superior del niño se redujo a la adopción conferida en el extranjero.

22 Corte IDH, *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27/04/2012, párr. 116.

23 Ídem, párr. 119.

24 Cf. Corte DH, Op. Consultiva 21/14, párr. 272 y Op. Consultiva 24/17, párr. 178.

25 Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 164.

Si bien estas afirmaciones han sido utilizadas en la motivación de otros casos (*Fornerón e hija vs. Argentina, Rochac Hernández vs. El Salvador*), es relevante remarcarla aquí a la luz de cierta jurisprudencia que en la República Argentina se ha comenzado a extender contra estos principios, **interpretando el derecho a la familia como el derecho a “una familia”, relegando a las familias biológicas**, y, en muchas situaciones, sin haber tomado ninguna de las medidas apropiadas de protección a la familia a los fines de favorecer el cuidado y la crianza de sus hijos e hijas. En la mayoría de los casos, esta discriminación a las familias de origen se funda en estereotipos de género e ideales de familia.

La Corte IDH recuerda que una de las interferencias más graves en la familia es la que tiene por resultado su separación o fraccionamiento, y que las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, son temporales.²⁶

Guatemala, al menos al momento en que sucedieron los hechos, soslayaba absolutamente lo establecido en el artículo 9 de la CDN. Hemos dicho ya en otras oportunidades que esta norma es una de las menos aplicadas, no solo en Guatemala, sino también en la región.²⁷

En efecto, el respeto a los derechos y garantías que establece frente a la separación de las y los niños de su grupo familiar, en particular de sus padres, no ha superado aún los obstáculos culturales (discriminación por raza, edad, ideas políticas, género, elección sexual y, sobre todo, situación de pobreza y alto grado de vulneración de derechos económicos y sociales), que pretenden justificar la violación de derechos de los niños, las niñas y adolescentes.

Es por ello que este fallo se torna relevante y debería ser jurisprudencia aplicable a la cantidad de casos de separación de los niños, niñas y adolescentes de su familia biológica, así como la separación de los hermanos, que se suceden a través de las llamadas medidas de protección excepcional, en el mejor de los casos, o a través de la entrega directa de niños, sea por actas notariales o por la transacción onerosa o gratuita entre adultos (en general, con participación de facilitadores o intermediarios), con fines de adopción.

La declaración de abandono, sostenida por una normativa que se enmarcaba claramente en lo que hoy denominamos tutelarismo clásico, llevó aparejados desde un inicio la separación y el internamiento de los niños en una institución siniestra denominada Asociación Los Niños de Guatemala.

Dicha declaración se basaba en la situación de abandono o peligro que determinaba la misma institución mediante el informe de su trabajadora social, quien en el caso no escuchó ni a la madre ni al padre de Osmín. Tampoco se citó al padre reconociente del menor de los hermanos, no se escuchó a los niños ni se constataron las distintas denuncias sobre el supuesto abandono (el informe se basa en declaraciones de vecinas, de las cuales ni siquiera se tomaron sus nombres).

²⁶ Ídem, párr. 165.

²⁷ Graham Marisa y Sardá, Laura, “Fallo Fornerón e hija el desafío de las reparaciones”, en AA.VV., *Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea*, 1ª ed., Infojus, Buenos Aires, 2014.

Del propio fallo se desprende que

dos de los estudios sociales fueron realizados por la trabajadora social de la Asociación Los Niños. Esta institución era donde se encontraban internados los hermanos Ramírez y la que, a la vez, promocionaba el programa de adopciones internacionales, a través del cual fueron adoptados los hermanos Ramírez.²⁸

Ambos informes recomendaron la declaración del estado de abandono de los niños y su inclusión en el programa de adopciones internacionales. Ello así, y auspiciosamente hoy lo declara la Corte IDH, porque las trabajadoras sociales dependiente de la Asociación Los Niños carecían de la debida independencia e imparcialidad para realizar los estudios socioeconómicos de la familia Ramírez.

Esta práctica, sumamente extendida en general en los circuitos de internamiento de niñas, niños y adolescentes, debe ser revisada por todos los Estados de la región a partir de la sentencia que analizamos, los que deberían tomar todas las medidas adecuadas para evitar que sean profesionales o personal del mismo lugar de alojamiento de personas menores de edad quienes realicen las evaluaciones sobre sus familias.

Es interesante destacar una frase muy sencilla, que pasa casi desapercibida en el texto del fallo que dice: “La separación temporal de un niño de su familia no implica que deje de ser su familia”.²⁹ Es ya esperable que todos aquellos que participan en la toma de decisiones en un proceso de situación de adoptabilidad, en nuestro país (según art. 607 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación) y en la región, incluyendo a los postulantes a guardas con fines adoptivos nacionales o extranjeros, no lo olviden.

El derecho a ser oído

Los alcances del derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes y a participar en todos los asuntos y procesos que los involucre establecido en el artículo 12 de la CDN ha ido definiéndose con mayor precisión desde su aprobación a través de los fallos de este tribunal, de sus opiniones consultivas y en particular de las Observaciones generales (en particular la 12 y 14) del Comité de los Derechos del Niño.

La Corte IDH ha establecido ya en el *Caso Atala Riffo vs. Chile* y en *Furlan vs. Argentina* que el artículo 8.1 de la CADH consagra el derecho que ostentan todas las personas, incluidas las niñas y los niños, a ser oídos en los procesos en que se determinen sus derechos y que ese derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la CDN. Pero además, expresa que esta garantía procesal está directamente asociada al interés superior de los niños y niñas: no es posible una aplicación correcta del interés superior sin respetar su derecho a ser oído.

²⁸ Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 169.

²⁹ Ídem, párr. 181.

Osmín Tobar Ramírez, tenía entre 7 y 8 años de edad al momento de la separación de su madre, edad en la cual se puede considerar que el niño tenía un grado de madurez suficiente para participar en el proceso que lo involucraba junto con su hermano, y del cual nunca fue informado; tampoco de los motivos de la separación de su madre y de su internamiento en la Asociación Los Niños, ni que se estaba realizando un proceso de declaración de abandono con el fin de su posterior adopción por adultos extranjeros, en este caso, ciudadanos de los Estados Unidos.

Tampoco se lo consultó en ninguna etapa del proceso a los fines de verificar en qué condiciones vivía con su madre, su abuela o su padre. Paradójicamente, la Cámara de Apelaciones decidió escuchar a los niños, a los fines de consultarles con quiénes querían vivir [sic], cuando hacía ya cuatro años que residían en los Estados Unidos.

En relación con la edad en que los niños y niñas deben ser escuchados, la Corte va más allá, en razón de que el niño J. R. contaba al momento de los hechos con 2 años de edad. ¿Contaba J. R. con edad y grado de madurez suficiente para ser informado, escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta? La Corte IDH recuerda que durante la investigación solo se entrevistó a Osmín para consultarle sobre la posibilidad de vivir con su madrina, pero nunca se le preguntó sobre la relación con su madre o su padre. Nunca se escuchó a J. R.

El fallo recuerda que los niños ejercen sus derechos por sí mismos de manera progresiva de acuerdo a su edad y madurez, por lo que los Estados deben tomar las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.³⁰

Es interesante recordar lo dicho por el Comité de los Derechos del Niño, sobre el deber de escuchar la opinión de bebés y niños muy pequeños, al señalar:

Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atienda a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión.³¹

De este modo, no habiéndose escuchado en el proceso a Osmín Tobar Ramírez ni a J. R., no se respetó la posibilidad de que los niños participaran en la determinación de su interés superior en franca violación a los derechos consagrado en los artículos. 1.1, 8.1 y 19 de la CADH, incluyendo el artículo 12 de la CDN.

³⁰ Ídem, párr. 170.

³¹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 14: El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/CG/14, párr. 44.

El padre de Osmín tampoco fue escuchado ni fue parte en el proceso de declaración de abandono, en violación de los artículos 9 y 18 de la CDN, que establece que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Prejuicios sobre el rol materno y paterno, mirada sexista y discriminatoria, que supone falta de interés de los padres o falta de idoneidad para hacerse cargo. El *Caso Fornerón e hija vs. Argentina y Atala Riffo y otro vs. Chile* son claros ejemplos de ello.

Esta violación de derechos de los niños Ramírez, más allá de la adecuación de las normas que ha realizado Guatemala y los Estados de la región en las últimas dos décadas, sigue perpetrándose en muchos casos, sobre todo frente a la decisión de separar a los niños y niñas de sus familias, y mucho más al momento de decidir su internamiento en alojamientos gestionados por prestadoras privadas, los que en muchos casos separan a las y los hermanos por sexo y por edades, además de estar localizados en zonas alejadas de las residencias de sus familias.

La Asociación Los Niños de Guatemala es un ejemplo desgarrador de lo aquí expuesto. Esta institución de internamiento, tristemente célebre, que recibía a niñas y niños, era la encargada de informar sobre las situaciones familiares y, a su vez, *promocionaba* el sistema de adopción internacional.

La Corte IDH señala que indefectiblemente existía un interés distinto al interés de los niños en las resultas del proceso de declaración de abandono. La madre de los niños Ramírez advirtió en varios pasos de los distintos procesos en curso sobre la función que cumplía la mentada Asociación. El fallo determina que su interés, bajo el pretexto de atender el interés superior del niño, fue ir aportando informes parciales a la magistratura a los efectos de consolidar la fractura familiar y concretar la adopción internacional de los niños.

Finalmente, podemos decir que todavía falta asegurar que la opinión de los niños, niñas y adolescentes sea debidamente tenida en cuenta, y que si sus opiniones son rechazadas, que se les informe cuáles son los criterios por los cuales no fueron consideradas por el decisor en la resolución de los casos que los afectan. Ciertamente es que la opinión de los chicos no es vinculante para el juez, como no lo son las distintas posturas que todas las partes aducen en un pleito; pero no es menos cierto que aún prevalecen muchos prejuicios con relación a la verosimilitud de los dichos de los niños. Es imperioso remover los obstáculos culturales que aún se mantienen en la sociedad en general y en el Poder Judicial en particular, basados en distintas teorías derivadas de aquella del “niño fabulador”, tales como el Síndrome de Alienación Parental y la coconstrucción, entre otras.³²

Falta de motivación en las decisiones. El interés superior del niño

Achaca la Corte IDH al Estado que en el caso no se ha cumplido con una de las garantías del debido proceso: que las decisiones se encuentren debidamente fundadas, agregando que, en los casos especí-

32 Cf. Graham, Marisa, “Fortalecimiento del sistema de protección de derechos de NNyA desde una perspectiva interdisciplinaria”, Módulo 2 d. Análisis crítico de la CDN UNISAL.

ficos relacionados con niñas y niños las decisiones deben mostrar que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial.

Hemos dicho en otras oportunidades que el concepto de interés superior es ambiguo, abstracto y que, en el caso de nuestro país y otros de la región,³³ ha sido y continúa siendo totalmente desvirtuado.

Es relevante el aporte que ha realizado el Comité de los Derechos del Niño en la Observación general N° 14, en un intento importante por precisar el concepto y sobre todo los marcos de su aplicación. En este sentido, determinó que es “explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión”.

A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión debe estar motivada, justificada y explicada. En sus fundamentos se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. **Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado.**³⁴

Es importante rescatar todo lo transcrito, en general, pero en particular la última parte. Son casi nulas las veces que en los tribunales el juez o cualquier persona significativa del juzgado dé cuenta y explique, en particular, a los niños, niñas y adolescentes, cuáles han sido los criterios en que se ha basado la resolución, cómo ha sido considerado su superior interés en el caso concreto. Es usual que el fundamento jurídico de la sentencia sea el interés superior, pero no se dicen los porqués de que ese sea su real interés y no otro.³⁵

En el caso que aquí comentamos se advierten las contradicciones verificadas en los informes presentados por la Procuraduría y la Asociación Los Niños respecto de los supuestos signos de maltrato que presentaban y que motivaron la separación familiar, como así también que ninguno de los juzgados intervinientes impulsaran medidas de prueba para develar la realidad de la situación de los niños más allá de un pedido al Cuerpo Médico Forense, nunca acompañado en el expediente. Se torna evidente que no fue el interés superior de los niños Ramírez la consideración primordial que motivó cada una de las resoluciones de la justicia de Guatemala, al menos en la primera instancia.

Tampoco se entrevistó a personas que hayan tenido contacto con los niños distintas a los vecinos, como amigos de la familia o personal de la escuela, que pudieran declarar sobre la idoneidad de los progenitores o familiares para cuidar a los niños, tal como sucedió en la Alzada, más de cuatro años después, con los niños ya separados y viviendo en Estados Unidos.

33 Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, cit., párrs. 188 y 189.

34 Cf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, Doc. ONU CRC/C/GC/14, párr. 14.b, el subrayado nos pertenece.

35 Ídem, párr. 97.

La Corte IDH concluye que

la separación de la familia Ramírez se llevó a cabo mediante un proceso que incumplió el propio procedimiento establecido en el Código de Menores de Guatemala, pero que además no estuvo destinado a garantizar el interés superior de los niños sino que, por el contrario, reveló una predisposición al otorgamiento de la adopción internacional de los niños desde su inicio.³⁶

En función de ello, declara que los decisorios, en particular aquel que decidió la separación de los niños de su familia y la posterior declaración de abandono, adolecieron de la debida motivación. El Tribunal advierte en consecuencia que

la excepcionalidad de la separación familiar implica que se debe analizar si las autoridades nacionales adoptaron todas las medidas necesarias y adecuadas que se le podía razonablemente exigir [a la familia biológica] para que los niños pudieran llevar una vida familiar normal en el seno de su propia familia antes de la separación familiar.³⁷

La adopción internacional

Sabemos que, de acuerdo a lo establecido por la Convención de La Haya sobre adopciones internacionales, estas son subsidiarias y excepcionales; es decir, siempre será preferente una adopción nacional. Principio que en el caso tampoco se respetó.

Pero más allá de ello, nos interesa poner el foco en el análisis que la Corte IDH realiza frente al interés superior y la adopción internacional. El fallo sentencia que, frente a la adopción internacional, la determinación del interés superior es “un ejercicio complejo”.

Evaluar en qué medida la adopción en el extranjero sería compatible con otros derechos del niño (tales como el derecho a crecer hasta donde sea posible bajo el cuidado de sus padres o el derecho a no ser privado arbitrariamente e ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad) y también la situación familiar del niño (incluyendo las relaciones con hermanos), así como “tratar de predecir el potencial del niño para adaptarse a los nuevos arreglos de cuidado en un nuevo ambiente”,³⁸ es en efecto un proceso complejo que, más allá de las realidades de cada Estado, tiene en principio un pronóstico reservado.

Es importante destacar el informe pericial agregado en el expediente de fecha 5 de mayo de 2017, cuando el experto sugiere que, para que el interés superior de un niño sea tomado en cuenta en un procedimiento de adopción internacional, el Estado de origen debe asegurarse a través de las autori-

36 Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 231.

37 Ídem, párr. 189.

38 Ídem, párr. 226.

dades competentes que se respete lo siguiente: (i) determinar la adoptabilidad; (ii) permitir que el niño libremente indique o rechace su consentimiento; (iii) preparar un informe del niño, incluyendo la determinación de los mejores intereses; (iv) preparar al niño para la adopción; (v) emprender una aproximación preliminar de los posibles adoptantes (propuestos por el Estado receptor y aceptados provisionalmente por el Estado de origen) con el niño; (vi) proveer a los posibles adoptantes “emparejados” (*matched* en inglés) y al niño una oportunidad para ir desarrollando vínculos de afinidad, bajo supervisión adecuada y con acceso a consejería, y, si se consiguen establecer exitosamente vínculos de afinidad, (vii) confiar el niño a los adoptantes y legalizar la adopción.³⁹

Todos estos requisitos primordiales, que inclusive pueden ser ampliados a los efectos de tomar una decisión de restricción de derechos, como los vulnerados a la familia Ramírez, en el presente no fueron cumplidos por las autoridades competentes, provocando las privaciones ya enunciadas. Peor aun no se respetó el principio de subsidiaridad, que significa que la adopción internacional solo debe considerarse si no se ha podido encontrar otra solución adecuada de cuidado alternativo en el país de origen de la niña o niño.⁴⁰

Este principio obliga, para el supuesto de encontrarse reunidos los requisitos para que un niño sea adoptado, teniendo en cuenta su interés superior, a buscar soluciones dentro del país de origen de los niños. Señala la Corte IDH que “la adopción internacional debe ser aprobada únicamente cuando la niña o niño o pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen”.⁴¹ Ya el Comité de los Derechos del Niño ha indicado que la adopción internacional debería considerarse como último recurso.⁴²

Es interesante resaltar la opinión del experto Nigel Cantwell cuando explicó que, si bien no resulta adecuado hablar de “último recurso”,

es claro que la Convención sobre los Derechos del Niño especifica el requisito de examinar todas las opciones domésticas potencialmente adecuadas antes de considerar las posibilidades y la conveniencia de una adopción internacional [...] se tendrá debidamente en cuenta el trasfondo de la educación del niño y del origen étnico, religioso, cultural y lingüístico del niño.⁴³

39 Ídem, párr. 226, peritaje rendido por Nigel Cantwell ante fedatario público el 5 de mayo de 2017.

40 Ídem, párrs. 231-233.

41 Íbidem.

42 Comité de los Derechos del Niño. Exámenes de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención.

43 El perito explicó que una “medida de protección para un niño nunca debe tomarse sobre el fundamento de que la misma es el ‘último recurso’. El propósito de los sistemas de protección del niño es determinar cuál de varias opciones disponibles responde mejor a las necesidades y respeta los derechos humanos de cada niño de manera individual, desde un punto de vista positivo y constructivo. Existe una importante diferencia entre, de una parte, estipular la necesidad de examinar las posibles soluciones nacionales para una atención adecuada antes de prever soluciones transfronterizas y, por otra, examinar las soluciones transfronterizas desde la perspectiva de que estas constituyen un ‘último recurso’. Si la adoptabilidad legal y psicosocial de un niño ha sido debidamente establecida, la responsabilidad de las personas encargadas de tomar las decisiones debería ser demostrar que la adopción internacional es necesaria para garantizar ‘la atención adecuada’ (CDN Artículo 21.b) para un niño porque ninguna otra opción doméstica se considera ‘adecuada’. El enfoque se basa, por lo tanto, en el requisito de examinar primero las soluciones nacionales

La Corte IDH ha dicho en el presente caso que la única opción de cuidado permanente que se consideró para los niños fue la adopción internacional, desestimándose *ab initio* la posibilidad de una búsqueda interna de postulantes a tales fines. En forma directa y con la mayor celeridad posible, en este caso en perjuicio de los hermanos, se dio comienzo a las diligencias que permitirían avanzar con la adopción internacional de los niños con postulantes provenientes de un país que en nada se correspondía con la identidad cultural, de lenguaje y de pertenencia de los niños, sino que cubría la demanda de los adoptantes y los intereses particulares y económicos de los actores que participaron en el proceso.

Agrava la vulneración de derechos de Osmín Ramírez y J. R. que fueron adoptados por familias distintas que vivían en ciudades distintas, por lo que su separación a temprana edad resquebrajó el lazo filial y afectivo entre ambos, con el agregado de que cada una de las parejas adoptantes adoptó también a otro niño o niña.

Previo a decidir la adopción internacional, no se evaluó la posibilidad de que la adopción sea en el país de origen y que se respetara el derecho de los hermanos a mantenerse unidos en una única familia y desarrollarse de acuerdo a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

La complejidad de la evaluación del interés superior del niño en situaciones de adopción internacional exige que todos los actores participantes de dicho proceso –operadores del Poder Judicial, Ministerio Público, instituciones de cuidado y registros de postulantes– respeten en forma irrestricta las garantías del debido proceso legal, el principio rector del interés superior del niño en todas las acciones que se emprendan, el derecho del niño a ser oído –conforme su edad y grado de madurez–, la prohibición de injerencias arbitrarias en las familias, la no discriminación basada en estereotipos de clase, género, creencias, ideales de familia, entre otros, y la protección de la familia por parte del Estado, dando cumplimiento a los artículos 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El contexto institucional en Guatemala y la flexibilidad normativa facilitaron los posibles negocios (trata de niñas y niños con fines adoptivos) en el marco de los procesos de adopción. Estos procesos no respondían al interés de los niños, sino al de las instituciones de cuidado, de los escribanos, de distintas autoridades judiciales y de las agencias de adopción; interés de índole económico en la mayoría de los casos, en los que se aprovechaban de la debilidad de familias, madres, padres solos y demás miembros de la familia ampliada, en su mayoría, pobres con obstáculos probados para el acceso a la justicia.

Guatemala ha realizado importantes avances, tanto de índole legislativo como institucional, para dejar de ser uno de los cuatro países “exportadores” de niños y niñas del mundo.

Toda la región debe redoblar esfuerzos para combatir la trata de niñas y niños con fines adoptivos, que, como tantas otras cosas, está sostenida en una lógica norte-sur, en la que el interés superior de niñas y niños se confunde en la idea de que serán más felices viviendo sin privaciones materiales, aunque ello implique la vulneración de derechos humanos fundamentales y la privación de los vínculos amorosos más significativos para todas y todos.

viables y en la necesidad de establecer que la adopción internacional no solo constituye el único medio identificable para garantizar la ‘atención adecuada’ del niño sino también, e importante, un movimiento positivo para el niño en cuestión”.

Asilo. Refugio

Corte IDH, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25

Por Raphael Carvalho de Vasconcelos¹ y Eraldo Silva Júnior²

Introducción

La jurisdicción consultiva no es una creación del derecho internacional. Sus orígenes estarían en Inglaterra, en un momento anterior a la consolidación de la función judicial como estructura de poder independiente, cuando la Corona tenía potestades para someter a un comité judicial cualquier pregunta sobre la cual desease respaldo técnico. En ese contexto, las consultas eran especialmente importantes porque el derecho inglés todavía estaba en su período de formación y tenía características extremadamente fluidas, sin codificación consistente.³

Posteriormente, la función consultiva encontró en el derecho internacional un ambiente ideal para su desarrollo. De hecho, la atribución de competencia consultiva a las cortes y a los tribunales que se establecían tenía bastante sentido en un sistema que, al menos hasta principios del siglo XX, se estructuraba fundamentalmente basado en la costumbre.

1 Abogado y Consultor. Profesor Titular de Derecho Internacional Público (Universidad del Estado de Río de Janeiro). Profesor de Derecho Público (Universidad Federal Rural de Río de Janeiro).

2 Profesor de Derecho Internacional Público y Miembro de la Defensoría Federal del Pueblo de Brasil.

3 Pati, P. C. (1993). *Advisory jurisdiction of the Supreme Court of India: a critical study*. Vani Vihar: Utkal University, p. 43.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, creada en 1922, por ejemplo, no tenía en su estatuto original referencia a la competencia consultiva que recién por el Protocolo de 14 de septiembre de 1929 fue incorporada a la normativa del órgano jurisdiccional.

La doctrina resistió, sin embargo, sobremanera a la competencia consultiva por dos razones principales: por un lado, el carácter no obligatorio de las opiniones emitidas las convertiría fácilmente en sugerencias interpretativas que, ignoradas, llevarían a la CPJI al descrédito; por otro lado, si consideradas vinculantes, representarían para los estados la introducción de la jurisdicción internacional obligatoria.⁴

Otro elemento que genera críticas a la sistemática de las opiniones consultivas sería la dificultad de separar, de forma objetiva, la solicitud abstracta de los hechos que la originaron.

Justamente esa dificultad remarca la solicitud de opinión consultiva sobre “la institución del asilo en sus diversas formas y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas conforme al principio de igualdad y no discriminación”, presentada por la República de Ecuador a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en 2016, que resultó en la Opinión Consultiva 25, objeto del presente comentario.

En el contexto referido, las formulaciones en abstracto no ocultan los hechos concretos vinculados a los intereses del Ecuador y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte respecto al asilo diplomático concedido por el estado suramericano a Julian Assange en su embajada en Londres.

A pesar de su carácter no vinculante, las opiniones consultivas son un indicativo de la posición de la Corte IDH en un caso concreto futuro. Aparte de esa naturaleza indicativa, las respuestas a las consultas formuladas le dan al derecho mayor grado de concreción y brindan al solicitante mayor seguridad jurídica y legitimidad a sus actuaciones, especialmente debido a las dificultades de determinación de contenido de la costumbre y el todavía bajo grado de institucionalidad del derecho internacional. Asimismo, por no obligar a los estados, las opiniones consultivas conforman una importante oportunidad para que una corte de derechos humanos adopte posicionamientos más audaces, que brinden una mayor protección a los individuos.

La postura poco valiente y audaz de la Corte IDH fue, sin embargo, la marca de la Opinión Consultiva 25.

El asilo diplomático y la protección de las legaciones

El primer punto remarcado en este comentario es el trato dado por la Corte IDH a la segunda cuestión presentada por la República del Ecuador: “¿Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención

4 El uso del término “estado” en minúscula es consciente y alineado a la doctrina internacionalista más actual conforme Casella, P. B. (2011). *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. San Pablo: Atlas, pp. 1-2. Sobre la competencia consultiva de la CPJI ver Pomerance, M. (2005). The ICJ’s Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political and the Judicial. *The American Journal of International Law*, 99(1), .27.

sobre asilo, obstaculice, impida o limite la acción de otro Estado que sí es parte en dicha convención de manera que no pueda cumplir con las obligaciones y compromisos contraídos en virtud de dicho instrumento, y cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas de dicha conducta para la persona que se encuentra asilada?”.

La consulta tiene como objeto el respeto por estados terceros al asilo diplomático, un concepto jurídico típico de América Latina. La Corte IDH adoptó una posición extremadamente conservadora basada fundamentalmente en el principio de la relatividad de los tratados y en una interpretación restrictiva de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, incompatible con los designios de una corte de derechos humanos.

El asilo diplomático es una modalidad de asilo político provisional que tiene su origen en el surgimiento de las misiones diplomáticas en el siglo XV y guardaba fuerte identidad con el asilo religioso, en la medida en que era concedido también a acusados de crímenes comunes.⁵ La consolidación de los estados nacionales y la desaparición del *jus quartiorum*, es decir, de la inviolabilidad de las embajadas fundamentada en la teoría de la extraterritorialidad, generó que la importancia del asilo diplomático disminuyera gradualmente en el continente europeo hasta que, durante los siglos XIX y XX, ha sido solo eventualmente registrado en aquella región.⁶

Se afirma sin mayores dificultades, por las razones indicadas, que jamás existió en Europa asilo diplomático similar al existente en América Latina, en la medida en que la concesión de asilo en embajadas solo era admisible cuando estas eran consideradas, por ficción jurídica, territorio extranjero. Una vez reconocido el asilo diplomático como costumbre regional, no sería posible oponerlo a terceros estados y tampoco la Convención Interamericana sobre Asilo Diplomático les sería aplicable. Este panorama no significa, sin embargo, que no existen maneras de proteger en legaciones extranjeras a los individuos víctimas de persecución fuera de la América Latina.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 considera refugiado a cualquier persona que tema ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social o político (art. 1º). Así, no solo la persecución fundada en motivación política puede dar lugar a la caracterización de determinado individuo como refugiado y también la protección dada por la Convención es más amplia que la conferida por el asilo diplomático, en la medida en que admite como bastante la simple existencia del temor de persecución.

La Convención tiene como requisitos, además del fundado temor de persecución en razón de las causas indicadas, tan solo que el individuo se encuentre fuera del país de su nacionalidad –en el caso de los apátridas, del lugar de su residencia habitual– y no pueda –o debido al fundado temor no quiera– valerse de la protección de este país (art. 1.A.2). No hay, de tal modo, ninguna exigencia de territorialidad en relación con el estado protector, sino tan solo el hecho de estar el individuo fuera del estado de su nacionalidad.

5 Mello, C. D. A. (2004). *Curso de direito internacional público, volumen 2*. Río de Janeiro: Renovar, p. 1100.

6 *Ibidem*.

Aunque la legación no integre el territorio del estado representado, el estado territorial en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, sobre ese espacio no ejerce jurisdicción plena —especialmente ante la inviolabilidad prevista en el artículo 22 de la referida Convención—. Así, ejerciendo el estado de la legación jurisdicción sobre un individuo que se encuentre fuera del territorio de su nacionalidad —no puede el individuo, por lo tanto, ser nacional del estado territorial— y al existir fundado temor de persecución por opinión política, correspondería reconocerle la condición de refugiado.

Se resalta que la necesidad de observación de las obligaciones derivadas de convenciones de derechos humanos en cualquier lugar en que el estado ejerza jurisdicción fue reconocida por órganos jurisdiccionales internacionales. La Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, al juzgar casos como *Medvedyev y Otros Vs. Francia*, reconoció la aplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales también en aguas internacionales.

En relación a los nacionales de terceros estados —excluidos, por lo tanto, los nacionales del estado territorial—, existiría, en conclusión, plena superposición entre los conceptos de asilo diplomático y de refugio. En ese sentido, el deber del estado de la legación de reconocer al individuo la condición de refugiado será oponible al menos a todos los estados partes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.⁷

El non-refoulement y los deberes de los Estados

La Corte IDH concluyó, en cuanto al principio del non-refoulement, que “es exigible por cualquier persona extranjera, incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado”,⁸ a lo que agregó que “no solo exige que la persona no sea devuelta, sino que impone obligaciones positivas sobre los Estados”.⁹

El tribunal desperdició una importante oportunidad para desarrollar, al menos en el contexto del sistema regional, el posicionamiento de la Corte Internacional de Justicia cuando resolvió el caso “Haya de la Torre”.

En 1948, el gobierno peruano responsabilizó al partido Alianza Popular Revolucionaria Americana por el intento de golpe de estado fracasado. Víctor Raúl Haya de la Torre, dirigente de dicho partido, ingresó a la embajada de Colombia, que le concedió asilo político. Luego, el estado peruano negó la concesión de salvoconducto permitiendo el traslado de Haya de la Torre al territorio colombiano.¹⁰

7 Hathaway, J. C. y Foster, M. (2014). *The law of refugee status*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 24.

8 Corte IDH, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párrs. 164-199.

9 Idem, párrs. 194-199.

10 Barreto, R. Z. (2015). De Haya de la Torre a Manuel Zelaya: Vicissitudes e afirmações do Direito Latino-Americano de Asilo Diplomático En Paulo Pereira, A. C. y Menezes, W. (orgs.), *Direito e relações internacionais na América Latina* (pp. 570-587), Belo Horizonte: Arraes.

Fracasadas las tentativas de solución diplomática de la controversia, el caso fue sometido a la CIJ que, en una opinión consultiva sin grandes efectos prácticos, entendió no haber un derecho unilateral del estado de la embajada a calificar la persecución sufrida como política y que eso no obligaría, como consecuencia, a Perú a conceder salvoconducto para el asilado. La CIJ tampoco determinó, sin embargo, la entrega de Haya de la Torre al estado territorial, cuestión planteada posteriormente por las partes.¹¹

Los hechos que inspiraron la consulta formulada por Ecuador a la Corte IDH tienen innegable paralelo con el caso Haya de la Torre sometido a la CIJ. Como en el caso de 1948, Ecuador concedió asilo diplomático a un individuo calificado unilateralmente como perseguido político y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte negó la concesión de salvoconducto, haciendo que el asilo permaneciera de modo indefinido en la legación.¹²

En cuanto a la prohibición del rechazo, la Corte IDH afirmó que

el principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera, incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado. Esta disposición incluye los actos realizados por las autoridades migratorias y fronterizas, así como los actos realizados por funcionarios diplomáticos.¹³

Se reconoce, por tanto, la obligación del estado de la legación de recibir a la potencial víctima de persecución, así como de proceder al análisis del caso y al respeto de todas las garantías derivadas de la condición de asilo/refugio: i) obligación de no devolver (*non-refoulement*) y su aplicación extraterritorial; ii) obligación de permitir la solicitud de asilo y de no rechazar en frontera; iii) obligación de no penalizar o sancionar por ingreso o presencia irregular y de no detención; iv) obligación de brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado; v) obligación de asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado; vi) obligación de adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes; vii) obligación de otorgar la protección internacional si se satisface la definición de refugiado y asegurar el mantenimiento y continuidad del estatuto de refugiado; viii) obligación de interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión, y ix) obligación de brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado.¹⁴

11 *Ídem*, pp. 571 y 572.

12 La condición de asilado diplomático fue reconocida el 16 de agosto de 2012 al solicitante de nacionalidad australiana que había ingresado en la Embajada de Ecuador el 19 de junio del mismo año. La revocación del reconocimiento de su condición protectora el 11 de abril de 2019 y su detención el mismo día por las fuerzas de seguridad del Reino Unido –invitadas a ingresar en la embajada– conforman hechos que se suman a las críticas a la postura poco audaz de la Corte IDH plasmadas en este comentario, especialmente respecto a la posibilidad de identificación de los requisitos del refugio en contextos de reconocimiento de asilo.

13 Corte IDH, cit., párr. 192.

14 *Ídem*, párr. 99.

La cuestión principal dejada en abierto por la CIJ no fue, sin embargo, debidamente enfrentada por la Corte IDH. Al afirmar que el estado parte de la Convención sobre Asilo Diplomático estaría obligado a recibir al solicitante y a procesar la solicitud de asilo y, al mismo tiempo, negar cualquier efecto a terceros ante al principio de la relatividad de los tratados, la laguna dejada por la CIJ en “Haya de la Torre” no fue debidamente solucionada.

En los términos de la opinión consultiva, Ecuador estaría obligado a examinar y, una vez identificados los requisitos, a conceder el asilo diplomático. El estado territorial que no es parte de la Convención, a su vez, no estaría obligado a conceder el salvoconducto. A ese respecto, la Corte IDH señaló que

la situación jurídica de la persona tampoco puede quedar en un limbo o prolongarse indefinidamente. Así, la Corte ha precisado, en otros supuestos distintos al aquí examinado, que la persona no solamente tiene el derecho a no ser devuelta, sino que este principio requiere también la actuación estatal, teniendo en cuenta el objeto y fin de la norma. Ahora bien, el hecho de que la persona no pueda ser devuelta no implica *per se* que el Estado deba necesariamente otorgar el asilo en su sede diplomática, sino que subsisten otras obligaciones que imponen al Estado adoptar las medidas diplomáticas, incluida la solicitud al Estado territorial de expedir un salvoconducto, o de otra índole que estén bajo su autoridad y, de conformidad con el derecho internacional, para asegurar a los solicitantes la garantía de los derechos convencionales.¹⁵

Conclusión

La Opinión Consultiva 25 reconoció al estado de la legación la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para que la situación jurídica del asilo no se prolongara indefinidamente. Sin embargo, al no establecer obligaciones para el estado territorial, la Corte Interamericana perdió una oportunidad singular para solucionar una laguna dejada por la Corte Internacional de Justicia en el caso “Haya de la Torre”.

En ese sentido, el reconocimiento de la posible aplicabilidad superpuesta entre los institutos del asilo y del refugio bajo determinadas condiciones permitiría la atracción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados a situaciones tratadas como asilo diplomático y sus correspondientes obligaciones generadas a un número bastante más contundente de estados.

¹⁵ *Ídem*, párr. 198.

Ejecuciones extrajudiciales. Reparaciones

Corte IDH, *Caso Coc Max y otros
(Masacre de Xamán) vs. Guatemala.*
Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia
de 22 de agosto de 2018. Serie C No. 356

Por Mario Alcides Polanco Pérez¹

Introducción

El 16 de noviembre de 1995 las víctimas de la comunidad de Xamán presentaron su denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Durante dos décadas fueron presentados testimonios y documentos hasta que, finalmente, el 22 de agosto de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) condenó al Estado de Guatemala por la denominada Masacre de Xamán.

Inicialmente la comunidad contó con el acompañamiento jurídico y moral de la Fundación Rigoberta Menchú Tum, que, además de impulsar la búsqueda de justicia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo hizo ante los tribunales de justicia nacionales, habiendo alcanzado exitosamente que se condenara a 14 de los 25 responsables de esa masacre.

Posteriormente, la dirigencia de la comunidad buscó al Grupo de Apoyo Mutuo, organización que les brindó acompañamiento jurídico y moral durante la última década. Como resultado de esa asesoría fue posible que la Corte IDH emitiera la sentencia condenatoria contra el Estado guatemalteco.

¹ Magíster en Seguridad y Defensa, graduado en la Universidad Mariano Gálvez. Director del Grupo de Apoyo Mutuo.

El 22 de agosto de 2018 fue notificada la sentencia. Sin embargo, su cumplimiento es incierto, las acciones que GAM y los familiares deberán librar frente al Estado seguramente serán tan complicadas y duras como las impulsadas para llegar a la condena.

La sentencia de la Corte IDH se enmarca en la justicia transicional primordialmente por el avance que se hace en favor de los pueblos indígenas, que tradicional e históricamente han sido dejados en el olvido. Además, teniendo en cuenta que el cumplimiento de la sentencia en Guatemala es de carácter obligatorio, contempla la necesidad de investigar en cadena de mando a los responsables intelectuales de la masacre, ordena la reparación a las víctimas, permite alcanzar la verdad y, con ella, que la reconciliación pueda llegar a las víctimas y los familiares de quienes fueron masacrados. No menos importante es que la sentencia constituye un instrumento en la garantía de no repetición.

Hechos ocurridos previos a la masacre

En Guatemala se vivió un conflicto armado interno entre los años 1962 y 1996, que como consecuencia de los abusos provenientes desde el Estado provocó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales.² En dicho marco fueron cometidas graves violaciones a los derechos humanos, entre ellas, ejecuciones extrajudiciales, masacres, desaparición forzada de personas, amenazas, intimidaciones y otros abusos que provocaron que buscando salvar la vida “150 mil personas buscaran seguridad en México”³ y otros países, algunos en calidad de exiliados y la mayoría como solicitantes de refugio.

Luego de iniciadas las negociaciones en favor de la paz, en 1991 el Estado creó la Comisión Nacional de Atención de Repatriados, Refugiados y Desplazados (CEAR), que sería la encargada de programar, organizar y operativizar el retorno de guatemaltecos y guatemaltecas que vivían en campamentos de refugiados, especialmente en Estados de la República mexicana cercanos a Guatemala.

Uno de esos grupos de retornados fue situado en la comunidad “Aurora 8 de octubre”, la cual se ubicó en la finca Xamán, municipio de Chisec, en Alta Verapaz, un departamento ubicado al norte de Guatemala. La nueva colectividad fue conformada por 140 familias –50 que ya vivían en Xamán y 90 retornadas de los campamentos de refugiados–.

Adoptó el nombre “Aurora 8 de octubre” para conmemorar la fecha del retorno a Guatemala luego de más de una década viviendo en los campamentos de refugiados.

2 Cfr. Corte IDH, *Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2018. Serie C No. 356, párr. 27.

3 Ídem, párr. 31.

La masacre

El 5 de octubre de 1995 la población de la comunidad se encontraba en preparativos para conmemorar el primer aniversario del retorno. Durante la mañana los pobladores se percataron de la presencia de una patrulla militar integrada por 25 personas entre oficiales y tropa.

Hombres, mujeres y niños de la comunidad se acercaron a los militares para conminarlos a abandonar el área; empero estos optaron por adentrarse.⁴ Cuando fueron rodeados por la comunidad, intentaron salir por la fuerza empujando a la gente, primero con el cuerpo y posteriormente haciendo uso de los fusiles sin dispararlos. En el curso de esa situación de tensión, en un momento los soldados dispararon a la señora Juana Jacinto Felipe produciendo su muerte. Luego utilizaron sus armas indiscriminadamente contra cualquiera que estuviera frente a ellos.

La gente comenzó a correr, por lo que varias personas cayeron bajo el impacto de proyectiles mientras huían y, según se denunció, tres fueron rematadas cuando estaban tendidas en el suelo. Autoridades judiciales dieron por acreditado que después de producidos los disparos referidos, cuando los soldados estaban saliendo del lugar, encontraron al niño Santiago Coc –de 7 años de edad–, a quién dispararon, causando su muerte.

Debido a la presencia de observadores internacionales en el área se pudo contar con información de la masacre en tiempo real. La primera reacción de las fuerzas armadas fue responsabilizar a la insurgencia, posteriormente negaron que soldados u oficiales tuvieran responsabilidad, hasta que pocas horas después se supo la verdad.

Como consecuencia de ello, el gobierno de Ramiro de León Carpio destituyó al ministro de la Defensa y al comandante de la zona militar de la cual dependía la patrulla responsable de la masacre.

La investigación fue realizada por el Juzgado Militar de Primera Instancia de Jalapa, un departamento ubicado en el otro extremo del país. Es importante tomar nota sobre la intención del Ejército de que intervenga la justicia militar como si se tratara de un ilícito cometido al interior del ejército, pretendiendo ignorar que ese tipo de delitos deben ser conocidos por el fuero civil.

Viendo retrospectivamente esa intención del Ejército, se debe reconocer que de no haber existido no habría sido posible que Rigoberta Menchú Tum impugnara la decisión de ese juez de continuar conociendo del caso.

Fue precisamente esa impugnación la que permitió que el fuero militar quedara guardado entre los recuerdos, pues a partir de ahí, ningún otro proceso por violaciones a los derechos humanos ha vuelto a ser conocido por un juez militar.

⁴ Ídem, párr. 37. Allí se hace referencia al testimonio de Efraín Grave Morente, quien expuso ante la Corte que los militares inicialmente dijeron que se habían extraviado, luego cambiaron de argumento diciendo que lo que ellos pretendían era que los invitaran a la celebración.

Procedimiento ante los órganos nacionales e internacionales encargados de administrar justicia

Con el propósito de comprender mejor los detalles cronológicos es importante contar con un mapa de tiempo que permita comprender las complicaciones que las víctimas y sus representantes tuvieron que enfrentar para llegar a la justicia, si es que se le puede llamar justicia.

Proceso nacional

- 31 de octubre de 1995: Rigoberta Menchú Tum se presenta como querellante e inmediatamente plantea al juez militar de primera instancia de Jalapa que ese juzgado no tiene competencia para conocer el hecho criminal.
- 2 de noviembre de 1995: El Juzgado Militar de Primera Instancia de Jalapa declaró improcedente dicha solicitud. Inmediatamente ella impugnó esa resolución.
- 31 de enero de 1996: la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones de Jalapa consideró que los delitos cometidos tenían carácter común y ordenó el traslado del expediente al Juzgado Segundo de Primera Instancia de Cobán. Con esa decisión el caso retorna al departamento en que se habían cometido los hechos delictivos.
- 29 de mayo de 1996: El fiscal presenta acusación ante el juez de Primera Instancia Penal.
- 30 y 31 de mayo de 1996: El juez de Primera Instancia Penal deja sin efecto la prisión preventiva de ocho integrantes de la patrulla militar.
- 14 de octubre de 1996: La Sala Duodécima de la Corte de Apelaciones revocó la libertad de siete de los ocho militares.
- 12 de noviembre de 1996: La querellante planteó la petición de apertura a juicio.
- 7 de mayo de 1997: El Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Alta Verapaz decretó la apertura a juicio.
- 21 de abril de 1998: Dio inicio la audiencia pública.
- 27 de abril de 1998: La querellante recusó al tribunal aduciendo parcialidad manifiesta.
- 6 de enero de 1999: Rigoberta Menchú Tum renunció a su condición de querellante adhesiva en el proceso por considerar que no se estaban cumpliendo las condiciones del debido proceso.
- 12 de agosto de 1999: se dicta sentencia, en la cual se condenó al oficial al mando de la patrulla y a diez militares que la integraban por el “delito de homicidio culposo” y les impuso una pena de “cinco años de prisión conmutable”. Además, se condenó a otros 14 miembros de la patrulla por el delito de “homicidio culposo” en “complic[idad]” y les impuso una pena de “cuatro años de prisión conmutables”.

- 12 de abril de 2000: La Cámara Penal de la CSJ anuló la sentencia y ordenó la celebración de un nuevo debate.
- 3 de junio de 2003: Se inició el nuevo debate oral.
- 8 de julio de 2004: El Tribunal de Sentencia emitió una sentencia en la que condenó a 14 militares por ejecución extrajudicial en calidad de autores materiales y por lesiones graves causadas a 29 sobrevivientes. Les impuso la pena de 40 años de prisión incommutables.

En el momento en que se emitió la sentencia de la Corte IDH en 2018, 2 de los 14 militares condenados habían salido de prisión y otros estaban a punto de hacerlo por rebajas en la condena. Además, 11 militares no fueron recapturados luego de haber salido en libertad en 1999, cuando los habían condenado a penas menores que eran conmutables.

Víctimas y familiares de las víctimas han señalado que mantienen el temor de alguna venganza de parte de los once militares que no fueron capturados o de los que han obtenido su libertad.

Trámite ante el SIDH

La CIDH tuvo conocimiento de los hechos casi de manera inmediata. En noviembre de 1995, con el propósito de evitar nuevas incursiones de militares o nuevos hechos de violación a los derechos humanos, Rigoberta Menchú Tum tomó la decisión de hacer del conocimiento de la Comisión los hechos ocurridos. En diciembre de 2002 la Comisión comunica a las partes la decisión de diferir el análisis de admisibilidad. Recién el 10 de junio de 2016, la CIDH aprueba el informe de admisibilidad y fondo bajo el número 28/16, donde concluye que Guatemala es responsable internacionalmente por la violación a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales, los derechos del niño, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la protección judicial. El 21 de septiembre sometió el caso a la Corte IDH. El trámite ante el Tribunal duró poco menos de dos años.

Justicia tardía no es justicia

La famosa cita de Séneca de que la justicia tardía no es justicia se ha repetido reiteradamente, especialmente en países en los que no se ha impulsado la justicia transicional como política de Estado y para hacerla realidad ha sido necesario librar verdaderas batallas contra el orden establecido, que regularmente ha sido de mantener la impunidad y de proteger a quienes cometieron abusos.

Sin ánimo de contradecir a Séneca, es importante ver los procesos en favor de la justicia como un paso importante para conocer la verdad y castigar a los responsables, por lo que, como dice Ricardo Trotti, “la justicia tardía también es justicia”.⁵ Además agrega que “no importa la tardanza si llega para acabar

⁵ Trotti, R. (11 de junio de 2018). La justicia tardía también es justicia. *Diario Vanguardia*. Recuperado de <http://www.vanguardia.com/opinion/columnistas/ricardo-trotti/435596-la-justicia-tardia-tambien-es-justicia>

con la impunidad”, aunque se debe señalar de manera crítica la manera prolongada como los hechos fueron conocidos en la Comisión, donde estuvo bajo investigación y estudio por un periodo que se prolongó durante 21 años y dos meses.

Algunas de las víctimas sobrevivientes y familiares sufrieron frustración, perdieron la esperanza y dejaron de creer en las instituciones, otros fallecieron con la expectativa de lograr conocer una sentencia.

En efecto, luego de la masacre, la comunidad de Xamán fue visitada por Ramiro de León Carpio, quien era presidente de la República. En aquel momento ofreció que se aplicaría justicia y se repararían los daños causados. Años más tarde, en 2013 y 2014, Jorge Herrera presidente del Programa Nacional de Resarcimiento (PNR) visitó a las víctimas. En 2016 se repetiría ese hecho, solo que ahora sería el comisionado presidencial de Derechos Humanos, el Licenciado Víctor Hugo Godoy.

A lo largo de los 33 años que mediaron entre la masacre y la sentencia, víctimas y familiares de las víctimas viajaron como promedio tres veces por año a la CIDH; se debe sumar la visita a la comunidad de al menos 45 visitas de integrantes del GAM.

Esa dinámica contribuyó a que se produjera la sentencia. De lo contrario, posiblemente todavía estaría guardada en algún archivo de la Comisión, pero la realidad es que también se generó expectativas que al momento de escribir este artículo siguen sin posibilidad de cumplir, por la falta de voluntad del Estado por aceptar la sentencia y de cumplir con lo allí establecido.

Derechos vulnerados

Sobre los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, la Corte señala que los Estados parte están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones a los derechos humanos (artículo 25), que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1).⁶

Dentro de las consideraciones generales sobresalen las siguientes:

- La obligación de realizar una investigación de los hechos a fin de, en su caso, establecer responsabilidades y sanciones, adquiere importancia de acuerdo a la naturaleza de los derechos lesionados y la gravedad de los delitos cometidos.⁷
- Las diligencias deben ser valoradas en su conjunto,⁸ manteniendo criterios objetivos o de razonabilidad, a partir de las circunstancias particulares del caso y los argumentos de la Comisión.⁹

6 Ídem, párr. 77.

7 Ídem, párr. 79.

8 Ibídem.

9 Ídem, párr. 81.

- El fuero militar no es el competente para investigar violaciones a los derechos humanos,¹⁰ aunque reconoce que luego de que el proceso fue trasladado no se tuvo conocimiento de acciones en que se buscara entorpecer las diligencias.

- Es imperativa la necesidad de investigar, además de la autoría material, a los autores intelectuales y de la cadena de mando.

La Corte establece que los derechos a la vida, integridad personal y derechos del niño en relación con la obligación de respetar los derechos sin discriminación constituyen una masacre y que fue perpetrada en perjuicio de once personas que resultaron muertas y 29 personas heridas.¹¹

Además, se discriminó a las víctimas por su condición de mayas al pertenecer a los grupos indígenas mam, q'qchi', q'anjob'al e ixil, algunos ladinos.

La Corte contempla la calidad de víctimas a los familiares de quienes perdieron la vida o sufrieron heridas.¹² Asimismo, considera víctimas a los familiares de dos personas que no fueron incluidas en los listados por parte de la Comisión y los representantes de las víctimas.

Acerca de la posible violación al derecho a la propiedad privada, los representantes de las víctimas sostuvieron que se había violado debido al ingreso del Ejército sin una orden judicial. No obstante lo ocurrido, la Corte señala que “si bien el ejército ingresó a la comunidad “Aurora 8 de octubre”, la finca Xamán en que se encontraba dicha comunidad era propiedad de una cooperativa, no de alguna de las presuntas víctimas consideradas en forma individual”,¹³ por lo que no pudo lesionar la propiedad privada

En cuanto a la violación al derecho a la igualdad ante la ley –debido a la brutalidad con que los integrantes del Ejército actuaron–, la Corte IDH critica que “no especificaron las personas en perjuicio de quienes se habría violado el derecho a la igual protección de la ley” y que para determinar dicha violación no bastaría una situación meramente contextual, sino que resulta necesario que se acrediten “hechos concretos de discriminación en el marco de las investigaciones que constituyeran obstáculos”. Por ende, concluye señalando que Guatemala no violó el artículo 24 de la Convención.¹⁴

Reparaciones

El Estado de Guatemala, a través del Decreto 258-2003, creó el Programa Nacional de Resarcimiento a través del cual se plantea el objetivo de resarcir a las víctimas de los delitos de desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura física y psicológica, desplazamiento forzado, reclutamiento militar forzado de menores, violencia sexual y violación sexual, violaciones en contra de la niñez y masacres.¹⁵

10 Ídem, párr. 84.

11 Ídem, párr. 104.

12 Ídem, párr. 123.

13 Ídem, párr. 135.

14 Ídem, párr. 142.

15 Artículo 2º. Acuerdo Gubernativo 258-2003 que crea el Programa Nacional de Resarcimiento.

Allí se señala que los tipos de reparación brindada serán: dignificación de las víctimas, restitución material, así como los resarcimientos: cultural, psicosocial y rehabilitación, económico.

El PNR fue creado en 2003, habiendo funcionado de manera eficiente durante la primera administración, para posteriormente convertirse en una especie de botín que ha sido utilizado con fines electorales para financiamiento de campañas, además de haberse convertido en un espacio destinado a la corrupción.

Fue creado con el compromiso estatal de aportar Q 300 millones anuales. Debido a la pobre ejecución de sus recursos, disminuyó sustancialmente hasta quedar en Q 26.4 millones que fueron asignados en el presupuesto para 2018.¹⁶

Aproximadamente 35.000 víctimas o sus familiares han acudido al PNR. No todas han sido beneficiadas con alguno de los programas que se aplican, debido a que la carga de la prueba no recae en el Estado sino en los solicitantes. Ello implica que para muchas personas es imposible poder demostrar que sufrieron las consecuencias de las violaciones a los derechos humanos.

Las víctimas y los familiares de las víctimas de la masacre de Xamán no acudieron ante el PNR. En ese sentido, la Corte IDH señala que tiene conocimiento que la reparación no ha sido efectuada, por lo que el Estado debe cumplir con una reparación integral.

Sobre las medidas de reparación, la Corte establece las siguientes:

- Obligación de investigar los hechos del caso y, en su caso, juzgar y sancionar a los responsables: 14 militares fueron procesados y condenados, 11 más se fugaron y no se ha hecho ningún esfuerzo por capturarlos. A ello debe agregarse que no fueron investigados otros responsables en la cadena de mando, medida que habría permitido identificar a los responsables intelectuales. Un crimen de esa magnitud no pudo realizarse de manera aislada, posiblemente oficiales de rango mayor tuvieron conocimiento acerca del recorrido de la patrulla. La intención de proteger a los responsables materiales demuestra que pretendieron que el crimen quedara en la impunidad.
- Las víctimas y las familias de las víctimas cuentan con un periodo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia para solicitar que les brinden las medidas de rehabilitación a través de tratamientos diferenciados y especiales en instituciones públicas, que deberán proveer tratamientos psicológicos y psiquiátricos por el tiempo que sea necesario.
- Como medida de satisfacción, el Estado debe publicar la sentencia en un diario de los de mayor circulación, además de tenerla puesta durante un año en el sitio web oficial y la realización de un acto público a través del cual acepte la responsabilidad y le pida a la población una disculpa por el abuso cometido.

16 Guatemala, Ministerio de Finanzas Públicas. Sistema de Contabilidad Integrada del Estado (2018). *Ejecución de gastos. Reporte R00804768.rpt*, p. 400. Recuperado de <https://www.inacif.gob.gt/docs/uip/InformacionPublicadeOficio-numeral29-11.pdf>

- Se establece la necesidad de que el centro de salud de la comunidad sea abastecido con medicina y que un médico brinde la atención que la comunidad requiera.
- La reparación material también contempla la construcción de una carretera como vía de acceso, que conduce a la autopista denominada Franja Transversal del Norte, debe ser ampliada y asfaltada en un plazo no mayor a los dos años.
- Por último, el Estado debe garantizar el pago de indemnización compensatoria a cada una de las víctimas o familiares sobrevivientes.

Cumplimiento de la sentencia

El Estado de Guatemala tiene poca o nula voluntad por cumplir con lo establecido por la Corte IDH. Como consecuencia de ello, se han celebrado audiencias en las que se ha evaluado el papel del Estado guatemalteco

La última de ellas se produjo el 21 de agosto de 2014 en donde al evaluar el cumplimiento del Estado de Guatemala afirmó que

La posición asumida por Guatemala durante la audiencia privada de supervisión de cumplimiento de sentencias celebrada el 16 de mayo de 2014 ante el pleno de este Tribunal constituye un acto de evidente desacato del Estado respecto de la obligatoriedad de las Sentencias dictadas por este Tribunal, contrario al principio internacional de acatar sus obligaciones convencionales de buena fe y un incumplimiento al deber de informar al Tribunal.¹⁷

Conclusiones

- La masacre de Xamán fue cometida 14 meses antes de la firma de la paz que puso fin a un largo conflicto armado, en momentos en que se había producido el cese al fuego por parte de la ex insurgencia y el Ejército. De manera institucional el Ministerio de la Defensa intentó proteger a los integrantes de la patrulla militar, primero responsabilizando a la guerrilla de lo que había ocurrido en Xamán y posteriormente a través de que un juez militar conociera del proceso que se seguía contra los responsables de ese crimen.
- En el ámbito nacional y en el interamericano, la justicia ha sido tardía, aunque debe reconocerse que ha sido posible hacerla realidad.
- Las familias de las víctimas y las víctimas de la masacre de Xamán mantienen la esperanza de que se alcance la justicia plena. En este sentido, la sentencia de la Corte IDH satisface y genera expectativas

¹⁷ http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/11_Casos_21_08_14.pdf

de que se capturará a los once militares que no fueron procesados, que se establecerán las condiciones para garantizar la no repetición y que se reparará a quienes han sufrido las secuelas de la masacre.

- El Estado guatemalteco ha incurrido en desacato frente a las sentencias de la Corte IDH. Entonces, posiblemente habrá reticencia a cumplir con el contenido de la sentencia de este caso.

Violencia contra las mujeres. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Discriminación en razón de género

Corte IDH, *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362

Por Federico Manuel González¹

I. Introducción

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o la Corte) que aquí se comenta, se enmarca dentro de un contexto regional y generalizado de discriminación y violencia sistemática contra las mujeres. La lectura de este paradigmático precedente nos invita a la reflexión y a la vez nos enfrenta a una realidad que nos interpela a diario: la desigualdad de género.

A lo largo de la historia hemos sido testigos de la opresión sistemática que los varones ejercen sobre las mujeres. Desde una producción (y reproducción) de saber sesgada y androcéntrica, se han naturalizado ciertas características y determinados roles de género que ubican a las mujeres en una posición jerárquicamente inferior con respecto a los hombres. A ello se suma la violencia que aquellas padecen por el solo hecho de ser mujeres, en países donde la legislación penal no se adecua a los estándares internacionales de derechos humanos y pareciera haberse quedado petrificada en el tiempo, con tipificaciones inadecuadas que poco ayudan a solucionar el problema.

¹ Abogado (UBA). Relator (int.) en la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA. Ayudante de Primera de Teoría del Estado (UBA).

Tal como veremos a continuación, la vulnerabilidad de la mujer alcanza su punto cúlmine cuando el propio Estado no es capaz de actuar diligentemente en causas de violencia de género. La consecuencia de este accionar omisivo fue la responsabilidad internacional de Venezuela por incumplir con los deberes que emanan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará) y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST).

Lo interesante de este caso es que la Corte IDH deja al descubierto cómo el derecho erra cuando opera motivado por estereotipos negativos, que no hacen más que reforzar la brecha de la desigualdad sexo-genérica. Es que, tal como refiere Zaffaroni, el poder punitivo opera selectivamente: se reparte conforme a la vulnerabilidad y esta responde a estereotipos. A su vez, los estereotipos se construyen en relación con imágenes negativas cargadas con todos los prejuicios que contribuyen al sostenimiento cultural de las discriminaciones.²

II. Los hechos del caso

Linda Loiza tenía apenas 18 años cuando fue secuestrada por un particular en la ciudad de Caracas, en marzo de 2001.³ Estuvo privada de su libertad por casi cuatro meses y fue víctima de reiteradas violaciones sexuales y maltratos de todo tipo.⁴

Según manifestaron los representantes de las víctimas, ante la desaparición de la joven, su hermana Ana habría querido denunciar el hecho ante la policía en seis oportunidades, sin conseguir que le tomaran declaración. Fue recién en el mes de mayo de 2001 cuando consiguió formular una denuncia ante el Cuerpo Técnico de Policía Judicial contra el agresor, la cual fue procesada por el delito de amenazas de muerte. Los funcionarios actuantes únicamente habrían intentado comunicarse telefónicamente con el denunciado y, al no obtener respuesta, le dejaron mensajes para que compareciera a la dependencia policial.⁵

Luego de su rescate en el mes de julio de 2001, Linda tuvo que permanecer hospitalizada y en rehabilitación por casi un año, debido a las severas secuelas que le dejó el evento traumático del que fuera víctima. En ese contexto, la fiscal que llevó el caso dispuso un régimen de prohibición de visitas durante

2 Cf. Zaffaroni, E. R. (2000). El discurso feminista y el poder punitivo. En H. Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo - El género del Derecho Penal*. Buenos Aires: Biblos, p. 28.

3 Oriunda del Estado de Mérida, a principios del año 2001 se había mudado junto a su hermana a la ciudad de Caracas, con la intención de realizar estudios universitarios y buscar trabajo. Corte IDH, *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 59.

4 Según el relato de la víctima, las agresiones sexuales y físicas fueron constantes. Fue obligada a consumir estupefacientes y medicamentos, ver películas pornográficas, cocinar y permanecer desnuda, siempre bajo amenazas de matar a su familia. Su captor decía a las demás personas que Linda era su pareja y que los gritos eran por problemas de relación que estaban resolviendo, obligándola a decir que se encontraban bien [...] cuando él salía la dejaba esposada en la habitación. La víctima debía suplicar permiso al agresor cada vez que necesitaba ir al baño y era alimentada con sobras de comida para sobrevivir. Ídem, párr. 64.

5 Ídem, párr. 68.

su permanencia en el nosocomio en el que se encontraba, por lo que sus padres e incluso su abogado tuvieron que sortear todo tipo de obstáculos legales e institucionales para poder reunirse con ella.

Los hechos del caso fueron investigados en sede penal. Se llevaron a cabo dos juicios orales, ya que el primero fue anulado. Como consecuencia del segundo proceso, Luis Antonio Carrera Almoína fue condenado por los delitos de privación de la libertad y lesiones gravísimas, pero absuelto por el delito de violación. Las dos personas que fueron acusadas por otros hechos concomitantes (peculado y encubrimiento, entre otros) fueron absueltas.

En el año 2008 se declaró cumplida la pena. Sin embargo, aún se encontraba pendiente la revisión del proceso en lo atinente al delito de violación.⁶

Durante los años posteriores al rescate de Linda Loiza, su familia y ella tuvieron que transitar un triste derrotero signado por la impotencia y la desesperación. Según consta en el pronunciamiento de la Corte IDH, se detectaron serias irregularidades en el proceso penal⁷ y tanto sus parientes como su abogado sufrieron amenazas durante la tramitación del juicio.

Ante este contexto de completa impunidad, la víctima presentó una petición formal ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Finalizados los procedimientos de rigor, el caso fue sometido ante la Corte IDH.

II.1. El reconocimiento parcial de responsabilidad por parte de Venezuela

El Estado venezolano admitió que la actuación de sus órganos judiciales había sido inadecuada y que no cumplió con los estándares internacionales en materia de derechos humanos y de violencia contra la mujer, ni con la obligación de investigar y sancionar debidamente los acontecimientos que originaron los daños sufridos por Linda Loiza.

Asimismo, reconoció que desde el momento de su rescate la víctima no recibió una atención adecuada. En esa línea, agregó que el marco normativo vigente al momento de los hechos era discriminatorio, cuestión que –según alegó– habría sido superada a partir del año 2007, cuando entró en vigencia la Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Por otro lado, reconoció su responsabilidad por la violación a la integridad personal de los familiares de Linda, en los términos del artículo 5° de la Convención Americana.

Sin embargo, Venezuela controvirtió expresamente que Ana López Soto hubiera intentado interponer la denuncia para dar con el paradero de su hermana el día 28 de marzo de 2001 o que hubiera intentado hacerlo en otras oportunidades –sin éxito–. También desconoció el contexto permisivo frente a

⁶ Téngase presente que para la fecha de la sentencia de la Corte IDH habían pasado 17 años sin que la víctima pudiera dar por concluido el procedimiento penal iniciado contra su agresor.

⁷ Corte IDH, *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*, cit., párrs. 201-216.

la violencia de género y que hubiera una desatención por parte de las autoridades a los padres de la víctima cuando llegaron a la ciudad de Caracas para encontrarse con su hija.⁸

III. La sentencia

A tenor de los antecedentes fácticos referidos anteriormente y las denuncias efectuadas, la Corte analizó la atribución de responsabilidad al Estado.

III.1. Responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento del deber de prevención

El Tribunal recordó la doctrina emanada de varios de sus precedentes⁹ y explicó que el derecho internacional de los derechos humanos impone una obligación de diligencia estricta en la prevención de la violencia contra la mujer. Esta obligación tiene dos facetas: por un lado, la adopción de medidas de carácter general en el plano normativo e institucional y, por el otro, la debida diligencia en la respuesta estatal ante la notificación de una desaparición o secuestro de una mujer.

Así, señaló el incumplimiento de las dos aristas referidas anteriormente, en el plano general, ya que el marco institucional y normativo de Venezuela para la prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer, al momento de los hechos, era deficitario. En esa línea, advirtió sobre la falta de formación técnica de los funcionarios encargados de recibir denuncias y explicó que el Código Penal vigente al momento de los hechos era altamente discriminatorio contra la mujer, sobre todo en lo que respecta a la tipificación de los delitos sexuales.¹⁰

Puntualizó que el bien jurídico protegido en los delitos sexuales no era la libertad sexual o la integridad de la mujer, sino lo relativo a la “moral y las buenas costumbres”. Aunado a ello, la tipificación de la tortura era insuficiente en tanto se circunscribía a personas en custodia, lo que dificultó, en el caso, la correcta investigación y sanción al agresor por los actos de tortura perpetrados a Linda Loaiza.

En cuanto a la obligación de actuar con debida diligencia, concluyó que el Estado incurrió en responsabilidad internacional al menos desde el 26 de mayo de 2001 –momento en el que la hermana de la víctima había presentado la denuncia– por los actos de violencia cometidos por particulares contra Linda López Soto, al haber tolerado la violación a sus derechos a la integridad personal, libertad per-

8 Ídem, párr. 28.

9 *Inter alia*, Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205 y *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307.

10 Por ejemplo, establecía penas diferenciadas y más gravosas para el delito de adulterio en caso en que la mujer incurriera en tal conducta; atenuaba las penas cuando los delitos sexuales fueran cometidos contra una mujer que ejerciera la prostitución e incluso preveía la extinción de la pena en el evento en que el autor del delito de violación contrajera matrimonio con su víctima. Cf. Corte IDH, *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*, cit., párr. 152.

sonal, dignidad, autonomía y vida privada, reconocidos en los artículos 5.1, 7 y 11 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de dicho instrumento y el artículo 7 (puntos a. y b.) de la Convención Belem do Pará.

Sobre este punto, destacó que las autoridades policiales venezolanas no solo habían tomado conocimiento del riesgo en que se encontraba Linda, sino que también contaban con la información sobre la identidad del autor, su descripción física y los datos de su teléfono, todo lo cual constaba en el acta de la denuncia interpuesta por su hermana el 26 de mayo de 2001. Sumado a ello, resaltó que se encontraba acreditado que el agresor era hijo de una figura pública de Venezuela; por lo que pudo haber tomado medidas concretas y direccionadas para desactivar el riesgo.

Asimismo, consideró responsable al Estado porque en razón de su grosera omisión y aquiescencia posibilitó la esclavitud sexual y los actos de tortura a los que fue sometida la víctima, violando así lo establecido en la Convención Americana y en la CIPST.

III.2. Responsabilidad del Estado por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, así como al deber de investigar actos de violencia contra la mujer

El Tribunal consideró que la Sra. López Soto no contó con un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, pues recibió un trato inadecuado a su condición de víctima de violencia de género. Ello, pues existió un retardo injustificado y reiteradas dilaciones en la sustanciación del proceso penal. Asimismo, notó diversas irregularidades en las diligencias iniciales de investigación.

En cuanto al acceso a la justicia, explicó que esa garantía debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables.

Por otra parte, en materia de violencia contra la mujer, con cita de la Observación General N° 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, señaló que existen ciertos obstáculos y restricciones que deben enfrentar las mujeres al momento de recurrir ante las autoridades estatales, que impiden el ejercicio efectivo de su derecho de acceso a la justicia.

En ese sentido, agregó que la falta de formación y de conocimiento en materia de género por parte de los operadores estatales encargados de llevar adelante las investigaciones y de administrar justicia, operan negativamente, reproduciendo estereotipos que restan credibilidad a las declaraciones de las mujeres víctimas, generando en muchos casos una revictimización.

En síntesis, la Corte señaló que la ineficacia judicial constituye en sí misma una forma de discriminación de la mujer en el acceso a la justicia.

En cuanto al caso concreto, mencionó que la mayoría de los exámenes practicados a Linda luego de su rescate fueron realizados por personas de sexo masculino, sin que se le hubiese brindado la oportunidad de optar por una profesional de su mismo sexo.

Asimismo, consideró que, si bien se adoptaron medidas de protección para la víctima, su familia y su abogado a nivel interno, la implementación de aquellas no fue inmediata ni constante, por lo que resultaron inefectivas para prevenir situaciones de amedrentamiento y hostigamiento durante el desarrollo del proceso.

Por último, tal como referí anteriormente, la CIDH entendió que el Estado también incumplió con la obligación de modificar su legislación interna con el propósito de tipificar el delito de tortura de conformidad con los parámetros internacionales, circunstancia que hubiera permitido su aplicación en la investigación y enjuiciamiento de los hechos del caso.

Todo ello acarreó responsabilidad internacional por incumplimiento de lo establecido en los artículos 5.1, 5.2, 8.1, 11, 24 y 25.1 de la Convención, en relación con las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma; además de lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Belem do Pará y los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST.

III.3. Responsabilidad del Estado por la violación al derecho a la integridad personal de los familiares de Linda López Soto

La Corte IDH consideró que los familiares de la Sra. López Soto vieron su integridad personal afectada de forma significativa a raíz de la incertidumbre sostenida sobre su paradero, y también como consecuencia del proceso judicial.

Todos los padecimientos sufridos les generaron secuelas a nivel personal, de salud física y emocional y una alteración irreversible de sus proyectos de vida, como así también la ruptura total de la dinámica familiar. El Tribunal hizo especial énfasis en que la mayoría de los hermanos de la víctima eran menores de edad al momento de los hechos y destacó que se produjeron severas afectaciones en el plano económico y precarización de los recursos familiares disponibles, junto con sentimientos de temor e indefensión ante las amenazas y actos de hostigamiento sufridos.

Por otro lado, entendió que también se dieron afectaciones en el plano individual y social externadas en angustia, impotencia y desprotección como consecuencia de la prolongada búsqueda de justicia y también debido a los señalamientos que infundadamente se les habían realizado durante la tramitación de la causa penal.

Por ello, consideró responsable al Estado por la violación del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de Linda.

IV. Reparaciones

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención y a la atribución de responsabilidad mencionada en los párrafos anteriores, la CIDH fijó una serie de reparaciones, que sucintamente se resumirán.

IV.1. Reparaciones por incumplir la obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables

En atención a que al momento de la sentencia aún se encontraba pendiente de resolución el proceso penal por las agresiones sexuales cometidas contra Linda Loaiza, la Corte dispuso que el Estado debía, dentro de un plazo razonable, continuar eficazmente la sustanciación de dicho proceso en el ámbito interno y, en su caso, sancionar a los responsables por los hechos de tortura y violencia sexual cometidos, evitando la aplicación de estereotipos de género perjudiciales y la realización de actos revictimizantes.

Asimismo, ordenó al Estado que, dentro de un plazo razonable, llevara a cabo todas las medidas de investigación necesarias para identificar, juzgar y eventualmente, sancionar, a los responsables de los actos de hostigamiento, ataques y amenazas oportunamente denunciados por las víctimas y por el abogado de Linda Loaiza.

Finalmente, dispuso que Venezuela adopte todas las medidas necesarias para que las víctimas y sus representantes legales cuenten con las debidas garantías de seguridad durante la sustanciación de las investigaciones y procesos judiciales referidos anteriormente, previo acuerdo y coordinación de los interesados.

En lo relativo a las irregularidades detectadas en las investigaciones y en el proceso judicial, ordenó al Estado que, dentro de un plazo razonable, determinara las eventuales responsabilidades de los funcionarios que no investigaron desde un primer momento lo sucedido, como así también aquellos responsables por las irregularidades y las dilaciones injustificadas durante la investigación y sustanciación de los procesos judiciales llevados a cabo en el ámbito interno.

IV.2. Medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición

En favor de las víctimas, ordenó a Venezuela que brindara tratamiento médico, psicológico y/o psiquiátrico gratuito, inmediato, oportuno y adecuado, por parte de los profesionales de su preferencia, considerando también el suministro gratuito de medicamentos que eventualmente fueran requeridos a tales fines.

A la par, ordenó al Estado que publicara la sentencia y realizara un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional. También dispuso que otorgara becas de estudio en favor de Linda y sus hermanos para que pudieran culminar su formación profesional y/o técnica en su caso.

También dispuso que el Estado en el plazo de un año reglamentara la ley venezolana contra la violencia de género y, en un plazo razonable, pusiera en funcionamiento adecuadamente los Tribunales de Violencia contra la Mujer en cada capital de Estado. En esa línea, Venezuela deberá adoptar, implementar y fiscalizar protocolos que establezcan criterios claros y uniformes, tanto para la investigación como para la atención integral de actos de violencia que tengan como víctima a una mujer. Dichos protocolos deberán ajustarse a los lineamientos establecidos en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y en la jurisprudencia de la propia Corte.

Por su parte, ordenó al Estado que instrumentara medidas de capacitación especializada en materia de género para funcionarios públicos que trabajen o intervengan en casos de violencia contra las mujeres, como así también un programa de educación permanente bajo el nombre de “Linda Loaiza” con el objetivo de erradicar la discriminación de género, los estereotipos de género y la violencia contra la mujer en Venezuela, a la luz de la normativa internacional en la materia y la jurisprudencia de la propia Corte.

Finalmente, en el entendimiento de que para erradicar la violencia de género e investigar estos casos se necesita contar con información adecuada y accesible, ordenó la publicación de datos oficiales acerca de casos de violencia contra las mujeres.

IV.3. Indemnizaciones compensatorias

Por último, la CIDH ordenó al Estado que indemnizara a Linda en concepto de daño emergente, pérdida de ingresos y daño inmaterial. Asimismo, la Corte reconoció una indemnización en concepto de daño inmaterial en favor de los familiares de la víctima.

V. Reflexiones finales

El pronunciamiento de la Corte IDH representa un importante avance en pos de la igualdad de género y la erradicación de la violencia contra la mujer. En tanto Tribunal interamericano, su decisión proyecta luz sobre todos los Estados miembros de la Convención, sirviendo de ejemplo paradigmático, tanto por las consideraciones acerca de los deberes incumplidos por el Estado como por las variadas reparaciones que allí dispuso.

Bajo mi punto de vista, este caso tiene varios niveles de lectura. Uno de ellos nos invita a reflexionar sobre la relación intrínseca que existe entre la opresión hacia las mujeres y la aquiescencia estatal, que a estas alturas de la historia resulta inaceptable. Nos enseña que una inadecuada legislación penal en materia de

género coadyuva en la reproducción de estereotipos y no cumple acabadamente con sus fines.¹¹ Todo ello intensifica la brecha de la desigualdad sexo-genérica y la discriminación en razón de género.

Esta discriminación, que muchas veces encuentra su apoyatura en las normas, no se agota en ellas. El derecho es solamente una arista de esta compleja figura, que entre sus caras incluye a la educación, a la construcción simbólica de roles sociales, a la producción de subjetividad y a la convivencia en la diferencia.

Así, el trabajo de deconstrucción en pos de la igualdad va más allá de una reforma legislativa y de la implementación de políticas públicas (que son necesarias, sin duda); implica además replantear a fondo la cuestión de género y calar hondo en las conductas de las personas, para desarmar la simbología que sigue operando desde las sombras en perjuicio de las mujeres. Es que, “si se mantienen estas relaciones simbólicas de opresión, se corre el riesgo de reificar las esferas funcionales y el género, de olvidar la relatividad cultural de las instituciones y del género, así como su dependencia de la construcción social”.¹²

Por otro lado, este caso resulta ejemplar en tanto deja expuesto de manera manifiesta que este tipo de conductas por parte de los Estados miembros del sistema interamericano genera responsabilidad internacional y un consecuente deber de reparación.

11 Ver Rodríguez, M. (2000). Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas. En H. Birgin, *op. cit.*, pp. 137-174.

12 Baratta, A. (2000). *El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana*. En H. Birgin, *op. cit.*, p. 42.

Desaparición forzada. Libertad de asociación

Corte IDH, *Caso Isaza Uribe y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363

Por Carolina Solano Gutiérrez¹ y Lucía Alejandra Hernández García²

1. Introducción

El 21 de noviembre de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) dictó su sentencia de fondo, reparaciones y costas en el *Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia*, relacionado con la desaparición forzada de Víctor Manuel Isaza Uribe en el municipio de Puerto Nare, Antioquia, en Colombia en el año 1987.

Víctor Manuel era trabajador de la Empresa de Cementos Nare, sindicalista de SUTIMAC (Sindicato Único de Trabajadores de la Industria de los Materiales de Construcción) y simpatizante de la Unión Patriótica (partido político fundado en 1985 como propuesta de paz de las FARC-EP y objeto del mayor genocidio político en la historia colombiana).

Igualmente, era esposo, padre de dos hijos pequeños y compañero de trabajo amado y respetado por quienes lo conocían. Al día de hoy, Víctor Manuel sigue desaparecido, su caso se mantiene en absoluta impunidad y su familia no ha sido reparada.

¹ Coordinadora de Litigio Internacional de la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ).

² Abogada de la Comisión Colombiana de Juristas y representante legal de la familia de Víctor Manuel Isaza Uribe.

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha considerado que “la aspiración más elevada del hombre, [es] el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.³

Lo anterior, bajo la premisa de que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.⁴ Así, la lucha por la igualdad y la protección de los seres humanos en todas sus condiciones se enmarca dentro de una aspiración global por la construcción de un mundo libre de miseria y pobreza, donde se reconozca la humanidad de cada persona y se le garanticen sus derechos en condiciones de igualdad y paz.

Esta aspiración cobra especial importancia en el análisis de la lucha sindical en Colombia, en la medida en que se evidencia una incongruencia de las premisas consignadas en la Declaración Universal con la realidad de los movimientos que buscan la reivindicación de los derechos laborales y sindicales en el país.

Lo anterior, especialmente teniendo en cuenta el contexto global en el que se enmarca. Según cifras de la Escuela Nacional Sindical (en adelante, ENS), de los sindicalistas asesinados a nivel mundial entre 1999 y 2009, el 63% de ellos fueron asesinados en territorio colombiano, lo cual, en cifras concretas, significa que en Colombia se asesinaron 1081 sindicalistas en un periodo de 10 años. Para entender mejor esta cifra, es menester resaltar que el segundo país en donde se asesinaron más sindicalistas en el mismo período fue Brasil, representando tan solo el 7.01% de la cifra global.⁵

Este fenómeno internacional, que sitúa a Colombia como el país más peligroso para el ejercicio de la libertad y asociación sindical, no es un fenómeno reciente. Tal y como lo evidencia el caso de Víctor Manuel Isaza Uribe, la violencia antisindical en Colombia es una problemática que se viene documentando desde la década de 1980, con una tendencia creciente entre los ochenta y los noventa, evidenciado en un aumento año a año en los ataques a la vida e integridad física de los sindicalistas.

Así, mientras en el año 1982 la ENS documentó 2 asesinatos de sindicalistas; en 1985 la cifra fue de 18; en 1987 –año de la desaparición de Víctor Manuel Isaza– fue de 73; y para 1993 se registraron 201 asesinatos. Esta cifra llegó a su punto más alto en 1996 con 276 asesinatos, una tendencia que se mantuvo hasta el año 2001 cuando volvió a caer por debajo de 100 asesinatos por año.⁶

Si bien esta cifra se ha ido reduciendo en años recientes –entre 2012 y 2017 la ENS registró el homicidio de 143 sindicalistas y la desaparición forzada de 9 sindicalistas– la violencia antisindical en

3 Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

4 *Ibíd.*

5 Cf. Vida Castaño, J. (2012). *Panorama del sindicalismo en Colombia*. Recuperado de <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/09150.pdf>

6 ENS (2018). *Violencia antisindical, impunidad, y protección a sindicalistas en Colombia 2012-2017, Informe Especial*. Recuperado de <http://ail.ens.org.co/wp-content/uploads/sites/3/2018/02/Violencia-antisindical-impunidad-y-protección-a-sindicalistas-en-Colombia-1.pdf>

Colombia ha subsistido a través de diversas formas de violencia y ataques contra la vida e integridad personal de los sindicalistas.

Así, entre 2012 y 2017 la ENS registró un total de 2220 agresiones contra sindicalistas, entre amenazas, hostigamientos, homicidios, lesiones personales, desplazamientos forzados, torturas, desapariciones forzadas y secuestros, entre otros. Al día de hoy, las principales organizaciones gremiales y sindicales (como la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia y la Confederación de Trabajadores de Colombia) continúan denunciando la violencia antisindical en Colombia contra sus organizaciones y la ENS documentó 161 violaciones contra la vida y la integridad personal de los sindicalistas, entre los cuales se encuentran 14 homicidios y 6 atentados contra la vida.⁷

Lo anterior evidencia la importancia que adquiere el caso de Víctor Manuel Isaza Uribe en el contexto colombiano, no solo respecto a la situación de sindicalistas en el país en la década de 1980, cuando ocurrieron los hechos del caso, sino por la persistencia de este fenómeno en la actualidad.

No debe olvidarse que, como se ha mostrado, Colombia es uno de los países –por no decir el país– más peligrosos para el ejercicio de la libertad sindical a nivel mundial, situación que persiste en la actualidad. A pesar de ello, la sentencia de la Corte IDH que aquí se comenta es la primera del Tribunal relacionada con la violencia antisindical en Colombia. En este sentido, la sentencia se configura no solo como un hito jurisprudencial en materia de libertad y asociación sindical, sino que reivindica una lucha del movimiento sindical por visibilizar la violencia ejercida en su contra y evidenciar la persistencia de la persecución y la participación del Estado en esta.

2. La sentencia del *Caso Isaza Uribe Vs. Colombia*: tras la huella de la fantasía⁸

Quisiéramos iniciar este apartado haciendo referencia a la definición compleja sobre el concepto de “fantasía” que trae a colación Lemaitre Ripoll. La autora nos invita a comprender la fantasía no como un mero rechazo de la realidad, sino como una forma de producir una realidad alternativa.⁹

Esta producción pasa por el esfuerzo de renombrar eventos cuya violencia a menudo escapa a la capacidad personal o colectiva de nombrar y entender lo que pasa.¹⁰ Un ejemplo de ello es la violencia contra sindicalistas en Colombia, que en la década de 1980 en la región del Magdalena Medio fue

7 ENS (2018). *Violencia antisindical en 2018: crece la arremetida contra activistas y líderes sindicales*. Recuperado de https://www.uniglobalunion.org/sites/default/files/files/news/informe_violencia_antisindical_ens_sept_05.09.2018.pdf

8 La mayor parte de las ideas y opiniones expresadas en esa sección están fundamentadas y reproducen la noción que sobre el fetichismo legal hace Julieta Lemaitre Ripoll. No obstante, estas ideas y opiniones son de responsabilidad exclusiva de las autoras y no necesariamente representan ni comprometen la opinión de Lemaitre Ripoll.

9 Cf. Lemaitre Ripoll, J. (2009). *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes, p. 380.

10 Ídem, p. 395.

promovida y justificada bajo la bandera oficial de la lucha antiterrorista.¹¹ En el marco de esa lucha los sindicalistas eran identificados como un “enemigo interno”. Así, se los llamó “población civil insurgente” y a la actividad sindical se le consideró “estrategia de la subversión”, permitiendo que las operaciones militares se dirigieran, legítimamente, en su contra.¹²

La Corte IDH lo llamó, en cambio, patrón sistemático de violencia contra sindicalistas promovido desde la doctrina militar contrainsurgente vigente, la cual auspiciaba “por un lado la activación de grupos paramilitares para combatir un ‘enemigo’ que, por otro lado, incluía a personas y organizaciones que ejercían o reclamaban sus derechos a través de la acción colectiva”.¹³

Debido a ello consideró que los marcos normativos existentes, por su propio texto o por su interpretación, permitieron o introdujeron riesgos para ciertos grupos de la población civil, entre ellos los miembros de asociaciones sindicales “que fueron estigmatizados, perseguidos y atacados”,¹⁴ en una clara violación de la obligación estatal de garantizar los derechos humanos en una sociedad democrática, particularmente en relación con las libertades de pensamiento, expresión y asociación, así como con el principio de no discriminación por motivos de opinión política o condición social.

Esta resignificación que hizo la Corte IDH en la sentencia, al llamarlo patrón sistemático de violencia contra personas y organizaciones que reivindicaban derechos mediante la acción colectiva y declarar la responsabilidad del Estado constituye una fantasía, pues, en palabras de Lemaitre Ripoll, “es una descripción de la realidad que milita por otra forma de ver las cosas”.¹⁵

Es una descripción que compete con otras y con otros sistemas de valores donde la divergencia de opinión y pensamiento son percibidas como sospechosas y, en ese sentido, la sentencia es un intento por crear una realidad diferente. En esta fantasía de los derechos humanos se pretenden producir también una serie de consecuencias que sostengan esa fantasía, como la compensación para las familias de las víctimas, la investigación y esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables, y el fortalecimiento de los mecanismos nacionales de protección para sindicalistas y organizaciones sindicales, entre otras.

Otra ganancia que supone la sentencia es el hecho de que la Corte IDH validó y reivindicó el ejercicio de la acción sindical en Colombia como un derecho que permite espacios legítimos para realizar acciones políticas de manera colectiva, y que su garantía por parte del Estado le demanda que las personas lo puedan ejercer libremente sin temor a ser sujetos a violencia alguna.

A causa de los hechos del caso, la Corte IDH consideró que la desaparición forzada de la que fue víctima Víctor Manuel Isaza tuvo relación con su actividad sindical, y en ese sentido, entendió confi-

11 Corte IDH, *Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363, párrs. 123-129.

12 Ídem, párrs. 126 y 139.

13 Ídem, párr. 128.

14 Ídem, párr. 144.

15 Cf. Lemaitre Ripoll, J. (2009), *op. cit.*, p. 396.

gurada la violación del derecho a la libertad de asociación (artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Por ello, consideramos que la sentencia de la Corte IDH le hace justicia al movimiento sindical en Colombia, pues ante la violencia sistemática y cotidiana en su contra el Tribunal con su pronunciamiento hace énfasis en la calidad de anormal de dicha cotidianidad violenta y, en su lugar, reivindica el valor de las demandas de este movimiento, que es precisamente una reivindicación contra la violencia, contra su práctica y poder, pero también contra sus significados y los mundos que crea.¹⁶

En relación con la desaparición forzada de Víctor Manuel Isaza, estamos nuevamente ante uno de aquellos tantos casos en los que la cotidianidad de un contexto altamente violento niega la premisa de la dignidad humana y de la inviolabilidad de la vida. No obstante, como anota Lemaitre Ripoll “[l]a dignidad humana como premisa se enfrenta constantemente al problema de mantenerse cierta incluso cuando la cotidianidad niega de manera insistente que exista tal cosa”.¹⁷ En estas circunstancias, apelar al derecho como objeto equivocado del deseo conlleva una estructura emocional que caracteriza, de alguna manera, la relación con la realidad como una relación de denegación, “mejor descrita con la frase ‘yo sé... y sin embargo...’. De manera que cuando [a quien acude al derecho con esta lógica] se le dice que su objeto no es ‘real’, que no tiene sentido tener un apego tal al objeto equivocado, [esta persona] ya lo sabe, y sin embargo lo desea y lo goza”.¹⁸

Este uso del derecho refleja la vida del mismo para los familiares de Víctor Manuel Isaza, que carecen de maquinarias electorales y de armas para adelantar sus proyectos de imponer significados. Ellos, como muchos otros familiares y asociaciones de víctimas, son personas o grupos que quieren redefinir y cambiar la realidad social y que buscan hacerlo a través del derecho. Para ellos, la sentencia de la Corte IDH representa una esperanza no solo de beneficios reales, sino representa también la posibilidad de resignificar sus identidades, de recrear sus vidas y, sobre todo, de dar significado al sufrimiento del cual han sido protagonistas y testigos, así como a las cosas que han visto, y a las cuales han sobrevivido.

Así, pese a que los familiares de Víctor Manuel Isaza tienen plena conciencia de que ni la sentencia de la Corte IDH ni su implementación serán capaces de garantizar un cambio material que restablezca su integridad personal y familiar, ven en este fallo la ratificación de que su sufrimiento y la humillación, tanto propia como la de tantos, es un error, una aberración, que ese mundo sin ley es un mundo que no es normal, porque normal es lo que dice la norma. Y si el horror es una excepción, una desviación del camino correcto, entonces el centro de la vida social adquiere un sentido moral.¹⁹

¹⁶ Ídem, p. 392.

¹⁷ Ídem, p. 390.

¹⁸ Lemaitre Ripoll hace alusión al fetichismo legal, comprendiendo al fetiche desde una noción freudiana, en la que se requiere la identificación de sus estructuras emocionales básicas. Así, señala que “[l]a primera es la relación del fetichista con la realidad, que no la niega del todo, pero tampoco la acepta”. Ídem, p. 388.

¹⁹ Ídem, p. 391.

Por las consideraciones expuestas encomiamos la decisión de la Corte IDH en el *Caso Isaza Uribe Vs. Colombia*, pues tanto para el movimiento sindical como para los familiares de Víctor Manuel Isaza Uribe puede constituir un escenario que coopere a resistir el agotamiento emocional y físico. A la sociedad colombiana, en general, nos recuerda que la dignidad humana no es un asunto dado independiente de la voluntad política. Por ello, la sentencia y sus implicaciones nos alienta a adquirir un compromiso indeclinable con su defensa como un proyecto político que está constantemente asediado, y en ese sentido, debemos trabajar constantemente por colonizar el sentido común e imponer una interpretación alternativa de la realidad social en la que se teja una red de significados que animen el consenso hacia una sociedad más igualitaria y humanista.²⁰

²⁰ Ídem, p. 397.

Ejecuciones extrajudiciales

Corte IDH, *Caso Villamizar Durán y otros vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364

Por Jesús Asdrúbal Ussa Piñeros¹

Introducción

Para comenzar este comentario es indispensable realizar una pequeña síntesis del momento político y social en que se efectivizaron los hechos del caso. Entre 1992² y 1997, Gustavo Giraldo Villamizar Duran, Elio Gelves Carrillo, Carlos Arturo Uva Velandia, Wilfredo Quiñónez Bárcenas, José Gregorio Romero Reyes y Albeiro Ramírez Jorge fueron asesinados por integrantes de las Fuerzas Armadas de Colombia en los departamentos de Arauca, Santander y Casanare, donde los derechos humanos de los colombianos –y en especial el derecho a la vida, integridad personal y honra– fueron constantemente violados a lo largo de toda la historia del país.

1 Abogado (Universidad La Gran Colombia). Magíster en Derechos Humanos (Universidad Nacional de Lanús). Trabajó como Asesor Jurídico en la Casa Municipal de la Mujer Víctima del Conflicto Armado en el Departamento de Arauca (Colombia).

2 Sobre ese tema, la Procuraduría General de la Nación ha señalado que en el año 1992 “fueron cometidos 403 homicidios y 74 masacres por agentes estatales, lo que demuestra hasta qué punto prevalecen en Colombia las prácticas más incivilizadas y menos democráticas para garantizar la existencia del Estado como tal”. Además, observó que la gran mayoría de las víctimas eran civiles, sin participación alguna en el conflicto armado, pero que eran considerados “enemigos o aliados del enemigo” por las Fuerzas Armadas.

Sirva de introducción revelar que la vida como derecho fundamental en Colombia ha sido constantemente vulnerada debido a una situación generalizada de violencia que ha llevado a la muerte de miles de ciudadanos.³ La violencia en Colombia⁴ ha transitado por diversas expresiones y escenarios, desde una lucha bipartidaria propia de los años cuarenta, cincuenta y sesenta hasta una lucha ideológica en los años setenta y ochenta que se mantiene hasta nuestros días. En esta última, la configuración del enemigo se resumía al otro lado de la barrera ideológica, lo que permitió establecer e instalar en la práctica la denominada “Doctrina de Seguridad Nacional”, y las ejecuciones extrajudiciales fueron el *modus operandi* de las autoridades castrenses colombianas.

De acuerdo con Germán Calderón en su libro *La inocencia en el sepulcro. Una historia de los falsos positivos*, esa etapa constituyó “el capítulo criminal más escalofriante, absurdo y vergonzoso de nuestra historia” (Calderón, 2010).

El caso concreto

Debido a las reiteradas peticiones presentadas en 1999, 2000 y 2003 por Humanidad Vigente Corporación Jurídica, Horacio Perdomo Parada y la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, fue posible atribuir la responsabilidad internacional al Estado colombiano por las ejecuciones extrajudiciales de Villamizar Durán, Carrillo, Uva Velandía, Quiñónez Bárcenas, Romero Reyes y Ramírez Jorge, ocurridas entre junio de 1992 y mayo de 1997. Todos estos asesinatos se dieron en manos de agentes de seguridad del Estado y tuvieron lugar en el contexto de los denominados “falsos positivos”.⁵

En el ámbito interno, el caso fue sometido a la competencia de la Justicia Penal Militar que deja entrever, al igual que en un sin número de casos de iguales características,⁶ la impunidad de que gozan los procesos en los que se encuentran inmersos miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, a saber: “el sistema de justicia militar [...] ha demostrado ser [...] eficaz para garantizar la impunidad por violaciones del derecho penal ordinario respecto de actos (asesinato, tortura, secuestros) cometidos por miembros de las fuerzas armadas en cumplimiento de sus funciones”.⁷

3 Cf. Amnistía Internacional (septiembre de 1989). *COLOMBIA el panorama de los derechos humanos: ¿“escuadrones de la muerte” a la defensiva?* Londres: Amnistía Internacional, p. 4.

4 Se recomienda consultar Fals Borda, O. y otros, *La violencia en Colombia, Estudio de un Proceso Social*, donde los autores realizan un estudio multifocal de la violencia, por cuya senda, no solo se interesan en el factor político inmerso en el conflicto, sino también en su dimensión social y la debilidad institucional-jurídica del poder político que ha permitido la reproducción de la violencia.

5 El término de “falso positivo” tiene que ver con el asesinato de personas inocentes que son presentadas por el Ejército colombiano como guerrilleros muertos en combate. Normalmente, un positivo, en la jerga militar, se refiere a bajas del enemigo o a éxitos militares. De esta manera un “falso positivo”, es algo que se presenta como éxito cuando en realidad es un montaje (http://www.bbc.com/mundo/lg/america_latina/2009/06/090618_0218_colombia_ejecuciones_extrajudiciales_gm.shtml).

6 Ver Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

7 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Informe conjunto del Relator Especial encargado de la cuestión de la tortura, y del Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, presentado en cumplimiento de las resoluciones 1994/37 y 1994/82 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1995/111 de 16 de enero de 1995, párr. 107.

Gracias a las presiones ejercidas por las organizaciones defensoras de los derechos humanos en Colombia y los letrados representantes de cada una de las víctimas, la competencia se trasladó, meses después, a la Justicia Ordinaria y Contencioso Administrativo. Esa medida no fue efectiva para garantizar un debido proceso, toda vez que muchas de las investigaciones llevadas a cabo por los auxiliares de la justicia no agotaron los recursos a su alcance. Eso conllevó a tal nivel de impunidad que la gran mayoría de los responsables directos de esos actos aún no tienen una sentencia firme.

En función de lo expuesto se promovieron peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que observó, previo estudio exhaustivo de las denuncias, los procesos judiciales internos y las pruebas acompañadas por las organizaciones sociales en cabeza de sus abogados, una violación evidente del derecho al acceso a la justicia y al debido proceso, a saber: el someter al conocimiento de los hechos a la justicia penal militar, el incumplimiento del deber de investigar con debida diligencia, y la inobservancia de la garantía de plazo razonable, entre otros aspectos. De ese modo, la CIDH en julio de 2015 emitió el Informe de Fondo No. 41/15, a través del cual desarrolló una serie de aclaraciones y efectuó una cadena de recomendaciones⁸ al Estado colombiano, la gran mayoría de ellas incumplidas.

Por petición de los representantes de las víctimas y después de dos prórrogas solicitadas por el Estado, sometió el presente caso a la competencia de la Corte IDH.

Una excepción preliminar que desconoce el reglamento de la Comisión

El Estado colombiano en su escrito de contestación y haciendo uso de las herramientas jurídicas a su alcance en aras de objetar la competencia del tribunal presentó una excepción preliminar en los términos del artículo 41 de la Convención: “cuarta instancia”.

Con respecto a la excepción preliminar y su denegatoria, es evidente que no se pretendía jamás constituir la fórmula de la cuarta instancia como pretendía demostrar el Estado colombiano. La pretensión principal del presente caso fue la realización de una evaluación conjunta de la actividad judicial para comprobar si las acciones de los administradores y auxiliares de la justicia, así como los procesos de investigación frente a los hechos del caso estuvieron o no en concordancia con la Convención Americana. En todos los considerandos del informe no se observa por parte de la Comisión, y mucho menos de la Corte IDH, posturas respecto a las decisiones judiciales internas de cada caso, como lo pretendía articular el Estado. Lo que se denunciaba son los graves desatinos en la investigación judicial propiamente dicha, conllevando a una violación por parte del Estado a la responsabilidad de llevar a cabo investigaciones eficaces que tengan como premisa el descubrimiento de la verdad y la identificación y enjuiciamiento de los responsables para que estos hechos no vuelvan a repetirse. Por lo tanto, este tipo

⁸ Entre las recomendaciones se destacan: la reparación integral tanto material como moral de las víctimas y sus familiares, efectuar agotando todos los medios necesarios una investigación completa, profunda y real de las violaciones de derechos humanos referenciadas y el deber de llevar a cabo medidas de carácter administrativo, legislativo y judiciales que garanticen la no repetición de los hechos aquí cuestionados.

de consideraciones NO pueden tratarse y resolverse en forma preliminar, sino que tiene que estarse al análisis del fondo de la cuestión, en torno a la vulneración de los artículos 8 y 25 de la Convención.

En reiterados fallos, la Corte IDH ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario,⁹ coadyuvante y complementario,¹⁰ por lo que no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”. Su accionar se resume en resolver si, en el caso particular, el Estado violó un derecho amparado en la Convención Americana, conllevando al establecimiento de la responsabilidad internacional.

El fondo de la cuestión

En el camino a esclarecer lo ocurrido y reparar integralmente a las víctimas, fue necesario analizar uno por uno y de manera separada los derechos fundamentales vulnerados según la CIDH, a saber: el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad, la honra y dignidad, las garantías judiciales y la protección judicial, la integridad personal y la honra de los familiares de las víctimas, así como los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En lo que respecta a la integridad personal, la CIDH alegó la responsabilidad del Estado colombiano en razón a los tratos crueles, inhumanos y degradantes a que fueron sometidas las víctimas según lo apreciado en las pericias, las pruebas acompañadas por las partes, la magnitud de las heridas y el accionar de las fuerzas militares.

En un contexto de violencia como la que vive el Estado colombiano, ser señalado e identificado por la opinión pública como guerrillero provoca una estigmatización tanto para la persona como para su grupo familiar, y eso ocurrió con Gustavo Giraldo Villamizar Durán, Elio Gelves Carrillo y sus familiares al ser vinculados infundadamente con los grupos guerrilleros que operaban en la zona para explicar y “justificar” sus muertes, vulnerando su derecho a la honra y dignidad. Estos aspectos fueron tenidos en cuenta por la Corte para encontrar responsable al Estado colombiano.

Los hechos obedecieron a un patrón de conducta instalado en el accionar militar: bajas de civiles, escenarios de enfrentamientos armados, ausencia de investigación, características propias de las víctimas –muchas de ellas, campesinos–, obediencia debida, competencia de la justicia penal militar e impunidad de los actos cometidos por miembros de la fuerza pública.

9 Conf. Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 38, y *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244, párr. 114.

10 En el Preámbulo de la Convención Americana se sostiene que la protección internacional es “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Ver también, Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61.

En cuanto a la decisión de la Corte de no encontrar responsable al Estado colombiano por la violación del artículo 5.2 de la Convención en perjuicio de Wilfredo Quiñónez Bárcenas, José Gregorio Romero Reyes y Albeiro Ramírez Jorge, deja mucho que pensar y tela jurídica para discutir.

Al respecto, la Convención señala que “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura [...] la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental”. Desde mi punto de vista, los aspectos mencionados quedan satisfactoriamente probados en el desarrollo de todo el proceso, por lo que consideramos que una interpretación exegética de la normativa por parte de la Corte IDH llevó a no dar lugar a la debida responsabilidad del Estado.

En razón a la violación de las garantías judiciales y la protección judicial contenidas en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, la Corte encontró responsable al Estado colombiano pues fue evidente en todo el desarrollo del proceso la violación del principio de la debida diligencia en que debió llevarse a cabo las investigaciones relacionadas con los asesinatos.

La reparación

En su sentencia, la Corte IDH decidió una serie de medidas interesantes en concepto de reparaciones en base al artículo 63.1 de la Convención. Por un lado, y en consecuencia de las razones de fondo expuestas *ut supra*, dispuso el deber del Estado colombiano de continuar con las investigaciones necesarias para determinar, juzgar y sancionar a los responsables por las muertes de las víctimas.

La Corte adoptó como medida de satisfacción la publicación de la sentencia en diarios y sitios webs de gran relevancia. También dispuso la obligación del Estado colombiano de brindar una atención psiquiátrica y/o psicológica adecuada a las víctimas que así lo requieran, previa manifestación de voluntad y según las necesidades de cada una.

Sin desconocer y exaltar el reconocimiento parcial de responsabilidad efectuado por el Estado, la Corte IDH ordenó la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en Colombia, en relación a los hechos de este caso, previa divulgación e invitación a las organizaciones defensoras de derechos humanos, autoridades del Estado, víctimas y sus representantes. También ordenó y determinó el pago de indemnizaciones por los daños materiales e inmateriales que sufrieron las víctimas y sus familiares.

En su sentencia, la Corte también encumbra los avances llevados a cabo por el Estado en la adopción de medidas de prevención e investigación para evitar que estos hechos se repitan y enaltece las políticas públicas, el desarrollo jurisprudencial y normativo que se dio con posterioridad a los hechos de la sentencia por parte del Estado.

Palabras finales

La sentencia Villamizar Durán y Otros Vs. Colombia se convierte en un referente y un instrumento normativo de gran relevancia e importancia para la defensa de los derechos humanos en Colombia en casos que compartan las características propias de los hechos aquí narrados.

Se constituye en un instrumento jurídico para que la impunidad de la que gozan hasta nuestros días los actos cometidos por miembros de la fuerza pública tenga un punto final y sean denunciados y puestos bajo la lupa e investigación de la comunidad nacional e internacional que vela por la guardia y protección de los derechos humanos, en especial, de la CIDH y la Corte IDH.

Esta sentencia conllevó de manera positiva a una toma de conciencia por parte de las autoridades estatales, en particular, del poder legislativo y judicial, lo que conllevó a elaborar un escenario de garantía y protección de los derechos humanos en el ámbito interno.

Violencia contra las mujeres. Uso de la fuerza. Deber de investigar Corte IDH, Caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371

Por Stephanie Erin Brewer¹ y Eduardo Guerrero Lomelí²

I. Introducción

El 28 de noviembre de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) emitió su sentencia en el caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco*, declarando la responsabilidad internacional del Estado mexicano por las violaciones a los derechos humanos de once mujeres detenidas arbitrariamente por agentes policiales, siendo víctimas de tortura sexual, sin que los hechos fueran debidamente investigados y los responsables fueran sancionados. Con esta sentencia, suman diez las ocasiones en las que México ha sido condenado por el Tribunal Interamericano.

Los hechos de este paradigmático caso, litigado desde el año 2008 en el Sistema Interamericano, ocurrieron en el marco de una represión violenta de un conflicto social ocurrida entre el 3 y 4 de mayo de 2006 en los municipios de Texcoco y San Salvador Atenco (en adelante, “Atenco”). Estas violaciones ocurrieron en un contexto nacional –vigente en 2006 y hasta la fecha– en el cual la tortura es práctica generalizada; es común el uso excesivo de la fuerza para reprimir la protesta social; y la impunidad es la regla casi absoluta en casos de graves violaciones a derechos humanos.

1 Abogada y Licenciada en Psicología (Universidad de Harvard). Coordinadora del Área Internacional del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez [Centro Prodh], organización representante de las víctimas del caso junto con el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

2 Licenciado en Derecho (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey Monterrey). Abogado del CEJIL.

En los párrafos que siguen, presentamos un breve resumen de los hechos que motivaron la sentencia de la Corte IDH y resaltamos algunos aspectos relevantes de aquella que buscan abordar los problemas estructurales que afronta el país, ejemplificados en este caso. Finalmente, destacaremos la lucha permanente de las mujeres denunciantes, que va más allá del litigio y ha tenido un impacto positivo en la vida de otras mujeres sobrevivientes de tortura.

II. Origen del caso³

Como comúnmente ocurre en México, el conflicto social que dio lugar a la protesta y posterior represión en este caso tuvo sus raíces en la defensa de la tierra. El movimiento social Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra (en adelante, FPDT o Frente) se conformó en el 2001 para oponerse a la expropiación federal de tierras campesinas en el municipio de Atenco, donde el gobierno pretendía construir un aeropuerto.

Tras meses de movilizaciones y recursos legales, se logró en 2002 la suspensión del proyecto aeroportuario y las actividades del FPDT se concentraron en la solidaridad con otros procesos y movimientos. En 2006, el Frente apoyaba a floricultores que comerciaban sus productos en Texcoco, municipio contiguo a Atenco, ante su inconformidad con un plan municipal que pretendía reubicarles.

En este marco, la mañana del 3 de mayo de 2006, integrantes del FPDT acompañaron a un grupo de floricultores que buscaban montar sus puestos para vender, en el entendido de que se había logrado un acuerdo con el gobierno que les permitía instalarse ese día. Sin embargo, las autoridades impidieron la instalación de los vendedores mediante el desalojo violento por parte de agentes policiales. Esto provocó enfrentamientos y derivó en detenciones arbitrarias, ocasionando el bloqueo de una carretera en la zona como acción de protesta.

Al día siguiente, el 4 de mayo, autoridades federales y del Estado de México desplegaron un operativo policial para desbloquear este camino, con la participación de más de 2.500 efectivos. Los policías ingresaron a la localidad de Atenco, irrumpiendo en domicilios y deteniendo arbitrariamente a más de 200 personas –entre ellas aproximadamente 50 mujeres–, quienes después serían acusadas de diversos delitos.

En tal contexto, estas personas fueron objeto de brutales actos de violencia desde el momento de su detención, y en el caso de las mujeres, en su mayoría denunciaron actos de tortura sexual durante y después de haber sido detenidas. Tras haber denunciado los hechos sin encontrar justicia ante las autoridades mexicanas, once de ellas acudieron ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en busca de reparación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió el caso en 2011, y en 2015 emitió su informe de fondo reconociendo las violaciones cometidas (2015, párr. 1, 6).

³ El resumen presentado en este apartado se retoma de la documentación del caso por diversos actores, incluido el Centro Prodh, y se puede apreciar en mayor detalle en Católicas por el Derecho a Decidir et al. (2011: 20-22) y Centro Prodh (2006).

Ante la falta de acciones por parte del Estado para cumplir con las recomendaciones emitidas —en particular, la investigación de todos los responsables—, la Comisión remitió el caso a la Corte IDH en septiembre de 2016. Como parte del proceso, en noviembre de 2017 se celebró una audiencia pública en la que algunas de las mujeres fueron escuchadas por el Tribunal Interamericano,⁴ lo que desembocó en la sentencia adoptada en noviembre de 2018 que condenó a México por su responsabilidad internacional en los términos que describiremos más adelante.

III. Las problemáticas estructurales detrás de los hechos

Antes de analizar lo ordenado por la Corte IDH, es importante enmarcar el caso en tres patrones nacionales de los que es un claro ejemplo: la represión y criminalización de la protesta social; la tortura sexual a mujeres detenidas; y la impunidad ante violaciones a derechos humanos.

En cuanto a la respuesta del Estado mexicano ante protestas sociales, en 2008, la Red Nacional de Organismos Civiles de Derechos Humanos “Todos los Derechos para Todas y Todos” [Red TDT], que agrupa a casi 100 organizaciones mexicanas, analizó una muestra de 60 casos de protesta social, de 17 de las 32 entidades federativas del país. De ello se identificaron dos grandes vertientes de la problemática de la represión en México: por un lado, que “[l]a política de represión y criminalización de la protesta social implica acciones represivas policíacas que nunca son investigadas y sancionadas” (Secretaría Ejecutiva de la Red TDT, 2008: 9); y por otro, la utilización de

la ley para sancionar a quienes se enfrentan al Estado exigiendo sus derechos [...] encarcelando y sometiendo a proceso penal a los líderes o participantes de los movimientos y las protestas sociales, quienes entonces deben concentrar sus energías en defenderse de dichas acusaciones. (p. 9)

En años más recientes, el panorama no ha cambiado: entre diciembre de 2012 y mayo de 2015, organizaciones de la sociedad civil documentaron 678 detenciones, más de 200 personas lesionadas y cientos de víctimas de violencia en escenarios de protesta social (Frente por la Libertad de Expresión y la Protesta Social, 2014: 16; 2015: 12-17, 45-51).

Aunado a esta situación, la tortura sigue siendo generalizada en México, tal como concluyó el relator especial de la ONU sobre la materia en 2014 y 2017 (2014, resumen, párr. 76; 2017, párr. 21). En este contexto, el género es un factor determinante, pues cuando las víctimas son mujeres, la violencia ejercida suele ser de naturaleza sexual. En 2016, Amnistía Internacional analizó los casos de 100 mujeres detenidas en 19 entidades federativas; de ellas, 72 informaron haber sufrido violencia sexual en el momento del arresto o en las horas siguientes y 33 denunciaron haber sido violadas (Amnistía

⁴ Los videos de la audiencia pública, celebrada los días 16 y 17 de noviembre de 2017, están disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/galeria-multimedia.html>

Internacional, 2016: 20-22). Por su parte, cifras oficiales del Instituto Nacional de Estadística y Geografía dieron a conocer en 2017 que la recurrencia de la violación sexual contra mujeres detenidas es aproximadamente tres veces mayor que en hombres (Tabulados, Estimaciones por Sexo y Edad, IV. Ministerio Público, tabla 4.14). El riesgo de sufrir violación sexual durante o inmediatamente después de la detención es especialmente alto en casos de mujeres detenidas por las Fuerzas Armadas: 41% en el caso de la Marina y 21% para el Ejército, según la misma encuesta oficial (Vela Barba, 2019).

En un informe publicado en noviembre de 2018, el Centro Prodh documentó 29 casos de mujeres denunciadas de tortura sexual, de los cuales 16 mujeres sufrieron violación sexual. Las mujeres fueron acusadas penalmente con base en pruebas ilícitas y la gran mayoría sigue privada de su libertad mientras que todos los casos permanecen impunes.

Lo anterior se inserta en un panorama más amplio de impunidad: la Unidad (hoy Fiscalía) Especializada de Investigación del Delito de Tortura a nivel federal informó en febrero de 2018 que, de 8.335 investigaciones por tortura, había ejercido acción penal solo en 17 casos (Procuraduría General de la República, 2018). En noviembre de 2018, el Estado informó al Consejo de Derechos Humanos que de 2013 a 2018 se habían dictado 36 sentencias federales por tortura, cifra que representa 16 causas penales, incluyendo varias con sentencia absolutoria, siendo además que casi la totalidad de las sentencias condenatorias fueron revocadas en apelación, desconociéndose su estado final (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018).

En el fuero estatal, en 2016, las fiscalías locales reportaron 3.214 denuncias de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero solamente ocho causas penales fueron judicializadas (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, Sección III, Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura). Según la misma fuente, el número de expedientes de queja por tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes en las comisiones estatales de derechos humanos ese año fue de 8.845.

IV. La sentencia de la Corte Interamericana

En su sentencia, la Corte IDH declaró al Estado mexicano responsable por la violación a los derechos a la integridad personal, a la vida privada y la prohibición de tortura; el derecho de reunión; el derecho a la libertad personal y el derecho a la defensa; los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial; y el derecho a la integridad personal de los familiares de las once mujeres (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, puntos resolutive 3-7). Esta resolución es un hito a nivel nacional y en la jurisprudencia interamericana en razón de los criterios que aborda sobre la violencia contra las mujeres y el uso de la fuerza pública, entre otros.

a. El uso arbitrario y excesivo de la fuerza en el operativo del 2006

La Corte IDH encontró que los hechos del caso tuvieron su origen en un uso no solamente excesivo, sino innecesario de la fuerza pública, al recordar que incluso una investigación interna de los hechos realizada por la Suprema Corte mexicana había concluido que el operativo que comenzó el 3 de mayo de 2006 no estaba justificado (párr. 165).

Por otro lado, al analizar la actuación de las fuerzas policiales durante el operativo, la Corte IDH concluyó que “la actuación de las autoridades de seguridad se caracterizó por el uso de la fuerza de manera indiscriminada y excesiva contra toda persona que asumieran forma parte de los manifestantes” (párr. 168) y reiteró que “la seguridad ciudadana no puede basarse en un paradigma de uso de la fuerza que apunte a tratar a la población civil como el enemigo” (párr. 167).

Es preciso señalar que ninguna de las once mujeres víctimas es floricultora, ni participó en el bloqueo carretero en mayo de 2006 que motivó dicho operativo policial. Todas ellas fueron víctimas de violaciones a sus derechos humanos simplemente por encontrarse ahí en ese momento, porque ahí vivían y trabajaban o porque acudieron a brindar atención médica o cobertura mediática de la represión. De esta manera, la sentencia establece que todas fueron víctimas de detenciones ilegales y arbitrarias, al ser “subsumidas dentro de un grupo de personas que fueron detenidas en forma masiva, por el solo motivo de encontrarse en el lugar de los hechos” (párr. 242).

La Corte IDH señaló que ninguna de ellas estaba desarrollando una conducta que hiciera necesario el uso de la fuerza y no había prueba que evidenciara que se encontraran realizando actos violentos o portaran armas, sino que estaban ejerciendo conductas pacíficas o de resguardo a su integridad cuando fueron detenidas (párr. 169).

Ante la posición del Estado alegando que las violaciones se debían a “algunos actos de agentes estatales que actuaron fuera de los límites de sus competencias” (párr. 166), la Corte IDH estableció que la responsabilidad estatal surgió por diversas razones y a distintos niveles: al no haber regulado el uso de la fuerza; al no capacitar adecuadamente a los agentes policiales; al diseñar e instruir el operativo; al no detener o actuar ante los abusos que se venían cometiendo durante el desarrollo del mismo; y por la inoperancia de los mecanismos de control y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza luego de ocurridos los hechos, destacando que los abusos policiales fueron televisados en vivo e incluso al menos uno de los operativos estaba siendo supervisado vía área y terrestre (párr. 166).

Así, el Tribunal identificó mecanismos de responsabilidad no solamente respecto a los autores materiales, sino también sobre las autoridades de alto rango que participaron en el diseño y estaban al tanto del desarrollo del operativo, incluyendo al entonces gobernador del Estado de México, quien posteriormente ocuparía la presidencia de la República de 2012 a 2018.

En este marco, la Corte IDH declaró responsable al Estado por violar el derecho de reunión de la mayoría de las once mujeres. Resaltó la Corte IDH:

como sucede con otros derechos con una dimensión social, se resalta que la violación de los derechos de los participantes en una reunión o asamblea por parte de las autoridades, “tienen graves efectos inhibitorios [*chilling effect*] sobre futuras reuniones o asambleas”, en tanto las personas pueden optar por abstenerse para protegerse de estos abusos, además de ser contrario a la obligación del Estado de facilitar y crear entornos propicios para que las personas pueden disfrutar efectivamente de su derecho de reunión. (párr. 172)

b. La tortura sexual a mujeres

Esta no es la primera vez que la Corte IDH condena al Estado mexicano por casos de violencia sexual como tortura. En 2010 fueron emitidas las sentencias en los casos de Fernández Ortega y Rosendo Cantú, mujeres indígenas sobrevivientes de violación sexual por agentes del Ejército. No obstante, en esta ocasión el Tribunal Interamericano profundiza en su análisis reconociendo la tortura sexual en el marco de la protesta social; destaca, entre otros, cómo esta puede convertirse en un mecanismo de represión y cómo esta forma de tortura hacia las mujeres va más allá de la violación sexual.

Primero, la Corte IDH analiza los actos de violencia que sufrieron las once mujeres, siete de las cuales fueron violadas sexualmente. La Corte nota que, en este caso, sobresale la naturaleza sexual o sexualizada de toda la violencia ejercida contra las víctimas. Los tocamientos, manoseos, pellizcos y golpes se infringieron en partes íntimas y típicamente reservadas al ámbito de la privacidad de cada persona, como los senos, genitales y boca. Además, muchas de ellas fueron sometidas a desnudos forzados en los autobuses o camiones en que fueron trasladados al penal o al entrar al penal. Asimismo, los insultos, abusos verbales y amenazas a los que fueron sometidas las mujeres tuvieron connotaciones altamente sexuales y discriminatorias por razones de género (párr. 188).

La sentencia determina que “la violencia sexual sufrida por las once mujeres no fue aislada, sino que se enmarca dentro de un patrón que se dio a lo largo de todo el operativo” (párr. 186). De este modo, la Corte IDH consideró que dicha violencia era intencional, causó sufrimiento severo y tenía el objetivo, entre otros, de

humillarlas, a ellas y a quienes asumían eran sus compañeros de grupo; de atemorizarlas, intimidarlas e inhibirlas de volver a participar de la vida política o expresar su desacuerdo en la esfera pública [...]; pero además tenía el distintivo propósito de castigarlas por osar cuestionar su autoridad. (párr. 197)

Con base en este análisis, la Corte IDH declaró que las once fueron víctimas de tortura (párr. 198), demostrando que la violencia sexual puede constituir tortura, aunque no se configure la violación sexual bajo el derecho internacional.

Adicionalmente, es importante subrayar la relevante determinación de la Corte IDH sobre el papel de la tortura y violencia sexual en el contexto de la protesta social como un mecanismo de control social

y represión, siendo esta la primera ocasión en que así se reconoce en la jurisprudencia interamericana. Así, la sentencia señala que “la gravedad de la violencia sexual en este caso [...] surge también por el hecho que se utilizó como una forma intencional y dirigida de control social” (párr. 200). En este sentido, la Corte IDH recogió determinaciones de otros tribunales internacionales sobre el uso de la violencia sexual como táctica de guerra, y resaltó que en el caso “fue aplicada en público, con múltiples testigos, como un espectáculo macabro y de intimidación en que los demás detenidos fueron forzados a escuchar, y en algunos casos ver, lo que se hacía al cuerpo de las mujeres” (párr. 202).

Aunado a ello, resulta fundamental destacar el abordaje de la sentencia sobre el componente de género. Desde esta perspectiva, se determinó que los cuerpos de las mujeres fueron instrumentalizados por los agentes policiales; cosificándolas para humillar, atemorizar e intimidar; utilizando la violencia sexual como “un arma más en la represión de la protesta [...] para alcanzar el propósito de dispersar [...] y asegurarse de que no volviera a cuestionarse la autoridad del Estado” (párr. 204).

La Corte IDH señaló asimismo la relación entre los actos de tortura sexual y los estereotipos de género, reconociendo la violencia verbal al tomar en cuenta que los policías expresaron a las mujeres, entre otras cosas, que esto les pasaba por no estar en sus casas haciendo tortillas o cuidando a sus hijos (párr. 214 (7)-(8)).

Después de la represión, detención, traslado e ingreso de las mujeres a un centro penitenciario –donde serían acusadas de delitos que no cometieron, permaneciendo detenidas durante días, meses o incluso años–, enfrentaron distintos momentos de violencia, revictimización y discriminación en su larga lucha por obtener justicia por las graves violaciones sufridas.

En este sentido, la Corte IDH destacó, entre otros aspectos, la reacción cargada de estereotipos por parte de altas autoridades ante las denuncias de los abusos (párr. 212). Así, por ejemplo, cabe mencionar las declaraciones públicas del entonces gobernador buscando negar o minimizar las denuncias de tortura sexual, señalando que “es conocido que en los manuales de los grupos de insurgencia, de los grupos radicales, lo primero que el manualito (dice) es declararse violadas en el caso de las mujeres” (párr. 74).

c. Deber de investigar a los responsables superiores

Uno de los aportes más relevantes de la sentencia es el análisis detallado que realizó la Corte IDH sobre la responsabilidad de los superiores jerárquicos en las violaciones a derechos humanos, incluidas autoridades políticas.

En contextos de gran impunidad como el mexicano, con pocos precedentes de sanción en este tipo de casos y mucho menos a los responsables superiores, podemos pensar que una sentencia que se limitara a ordenar una investigación, sin más, no hubiese logrado comunicar a las autoridades nacionales cómo deberían investigar los hechos. Quizás vislumbrando esta necesidad de construir un puente más sólido entre las obligaciones internacionales y su efectivo cumplimiento a nivel interno, en este caso el Tribunal avanzó de manera importante en sus directrices en materia de investigación.

El análisis que desarrolla la resolución se fundamenta no solo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que prevé en su artículo 3 que serán responsables de la tortura: a) los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; y b) las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso anterior ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices (Organización de los Estados Americanos).

La Corte IDH destacó que, mientras que el Estado se había limitado a investigar a un grupo de agentes de bajo rango, “había suficientes indicios como para justificar la apertura de una línea de investigación en relación a la responsabilidad de mando de los funcionarios a cargo de los operativos” (párr. 295), quienes “tenían la capacidad material de prevenir y castigar los hechos” (párr. 296).

Así, observó que

no es necesario que el superior tenga detalles específicos de los actos ilícitos cometidos o que están a punto de cometerse, sino que basta con tener alguna información general en su poder que le notifique sobre posibles actos ilícitos de sus subordinados. (párr. 296)

El Tribunal incluyó en su análisis la omisión estatal respecto de la cadena de mando que debió investigarse en función de las noticias sobre los hechos que hubieran llegado a las autoridades superiores, tanto en el caso en que hubieran hecho caso omiso y aceptaran la posibilidad del resultado (dolo eventual) como ante la posibilidad de que hubieran subestimado estos datos rechazando la posibilidad de tal resultado (culpa con representación) (párr. 297).

La Corte IDH brindó, además, consideraciones y ejemplos para ilustrar la necesidad de investigar diversas posibles formas de responsabilidad, desde actuaciones dolosas hasta las culposas o negligentes (párr. 298), aplicando su análisis tanto a los hechos del operativo policial como a determinados actos posteriores que podrían configurar encubrimiento (párr. 303).

De esta forma, la sentencia facilita a los órganos de administración de justicia el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Sobre la responsabilidad por actos de tortura, la Corte IDH precisó que

(i) la responsabilidad por el delito de tortura puede surgir no solamente del dictado de órdenes, sino también, por instigación, inducción, o cuando estando en posición de impedirlo, omitieran hacerlo; (ii) las órdenes pueden no ser expresas sino también implícitas, y (iii) las instrucciones no necesariamente deben ser criminales en sí, sino que basta con que exista una probabilidad sustancial de que se cometan crímenes en la ejecución de la instrucción. (párr. 302)

De este modo, en la sentencia se determinó que en este caso, no se investigaron todas las posibles formas de responsabilidad individual por los actos de tortura, incluyendo la responsabilidad de mando, pese a la existencia de indicios (párr. 304). Este aspecto es sumamente relevante de cara al proceso de cumplimiento de sentencia, pues al brindarse directrices concretas y enunciarse los elementos que deben considerarse en cada medida de reparación, los Estados tienen mayor claridad de las acciones que deben realizar para cumplir con sus obligaciones y tanto las representantes de las víctimas, como el propio Tribunal poseen elementos que permiten valorar las acciones estatales.

d. Reparaciones

Entre las diversas medidas de reparación dispuestas por la Corte IDH, destacamos el deber de investigar todas las formas de responsabilidad (párr. 338, punto resolutivo 9). Asimismo, resaltamos dos medidas estructurales que buscan evitar la repetición de hechos de violencia como los ocurridos en el caso y cuya pertinencia es de suma trascendencia en el contexto mexicano actual, en el que está en discusión la participación de fuerzas militares en tareas de seguridad ciudadana y el rol de los cuerpos policiales en este cometido.

Así, la Corte IDH ordenó, en primer lugar,

establecer al nivel federal un observatorio independiente que permita dar seguimiento a la implementación de las políticas en materia de rendición de cuentas y monitoreo del uso de la fuerza de la Policía Federal y la policía del estado de México, dentro del cual se permita la participación de miembros de la sociedad civil. (párr. 356)

Esta medida constituirá un ejercicio necesario e innovador en México, con el potencial de instalar un modelo aplicable no solamente a las dos fuerzas implicadas en este caso, sino que puede ser replicado como un sistema de supervisión externa y mejora continua del desempeño de las fuerzas de seguridad del país.

En segundo lugar, la Corte IDH tomó nota de la creación en 2015 de un mecanismo gubernamental destinado a dar seguimiento a casos concretos de tortura sexual a mujeres (párr. 360), pero cuyo trabajo hasta la fecha ha sido sumamente limitado. En este contexto, requirió al Estado que

elabore un plan de fortalecimiento calendarizado del Mecanismo de Seguimiento de Casos de Tortura Sexual cometida contra Mujeres, que incluya la asignación de recursos para el cumplimiento de sus funciones en el territorio nacional, y establezca plazos anuales para la presentación de informes. (párr. 360)

V. Conclusión: a seguir rompiendo el silencio

Como se desprende de los temas destacados en el presente artículo —que abarcan solo algunas de las temáticas analizadas por la Corte IDH—, la sentencia del caso “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco” constituye un hito en la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, al profundizar y avanzar no solamente en la interpretación de los estándares internacionales, sino en traducir esas obligaciones en acciones y directrices claras para los Estados que agilicen el cumplimiento de las sentencias y acerquen a las víctimas de violaciones a derechos humanos a la debida reparación.

La sentencia abre la puerta para que el Estado mexicano termine con la impunidad en el caso y tome acciones para evitar que más personas, particularmente mujeres, sean víctimas de violaciones como las ocurridas. Así, pone en relieve diversas formas de violencia en razón de género y sienta un precedente importante para garantizar los derechos de otras mujeres de la región.

Antes de cerrar esta breve reseña, quisiéramos resaltar un aspecto fundamental del caso que puede no apreciarse si nos limitamos al análisis de la sentencia: las mujeres denunciadas llevan trece años luchando no solamente ante instancias legales nacionales e internacionales, sino también mediante la construcción de otras estrategias. Entre muchas acciones de difusión, educación, protesta y organización, en 2014 fundaron una campaña de solidaridad entre mujeres sobrevivientes de tortura sexual llamada “Rompiendo el Silencio: Todas Juntas contra la Tortura Sexual”.⁵ Dicha campaña nacional, en la que participan activamente decenas de mujeres sobrevivientes y diversas organizaciones, ha logrado visibilizar casos concretos de mujeres privadas de libertad que después han sido liberadas y, a petición de las organizaciones que acompañan la campaña, se creó el Mecanismo gubernamental contra la tortura sexual, que ahora será fortalecido mediante el cumplimiento de la medida de reparación dispuesta por la Corte IDH.

Así, las medidas ordenadas en la sentencia interamericana vienen a sumarse a un camino ya trazado por las once mujeres, quienes siempre han destacado la solidaridad y la acción colectiva como la clave para combatir la tortura sexual y encontrar acciones reparadoras para las sobrevivientes, y quienes definitivamente no esperaron hasta la sentencia interamericana para empezar a transformar su realidad y su país.

Referencias bibliográficas

Amnistía Internacional (2016). *Sobrevivir a la muerte: Tortura de mujeres por policías y fuerzas armadas en México*.

Católicas por el Derecho a Decidir, Centro de Derechos Humanos Fray Francisco de Vitoria, Centro Prodh, Greenpeace, Promoción y Defensa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Red Nacional de Organismos Civiles de Derechos Humanos “Todos los Derechos para Todas y Todos” & Servicios Legales e Investigación y Estudios Jurídicos (2011). *Informe sobre el Estado de México durante el sexenio 2005-2011*. México: Centro Prodh.

⁵ Les invitamos a conocer más información sobre la campaña y los casos de las sobrevivientes en: <http://centroprodh.org.mx/rompiendoelsilencio>

- Centro Prodh (2006). *Atenco: Estado de derecho a la medida*. Recuperado de <https://centroprodh.org.mx/wp-content/uploads/2017/12/Atenco-Estado-de-derecho-a-la-medida.pdf>
- (2018). *Mujeres con la Frente en Alto. Informe sobre la tortura sexual en México y la respuesta del Estado*. Recuperado de <https://centroprodh.org.mx/2018/11/21/mujeres-con-la-frente-en-alto-informe-sobre-la-tortura-sexual-en-mexico-y-la-respuesta-del-estado/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (28/10/2015). Informe de Fondo N° 74/15, Caso 12.846, Mariana Selvas Gómez y otras (México). Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12846FondoEs.pdf>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2018). *Informe anual*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (30/08/2010). “Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Serie C No. 215.
- (31/08/2010). “Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Serie C No. 216.
- (28/11/2018). “Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Serie C No. 371.
- Frente por la Libertad de Expresión y la Protesta Social (FLEPS) (2014). *Control del espacio público: informe sobre retrocesos en las libertades de expresión y reunión en el actual gobierno Control del espacio público 3.0*. Recuperado de http://libertadypromesa.org/wp-content/uploads/2018/05/protesta_social_cdmx_fleps_2016.pdf
- (2015) *Informe sobre retrocesos en las libertades de expresión y reunión en el actual gobierno*.
- México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2017). *Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL 2016)*. México: Instituto Nacional de Estadística y Geografía.
- Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Procuraduría General de la República (2018). Solicitudes de información folios: 0001700016518, 0001700016618 y 0001700016918.
- Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2014). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Misión a México, A/HRC/28/68/Add.3*.
- (2017). *Informe de seguimiento del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes – México, A/HRC/34/54/Add.4*.
- Secretaría Ejecutiva de la Red TDT (2008). *Campaña contra la criminalización de la protesta social: Sistematización de casos de criminalización de la protesta social en México*.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018). Solicitud de información folio: 0330000226918.
- Vela Barba, E. (13/02/2019). ¿Una milicia con perspectiva de género? [Editorial]. *Animal Político*.

Crímenes contra la humanidad. Imprescriptibilidad acción civil

Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372

Por Andrea Gattini Zenteno,¹ Francisco Bustos² y Francisco Ugás Tapia³

I.- Introducción

El 21 de diciembre de 2018 fue notificada a los peticionarios la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o la Corte IDH) en el *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, que declara la responsabilidad del Estado por el rechazo de diversas demandas civiles –de indemnización de perjuicios–, deducidas entre 1997 y 2001 por siete grupos de familiares de víctimas de desapariciones forzadas, y por las ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes estatales durante la dictadura cívico-militar en Chile.

A nivel doméstico, las acciones judiciales fueron rechazadas por los tribunales superiores de justicia aplicando la prescripción “extintiva” establecida en el artículo 2332 del Código Civil chileno, que establece un plazo de cuatro años para el ejercicio de las acciones por responsabilidad extracontractual.

1 Abogada. Licenciada en Derecho y Bachiller en Ciencias Sociales y Humanidades (Pontificia Universidad Católica de Chile).

2 Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile). Profesor del Curso Tratamiento Jurídico del Terrorismo, Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello, Santiago.

3 Abogado. Licenciado en Derecho y Bachiller en Ciencias Sociales y Humanidades (Pontificia Universidad Católica de Chile). Máster en Derechos Fundamentales y Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Universidad Carlos III, España).

Las denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión o la CIDH) fueron presentadas por el abogado Nelson Guillermo Caucoto Pereira. Con todo, estos casos no fueron excepcionales. Se estima que en más de un centenar de casos la judicatura y, principalmente, la Tercera Sala (Constitucional) de la Corte Suprema, denegaron reparaciones sobre la base del argumento de la prescripción, existiendo denuncias pendientes ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.⁴

En noviembre de 2016 la Comisión aprobó el Informe de Fondo donde concluyó que se violó el derecho de acceso a la justicia, las garantías judiciales y la protección judicial, recomendando diversas medidas de reparación. Se sometió el caso a la Corte IDH en mayo de 2017.

En febrero de 2018, el Estado de Chile, en su escrito de contestación, aceptó los hechos y reconoció su responsabilidad, lo que fue valorado positivamente por la Corte. En cuanto a las reparaciones, el Estado afirmó que se trata de decisiones con carácter de cosa juzgada pero que, de todas maneras, comparte el principio de que las reparaciones por violaciones flagrantes a los derechos humanos no se encuentran sujetas a la prescripción, criterio que tiene asidero en la costumbre internacional, “por lo que el transcurso del tiempo no puede ser impedimento para que las víctimas y sus familiares obtengan una reparación integral por los daños causados”,⁵ indicando que

dado que la presente causa se origina por la imposibilidad de que un tribunal interno conociera el fondo de una acción cuya naturaleza es indemnizatoria de perjuicios, la reparación adecuada tendiente a hacer desaparecer los efectos de la violación correspondería principalmente en la determinación de una indemnización monetaria,⁶

sin perjuicio de que deben ser considerados los esfuerzos y reparaciones colectivas realizadas por el Estado hasta la fecha. Con todo, en sus alegatos finales, la representación estatal modificó su posición inicial, cuestión sobre la que volveremos al momento de referirnos a la indemnización compensatoria.

La Corte IDH consideró que ha cesado la controversia entre las partes, por lo que no era necesario realizar una determinación propia de los hechos, por lo cual procedió a determinar las medidas de reparación.

4 Sobre la evolución de la responsabilidad del Estado en el derecho chileno, es relevante el caso “*Domic Bezić con Fisco*” (2002), donde se demandaba una indemnización por crímenes de lesa humanidad, donde se estableció que la misma está sujeta a las reglas generales de prescripción del Código Civil. Esta doctrina fue reforzada por la llegada del Ministro Pedro Pierry a la Corte Suprema en 2009, que como ex Consejero del Consejo de Defensa del Estado y catedrático de derecho administrativo, propugnaba desde los años 1970 que la responsabilidad estatal se regía por las normas del Código Civil. Cf. Cordero, L. (2018). *Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado*. Santiago: Ediciones DER, pp. 54-62, 78 y ss. Un análisis de la misma desde el Derecho internacional de los derechos humanos en Nash, C. (2014). *Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y en la experiencia chilena*. Santiago: Legal Publishing/Thomson Reuters, pp. 420 y ss.

5 [Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372, párr. 19.

6 *Ibíd.*

El Tribunal advirtió que la representación del Estado, en un primer momento, había dado cuenta que atendida la imposibilidad jurídica de “restituir los procesos para dictar nuevas sentencias”, la reparación adecuada sería una indemnización monetaria. Sin embargo, en sus alegatos finales solicitó rechazar las reparaciones propuestas por la Comisión y, en su lugar, instó a que se otorguen medidas de reparación no patrimoniales, lo cual consigna el fallo en los siguientes términos:

alegó que este Tribunal no se encuentra facultado para pronunciarse acerca de daños ocasionados por los crímenes de lesa humanidad que dieron origen a las referidas acciones civiles, ni tampoco sobre actos relativos a las investigaciones penales de dichos crímenes, por cuanto esos hechos fueron excluidos del objeto del litigio por el representante y por la Comisión y, además, porque la Corte IDH no tiene competencia *ratione temporis* para pronunciarse sobre medidas destinadas a reparar las vulneraciones de derechos cometidas durante el periodo de dictadura militar,⁷

instando porque se confirmen criterios que habrían sido sentados en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*.⁸

La defensa estatal señaló en todo caso que “esta solicitud no representa una forma velada de escapar de sus propias responsabilidades para con las víctimas de violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar”. ¿Quién podría no pensarlo?

Al momento de abordar esto, la Corte IDH da cuenta de que

los alegatos finales escritos no son el momento procesal para contradecir o limitar el efecto de su reconocimiento de responsabilidad”,⁹ por lo que concluye que en este caso existió una denegación de justicia que “surgió por una interpretación judicial contraria a la Convención y la consecuencia de la situación jurídica infringida es que, al día de hoy, las víctimas no han podido hacer efectivo su derecho a reclamar, y eventualmente recibir, indemnizaciones por perjuicios morales alegados por la vía de una determinación judicial. De ese modo, la medida de restitución consecuente con ese daño podría ser disponer que el Estado les garantice el acceso a un nuevo recurso rápido y efectivo de carácter judicial para subsanar dicha situación o, en su defecto, algún mecanismo alternativo que cumpla con esa necesidad.¹⁰

7 *Ibíd*, párr. 111.

8 Interpretación discutible, en atención a que lo discutido a propósito del *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* se refería al decreto ley de amnistía y la prescripción penal como obstáculos para lograr justicia por crímenes de derecho internacional.

9 Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile*, cit., párr. 115.

10 *Ibíd*, párr. 116.

II.- Aplicación del principio de complementariedad para la determinación y fijación del *quantum* indemnizatorio

Uno de los aspectos más interesantes de la sentencia aquí comentada se vincula con la aplicación del principio de complementariedad por parte del tribunal regional en la resolución del asunto, específicamente, para determinar que está facultada para resolver directamente el pago de un monto indemnizatorio dirigido a reparar el daño sufrido por las personas peticionarias y, además, para la determinación de la cuantía o monto indemnizatorio que debe darse a cada una de ellas.

El *thema decidendum* relativo a este debate estuvo definido por las siguientes posiciones y peticiones expresadas por las partes, las que de manera sucinta serán expuestas a continuación.

Por una parte, la CIDH estimó que el Estado debe reparar a las víctimas del caso y, como parte de dicha reparación, debe adoptar las medidas necesarias para ofrecer un recurso judicial efectivo que permita a las víctimas presentar sus reclamos en esta sede y obtener una decisión en este específico ámbito reparatorio. Lo anterior, dijo la Comisión, debe ser independiente al programa administrativo previsto por la legislación doméstica.

Por otra parte, el representante de las víctimas solicitó a la Corte IDH que el Estado de Chile defina algún remedio jurídico rápido y efectivo, administrativo o de cualquier otra naturaleza, que disponga las indemnizaciones que correspondan, debiendo ser determinada la cuantía del monto indemnizatorio por criterios internacionales y por los criterios aplicados en la actualidad por el Poder Judicial doméstico en decenas de fallos.

La postura del Estado ya fue expuesta en el apartado anterior.

Para resolver este debate, la Corte IDH, en primer lugar, argumenta que las acciones civiles interpuestas por las víctimas han sido objeto de decisiones que tienen el carácter de cosa juzgada, principio garantizador que debe ser respetado en un Estado de derecho. En segundo lugar, la Corte sostiene que los hechos fundantes de las acciones civiles impetradas constituyen graves violaciones de derechos humanos, caracterizadas como crímenes de lesa humanidad. El Tribunal reconoce que, en ciertos casos, en que la violación a la Convención ha sido producida por decisiones judiciales internas, se ha dispuesto, como una medida de reparación, entre otras, que el Estado deje sin efecto tales decisiones. Sin embargo, en este caso, no ha sido alegado que se haya configurado algún supuesto en que los procesos internos, que han llegado a decisiones definitivas con carácter de cosa juzgada, sean producto de la apariencia, el fraude o de una voluntad de perpetuar una situación de impunidad, supuestos que permitirían considerar la procedencia de disponer, de manera excepcional, que se reabran estos procesos.

Seguidamente, la Corte IDH argumenta que la naturaleza de estos hechos ha llevado al Estado –basado en el cambio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia– a reconocer ante el tribunal regional de derechos humanos que no es aplicable la institución de la prescripción extintiva civil de las acciones de esta naturaleza que procuren la reparación de los perjuicios morales ocasionados a víctimas o a familiares de estas, por ese tipo de hechos. Por ende, “en este tipo de casos el instituto de la cosa

juzgada no debería constituir un obstáculo para que las víctimas del presente caso –o personas que se encuentren en situaciones análogas– puedan finalmente acceder a las reparaciones que les puedan corresponder por vía judicial”.¹¹

Sentado lo anterior, la Corte IDH precisa en su sentencia que, en el caso concreto, la denegación de justicia surgió por una interpretación judicial contraria a la Convención y, también, que la consecuencia de la situación jurídica es que, en la actualidad, las víctimas –familiares de quienes fueron ejecutados y desaparecidos durante la dictadura encabezada por Pinochet– no han podido hacer efectivo su derecho a reclamar y eventualmente recibir indemnizaciones por el daño moral sufrido y alegado a nivel jurisdiccional. De aceptarse el argumento del Estado, refiere la Corte IDH, la consecuencia necesaria es que las peticionarias quedarían sin la posibilidad de acceder a reparaciones, tanto en el ámbito interno como internacional.

Atendida tal situación, la Corte invoca y aplica el principio de complementariedad, el cual informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y que se encuentra consagrado en la Convención. “[E]l sistema de protección instaurado por la Convención no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa”,¹² refiere el juzgador.

Tomando especialmente en consideración el reconocimiento estatal de responsabilidad internacional, el tiempo transcurrido, la duración adicional que podría implicar la habilitación de un recurso judicial o el inicio de nuevas causas, y con el propósito de que las víctimas reciban prontamente una reparación, la Corte IDH estimó pertinente disponer, en aplicación del principio de complementariedad, que el Estado otorgue directamente una compensación a cada una de las víctimas del presente caso.

Para determinar el monto o cuantía de la reparación, la Corte IDH se remite a los criterios utilizados en la jurisprudencia nacional, informados por el Estado y por el representante de las víctimas, mas no realiza un pronunciamiento o evaluación sobre hechos y daños ocurridos al momento en que los familiares de las víctimas fueron ejecutados o desaparecidos.

Es útil considerar que los criterios empleados por la judicatura doméstica del Estado para determinar y fijar las cuantías indemnizatorias en este tipo de casos relacionados con crímenes de lesa humanidad que fueron reconocidos por la Corte IDH son

los “lazos de parentesco y las calidades en que personalmente cada uno de los afectados [es decir, su familiar,] sufrió las agresiones, vejaciones y torturas a que fueron sometidos [...] con las graves lesiones y consecuencias [...]”. Esta jurisprudencia señala que, al momento de precisar la existencia y entidad del daño moral reclamado, por su naturaleza netamente subjetiva que surge de “la propia naturaleza afectiva del ser humano”, no puedan aplicarse las mismas reglas utilizadas para la determinación de daños materiales (que son susceptibles de prueba y de determinación directa), de modo que el daño moral “queda enteramente entregado a la regulación prudencial de los jueces, tomando en consideración aspectos como las

11 *Ibíd.*, párr. 114.

12 *Ibíd.*, párr. 118.

circunstancias en que se produjo y todas aquellas que influyeron en la intensidad del dolor y sufrimiento experimentado [...] y no podría ser de otro modo porque materialmente es difícil, sino imposible, medir con exactitud la intensidad del sufrimiento que provoca la muerte o intento de homicidio de un familiar en tan repugnantes circunstancias”.¹³

Consecuencialmente, el tribunal regional fijó un monto indemnizatorio a favor de cada una de las personas peticionarias. La resolución jurídica del caso concreto es, ciertamente, la decisión óptima más justa y razonable que podía adoptar la Corte IDH, si consideramos las dificultades que el Estado invocó, y que, de estimarse, hubieran convertido en ilusorio el derecho a la reparación que asiste a las peticionarias. Así, el principio de complementariedad, estimado y aplicado por la Corte, adoptó una expresión que favoreció la eficacia del derecho a la reparación de las víctimas.

III.- Criterios de actuación judicial del Consejo de Defensa del Estado, entidad que tiene la representación judicial del Fisco de Chile ante los tribunales chilenos

El Consejo de Defensa del Estado (CDE) es el representante judicial del Fisco de Chile a nivel doméstico.¹⁴ Esta disposición lo ha convertido en la contraparte de los juicios civiles¹⁵ iniciados por las víctimas sobrevivientes o los familiares de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en Chile durante la dictadura cívico-militar, que se extendió desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990.

A través de su participación judicial, diversos criterios de defensa ha establecido este organismo. Prioritariamente, sus alegaciones se han basado en las excepciones de pago o reparación satisfactoria, la preterición legal de los hermanos en las leyes de reparación y la prescripción extintiva de la acción civil derivada de la comisión de crímenes de lesa humanidad. A las primeras dos no haremos referencia, por exceder el objeto del presente análisis.

Respecto a la prescripción, en el Informe N° 52/16 de Fondo, la CIDH hace recomendaciones al Estado, una de las cuales es

adoptar medidas de no repetición. En particular, medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, con el objeto de adecuar la legislación y las prácticas judiciales chilenas a los estándares descritos en el presente informe respecto a la prohibición de aplicar la prescripción a las acciones civiles de reparaciones en casos como el presente.

¹³ *Ibíd.*, párr. 122.

¹⁴ Conforme lo dispuesto en el artículo 3 N° 1 del DFL N° 1 del 28 de julio de 1993, el que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.

¹⁵ Sea una demanda civil en el marco de un procedimiento criminal, si existen imputados conocidos y acusados, o bien una acción civil en contra del Fisco de Chile en la forma de un juicio ordinario de hacienda.

En el reconocimiento de responsabilidad efectuado ante la Corte IDH, el Estado admite que no es aplicable la institución de la prescripción respecto de las acciones civiles que emanan de las causas por violaciones a los derechos humanos, constitutivas de crímenes de lesa humanidad. E incluso va más allá, ya que hace un análisis del cambio jurisprudencial que se ha dado en nuestros tribunales superiores de justicia en relación con el rechazo de estas alegaciones. Efectivamente, los criterios de los tribunales de justicia chilenos han cambiado radicalmente respecto a la procedencia de la institución de la prescripción en estos casos. Así, tímidamente desde el 2009, y ya definitivamente desde finales del año 2011, la Corte Suprema determinó la imprescriptibilidad de las acciones civiles, cambiando el destino de las demandas interpuestas por las víctimas.

Esto se debió principalmente a dos factores. El primero, es el cambio de composición de la Segunda Sala (Penal) de la Corte Suprema de Justicia, que permitió el ingreso de ministros más versados en derecho internacional, adecuando sus fallos a los estándares internacionales sobre derechos humanos en la materia, cumpliendo con la obligación de reparación que tiene el Estado respecto de las víctimas. El segundo factor es que desde el año 2014, mediante un auto acordado dictado por la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento y juzgamiento de las causas civiles derivadas de los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra cometidos durante la dictadura cívico-militar en Chile, pasaron de la Tercera Sala (Constitucional) a la Segunda Sala (Penal) del máximo tribunal nacional, la cual, conociendo de procesos criminales donde fueron ejercidas además acciones reparatorias, ya había desarrollado el criterio respecto a estas acciones, rechazando de manera continua y constante la aplicación de la prescripción extintiva de la acción civil, reparando a los familiares de las víctimas. Esto ya se ha demostrado en más de ciento sesenta fallos a la fecha.¹⁶

Hoy la imprescriptibilidad es el criterio que prima en los tribunales, tanto en los ministros en visita extraordinaria de las distintas cortes de apelaciones, ante los que se sustancian las causas de derechos humanos, como en la inmensa mayoría de los tribunales civiles que tratan los juicios de hacienda que tienen como origen violaciones a los derechos humanos, así como en las cortes de apelaciones a lo largo de Chile y en la Corte Suprema.

Pero no todo es así de pacífico. En la práctica, el Consejo de Defensa del Estado, de manera persistente, y hasta la actualidad, sigue insistiendo en oponer la excepción de prescripción en todos los juicios, y no solo en primera instancia, sino también presentando los recursos de apelación correspondientes ante las cortes de apelaciones cuando es rechazada, y llegando aun hasta la Corte Suprema, presentando los correspondientes recursos de casación en el Fondo. Esto solo significa perpetuar el estado de

16 Por ejemplo, podemos citar las sentencias de la Excm. Corte Suprema roles Nº 12.636-2018, Nº 8.105-2018, Nº 1.231-2018, Nº 43.142-2017, Nº 17.010-2018, Nº 19.069-2018, Nº 36.332-2017, Nº 41.554-2017, Nº 19.127-2017, Nº 51.17-2017, Nº 2.471-2018, Nº 31.711-2017, Nº 1.568-2017, Nº 10.439-2017, Nº 92.828-2016, Nº 68.876-2016, Nº 62.036-2016, Nº 62.211-2016, Nº 58.917-2016, Nº 28.637-2016, Nº 23.572-2015, Nº 20.580-2015, Nº 23.568-2015, Nº 14.343-2016, Nº 2.962-2016, Nº 17.012-2015, Nº 37.993-2015, Nº 22.856-2015, Nº 27.178-2014, Nº 29.567-2014, Nº 25.138-2014, Nº 17.030-2013, Nº 17.037-2013, Nº 5.831-2013, Nº 2.911-2013, Nº 3.841-2012, Nº 6.601-2011, Nº 5.969-2010, Nº 5.436-2010, Nº 2.414-2010 y Nº 6-2009.

indefensión de las víctimas y demandantes, que deben seguir esperando por años (falleciendo muchos en el camino, incluso) para hacer efectiva su reparación.¹⁷

Estas alegaciones del Estado en sede judicial se basan en el derecho interno, haciendo caso omiso de la normativa internacional, que incluso tiene rango constitucional en Chile en virtud del artículo 5, inciso segundo, de la Constitución Política de la República de 1980.¹⁸

Todas estas alegaciones siguen siendo presentadas en los procesos y en estrados, a pesar de haber dicho ya el mismo Estado de Chile en el ámbito internacional que no son aplicables (incluso haciendo hincapié en el cambio jurisprudencial y solicitando se reconozca dicho avance) y de determinarlo así también nuestros máximos tribunales de justicia, aun luego de determinarlo así la Corte IDH. La disparidad de discursos es un problema que debe tomarse en consideración porque está retrasando la justicia de manera inaceptable y debe solucionarse a la brevedad.

En lo que concierne al caso en estudio, la Corte IDH ha considerado varios antecedentes para determinar la imprescriptibilidad de la acción civil. Así, nombra el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, que determinó que las acciones de indemnización no están sujetas a prescripción;¹⁹ lo señalado por el relator sobre el derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación por graves violaciones a los derechos humanos, Theo Van Boven, en 1993;²⁰ el Conjunto actualizado de principios de protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, adoptado por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas;²¹ los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas;²² la modificación legislativa realizada por Argentina al artículo 2561 del Código Civil y Comercial y la jurisprudencia de los últimos años de la Corte Suprema de Justicia chilena.²³ Este último antecedente creemos que es el más relevante de todos, puesto que demuestra la posibilidad de una interpretación judicial acorde al derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, nos parece correcta la observación del Juez Sierra Porto, en el sentido de que la Corte IDH debió haber desarrollado mejor cada uno de estos elementos, explicando de qué manera fundamentan la imprescriptibilidad de la acción civil, no simplemente enumerando antecedentes,²⁴ pero creemos que, sobre todo en cuanto a lo explicado sobre el reconocimiento de responsabilidad del Estado y también

17 Para una crítica a la actuación del CDE, véase: Collins, C. et al. (2018). Negacionismo en la era de la pos-verdad: verdad, justicia y memoria en Chile, a dos décadas del caso Pinochet. En T. Vial (ed.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018*. Santiago: UDP, p. 35.

18 Esta norma no formaba parte de la Constitución original, sino que fue resultado de los acuerdos previos al retorno a la democracia en 1989. En doctrina se ha discutido sobre el valor de estos tratados, pero la interpretación citada nos parece la más acorde.

19 Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, cit., párr. 79.

20 *Ibíd.*, párr. 80.

21 *Ibíd.*, párr. 81.

22 *Ibíd.*, párr. 82.

23 *Ibíd.*, párr. 85.

24 Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile*, cit., voto concurrente Juez Humberto Sierra Porto, párrs. 7 y 8.

en lo relativo al cambio jurisprudencial experimentado por los tribunales chilenos a partir de los fallos de la Corte Suprema de Justicia, es posible que la Corte IDH, tal como el Estado chileno, comparta los argumentos que de un tiempo a esta parte emplea la Corte Suprema chilena en sus sentencias.

Esto pues reconoce que la interpretación del máximo tribunal es compatible con las garantías de la Convención y las obligaciones de derecho internacional. Lo anterior permite, a nuestro juicio, valerse de esos fundamentos para dejar sólidamente establecido que la prescripción, en estos casos, no procede.

Por estas razones es que finalmente acepta el reconocimiento de responsabilidad del Estado y determina que es responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25.1, con relación a los artículos 1.1 y 2 de la Convención, determinando el pago de una indemnización para cada uno de los denunciantes.

En conclusión, el Estado ha dicho una cosa ante el foro internacional, determinando tajantemente la no aplicación de la institución de la prescripción de las acciones civiles que emanan de crímenes de lesa humanidad, por determinarlo así la costumbre internacional plasmada en normas de *ius cogens* que han sido recogidas por diversos instrumentos internacionales, pero se ha comportado de manera disímil con este discurso en el ámbito interno, dilatando los juicios a través de la interposición de recursos basados en esta excepción (y otras defensas incompatibles con la CADH), lo que ha contribuido a retardar la acción de la justicia de una manera que mantiene a las víctimas en un estado de permanente incertidumbre y vulneración de derechos.

Es por estas razones que se espera que el fallo en sí sea internalizado por las distintas instituciones que representan al Estado y se tomen las medidas para adecuar sus actuaciones a los criterios establecidos en el fallo de la Corte IDH.

Destitución magistrados. Garantías judiciales

Corte IDH, Caso *Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373

Por Arnau Baulenas Bardia¹

I. Introducción

A continuación se expone un breve comentario sobre la sentencia en el *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*² de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte). El fallo es uno de los pocos³ dictados a favor de funcionarios judiciales, en particular, jueces que han sido destituidos en contravención al Pacto de San José.

1 Abogado del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (ID-HUCA, El Salvador). Encargado de la Coordinación del Equipo de Procesos de Justicia. Con la colaboración de la Licenciada Kathia Gabriela López Hernández.

2 El caso trata de las destituciones arbitrarias a que fue sujeto el ex magistrado del Tribunal Supremo Electoral Eduardo Benjamín Colindres Schonenberg en 1996 y en 1998. Las destituciones fueron realizadas por la Asamblea Legislativa al margen de la ley y en inobservancia de las garantías judiciales, tratándose en realidad de un reproche de los diputados que integraban el partido político que lo había propuesto en el cargo. Colindres presentó una demanda de amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cuando fue destituido por primera vez. En esa oportunidad, se estableció la vulneración a la garantía de audiencia y se ordenó su restitución y el pago de una indemnización por daños y perjuicios. Ya reestablecido en el cargo, quienes habían solicitado el cese en sus funciones alegaron que los motivos bajo los cuales había sido destituido anteriormente persistían e insistieron su destitución. En ese escenario, Colindres presentó cuatro demandas de amparo, pero la Sala no conoció el fondo del asunto en ninguna de ellas debido a las fuertes presiones que la Asamblea Legislativa ejerció sobre la institución.

3 A modo de ejemplo, el caso *López Lone y Otros Vs Honduras* (2015); caso de la Corte Suprema de Justicia (*Quintana Coello y Otros*) vs. Ecuador (2013); Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú (2001); Caso *Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela (2008).

El comentario se divide en tres apartados. El primero atinente a la necesidad de crear o modificar la normativa interna, conforme al artículo 2 de la Convención, aspecto que fue solicitado por los representantes de la víctima y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión), pero desestimado por la Corte. El segundo, sobre la aplicación del control de convencionalidad como mecanismo para evitar violaciones a los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención); en el que también se analiza, a la luz de algunos criterios doctrinales y académicos, la verdadera efectividad de esta. El tercero, en relación con las puntuales consideraciones que hace la Corte acerca del principio de legalidad y su relación con la aplicación de la interpretación analógica de la ley. Finalmente, el cuarto apartado versa sobre la integralidad de las medidas de reparación otorgadas y de la importancia de las no otorgadas, atendiendo al contexto político, jurídico e institucional de El Salvador.

II. La necesidad de crear normativa interna o disponer modificaciones legislativas

Tanto la primera como la segunda destitución del ex magistrado Eduardo Benjamín Colindres fueron realizadas al margen de un marco normativo que regulara la competencia del órgano encargado de seguir un proceso disciplinario, las causales para promoverlo y el procedimiento correspondiente. Lo anterior, permitió a la Asamblea Legislativa realizar una destitución ajena a las garantías judiciales y a los principios de legalidad, independencia e imparcialidad, al ampararse en un procedimiento *ad hoc* diseñado exclusivamente para el caso en concreto.

En virtud de lo anterior, una de las peticiones hechas a la Corte, por parte del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (en adelante, Idhuca), fue que el Estado dispusiera la creación de normativa interna que regulara la destitución de magistrados del Tribunal Supremo Electoral (en adelante, TSE). En un sentido similar, la Comisión solicitó

disponer las modificaciones normativas necesarias para asegurar que los procesos disciplinarios contra magistrados del TSE, tanto en la regulación como en la práctica, sean realizados con garantías de competencia, independencia e imparcialidad [...] así como las causales disciplinarias y sanciones aplicables sean compatibles con el principio de legalidad.⁴

El Idhuca planteó dicha medida fundada en la realidad política y jurídica del país y considerando que la creación de normativa interna podría ser una medida de reparación idónea e integral para garantizar la no repetición de las arbitrariedades cometidas en contra del Sr. Colindres.

⁴ Corte IDH, *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párr. 126.

Asimismo, en los alegatos finales escritos, el Idhuca señaló la existencia de regulaciones normativas que contienen procedimientos disciplinarios contra otro tipo de funcionarios y servidores públicos y destacó la necesidad de extender dichas regulaciones a los magistrados del TSE.

Por un lado, la Convención contiene la obligación estatal de adecuar el derecho interno a sus disposiciones, para garantizar los derechos en ella consagrados. “Este deber general del Estado Parte implica que *las medidas de derecho interno han de ser efectivas* (principio del *effét utile*)”.⁵ Amparándose en ese principio, la existencia de una norma positiva asegura la protección y garantía de los derechos en ella contenida.

Ahora bien, en la sentencia que aquí se comenta la Corte recuerda que lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención obliga a los Estados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. Al respecto advierte que el cumplimiento de dicha obligación es posible de dos maneras: i. suprimiendo normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención, *ya sea porque se desconocen esos derechos o libertades* u obstaculicen su ejercicio; ii. *Expidiendo normas* y desarrollando prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

En otras sentencias, como la del caso *Radilla Pacheco Vs. México*, la Corte expone que “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, *debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas*”.⁶ La Corte también ha entendido que es deber del Estado tomar medidas *positivas* de protección efectiva de los derechos humanos de todas las personas sometidas a su jurisdicción.

En el caso en estudio, la Corte estimó que la medida de reparación más pertinente y suficiente era ordenar la correcta aplicación del control de convencionalidad para evitar futuras violaciones a los derechos alegados, sin tomar en cuenta la calidad particular de la víctima al momento de las violaciones, es decir, su calidad de magistrado. Y es que, bajo ese supuesto, se vuelve ineludible la vigencia de garantías reforzadas.

Con relación a ello, la Comisión ha establecido que “junto a las garantías de estabilidad, resulta necesario el establecimiento de un régimen de responsabilidad de jueces [...] para aquellos casos en que a través de un procedimiento justo y adecuado se haya comprobado su mal desempeño”.⁷ De esta premisa se deduce la necesidad de que ese régimen se encuentre en una norma positivada que dé certeza jurídica sobre los procesos disciplinarios contra jueces y juezas en un marco de independencia, imparcialidad y legalidad.

5 Ver Corte IDH, Caso La Cantuta vs Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 171 y Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs Paraguay, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 02 de septiembre de 2004, párr. 20.

6 Ver Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 288.

7 Ver CIDH, “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela”, Informe del 20 de diciembre de 2009, párr. 239.

Según nuestra apreciación, hubiese sido interesante que la Corte tratara los siguientes aspectos:

i) Que las obligaciones internacionales, iluminadas en el *corpus iuris* interamericano, sean positivadas en una norma como una garantía reforzada para los jueces cuando deban ser investigados y juzgados por su mal desempeño.

ii) En este caso, y pese a la existencia de compromisos internacionales y tratados ya ratificados, el Estado decidió arbitrariamente inobservar la normativa internacional, por tanto, obligarle ahora a aplicar correctamente estos valiéndose exclusivamente del control de convencionalidad, podría ser inconsecuente.

iii) La Corte pudo haberse valido de criterios adoptados por otros Tribunales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en varias sentencias ha reconocido la facultad de los Estados de proteger los derechos convencionales como mejor estimen. Ahora bien, esto implica la existencia de un “*espacio de tolerancia a los países (que) no puede quedar exenta de control, máxime cuando tal protección es ineficiente al contener vacíos o lagunas en aquella defensa*”⁸ (subrayado propio).

Por último, vale decir que en reiterados casos ha sido la Comisión quien ha solicitado la modificación de normativa interna a la Corte, pero en la mayoría de ellos la Corte ha desestimado tal petición. Nótese que esto ha sido decidido cuando se advierte la existencia de una normativa que al parecer de la Corte no es necesario modificar.

III. El control de convencionalidad

La Corte ha hecho múltiples esfuerzos por asegurar la correcta aplicación del control de convencionalidad en los Estados sometidos a su jurisdicción. Tal ha sido su empeño que ha ampliado el concepto de forma que no solo los jueces u operadores de justicia se ven obligados a aplicarlo, sino también todas las autoridades de un Estado Parte en sus prácticas, decisiones y actuaciones.

Muy probablemente, en consonancia a este esfuerzo, la Corte consideró suficiente ordenar a El Salvador la aplicación de tal mecanismo para asegurar la eliminación de prácticas como las destituciones *ad hoc* que son ajenas a las garantías del debido proceso.

De acuerdo con esto, la Corte indicó que “es necesario que la interpretación que realicen los órganos competentes, relativa a la posibilidad de destituir a magistrados del TSE en supuestos diferentes a cuando estos comentan un delito sea coherente con los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”.⁹

Con la anterior afirmación se deja la puerta abierta para que la Asamblea Legislativa o cualquier institución se atribuya la potestad de iniciar un proceso disciplinario para destituir a magistrados del

8 Ver Ruiz-Morales, M. L. (2017). El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, p. 151.

9 Corte IDH, *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*, cit., párr. 130.

TSE. La Corte insiste en que ante el escenario en que deba investigarse y enjuiciarse a un magistrado, teniendo como consecuencia su destitución, sea un órgano competente quien lo realice, aplicando el control de convencionalidad y sus regulaciones procesales.

No obstante, para que ello se materialice es imprescindible que la Corte ordene al Estado modificar la normativa electoral a fin de dejar establecido quién será el ente competente para destituir magistrados y establecer causales. Al no hacerlo, persiste el vacío normativo que da la oportunidad para cometer una arbitrariedad como la sucedida en perjuicio de Eduardo Colindres.

a) El control de convencionalidad por encima de la existencia de normativa interna

La Corte misma ha señalado que la aplicación del control de convencionalidad entraña la necesidad de adecuar la normativa interna a la Convención Americana. En el *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*,¹⁰ ha señalado que los jueces deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal. En ese tenor, considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en la sentencia.

Es relevante mencionar que “el concepto de control de convencionalidad desarrollado en la jurisprudencia interamericana [...] se desprende del espíritu mismo del principio de legalidad”.¹¹ Así, entre uno y otro, el juicio de legalidad *stricto sensu* del orden nacional unido al de convencionalidad apunta a un solo principio de legalidad de carácter amplio que irradia toda la Convención”.¹²

En el presente caso, quedó acreditado que el Estado está formalmente obligado a cumplir con los derechos, libertades y garantías reconocidos en la Convención y que estos quedaron desprotegidos o fueron vulnerados debido a la falta de un asidero legal que los asegurara, por tanto, ordenar la correcta aplicación del control de convencionalidad podría resultar insuficiente.

Si bien es cierto que

la obligación de adecuación del derecho interno no recae exclusivamente en el Poder Legislativo, e incluye, por un lado, la eliminación de normas y prácticas de cualquier naturaleza contrarias al tratado y, por otro, *la promoción de normas y prácticas* conducentes para la efectiva observancia de las garantías convencionales;¹³

¹⁰ Ver Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs Argentina*, (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones) Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C, No.260.

¹¹ Londoño Lázaro, M. C. (mayo-agosto de 2010). El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, XLIII*(128), 767.

¹² Ídem, p. 796.

¹³ Ídem, p. 804.

en casos concretos esto debe ir aparejado de una norma positiva que refuerce la existencia de las mismas para garantizar su efectividad.

A nuestro criterio, el aparato estatal salvadoreño no ha demostrado estar preparado para aplicar correctamente el control de convencionalidad como herramienta única para garantizar los derechos y libertades fundamentales. Consideramos que los operadores de justicia y el resto de los funcionarios públicos no están suficientemente preparados para guiar sus actuaciones basándose exclusivamente en la aplicación del control de convencionalidad, cuando ni siquiera se acatan a cabalidad las leyes y, además, existe un desconocimiento generalizado del derecho internacional de derechos humanos y de la jurisprudencia interamericana.

En virtud de lo anterior, hubiese sido interesante ordenar la disposición de modificación legislativa, así como ordenar al Estado la capacitación orientada a una mejor preparación sobre derecho internacional y lineamientos jurisprudenciales de la Corte dirigida a funcionarios judiciales y no judiciales.

b) Efectividad del control de convencionalidad

La efectividad del control de convencionalidad sigue siendo muy cuestionada, pese a que en años recientes dicho criterio ha tomado fuerza en la doctrina jurídica mayoritaria y en las sentencias de la misma Corte. No obstante, para el caso en concreto, pudo haberse analizado con mayor detenimiento la efectividad de esta o en otras palabras, “el nivel real de cumplimiento que han tenido los fallos que establecen dicho control, varios de los cuales son paradigmáticos al momento de fundamentarlo”.¹⁴

Por otro lado, es legítimo plantearse la dificultad que tendrá la Corte para verificar la correcta aplicación del control de convencionalidad. En definitiva, será necesario que surja un nuevo intento de destitución a un magistrado del TSE para supervisar la adopción de medidas acordes a la jurisprudencia interamericana, de lo contrario, resulta válido cuestionarse de qué manera la Corte supervisará el cumplimiento de la sentencia.

En ciertas corrientes jurisprudenciales se establece que “la apariencia teórica del control de convencionalidad –que incluso puede dar una sensación de invulnerabilidad, o hasta de tratarse de un hecho consumado– es muy distinta de su realidad práctica”.¹⁵

El problema radica en que

la Corte no tiene manera de obligar a que los Estados acaten sus fallos. Por eso la teoría del control de convencionalidad, tanto externo como interno resulta inviable, al menos del modo en que actualmente

¹⁴ Silva Abbot, M. (2018). ¿Es realmente viable el control de convencionalidad? *Revista Chilena de Derecho*, 45(3), 717-744.

¹⁵ Ídem, p. 732.

lo plantea la doctrina mayoritaria, puesto que resulta imposible que este tribunal pueda tener el papel protagónico que le asigna para su correcto funcionamiento.¹⁶

Tanto los representantes de la víctima como la Comisión fueron del criterio de que disponer las modificaciones normativas pertinentes sería una medida de no repetición idónea. Sobre tales medidas la Corte ha configurado al control de convencionalidad como una garantía de no repetición.

Por último, relacionando el control de convencionalidad con el deber general de los Estados de cumplir con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2, se da por hecho que se requiere que todo el aparato estatal se oriente al cumplimiento del deber de respeto y garantía. Resulta difícil asegurar que se cumple con dicho deber en un país cuyo administración pública y órganos judiciales desconocen de manera general o insuficiente el derecho internacional de derechos humanos, los estándares internacionales y mucho menos los criterios jurisprudenciales de la Corte.

A propósito de lo último, es fundamental que las autoridades nacionales conozcan “el contenido de las líneas jurisprudenciales (no solo de casos aislados) que se hayan formado en una determinada materia antes de realizar un control de convencionalidad”.¹⁷

Por lo tanto, los retos que impone la doctrina del control de convencionalidad también requiere la adopción de leyes secundarias que permitan a las autoridades garantizar el efecto útil de la Convención. En todo caso, consideramos que la Corte pudo haber agregado a la obligación de aplicar correctamente el control de convencionalidad, la creación de mecanismos específicos que permitan una mayor efectividad del control de convencionalidad a nivel interno. De lo contrario, esta medida se presentará como un desafío de grandes dimensiones, que deberá asumir la totalidad del aparato estatal.

IV. Análisis de la violación al principio de legalidad

La violación al principio de legalidad, en este caso, tuvo lugar en dos sentidos: el primero, en cuanto a la inexistencia de una disposición normativa que contemplara el órgano competente para destituir a magistrados del TSE, el procedimiento a seguir, así como las causales de destitución. El segundo, relacionado a la aplicación de la interpretación analógica de la ley que se dio cuando la Asamblea Legislativa y, posteriormente, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia interpretaron que por ser la Asamblea la encargada de nombrar magistrados también tendría la facultad para destituirlos.

El artículo 9 de la Convención es muy claro al establecer que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable” y que “un castigo será legítimo siempre y cuando se base en una ley en sentido formal”.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ídem*, p. 46.

Ya la Comisión, en su Informe de Fondo, anticipaba que

en el presente caso, el Estado no había adoptado las medidas de carácter legislativo para crear un régimen disciplinario para magistrados del TSE, por lo cual no existían al momento de los hechos causales disciplinarias ni sanciones aplicables. Un proceso disciplinario en estas circunstancias resultó, en sí mismo contrario al principio de legalidad.

Mientras tanto, en el curso de la audiencia pública, la Comisión reforzó su argumento mencionando que el principio de legalidad está íntimamente vinculado con el deber de asegurar los procedimientos de destitución en una ley. Y que el artículo 9 de la Convención es perfectamente aplicable al caso, ya que un procedimiento disciplinario como el realizado en contra del Sr. Colindres constituye una expresión punitiva del Estado que entraña la determinación de sus derechos y obligaciones. Finalmente, apuntó que es de carácter obligatorio para los Estados que exista una normativa previa que asigne las funciones y marco de actuación a los tomadores de decisiones para limitar su margen de discrecionalidad.

Ahora bien, en la sentencia, la Corte no entró a valorar la vulneración al artículo 9 de la Convención debido a que ya había determinado que el procedimiento y órgano a través del cual se había llevado a cabo el proceso de destitución del Sr. Colindres no se encontraba establecido legalmente. Al no analizar ese punto, la Corte soslayó un asunto de relevancia que se esperaba observar en la sentencia: la aplicación de la analogía en la interpretación de la ley.

Es que justamente el vacío normativo respecto de procedimientos disciplinarios de magistrados del TSE condujo a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y a la Asamblea Legislativa a entender que la potestad de esta última para proceder a la destitución devenía de su potestad para nombrarlos, una interpretación que a su juicio era lógica y consecuente, pero que sin duda quebrantaba el principio de legalidad.

Esta postura también fue expuesta por la Comisión, que en audiencia pública manifestó que esa interpretación era más que problemática considerando que el diseño del sistema de nombramiento de magistrados del TSE es esencialmente político. Asimismo, en su Informe de Fondo, la Comisión señaló la inconventionalidad de la aplicación por analogía de los requisitos de nombramiento para el ejercicio de la facultad disciplinaria, desde el punto de vista del principio de independencia judicial aun con mayor razón cuando el nombramiento es esencialmente político.

La sentencia en estudio no contiene ningún pronunciamiento acerca del uso de la analogía, lo cual deja abierta la puerta para que en futuras ocasiones y ante la existencia de un vacío legal, cualquier funcionario pueda aplicar dicha interpretación acarreado la vulneración a los derechos humanos de una persona.

De hecho, la Corte destacó la necesidad de que la interpretación que realicen los órganos competentes, relativa a la posibilidad de destituir a magistrados del TSE en supuestos diferentes a cuando estos cometan un delito, sea coherente a los principios establecidos en la jurisprudencia de dicho

Tribunal. No obstante, y vinculando eso con la cuestionada efectividad del control de convencionalidad, consideramos que la Corte no apreció que, al ordenar esto, persistirá el margen de libertad en los funcionarios para interpretar analógicamente o en contravención de los estándares de la Corte dada la inexistencia de una norma previa. Lo anterior evidencia el problema que supone no haber ordenado las modificaciones legislativas pertinentes, pues aun aplicando correctamente el principio de convencionalidad, no hay disposición alguna que establezca el órgano competente ni las causales de destitución para el caso particular de los magistrados del TSE.

V. Medidas de reparación

La evolución del concepto de reparación integral se debe en gran medida al desarrollo elaborado por la Corte IDH a través de su jurisprudencia en la materia. Al respecto, se pueden destacar al menos tres aspectos fundamentales: 1) El reconocimiento de afectaciones en perjuicio de víctimas directas e indirectas; 2) La visión multidimensional de los daños que repercuten en la persona humana o colectivos, y 3) La integralidad de las medidas de reparación que buscan restablecer la situación jurídica infringida y en especial garantizar la no repetición de los hechos.¹⁸

A partir de lo anterior intentaré exponer si en la sentencia en estudio se satisficieron los elementos mencionados.

a) De las medidas no otorgadas

Una de las medidas de no repetición solicitadas se refería a la creación de normativa interna que regulara la destitución de magistrados del TSE. Asimismo, la Comisión solicitó como medida de no repetición “disponer las modificaciones normativas [...] necesarias para asegurar que los procesos disciplinarios contra magistrados del TSE sean realizados” de la misma forma.

Ya se ha expuesto antes que esta medida fue desestimada por considerar suficiente la aplicación de control de convencionalidad. La Corte reconoció, por tanto, las implicaciones que tuvo ese vacío normativo en los derechos de la víctima; no obstante, en su fallo no se planteó como una medida de reparación.

Por otro lado, también como garantía de no repetición, el Idhuca solicitó a la Corte ordenar las

capacitaciones necesarias para asegurar que los procesos disciplinarios contra Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, tanto en la regulación como en la práctica sean realizados conforme a las garantías

¹⁸ Calderón Gamboa, J. F. (2013). La reparación integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, p. 207.

de competencia, independencia e imparcialidad en estricto apego al derecho de defensa, así como que las causales disciplinarias y las sanciones aplicables sean compatibles con el principio de legalidad.

Con esto, no solo se pretendía satisfacer y reparar la esfera individual de la víctima, sino cambiar la estructura institucional de manera que se creen normativas y se aseguren garantías que impidan que cualquier funcionario público sea arbitrariamente destituido, y que el principio de independencia judicial sea respetado.

Es igualmente importante la existencia de cursos de capacitación para las autoridades en relación a la forma en que el control de convencionalidad debe ser realizado, así como en relación a los estándares internacionales en la protección a derechos humanos, incluyendo los temas de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana. Esto es especialmente relevante en materia penal, pues la implementación del *corpus iuris* a través del control.¹⁹

Tal medida no es ajena en las resoluciones del Tribunal Interamericano. Ya en el *Caso del Caracazo Vs. Venezuela* (2002), la Corte ordenó por primera vez a un Estado la adopción de medidas tendientes a formar y capacitar a miembros de cuerpos armados y organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de derechos humanos. Asimismo, en el *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia* (2002) ordenó impartir la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada a funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley.

Ya se ha expuesto la imperante necesidad de fortalecer los conocimientos de los operadores de justicia y demás funcionarios y servidores públicos en El Salvador en cuanto a estándares internacionales de derechos humanos y criterios jurisprudenciales de la Corte, por lo que se reitera que la sentencia de Eduardo Colindres hubiese sentado un precedente importante para reforzar las obligaciones de los funcionarios y servidores públicos de conocerlos y aplicarlos.

Sobre la solicitud de capacitar al personal del TSE, hubiese sido interesante un pronunciamiento favorable sobre esa petición con el fin de coadyuvar al fortalecimiento de la aplicación del control de convencionalidad ordenado.

Asimismo, como medida de satisfacción, se solicitó a la Corte que la Asamblea Legislativa emitiera un decreto declarando que Eduardo Colindres siempre cumplió con los requisitos de idoneidad, instrucción y competencia y moralidad notarias en el desempeño de su cargo como magistrado propietario del Tribunal Supremo Electoral, así como admitiendo las arbitrariedades cometidas por ese órgano del Estado al haberlo cesado de sus funciones.

¹⁹ González Domínguez, P. (septiembre de 2014). *Implementación de la Convención Americana de Derechos Humanos en el Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p. 51.

Tal medida de reparación fue desestimada por considerarse suficiente e importante la emisión de la sentencia para reparar violaciones. Si bien es cierto, la sola emisión de una sentencia de la Corte ha sido considerada en la jurisprudencia interamericana como una medida de reparación de carácter moral que satisface la aspiración de justicia de las víctimas; en el caso particular, era meritorio un reconocimiento público dada la afectación a la imagen, honor y reputación que tuvo Eduardo Colindres. Es por ello que la petición de una disculpa pública fue considerada como idónea e integral para reparar el daño ocasionado.

Aunque las disculpas por sí solas no pueden restablecer plenamente la confianza ni brindar el alivio que las víctimas y la sociedad necesitan para sanar, desempeñan un papel importante al dar sentido a las reparaciones, promover esfuerzos de reformar las instituciones y garantizar la no repetición de las violaciones.²⁰

Si bien un reconocimiento público de las violaciones cometidas no puede satisfacer plenamente a la víctima, sirve para afirmar el respeto público hacia su persona.

Es ampliamente aceptado en la comunidad internacional que el acto público de reconocimiento de responsabilidad constituye una medida orientada a dar satisfacción, dignificar a las víctimas y criticar las violaciones a derechos convencionales.²¹

En otras sentencias, como *Barrios Altos y Durand y Ugarte Vs. Perú* (2000) y *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala* (2000), la Corte ordenó la realización de expresiones públicas de solicitud de perdón, reconocimiento de responsabilidad y desagravio y ratificación de voluntad de que no volverán a ocurrir los hechos violatorios de derechos humanos. Ahora bien, ambos casos comparten una diferencia importante con el caso de Eduardo Colindres: las violaciones ocurridas se refieren al derecho a la vida o integridad y libertad personal. Sobre esto se advierte que la Corte Interamericana ha restringido el otorgamiento de esta medida, señalando que la misma se otorga, generalmente, aunque no exclusivamente, con el objeto de reparar violaciones a los derechos a la vida, a la integridad y libertad personales.

VI. Conclusión

La sentencia de *Colindres Schonenberg Vs. El Salvador* se destaca, entre otras dictadas en contra del Estado salvadoreño, por abordar violaciones a garantías judiciales, principio de legalidad y procesos disciplinarios en contra de altos funcionarios de carácter jurisdiccional. En ese contexto, el fallo de la Corte debe considerarse un precedente que marque la pauta para que la institucionalidad en su

20 Carranza, R. Correa, C. y Naughton, E. (marzo de 2016). *Más que palabras, las disculpas como forma de reparación*. Centro Internacional para la Justicia Transicional, p. 2. Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Disculpas-Reparaciones-ES-2016.pdf>

21 Ver Beristain, C. (2008). *Diálogos sobre la reparación, experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos: tomo II*. San José: IIDH, p. 57.

conjunto atienda a la normativa, criterios y jurisprudencia interamericana. De igual manera, se espera que la sentencia permita a la Corte consolidar su jurisprudencia sobre independencia judicial, como lo sugirió la Comisión durante la audiencia pública.

Las medidas de reparación ordenadas por la Corte plantean un desafío de grandes dimensiones para el ordenamiento jurídico nacional y –considerando la realidad política y jurídica del país– generan algunas dudas respecto a su real y efectivo cumplimiento. Asimismo, dejando de lado las posibles dificultades, la orden de la Corte respecto a aplicar el control de convencionalidad, se presenta como una oportunidad para que el *corpus iuris* interamericano sea conocido y asumido por los operadores de justicia, funcionarios, servidores públicos y ciudadanos.

Esta sentencia, no deja de ser un recordatorio para que las autoridades retomen el compromiso adquirido a cumplir con las decisiones de la Corte en cada caso en que el Estado sea parte, como lo establece el artículo 68.1 de la Convención. A partir de ellos se estima que genere el impacto suficiente y trascienda del caso en concreto.

Independencia judicial. Garantías judiciales

Corte IDH, Caso Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C No. 374

Por Juana María Cruz Fernández¹

I.- Introducción

La Corte IDH declaró responsable al Estado de Guatemala en el caso que aquí se comenta por violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidos en los artículos 5.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar los derechos establecidos en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Villaseñor.

Por el contrario, el Tribunal entendió que el Estado no es responsable por violación del derecho a la protección de la honra y la dignidad, como tampoco reconoció vulneración de derechos de sus familiares.

La señora Villaseñor, quien se desempeñaba como jueza en Guatemala, fue víctima de prolongadas amenazas –tanto de muerte como de otra índole– y numerosos hechos intimidatorios.

Los acontecimientos que colocaron a Villaseñor en riesgo se denotan íntimamente relacionados con la función que desempeñaba, especialmente por haber ordenado aprehensión contra un militar de alto

¹ Licenciada en Derecho (Universidad Autónoma de Santo Domingo). Post-título en Derechos Humanos y Juicio Justo (Universidad de Chile) y Debido proceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción en el ámbito interno (Universidad Diego Portales). Defensora Pública de la República Dominicana. Docente en la Escuela Nacional de la Judicatura y en la Universidad Autónoma de Santo Domingo. Se desempeñó como Defensora Pública Interamericana en el caso.

poder social y político acusado por la muerte de la antropóloga Myrna Mack; por su participación en casos donde había agentes del gobierno

implicados en corrupción y por la condena de treinta militares acusados de la muerte de un estudiante en protestas contra el gobierno, entre otros hechos.

En este trabajo analizamos la sentencia con un enfoque exclusivo en una parte de los temas: la posición de la Corte IDH sobre la independencia judicial, así como la posible confrontación entre la independencia judicial y la libertad de expresión. Además se desarrollan otros derechos que la Corte IDH reconoció fueron vulnerados, como las garantías judiciales y la protección judicial y la integridad personal.

II.- Independencia de los jueces

Un juez dependiente no se encuentra en condiciones de aplicar en plena libertad lo que corresponda en derecho, conforme los hechos y las pruebas que le fueren aportados; de ahí que tal como ha sido reconocido en el ámbito internacional, y ha confirmado la Corte IDH tanto en su función consultiva² como en la jurisdiccional,³ la independencia judicial es uno de los “pilares básicos de las garantías del debido proceso”, que resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales. Esta posición ha sido reafirmada en el caso objeto de nuestro comentario.

La Corte IDH también ha ratificado otras consideraciones sobre la independencia de los jueces, en el sentido de que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado, siendo la garantía de la independencia de los jueces uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos;⁴ y que debe abarcar, tanto garantía contra presiones internas como externas, de forma que

el Estado debe abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes y adoptar acciones para evitar que tales injerencias sean cometidas por personas u órganos ajenos al poder judicial; por lo que, de acuerdo a las circunstancias de un caso, es posible que la Corte pueda examinar si personas vinculadas a la administración de justicia, se vieron sometidas a restricciones indebidas en el ejercicio de sus funciones, por parte de personas u órganos ajenos al Poder Judicial.⁵

2 Corte IDH, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N° 8.

3 Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C N° 197, párr. 68 y *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C N° 334, párr. 171.

4 Corte IDH, *Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua*, cit., párr. 171.

5 Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 55.

Por igual, en el indicado caso, la Corte IDH una vez más se refiere a los Principios Básicos de las Naciones Unidas, relativos a la independencia de los jueces, para sostener que los jueces resolverán los asuntos que conozcan sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquier sector o por cualquier motivo; y que no se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial.⁶

Además, la Corte IDH relaciona la independencia judicial con la obligación de garantía de los derechos humanos por parte de los Estados, al indicar que para evitar “presiones externas” que afecten la independencia judicial, el Estado, con relación a la persona del juez específico, debe prevenir dichas injerencias y debe investigar y sancionar a quienes las cometen.⁷ No obstante, resalta el Tribunal la necesidad de que el Estado tome conocimiento de los hechos pertinentes para que surjan estos deberes; como en efecto concluyó en el caso aquí analizado, al decir que el Estado tuvo conocimiento, por distintos medios, de todos los señalamientos de circunstancias fácticas a las que se hace mención bajo el título “Hechos indicados como intimidatorios contra la señora Villaseñor”.

La Corte IDH apreció que la investigación de los hechos no solo resultaba relevante, a fin de satisfacer los derechos a las garantías judiciales y protección judicial de la señora Villaseñor, sino que además resultaba relevante para garantizar a la señora Villaseñor el goce de sus derechos sustantivos y su desempeño como jueza.

Para el Tribunal resultaba necesaria la investigación a fin de garantizar la independencia judicial, lo cual enfatizó en el sentido de que “no redundaba solo en el interés de la señora Villaseñor”. La independencia judicial no es un “privilegio” del juez o un fin en sí mismo, sino que se justifica para posibilitar que los jueces cumplan adecuadamente su contenido.

En el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, el Tribunal había señalado que el derecho a un juez independiente consagrado en el artículo 8.1 de la Convención solo implicaba un derecho del ciudadano de ser juzgado por un juez independiente; no obstante, en el caso *Villaseñor* sostuvo que la independencia judicial no solo debe analizarse en relación con el justiciable, sino que según las circunstancias del caso puede vincularse con derechos convencionales propios del juez o jueza. Ello obedece a que el juez debe contar con una serie de garantías que hagan posible la independencia judicial. Si bien en casos anteriores⁸ basaba la necesidad de independencia con la inamovilidad y estabilidad en el cargo de los jueces, en el caso “*Villaseñor*” lo relaciona con la necesidad de investigar amenazas y agresiones, que llegan a constituir hechos intimidatorios o “presiones externas”.

⁶ Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, cit., párr. 197.

⁷ Ídem, párrafo 146 y Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C Nº 348, párr. 207.

⁸ Cf. Corte IDH, *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C Nº 266, párr. 153 y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C Nº 268, párr. 199.

La Corte IDH valora lo referido al respecto por el perito Leandro Despouy, quien indicó:

El síntoma esencial de que en un Estado no se garantiza el principio de independencia judicial, son las violaciones “masivas” y “sistemáticas” a los operadores judiciales, que en este caso se verifican en presiones externas que menoscaban los estándares de independencia judicial. Lo que se verificaba es que allí donde hay violaciones sistemáticas graves, hay debilidad en la justicia y al mismo tiempo esa debilidad obedece a una imposibilidad de hecho de enfrentar el poder que la domina. El mecanismo utilizado generalmente son presiones externas indebidas, vías de hecho con atentados, amenazas, persecuciones, denigraciones públicas, etc.

Tomando en cuenta lo precedente, es preciso resaltar que en el caso particular, la Corte IDH advirtió que en el mismo se dieron una sucesión o conjunto de hechos que podrían evidenciar la existencia de presiones externas respecto a la actividad judicial de la señora Villaseñor, y que se hicieron manifestaciones sobre actos que habrían implicado graves circunstancias de intimidación. Entre estos hechos destaca lo relativo a manifestaciones de secuestro a la hija de Villaseñor, daños intencionales a sus bienes, intentos de acceder a su domicilio, actos de vigilancias, expresiones de amenazas inclusive de muerte. Además, una persona asignada a Villaseñor fue retenida, golpeada, drogada e interrogada sobre actividades de la señora Villaseñor en causas judiciales, cuyos captores expresaron que “iban a matar” a quienes vivían en la residencia de la jueza.

Todas estas circunstancias se relacionan con una situación de inseguridad respecto a los jueces o juezas en Guatemala. Al decir de la Corte, se trató de una continuidad intimidatoria o concatenada de hechos, que ponía de relieve, por lo menos, la necesidad de agotar los esfuerzos para individualizar sus fuentes y motivaciones.

Queda confirmado entonces en el caso Villaseñor vs. Guatemala que es posible que se vea afectada la independencia de un juez y que se ponga en riesgo toda su independencia judicial, cuando es víctima de agresiones e incluso de amenazas, en ocasión de las funciones que realiza.

III.- Libertad de expresión e independencia judicial

En el caso Villaseñor vs. Guatemala la Corte también indicó que una serie de hechos involucra artículos de prensa u otras formas de manifestación, como también denuncias contra la jueza; en razón de lo cual, advirtió que podía existir una tensión entre el ejercicio de la libertad de expresión y la independencia judicial.

La Corte IDH reiteró que los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica, ya que “las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un

margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático”,⁹ puesto que se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente.¹⁰

La Corte IDH, en el caso Villaseñor, agregó que es importante que los funcionarios públicos puedan ser denunciados o investigados por la posible comisión de actos ilícitos; sin embargo, enfatizó que esto no implica que el honor de los mismos no deba ser protegido, como tampoco que ciertas expresiones, por sus características puedan resultar intimidatorias o constituir presiones indebidas sobre la actividad judicial.

Agregó que los funcionarios públicos, en especial de las más altas autoridades de gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia, o presión lesiva de la independencia judicial, o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otras autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador.¹¹

Por igual, la Corte IDH recordó que un proceso judicial por sí mismo no constituye una violación a la Convención, aunque ello pudiera acarrear, indirectamente, molestias para quienes se hallen sujetos al enjuiciamiento.

Es notorio que la Corte trata de resaltar la importancia de la libertad de expresión y de que funcionarios puedan ser denunciados e investigados, pero al unísono procura no restarle valor a la protección que debe existir del honor de aquellos. Estas posiciones podrían lucir contradictorias, pero realmente no lo son, ya que ciertamente existe la libertad de expresión y es preponderante en un Estado de derecho; no obstante, esto no implica que sin límite alguno y sin consecuencias sea posible afectar de manera infundada el honor de una persona funcionaria –o no–. En tal sentido, sería preciso analizar cada caso en particular, estudiar cada expresión y el fundamento de la misma para determinar si se afecta o no el honor de los funcionarios ante la realización de expresiones dirigidas en su contra.

IV.- Garantías judiciales y garantías de protección judicial

La Corte IDH ha establecido de manera constante que, de conformidad con la Convención Americana, los Estados Parte están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones a los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).

9 Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 135, párr. 82.

10 Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C Nº 193, párr. 115.

11 Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros*, cit., párr. 144.

Asimismo, ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido, e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables.¹²

En lo relativo a las garantías judiciales y de protección judicial, la Corte IDH ha señalado que, además de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, del artículo 1.1 de la Convención derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.

Ha recordado que en determinados contextos, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para garantizar el derecho a la vida, libertad personal e integridad personal de aquellas personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, especialmente como consecuencia de su labor, siempre y cuando el Estado tenga conocimiento de un riesgo real e inmediato en contra de estos y toda vez que existan posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.¹³

En relación con lo precitado, en el caso que analizamos, la Corte IDH entendió que no hubo base suficiente para determinar que el Estado incumplió su deber de respetar los derechos de la señora Villaseñor, pero lo declaró responsable de no cumplir efectivamente la obligación de garantizar tales derechos por la falta de investigación efectiva y oportuna.

Al referirse a la obligación de garantizar los derechos de Villaseñor, la Corte ha reiterado que la investigación es pertinente, aun en la hipótesis de que los actos referidos hayan sido cometidos por particulares. La Corte destaca la prevención e investigación entre las acciones que se pueden realizar para cumplir con el deber de garantía, las cuales subraya son de medios.¹⁴ En el caso indicado, la Corte analizó dos aspectos: las medidas de seguridad adoptadas y las acciones de investigación.

Sin duda alguna, ante la existencia de riesgo, corresponde al Estado adoptar medidas de seguridad, no solo cuando el mismo afecta –o podría afectar– la integridad de las personas, sino además cuando están en juego otros aspectos de gran valor, como la independencia judicial. Sin embargo, del análisis de lo indicado por la Corte podemos señalar que no es suficiente con verificar que se hayan adoptado acciones para la seguridad de la persona, ya que también se hace necesario observar si el modo en que se adoptaron esas acciones pudo resultar lesivo del derecho a quien se debía proteger.¹⁵

Al analizar las medidas de seguridad adoptadas en el caso, la Corte entendió que el Estado cumplió su deber de protección de modo efectivo. Si bien respeto la decisión de la Corte, disiento de la misma en relación con lo señalado por esta en el sentido de que no era posible atribuirle al Estado responsabilidad por la inobservancia de su obligación de garantizar el derecho a la integridad personal de

12 Cf. Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C Nº 350 y *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C Nº 373.

13 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C Nº 346, párr. 174.

14 Corte IDH, *Caso Villaseñor Velarde y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C Nº 374, párr. 102.

15 Ídem, párr. 103.

Villaseñor, justificado en que no se indicó que en el período que estuvo sin protección sufriera hechos intimidatorios, si tal como indicó la misma Corte el Estado debía garantizar los derechos de la jueza, a pesar de que ella pudo haber renunciado a recibir medidas de seguridad, y porque además existía una medida cautelar.¹⁶ Entonces, ante los hechos serios que la amenazaban, era responsabilidad del Estado brindar protección a su persona, sin interrumpir la misma, independientemente si en ese momento estaba o no recibiendo amenazas. Más aún, tomando en consideración que al momento del retiro de la protección no había transcurrido mucho tiempo desde que se produjeron los graves y reiterados hechos de amenazas. El retiro de la seguridad evidentemente colocó en estado de alto riesgo a la señora Villaseñor, especialmente porque estuvo precedido por la publicación del libro de Myrna Mack y su encuentro con la justicia, en el que la señora Villaseñor trató lo relativo a la muerte de la antropóloga Mack y se hizo referencia a militares implicados en el hecho, muerte por la cual el Estado de Guatemala también fue condenado por la Corte IDH y en donde se evidenció que quienes buscaban aplicar justicia eran considerados enemigos del Estado. La señora Villaseñor incluso se encontraba en riesgo porque fue la persona que dictó orden de aprehensión contra el principal implicado en el caso precedentemente señalado. Por lo tanto no era infundado el riesgo que sufría, e incluso le fue colocada nuevamente escolta porque se reiniciaron las graves amenazas en su contra; por lo que consideró que era preciso adoptar medidas de seguridad de forma ininterrumpida.

En lo relativo a las acciones de investigación, si bien es una obligación de medios y no de resultado, debe llevar a una investigación seria y efectiva, asumida con responsabilidad; pues tal como ha indicado la Corte IDH, la obligación de una investigación diligente debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.¹⁷

La Corte IDH recuerda en el caso Villaseñor que en varias ocasiones se ha referido al deber de investigar atentados contra la integridad personal, contra la vida, pero también de acuerdo a las características del caso, otras circunstancias, inclusive actos de amenazas y hostigamiento. Esta obligación no solo se desprende de normas internacionales, sino que además se deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas.

En el caso que nos ocupa, la Corte IDH resalta que el deber de investigar debe llevarse a cabo en un plazo razonable y que debe seguir líneas lógicas; estableciendo que

está claro que la continuidad de los hechos que afectaron a la señora Villaseñor no constituye únicamente una cadena intimidatoria aislada contra ella, sino que se inserta en un complejo de hechos similar o de mayor gravedad contra otros jueces; complejo de conductas intimidatorias, que en su conjunto se dirigen a obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción, que es obvio no podían dejar de responder a motivaciones y

¹⁶ Ídem, párr. 106.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Serie C Nº 338.

provenir de fuentes que debían haber sido investigadas en forma organizada por el Estado, hasta llegar a la individualización de los responsables y poner fin a los hechos obstaculizadores.

En lo relativo al plazo razonable, ha sido reiterativa la posición de la Corte IDH en torno a los elementos para determinar si se cumplió o no con la referida garantía, a saber: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.¹⁸

En el caso Villaseñor el Tribunal no hace un análisis de todos los elementos antes referidos, sino que deja ver afectación del referido plazo, ante una actividad investigativa escasa, ante actos que no estén dirigidos a dilucidar lo ocurrido y, por igual, ante la inacción en la investigación durante tiempo prolongado.

Las amenazas e intento de agresión contra la jueza y algunas personas cercanas no eran infundadas, las mismas en gran medida se produjeron en un tiempo en el que Guatemala se encontraba en medio de un conflicto armado interno, lo cual afectó de manera especial el sistema de justicia y, por ende, a quienes les correspondía aplicarlo, pues se buscaba la impunidad. Esto conllevó a gran inseguridad de los magistrados, sin lograr respuesta efectiva por parte del Estado. En el quinto informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, la Comisión IDH indicó que “la severidad de este problema es exacerbada y perpetuada por la falta de respuesta efectiva del Estado”. En el caso Myrna Mack, la Corte IDH indicó que el Estado reconoció “que la influencia militar sería eventualmente un factor de incidencia en las dificultades e irregularidades del proceso”.¹⁹ Y estableció que

se perseguía [el] ocultamiento de los hechos y la impunidad de los responsables [...], bajo la tolerancia del Estado, recurría a todo tipo de recursos, entre los que se encontraba los hostigamientos, amenazas y asesinatos de aquellos que colaboraban con la justicia. Todo ello ha afectado [...] la independencia de la judicatura.

La Corte concluyó que sin perjuicio de las acciones para proveer seguridad, el Estado debía indagar el origen de los actos de intimidación. Al no hacerlo no cumplió con este deber de investigar hechos de evidentes “implicancias en la situación de riesgo de la señora Villaseñor”, aunado a lo cual no dio respuesta a las presentaciones que hiciera Villaseñor en el 1997, ni desarrolló acciones efectivas en otros casos; por lo que entendió que la falta de actuaciones efectivas para investigar los hechos, menoscabó sus derechos a las garantías judiciales y de protección judicial.

18 Corte IDH, *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C Nº 352, párrafo 105 y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C Nº 371, párr. 306.

19 Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C Nº 101, párr. 214.

V.- Derecho a la integridad personal

En el caso Villaseñor vs. Guatemala, la Corte IDH relacionó la afectación a la integridad personal con la falta de investigación de hechos que pudiesen causar riesgos. En ese sentido, precisó el Tribunal que es razonable asumir que el incumplimiento del Estado del deber de investigar hechos que podían configurar situación de riesgo relacionada con su función como jueza, generó en la señora Villaseñor, por varios años, una situación de incertidumbre y angustia que afectó su integridad personal, y que al incumplir su deber de garantía para efectuar debidamente investigaciones, inobservó el derecho a la integridad personal de la señora Villaseñor.

Estoy conteste con lo indicado por la Corte sobre el aspecto precedentemente señalado. Sin embargo, de tal aseveración es también posible afirmar que el Estado no solo incumplió el deber de garantía, sino también el de respeto a los derechos humanos de Villaseñor, pues contribuyó a la afectación de la integridad de esta por medio de su inacción, o falta de investigación efectiva de los hechos que la colocó en riesgo, por lo que logró entonces incrementar de esta manera el daño que estaba sufriendo. Por ende, el Estado pasó a ser directamente victimario, más aún cuando el mismo Tribunal afirma que la señora Villaseñor se vio afectada a partir de la conducta estatal indebida, sufriendo un daño a su integridad personal relacionada con su actividad judicial.

Esta conducta del Estado ha provocado revictimización y violencia institucional. Es necesario resaltar que la posibilidad de que la conducta de algunas personas relacionada con sus funciones públicas pueda producir revictimización y/o violencia institucional ha sido reconocida por la Corte IDH en el caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. A pesar de que trata de hechos muy diferentes a los señalados en el caso Villaseñor, ambos denotan que la violencia institucional y revictimización (o nueva victimización, como la llama el Tribunal) puede ser producida en el transcurso de un proceso por medio de acciones, omisiones y prolongación del tiempo por parte de autoridades estatales. Por tanto, es posible afirmar que en el caso de Villaseñor, la falta de investigación y la afectación al plazo razonable, ciertamente aquejaron no solo la integridad de la señora Villaseñor, sino que además, produjo en ella violencia institucional y revictimización, afectando tanto el deber de respeto como de garantía de los derechos de Villaseñor.

VI.- Conclusión

Las amenazas e intento de agresión contra Villaseñor y algunas personas cercanas a ella, constituyeron hechos que afectaron no sólo la integridad y los deberes de garantía de los derechos de la jueza, sino que involucró todo el sistema de justicia por medio a la afectación a la independencia judicial; pues un juez que al decidir sienta temor por su vida y la de los suyos difícilmente aplica adecuadamente la norma haciendo justicia, pues no sólo es un juez, sino también un ser humano.

La señora Villaseñor, sin importar el alto riesgo que sufría fue capaz de producir decisiones contra funcionarios y militares de alta influencia social y política; para lo cual no contó con el respaldo efectivo del Estado.

“Para ser juez una persona no debería tener que ser héroe”, tampoco debería tener que arriesgarse y arriesgar a los suyos. Para ejercer dignamente su función y garantizar la independencia, los jueces deberían contar con el interés de los Estados para protegerle, y para esto deben asumir con seriedad la investigación de los hechos que pudiere afectarles o ponerles en peligro. Interés e investigación efectiva que no se visualizó en el caso Villaseñor.

A pesar del contexto histórico, de la grave situación que vivían los jueces en Guatemala y del riesgo real que vivía la señora Villaseñor por los casos que le había tocado decidir, el Estado no asumió de manera responsable su deber de investigar, no procuró diseñar una línea de investigación que le llevara a determinar el origen de las amenazas, afectando no sólo a Villaseñor de manera directa sino también la independencia judicial en general.

Por último, si bien la Corte IDH entendió que los hechos presentados no mostraban vinculación con la condición de mujer de Villaseñor, entiendo que la función de juez e incluso su condición de mujer debieron generar una responsabilidad reforzada de investigación efectiva y oportuna.

La sentencia del caso Villaseñor debe ser un punto de partida para el Estado de Guatemala, e incluso para los demás Estados del hemisferio, que les lleve a entender la necesidad de proteger y procurar la seguridad de la persona del juez, a fin de evitar afectación a sus derechos, pero también para no alterar todo el sistema de justicia, al poner en riesgo la independencia judicial.

Independencia e imparcialidad judicial

TEDH, *Affaire Boyan Gospodinov c. Bulgarie*, 5 de abril de 2018 y *Case of Otegi Mondragon y otros vs. España*, 6 de noviembre de 2018

Por Adelina Loianno¹

1.- Independencia e imparcialidad como conceptos

Afirmaba el insigne procesalista uruguayo Gelsi Bidart que si bien aparentemente el concepto de “garantía” parece referirse a una multiplicidad de instrumentos destinados a tutelar los derechos fundamentales, en realidad todos ellos se identifican en una sola figura: el *debido proceso judicial*. Ello es así porque toda violación cualquiera sea su naturaleza finalmente requerirá de una reparación que se canalizará a través de un juicio, conducido por un juez que debe ser “independiente e imparcial”.²

Esa perspectiva permite visualizar que la independencia e imparcialidad del juez o tribunal supera los límites de la división de poderes y se extiende a un ámbito de mayor importancia donde la función del juzgador no se limita a aplicar la ley, sino que actúa como límite frente a los excesos del poder cualquiera sea el órgano que lo ejerza (incluso el propio Judicial), de manera que cuando la función judicial autónoma es afianzada por el proceso (como garantía), deviene en la forma más propicia para la eficacia y vigencia a los derechos humanos.

1 Profesora Titular de Derechos Humanos (UNLZ y UCES). Profesora Titular de Derecho Constitucional (UAI). Profesora adjunta regular de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional (UBA). Coordinadora de la Especialización en Derecho Constitucional (UBA).

2 Gelsi Bidart, A. (1987). *De Derechos, deberes y garantías del hombre*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, pp. 23 y ss.

Precisamente, se trata de destacar en la función judicial el lugar de privilegio que esta ocupa, desde que son los jueces los únicos habilitados para conocer o impugnar los efectos de los actos y decisiones del legislador y el administrador cuando sea imposible sostener su legalidad o constitucionalidad. Es decir, no resulta indiferente cuál sea el órgano al que la Constitución reconoce la competencia de realizar el control de constitucionalidad. De todos modos y con distinto alcance, será un juez quien diga (con variados efectos) si una norma o un acto de gobierno son conformes a la ley.

El problema de la independencia se relaciona sustancialmente con las presiones y las influencias exógenas: otros poderes, grupos de presión, sindicatos, opinión pública, prensa, son elementos externos que interfieren en el proceso de formación de la decisión judicial y la pueden condicionar directa o indirectamente. Pero otras influencias aparecen vinculadas con las apreciaciones subjetivas del magistrado que pudieren también forzarlo a tomar una decisión comprometida más con su percepción personal que con los elementos aportados por las constancias del expediente.

2.- Independencia e imparcialidad judicial en la Jurisprudencia del TEDH

El Convenio Europeo de Derechos Humanos se explya sobre los requisitos mínimos del debido proceso en el extenso artículo 6, cuyo inciso 1º menciona expresamente la necesidad de que intervenga un Tribunal independiente e imparcial.³

Para la Corte Europea de Derechos Humanos la imparcialidad del juzgador integra también el principio de independencia, ya que este se compone de elementos subjetivos y objetivos. La imparcialidad subjetiva del juez se presume en el caso concreto mientras no se pruebe lo contrario. La imparcialidad objetiva, por su parte, exige que el tribunal ofrezca las suficientes garantías que disipen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso.⁴ Efectivamente, a través de la evolución jurisprudencial del Tribunal se advierte una íntima correlación entre independencia e imparcialidad, si bien se pueden identificar los caracteres que definen uno y otro concepto.

Imparcialidad e independencia judicial son nociones a las cuales el TEDH ha dedicado numerosos pronunciamientos. Tal vez el aporte más importante de esa jurisprudencia ha sido deslindar una dimensión subjetiva, vinculada con las convicciones internas del juzgador y una dimensión objetiva,

3 El inciso 1 del art. 6 dispone: "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan 10 11 o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia". Convenio Europeo de Derechos Humanos, Modificado por los Protocolos Nº 11 y 14 completado por el Protocolo adicional y los Protocolos Nº 4, 6, 7, 12, 13 y 16.

4 TEDH, *Caso Piersak*, Sentencia del 1º de octubre de 1982, Serie A, Nº 5. Ver Albanese Susana, *Garantías Judiciales*, Ediar, Buenos Aires 2007, pp. 113 y ss.

relacionada con aspectos de ponderación que rodean al caso y al juzgador más allá de sus sentimientos, creencias o favoritismos.

La dimensión subjetiva exige una evaluación concreta que determine si la vinculación del juez con las partes puede tener una incidencia crucial en el caso y de algún modo se roza con aspectos que también definen la independencia judicial. La dimensión objetiva, en cambio, exige ab initio una “apariencia de imparcialidad”, que supera toda presunción y se manifiesta de un modo más directo a través de la existencia de ciertas garantías básicas a favor de quien está siendo juzgado.

Dos sentencias del TEDH resultan esenciales para comprender cómo se ha forjado el criterio del Tribunal porque a partir de esos fallos ha reiterado con escasas variantes la relevancia de esas garantías mínimas, así como la manera en que la simple apariencia de imparcialidad resulta suficiente para determinar que hay responsabilidad del Estado por violación del artículo 6.1 de la Convención. Nos referimos a los casos *Piersack vs. Bélgica* (1982) y *Séame vs. Austria* (1984).

En 1979 el Sr. Piersack, ciudadano belga, presentó una petición en el marco del artículo 25 del Convenio Europeo denunciando la responsabilidad del Estado por incumplimiento del artículo 6.1. El demandante se encontraba cumpliendo una pena por el término de 18 años de trabajos forzados en la prisión de la localidad de Mons con motivo de un asesinato.

Al momento de ser detenido, el Sr. Piersack se encontraba en Francia y fue trasladado a Bélgica para su juzgamiento. En ese trámite tomó intervención el procurador del rey, cuyo adjunto, el Sr. Pierre Van de Walle, firmó con sus iniciales el escrito que informaba sobre la detención (enero de 1977). En diciembre del mismo año, el Sr. Van de Walle ingresó como magistrado del Tribunal de Apelación de Bruselas. La mayor parte de la instrucción ya había sido cumplida a ese momento.

Piersack fue condenado y, entre otros motivos, planteó en la apelación de la sentencia condenatoria que había habido una violación del artículo 127 del Código Judicial, que establece que “los procedimientos seguidos ante un Tribunal serán nulos y sin efectos si este ha sido presidido por persona que haya actuado en el caso como acusación pública”. En su sentencia el TEDH estimó que se había violado el artículo 6.1 de la Convención. Al respecto dijo:

30. Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. a) En cuanto al primer aspecto, el Tribunal señala que el demandante se complace en rendir homenaje a la imparcialidad personal del señor Van de Walle; no tiene motivo alguno para dudar de su imparcialidad personal, que por otro lado debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario (Sentencia *Le Compte, Van Leuven y De Meyere* de 23 junio 1981 (TEDH 1981, 2), serie A, núm. 43, pg. 25, ap. 58). Sin embargo, no es posible reducirse a una apreciación puramente subjetiva. En esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia (Sentencia

Delcourt de 17 enero 1970 (TEDH 1970, 1), serie A núm. 11, pg. 17, ap. 31). Como observó el Tribunal de Casación belga en su Sentencia de 21 febrero 1979, todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.

En 1984 en el asunto *Sramek vs. Austria*⁵ una ciudadana norteamericana adquirió un terreno en el Tirol con la finalidad de construir allí una vivienda vacacional. El contrato se firmó en 1973, pero por trámites burocráticos recién en 1977 la autoridad regional impugnó la operación aplicando una nueva legislación que limitaba ese tipo de adquisiciones ante el riesgo del dominio extranjero en la localidad de Hopfgarten.

El TEDH analizó en esa oportunidad si un organismo no jurisdiccional, como era la autoridad regional que negó el derecho a la Sra. Sramek, debía también responder a los estándares de imparcialidad del artículo 6.1 de la Convención europea, a lo cual opinó afirmativamente por ser *un tribunal en el sentido material del término*.

Pero el caso se destaca porque en relación con la imparcialidad se debió analizar la presencia, en el órgano que había rechazado el derecho de la actora, de un funcionario que dependía jerárquicamente del Controlador y que representaba los intereses del Land. Para el TEDH

las apariencias revisten también importancia, y en el presente caso, un tribunal (la autoridad regional) cuenta entre sus miembros con una persona funcional y servicialmente subordinada a una de las partes, lo que conduce a dudar legítimamente de su independencia. Tal situación pone gravemente en causa la confianza que los tribunales deben inspirar en una sociedad democrática.⁶

En el caso *De Cubber vs. Bélgica* del mismo año, el Tribunal vuelve sobre las diferencias entre imparcialidad objetiva y subjetiva. El actor fue condenado por un robo de automotor e impugnó la sentencia del Tribunal de Casación porque uno de los jueces había actuado previamente en la instrucción del caso. En relación con la imparcialidad subjetiva el TEDH admite que

la imparcialidad personal de un Magistrado se presume a falta de prueba en contrario [...] y en el presente caso tal prueba no surge en modo alguno de los elementos recogidos por el Tribunal. Nada indica, en particular, que en asuntos anteriores el señor Pilate haya manifestado cualquier tipo de hostilidad o malevolencia hacia el señor De Cubber.⁷

5 TEDH, *Case Sramek vs. Austria*, Affaire 8790/79, Sentencia del 22 de octubre de 1984.

6 Ídem, párr. 42.

7 TEDH, Caso "De Cubber vs Bélgica", sentencia del 26 de octubre de 1984 párrafo 25.

Sin embargo, al referirse a la imparcialidad objetiva expresa que

tal Magistrado, a diferencia de sus colegas, conocía ya de forma particularmente profunda, bastante antes de las audiencias y gracias a los diversos medios de investigación que había utilizado durante la instrucción, el o los informes –a menudo voluminosos– constituidos por sus trabajos [...] El Tribunal [...] no deja de reconocer, por lo demás, habida cuenta de los diversos elementos analizados anteriormente, que la presencia del citado Magistrado había podido inspirar al señor De Cubber legítimas preocupaciones.⁸

En el caso *Micallef vs. Malta*⁹ se planteó un problema de vecindad que involucraba el derecho de propiedad. Entre otras cuestiones, el actor invocó la ausencia de imparcialidad porque el presidente de la Corte de Apelación era pariente de quien representaba a la parte contraria. El TEDH estimó que “la apreciación objetiva consiste en exigir que, independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos verificables autorizan a sospechar su imparcialidad”.¹⁰

Para la Grand Chambre, desde el punto de vista subjetivo no existían elementos para considerar ausencia de imparcialidad en el juez por ser pariente de uno de los abogados que intervenían en el proceso. Pero no opina lo mismo cuando el análisis se hace desde el punto de vista objetivo, tema recurrente en las apelaciones en el derecho interno de casos contra Malta.

El Tribunal pondera entonces las particularidades del contexto, al considerar que se trata de un pequeño país donde familias enteras practican el derecho, lo que objetivamente constituye un aspecto que debe ser estimado naturalmente a la hora de juzgar si la imparcialidad está suficientemente garantizada.¹¹ La conclusión de la Grand Chambre es que ese hecho si bien no permite afirmar imparcialidad desde el punto de vista subjetivo, implica una apariencia objetiva de imparcialidad que implica la violación del artículo 6.1. de la Convención.¹²

⁸ Ídem, párr. 30.

⁹ TEDH, *Case Micallef Joseph v. Malta* (Application no. 17056/06), Sentencia de 15/10/09.

¹⁰ Ídem, párr. 96.

¹¹ Ídem, párr. 101.

¹² En particular queremos destacar la manera como el TEDH utiliza el margen de apreciación porque si bien hace referencia a las particularidades de un pequeño Estado como Malta donde, en relación con los profesionales menciona como un dato relevante la vinculación de familias dedicadas al derecho; ello no resulta suficiente para desconocer el impacto sobre el deber de imparcialidad, lesionado al menos desde la “teoría de las apariencias”. Cf. Eissen, M.-A. (1985). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Cuadernos Civitas, p. 27.

3.- Los Casos “Boyan Gospodinov vs. Bulgaria” y “Otegi Mondragon y otros vs. España” y los nuevos paradigmas del TEDH en materia de imparcialidad e independencia judicial

El Sr Boyan fue detenido 2002 en la localidad de Stara Zagora, Bulgaria, por tenencia de cannabis y condenado por el tribunal regional a tres años y medio de prisión efectiva. La Corte de Apelación redujo la pena a un año y posteriormente la Casación reemplazó la detención por una simple medida de “control judicial” y ordenó su liberación.

Al momento, Boyan había cumplido un año, siete meses y ocho horas en detención provisoria. Inicia entonces una demanda resarcitoria en concepto de perjuicio material y moral contra el Estado ante un tribunal interno.

Entretanto, se promueve un segundo proceso por tráfico de estupefacientes contra el requirente, que tramita también en la misma localidad. En octubre de 2005 el representante de la Corte de Apelación de Plovdiv (alzada de Stara Zagora) pide al Tribunal de La Villa de Sofia que suspenda el examen del asunto civil hasta la finalización del segundo proceso contra Boyan señalando que la acción resarcitoria debió haber sido rechazada a causa de la nueva condena. Manifiesta que este segundo proceso sería decisivo para la procedencia de la indemnización.¹³ No obstante, el proceso civil indemnizatorio siguió su curso.

El Sr Boyan solicitó se atribuyera el segundo proceso penal a otro tribunal invocando la imparcialidad del regional de Stara Zagora, ya que allí estaba tramitando el juicio indemnizatorio, pero fue rechazado su pedido por las siguientes razones:

- a) No se daba ninguna de las hipótesis legales para apartar a un juez conforme el Código Procesal.
- b) Ausencia de algún índice de prejuicio por parte de los jueces.
- c) El asunto civil es examinado por otro tribunal cuya imparcialidad no está puesta en juicio.
- d) El tribunal regional no tiene ningún modo de influir en este procedimiento, y
- e) La decisión futura en este caso es susceptible de apelación.¹⁴

Luego de las incidencias recursivas, la Corte Suprema de Casación redujo la pena a tres años acumulados a la anterior y deduciendo lo ya cumplido. Nada dijo respecto de la impugnación por imparcialidad que mantuvo el requirente en todas las instancias previas.

Finalmente, llegado el caso al TEDH, este se hace cargo del planteo de imparcialidad desde la perspectiva *objetiva*, expresando que independientemente de la actitud personal de los miembros del tribunal juzgador “ciertos hechos verificables autorizan a cuestionar la imparcialidad de la juris-

¹³ TEDH caso *Boyan Gospodinov vs Bulgaria*, Sentencia del 5 de abril de 2018, párr. 15.

¹⁴ Ídem, párr. 25.

dicción misma [...] el elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar las presunciones de interés como objetivamente justificadas”.¹⁵

Con fundamento en esas consideraciones, el TEDH consideró que

El tribunal regional de Stara Zagora que examinó las dos causas en contra del Sr. Boyan, no responde a las exigencias de imparcialidad objetiva. Las instancias superiores no han remediado la violación a la garantía de la equidad del procedimiento penal en tanto que han rehusado invalidar la decisión de la primera instancia y así confirmado la condenación del requirente [...] estima pues que no es necesario abordar los otros argumentos invocados por el requirente [...] Esos elementos son suficientes para concluir que existe una violación del artículo 6.1 de la Convención porque el segundo asunto penal no ha sido examinado por un tribunal imparcial.¹⁶

Como se puede apreciar, el Tribunal europeo asume un nuevo paradigma en materia de imparcialidad objetiva, la que deriva no solo de la participación en el tribunal de Alzada de quienes habían intervenido en etapas anteriores de investigación o instrucción, sino que considera que se incurre en el mismo vicio, incluso cuando se trata de un caso subsiguiente fundado en otros hechos y con distinta imputación.

La más reciente sentencia en materia de independencia e imparcialidad judicial ha sido emitida por el Tribunal en noviembre de 2018, *Otegi Mondragon y otros vs. España*.¹⁷ El caso tiene su origen en cinco demandas interpuestas contra España por parte de ciudadanos de esa nacionalidad. Su particularidad es que se aparta de los antecedentes antes mencionados que analizaron la *parcialidad objetiva* en cuanto a la perspectiva desde la cual se analiza esa garantía.

En este caso, la violación de la “imparcialidad objetiva” surge, a criterio del TEDH, de las manifestaciones del judicante –la presidenta del Tribunal–, lo que pudiera considerarse desde el punto de vista jurisprudencial previo como una “imparcialidad subjetiva”. En 2009, se entablaron procesos penales contra todos los demandantes ante la Audiencia Nacional, considerando que el partido político que los acusados intentaban formar estaba en realidad bajo el control de la organización terrorista ETA. Se les acusó de pertenecer a dicha organización terrorista.¹⁸

Iniciado el proceso ante la Audiencia Nacional, el primer demandante sostuvo que durante el juicio, y una vez finalizada su declaración, la Presidenta del Tribunal le preguntó si condenaba el terrorismo de ETA (Euskadi Ta Askatasuna, antigua organización terrorista vasca nacionalista e independentista). El primer demandante rechazó responder y la presidenta del Tribunal replicó que “ya sabía [yo] que no me iba a responder a esta pregunta”. Recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo destacó lo siguiente:

¹⁵ Ídem, párr. 53.

¹⁶ Ídem, párr. 59.

¹⁷ TEDH, *Case of Otegi Mondragon y otros vs. España*. Sentencia del 6 de noviembre de 2018.

¹⁸ Los hechos son conocidos como *Asunto Bateragune*.

La trascendencia de la actuación de la Magistrada en orden a la queja aquí formalizada no puede examinarse reduciéndola, de forma aislada, a la pregunta formulada, sino que tiene que ponerse en directa relación con el comentario que realizó tras negarse el recurrente a contestarla, así como con la naturaleza de los hechos imputados y su calificación jurídica, y con el momento en el que, pregunta, respuesta y comentario, tienen lugar.¹⁹

Los otros demandantes fueron juzgados por el mismo Tribunal y si bien ha magistrada, cuyas palabras provocaron la nulidad del pronunciamiento respecto del primer actor, no lo integraba ahora, vincularon la ausencia de imparcialidad que creaba una “situación objetiva de desconfianza” hacia los demás magistrados

Llegado el asunto al TEDH, este dijo:

Este Tribunal reitera que la imparcialidad normalmente supone la ausencia de prejuicio o predeterminación y que su existencia o inexistencia se puede analizar desde varias perspectivas. De acuerdo con la doctrina reiterada de este Tribunal, la existencia de imparcialidad a los efectos del artículo 6.1 debe ser analizada de acuerdo con un criterio subjetivo teniendo en cuenta las convicciones personales y el comportamiento de un juez en particular, es decir, analizando si el juez se encontraba afectado por cualquier prejuicio personal o predeterminación en relación a un concreto caso; y también de acuerdo con un criterio objetivo, es decir, analizando si el Tribunal en sí mismo y, entre otros aspectos, su composición ofrecían suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima relativa a su imparcialidad.²⁰

Con citas de los antecedentes antes mencionados, el Tribunal dispuso que España había violado el artículo 6.1 del Convenio Europeo.

4.- Algunos comentarios sobre independencia e imparcialidad en el sistema regional americano

El derecho internacional americano en materia de derechos humanos también ha reflejado la importancia de la independencia e imparcialidad judiciales como garantía primaria de la persona humana. El artículo XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre garantiza el derecho de toda persona a ser oída “en forma imparcial y pública”. También el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos alude a la independencia judicial como una de las garantías esenciales de toda persona en el ejercicio de su derecho a ser oída por un juez o tribunal.

¹⁹ Párrafo citado en el punto 8 de la sentencia del TEDH.

²⁰ Caso *Otegi* párrafo 52

La Comisión Interamericana se ha referido reiteradamente a la independencia, imparcialidad, transparencia e idoneidad de los jueces, expresando su criterio en los Informes Generales sometidos a consideración de la Asamblea General, incluso como tema específico en los Informes Generales sobre países.²¹ También ha efectuado consideraciones sobre la ausencia de independencia en los procesos internos en informes de fondo elaborados sobre denuncias individuales de violación del debido proceso, recomendando incluso modificaciones en el sistema procesal interno y en especial en la designación de los jueces para sostener la garantía de independencia judicial.

Pero ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ha elaborado una importante jurisprudencia sobre la imparcialidad de los jueces, desde la perspectiva de su relación con los otros poderes, pero sin descuidar lo que se ha denominado “independencia subjetiva” relacionándola con la actitud del juez tanto frente a las presiones externas de índole político o social como a las internas que puedan provenir de sus particulares preferencias de índole valorativo.

No obstante, no se evidencia una significación tan patente en distinguir la *imparcialidad subjetiva* de la *objetiva* como lo ha hecho el TEDH, ni con los matices que hemos mencionado antes.

La Corte IDH ha alertado reiteradamente sobre la importancia de la independencia e imparcialidad judicial precisando cuales son las condiciones necesarias para que un Tribunal pueda ser considerado como tal.

En tal sentido, ha dicho que

el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial.²²

La independencia debe garantizarse en la designación, desempeño y remoción de los magistrados. Incluso cuando se trate de destitución por juicio político, se ha entendido que

uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución.²³

21 Ver los Informes sobre Venezuela 2009 y Colombia, Cuba y Haití 2008.

22 Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 145.

23 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 73.

Asimismo, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* expresó que

ha quedado demostrado [...] que la independencia e imparcialidad del Tribunal Constitucional, como una de las instituciones democráticas que garantizan el estado de derecho, se vieron coartadas con la destitución de algunos de sus magistrados, lo que conculcó *erga omnes* la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad y el consecuente examen de la adecuación de la conducta del Estado a la Constitución.²⁴

Incluso en relación con los jueces provisorios la garantía de imparcialidad debe permanecer inalterable. En tal sentido se ha dicho que

los Estados están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción. En efecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó que la destitución de jueces por el Poder Ejecutivo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé razón concreta alguna y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia judicial.²⁵

En oportunidad de dictaminar sobre el alcance de la intervención de los jueces *ad hoc* en los casos sometidos a proceso ante la Corte Interamericana (Art 55 CADH), el Tribunal supranacional volvió a referirse a la independencia de los jueces, esta vez desde una Opinión Consultiva.²⁶

Más recientemente, en los casos *López Lone y otros Vs. Honduras, Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador, Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador y Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, la Corte IDH aludió a los Principios Básicos de las Naciones Unidas, relativos a la independencia de la judicatura, indicando que los jueces resolverán “sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquiera sectores o por cualquier motivo”.²⁷

24 Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 109.

25 Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 43.

26 Corte IDH, *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20.

27 Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párrs. 190, 191, 193, 196, 192, 235, 193, 194, 198, 218, 171, 192, 194, 199, 200, 218, 259, 267, 270; *Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327, párrs. 92, 93, 96, 105; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 144, 146, 153, 189; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párrs. 166, 179, 188, 189, 190, 191, 192, 193.

Sin embargo, opinamos que el tribunal americano no ha sido tan claro respecto de la diferenciación entre imparcialidad e independencia *objetiva y subjetiva* como lo hace el TEDH y, más bien, ha esquematizado y estandarizado un concepto global de ambas garantías como pilares esenciales del debido proceso legal. Como vimos, solo se pueden identificar en sus pronunciamientos referencias tangenciales a las interferencias “directas e indirectas” que hubieren afectado la decisión del magistrado, sin elaborar un concepto definido de la *apariencia de imparcialidad* como lo hace el TEDH en los casos comentados.

5.- Conclusiones

La independencia de los jueces constituye, sin duda, el pilar de todo sistema democrático, tal como se destaca en todos los documentos internacionales cuando describen las garantías esenciales del debido proceso judicial.

Quizás vaya siendo tiempo de diferenciar, con mejor precisión, si la imparcialidad es un resultado de la independencia o esta es un elemento aislado, tal como parece desprenderse de la jurisprudencia supranacional, especialmente europea y, en menor medida, desde la americana.

La independencia política, llámese objetiva o subjetiva, supone que, para afianzar la garantía constitucional y convencional, las designaciones de jueces y magistrados sean claras y respeten la idoneidad como base de la elección; luego, la permanencia en el cargo y la remuneración acorde con la responsabilidad funcional dejan de ser componentes salariales para ser la base de la estabilidad y serenidad, necesaria para el órgano.

Sin embargo, anida en la independencia para obrar y resolver con imparcialidad, el nudo gordiano a desatar. Un juez abstraído de cuanto lo rodea, que aplica la solución legal al caso concreto, puede ser la figura mejor alentada por el positivismo jurídico y el que con mayor serenidad resuelve la garantía de independencia.

Es el juez aislado, fugitivo de la realidad que le concierne, pero que observa como un problema de los demás. Su función se concentra en analizar y decidir sobre lo alegado y probado por las partes. Es, en definitiva, el juez sin protagonismo procesal ni constitucional, quizás, por qué no, el que mejor comprende que el sentido de la independencia sea ese: actuar en el caso para resolver solamente en el caso. Los factores externos no lo perturban y si llegan o le afectan, no será para él un problema de independencia, sino de alteración circunstancial de los hechos, dicho esto con cierta sorna.

En las antípodas, el juez activo y protagonista. Aquel que se involucra en la cuestión a resolver desde una perspectiva que integra elementos coexistentiales al caso, que le permiten variar la respuesta según los parámetros del contexto que acompaña temporalmente la cuestión a resolver.

Si la función del juez es la obediencia al derecho y a las normas o, por el contrario, es factible e incluso aconsejable la desobediencia de la ley en situaciones especiales que así lo justifiquen constituye una disyuntiva que cuestiona y pone en crisis los conceptos de independencia e imparcialidad.²⁸

El TEDH y la Corte IDH, cada uno en su ámbito y desde las peculiaridades de sus contextos, vienen trabajando sobre el alcance de la independencia y la imparcialidad visualizando, como se observa en la jurisprudencia que hemos analizado, que existen aspectos objetivos que en sí mismos permiten dudar de la imparcialidad judicial aun cuando no puedan identificarse hechos que justifiquen poner en duda el correcto proceder del juez o de su conciencia. Se trata de prestar atención a la “apariencia de imparcialidad” que debe tener todo proceder y toda decisión judicial para coincidir con los estándares de tutela de los derechos humanos en una sociedad democrática.

En efecto, la asimetría señalada no es baladí porque quien tiene a su cargo “impartir Justicia” se le impone ser protagonista principal en la tarea de interpretar las leyes, normas fundamentales y tratados, desanudar los conflictos, compatibilizar los intereses, pero sobre todo hacer prevalecer la vigencia de los derechos fundamentales de la persona humana.

28 Gozaíni, O. A. (2018). *La independencia judicial como garantía diferente de la imparcialidad*, en *Estudios de Derecho Procesal Constitucional. Debido Proceso*. Buenos Aires: JUSBAIRES, p. 13.

Investigación de delitos vinculados a la pornografía infantil. Derecho a la privacidad e Internet

TEDH, *Case of Benedik vs. Slovenia*, 24 de abril de 2018

Por Javier Teodoro Álvarez¹

1. Introducción

La irrupción de Internet, y su posterior masificación, generó un crecimiento exponencial del tráfico de imágenes y videos de abusos sexuales infantiles sin precedente alguno.

La universalidad del medio y su aptitud para relacionar a millones de personas en todo el mundo, como también, los bajos costos para su producción –en particular con la aparición de las cámaras digitales y los teléfonos móviles inteligentes– y la inmediatez en el acceso son diversas circunstancias que abonan a que se trate de un fenómeno delictivo de alcance global y, especialmente, de difícil persecución.

En ese sentido, uno de los principales obstáculos para investigar los delitos relacionados con la producción y tráfico de este material reposa en las posibilidades que el actual estado de la tecnología permite para garantizar la intimidad de quienes navegan en Internet. El desafío, entonces, se encuentra en delimitar los márgenes de la persecución estatal frente al derecho a la privacidad en la actual era digital.

¹ Abogado (UBA). Especialista y Magíster en Derecho Penal (UTDT). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA, UAI). Profesor de “Delitos Contra la Integridad Sexual” (UBA). Funcionario de la Procuración General de la Nación.

En líneas generales, una investigación estándar vinculada a estos delitos comienza con la identificación de lo que se conoce como valor *hash*, o sea, la clave o combinación alfanumérica que permite identificar un archivo digital con independencia del nombre que cada usuario le asigne.

El rastreo de este dato suele estar en manos de las divisiones policiales específicas encargadas de la ciberdelincuencia en distintos países, las que albergan bases de datos de archivos de pornografía infantil con los valores *hash* de cada uno de ellos. Este código es un dato público, por lo que su rastreo y búsqueda no requiere autorización judicial alguna.

El paso siguiente será la verificación de las descargas del mismo en Internet lo que permitirá conocer las direcciones IP que están compartiendo el archivo, como también la fecha y la hora.

El número de IP –*Internet Protocol*– es un número que identifica, de manera lógica y jerárquica, una conexión de un dispositivo a Internet. Existe una IP fija, asignada para siempre a cada usuario y otra dinámica, que varía en función de cada conexión.

Una vez que se revela la dirección IP, la hora y la fecha de conexión en la cual se intercambié el archivo cuyo valor *hash* refiere a materiales de pornografía infantil, será el momento de establecer la titularidad del servicio de Internet mediante el cual se utilizó esa dirección IP dinámica.

Así, se solicitará mediante oficio a la compañía prestadora del servicio que indique a quién corresponden esas direcciones IP según su número, día y hora de conexión detectada.

El paso siguiente será proceder al allanamiento del domicilio de esa persona con el propósito de incautar los dispositivos electrónicos, como también de resguardar toda evidencia digital para su posterior análisis pericial.

Está claro que el registro domiciliario requiere de una orden judicial que lo autorice con los alcances y exigencias que la propia ley procesal impone. La discusión, sin embargo, radica sobre la dirección IP y la información que esta permite obtener.

Así, el debate central se ubica en definir si las direcciones IP son datos públicos y, por ende, no alcanzados por el derecho a la privacidad o, por el contrario, si se refieren a información que solo puede ser revelada por orden judicial. Las posturas suelen ser encontradas.²

A modo de ejemplo, y con el propósito de ilustrar la discusión, es interesante examinar, por un lado, la tesis del Tribunal Supremo de España, que expresó:

Los rastros que realiza el equipo de delitos telemáticos de la Guardia Civil en Internet tienen por objeto desenmascarar la identidad críptica de los IPS (*internet protocols*) que habían accedido a los “hash” que contenían pornografía infantil. El acceso a dicha información, calificada de ilegítima o irregular, puede efectuarla cualquier usuario. No se precisa autorización judicial para conseguir lo que es público y el pro-

² Ver Álvarez, J. T. (2018). *Delitos sexuales. Coerción sexual e internet*. Buenos Aires: Ediciones DyD.

pio usuario de la red es quien lo ha introducido en la misma. La huella de la entrada –como puntualiza con razón el Ministerio Público– queda registrada siempre y ello lo sabe el usuario.³

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en oportunidad de analizar el alcance del concepto “datos personales” en razón del artículo 2 (a) de la Directiva de Protección de Datos, en una sentencia de 24 de noviembre de 2011 afirmó que las direcciones IP de los usuarios eran datos personales protegidos porque permiten que esos usuarios sean identificados con precisión.⁴

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) tuvo oportunidad de resolver esta controversia en el caso *Benedik vs. Slovenia* del 24 de abril de 2018. Allí definió el alcance del derecho a la privacidad en relación a la identificación de una persona a través de la dirección IP dinámica por la que se conectaba a Internet para la comisión de delitos vinculados a la pornografía infantil.

2. Antecedentes del caso

2.1. Los hechos

En el año 2006, la policía suiza realizó una serie de monitoreos sobre los usuarios del servidor *Razorbak*, red habitualmente utilizada en *software* de intercambio de archivos a través del sistema p2p.

Se trata de un método que permite que diversos usuarios compartan archivos digitales entre sí abreviando los tiempos de descarga de estos, de allí su nombre “*peer to peer*” (p2p), pues al conectarse a la red, la persona puede acceder a todos los archivos que otra tenga en su carpeta y así ir descargando y compartiendo al mismo tiempo el material.

Como resultado de ese ejercicio, las autoridades suizas identificaron que algunos usuarios de la red se intercambiaban fotos y videos con contenido de pornografía infantil. Entre las direcciones IP identificadas, una de ellas pertenecía a Eslovenia, por lo que ese dato fue remitido a la policía de aquel país.

Al recibir esta información, la policía eslovena solicitó a la compañía proveedora del servicio de Internet que revelara la información sobre el usuario a quien se le había asignado esa dirección IP dinámica a la 1.28 pm del día 20 de febrero de 2006.

La policía basó su solicitud en el artículo 149b (3) de la Ley de Procedimiento Penal local, que exigía a los operadores de redes de comunicación electrónica que divulgaran a la autoridad policial información sobre los propietarios o usuarios de ciertos medios de comunicación electrónica cuyos detalles

3 Sentencia del 9 de mayo de 2008. En igual sentido, sentencias del 07/10/10, 17/11/11 y 30/1/14, citadas en Pillado Quintas, V. *Pornografía infantil: regulación de estos delitos en el código penal. Dificultades en su investigación*, Fiscalía Provincial de Girona, p. 42.

4 *Scarlet Extended*, C-70/10, EU: C: 2011: 771, párr. 51.

no estaban disponibles en el directorio correspondiente. El 10 de agosto de 2006, la empresa reveló el nombre y la dirección del titular del servicio de Internet relacionado con aquella dirección IP.

El 12 de diciembre de 2006, la policía propuso que la Oficina del Fiscal Estatal solicite al juez de instrucción del Tribunal de Distrito de Kranj que emita una orden exigiendo que la empresa proveedora de internet divulgue tanto los datos personales del suscriptor como los datos de tráfico vinculados a la dirección IP en cuestión.

Con esos datos, el 12 de enero de 2007 el juez de instrucción emitió una orden para llevar a cabo un allanamiento en el domicilio, donde se secuestraron cuatro computadoras. Durante el registro domiciliario, también la policía advirtió –sobre la base de conversaciones con la familia– que el sospechoso era el hijo del titular del servicio, de nombre Igor Benedik. En una de las computadoras se encontró material de pornografía infantil y los registros del uso del *software* p2p *e-mule* para el intercambio de archivos.

Benedik fue imputado por el delito de exhibir, fabricar, poseer y distribuir material pornográfico tipificado en el art. 187 (3) del Código Penal de Eslovenia.

Durante el juicio, la defensa solicitó la nulidad de todo lo actuado en base a que la evidencia sobre la identidad del usuario de la dirección IP respectiva se había obtenido ilegalmente. En su opinión, esa información se refería a los datos de tráfico –o sea el contenido de una comunicación– y, por lo tanto, no debería haberse obtenido sin una orden judicial.

El 5 de diciembre de 2008, el Tribunal de Distrito de Kranj declaró a Igor Benedik culpable de la infracción penal por la que había sido acusado. Así, afirmó que el imputado debía haber tenido conocimiento de las 630 fotografías y 199 videos que involucraban a menores de edad en comportamientos sexuales que había descargado a través de las redes p2p y se habían puesto a disposición para compartir con otros usuarios. Benedik fue condenado a una pena de prisión en suspenso de ocho meses con un período de prueba de dos años.

El fallo fue recurrido tanto por la fiscalía como por la defensa. El 22 de noviembre de 2009, el Tribunal de Apelaciones hizo lugar al recurso de la fiscalía y convirtió la sentencia en una pena de prisión efectiva de 6 meses, al tiempo que rechazó los argumentos sobre la ilegalidad de la prueba.

La defensa recurrió la decisión ante la Suprema Corte reiterando el agravio por el cual afirmaba que una dirección IP dinámica no puede compararse con un número de teléfono ingresado en una guía telefónica, ya que esta clase de IP se renueva y se asigna a una computadora cada vez que el usuario ha iniciado sesión.

En consecuencia, la defensa sostenía que dichos datos deben considerarse como datos de tráfico que constituyen circunstancias y hechos relacionados con la comunicación electrónica y que, por ello, están alcanzados por la protección de la privacidad de las comunicaciones. Dicho en otras palabras: la policía suiza no debería haber obtenido la dirección IP dinámica respectiva sin una orden judicial, y la policía eslovena tampoco debería haber obtenido los datos sobre la identidad del suscriptor asociado con la dirección IP sin dicha orden.

El 20 de enero de 2011, la Suprema Corte desestimó la apelación al entender que los sitios web son de acceso general y la policía suiza podía verificar los intercambios en la red p2p simplemente monitoreando a los usuarios que comparten ciertos contenidos, es decir, sin una intervención particular en el tráfico de Internet. En función de ello, dicha comunicación no podría considerarse privada y, por lo tanto, protegida por el artículo 37 de la Constitución de Eslovenia.

Frente a ello, la defensa interpone un recurso ante la Corte Constitucional, pero este Tribunal resuelve desestimar el 13 de febrero de 2014 afirmando que no se había violado ningún derecho.

La Corte Constitucional reconoció que el derecho a la privacidad, amparado por la Constitución de Eslovenia, también protegía cualquier información transmitida en una red de comunicaciones electrónicas, entre las que se encontraban las direcciones IP. Sin embargo, concluyó que, en este caso, el imputado no había ocultado de ninguna manera la dirección IP a través de la cual había accedido a Internet, por lo que se había expuesto de manera consciente al público y no podía legítimamente esperar privacidad.

2.2. El reclamo ante el TEDH

Igor Benedik demandó al gobierno de Eslovenia ante el TEDH por la violación a su derecho a la privacidad en base a dos argumentos: por un lado, que la empresa proveedora del servicio de Internet retuvo ilegalmente sus datos personales y, por el otro, que la policía había obtenido diversos datos de su navegación y tráfico en Internet asociados con una dirección IP dinámica y, en consecuencia, también había obtenido su identidad sin orden judicial.

Así, a su entender, se había transgredido el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que ampara el respeto a la vida privada, el domicilio y la correspondencia.

El TEDH resolvió admitir la demanda solo con relación al segundo argumento.

3. La decisión del TEDH

3.1. El voto de la mayoría

El voto mayoritario comenzó sus consideraciones cuestionándose si Benedik, como cualquier otra persona que usa Internet, tenía una expectativa razonable de que su actividad –independientemente del carácter legal o ilegal– permanezca en el anonimato.

En ese sentido, el TEDH recordó que el concepto “vida privada” es un término amplio que no es susceptible de una definición exhaustiva. En esa inteligencia, reconoció que el artículo 8 del CEDH protege tanto el derecho a la identidad y el desarrollo personal como el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. En consecuencia, afirmó que existe

una zona de interacción de una persona con otras, incluso en un contexto público, que puede ser alcanzado por el término “vida privada”.⁵

En refuerzo de este argumento, con cita al precedente *Delfi As vs. Estonia*,⁶ el Tribunal consideró también la importancia de garantizar el anonimato en Internet para evitar represalias o una atención no deseada, con el propósito de promover el libre flujo de ideas e información.

En el caso antes citado, el TEDH había observado una suerte de grados de anonimato que un usuario puede gozar en Internet. En ese sentido, afirmó que se puede ser anónimo para el público en general y ser identificado por un proveedor de servicios a través de una cuenta o datos de contacto que pueden, o bien no estar verificados, o estar sujetos a algún tipo de verificación, como, por ejemplo, cuando se solicita la activación de una cuenta a través de una dirección de correo electrónico o una cuenta de red social para asegurar la autenticación.

De igual forma, un proveedor de servicios también puede permitir un amplio grado de anonimato para sus usuarios, en cuyo caso los usuarios no deben identificarse en absoluto y solo pueden rastrearse, hasta cierto punto, a través de la información retenida por las empresas proveedoras del servicio de Internet.

Para el TEDH, la revelación de dicha información requiere de una orden judicial por parte de las autoridades investigativas, sujeta a condiciones restrictivas.

En el caso concreto de Benedik, el voto mayoritario observó que la información del suscriptor, asociada con las direcciones IP dinámicas específicas asignadas en ciertos momentos no estaba disponible públicamente y, por lo tanto, no podía compararse con la información que se encuentra en la guía telefónica tradicional o, por ejemplo, en la base de datos pública de números de registro de vehículos, tal como argumentó el gobierno de Eslovenia.

En efecto, la mayoría entendió que para identificar a un suscriptor a quien se le asignó una dirección IP dinámica particular en un momento determinado, la empresa proveedora de Internet debe acceder a los datos almacenados relacionados con eventos de telecomunicación particulares. Estos datos, ya por sí solos, revelan consideraciones de la vida privada del usuario.

En ese entendimiento, el TEDH también valoró que, en el caso particular de Benedik, el único propósito de obtener la información del suscriptor era identificar a una persona en particular detrás del contenido recopilado de forma independiente que revelaba los datos que había estado compartiendo. La información sobre dichas actividades se relaciona con el aspecto de la privacidad en el momento en que se vincula o se atribuye a una persona identificada o identificable.

5 TEDH, *Case of Benedik v. Slovenia*, Application no. 62357/14, Judgment, Fourth Section, 24 de abril de 2018, párr. 99.

6 TEDH, *Case of Delfi As vs. Estonia*, Application no. 64569/09, Judgment, Court (Grand Chamber), 16 de junio de 2015, párr. 147.

Por lo tanto, lo que parecería ser información periférica solicitada por la policía –el nombre y la dirección de un suscriptor–, en situaciones como en el caso en análisis, debe tratarse como conectado de manera inexorable con los datos relevantes de información preexistente.

Así, concluye que sostener lo contrario sería negar la protección necesaria a la información que pueda revelar mucho sobre la actividad en línea de un individuo, incluidos los detalles sensibles, como sus intereses, creencias y estilo de vida íntimo.⁷

Finalmente, el voto mayoritario coincide con el Tribunal Constitucional de Eslovenia y acepta que Benedik, cuando intercambiaba archivos con material pornográfico a través de la red *Razorback*, esperaba, desde su perspectiva subjetiva, que esa actividad siga siendo privada y que su identidad no se divulgue.

Sin embargo, a diferencia del Tribunal Constitucional, el TEDH considera que el hecho de que no ocultó su dirección IP dinámica –suponiendo que es posible hacerlo– no puede ser decisivo en la evaluación de si su expectativa de privacidad era razonable desde un punto de vista objetivo.

A este respecto, señala que la pregunta a formularse para la solución del caso no es si Benedik podría haber esperado razonablemente mantener su dirección IP dinámica en privado, sino si podría haber esperado razonablemente la privacidad en relación con su identidad.

En cuanto al marco legal local, el TEDH observó que el artículo 37 de la Constitución de Eslovenia garantiza la privacidad de la correspondencia y de las comunicaciones, y exige que cualquier interferencia con este derecho se base en una orden judicial. En función de ello, la mayoría afirma que, también desde el punto de vista de la legislación vigente, no puede sostenerse que la expectativa de privacidad de Benedik con respecto a su actividad en línea haya sido injustificada o irrazonable.

A mayor abundamiento, es interesante destacar que el voto mayoritario recordó que el Convenio sobre Ciberdelincuencia obliga a los Estados a tomar medidas tales como la recopilación en tiempo real de datos de navegación en Internet para combatir, entre otras cosas, delitos relacionados con la pornografía infantil.

Sin embargo, tales medidas son, de conformidad con el artículo 15 de esa misma Convención, “sujetas a las condiciones y salvaguardas previstas en el derecho interno de [los Estados partes]” y deben “según proceda, teniendo en cuenta la naturaleza del procedimiento o poder en cuestión, entre otras cosas, incluir supervisión judicial u otra supervisión independiente, motivos que justifiquen la aplicación y limitación del alcance y la duración de dicha facultad o procedimiento”.

Por todo ello, el TEDH concluye que el interés de Benedik en tener protegida su identidad con respecto a su actividad en línea se encuentra alcanzado por la noción de “vida privada” contenida en el CEDH y, por lo tanto, el artículo 8 fue lesionado por Eslovenia.

⁷ TEDH, *Case of Benedik vs. Slovenia*, cit., párr. 109.

3.2. El voto de la minoría

El juez Faris Vehabovic emitió el único voto en disidencia por el cual rechazó que se haya lesionado el derecho a la privacidad de las comunicaciones de Benedik.

Sostuvo, por un lado, que la información revelada por la empresa proveedora del servicio de Internet se refería a los datos de suscripción del titular del servicio que no era Benedik sino su padre, quien no formaba parte del reclamo ante el TEDH.

En relación con la expectativa razonable de privacidad, no estaba de acuerdo en que debiera considerarse la perspectiva subjetiva, pues el caso reposaba sobre actividad delictiva.

En su razonamiento, las personas que cometen delitos no desean que sus actividades sean conocidas por otros, por lo que este tipo de expectativa de privacidad no sería razonable cuando se basa en un incentivo ilegal. En otras palabras: una expectativa de ocultar actividad criminal no debe considerarse como razonable.

Pero más allá de eso, valoró que Benedik intercambió archivos que incluían pornografía infantil a través de una cuenta de una red pública que era visible para otros. Por lo tanto, sabía –o debería haber sabido– que sus acciones no eran anónimas, por lo que puede afirmarse que no tenía la intención de ocultar su actividad en el momento de la comisión del delito.

Finalmente, expresó que la injerencia al derecho a la privacidad para la prevención de un delito ha sido considerada como un objetivo legítimo por el TEDH en muchos casos. Así, citó, por ejemplo, el caso *S. and Marper vs. the United Kingdom*,⁸ donde el Tribunal afirmó que la retención de huellas dactilares e información de ADN persigue el propósito legítimo de la detección y, por lo tanto, la prevención del delito. Así, mientras que la toma original de esta información persigue el objetivo de vincular a una persona en particular con el delito del que se sospecha, su retención persigue el propósito más amplio de ayudar en la identificación de futuros delincuentes.

Por esas razones, se apartó de la decisión de la mayoría.

4. Consideraciones finales

La investigación de determinados delitos cometidos a través de Internet revela ciertos obstáculos que deben ser examinados con cautela para evitar resultados adversos. El tráfico de pornografía infantil es un ejemplo paradigmático de estas dificultades en la medida que, en la generalidad de los casos, su pesquisa enfrenta el avance de la tecnología con derechos básicos en un terreno aún exploratorio.

Por cierto, el caso “Benedik” representó la primera vez que el TEDH se avocaba al estudio de las direcciones IP en relación con sus alcances y características en mira a la privacidad de las comunicaciones.

⁸ TEDH, *Case of S. and Marper vs. The United Kingdom*, Application nos. 30562/04 y 30566/04, Judgment, Court (Grand Chamber), 4 de diciembre de 2008.

En ese sentido, el eje central del debate se ubica en la noción del término “expectativa razonable de privacidad”, concepto que nació en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Katz vs. USA*.⁹

Allí, se estableció que el test para la determinación de esta expectativa reposaba en dos criterios: por un lado, un juicio subjetivo por el cual una persona debía demostrar la expectativa real de privacidad y, por el otro, una pauta objetiva por la cual se debía afirmar que la sociedad estaba lista para admitir que esa expectativa era razonable.

De este modo, la cuestión a resolver es si existe esa expectativa razonable de privacidad cuando una persona utiliza Internet, más allá de los propósitos que persiga. Este punto me parece importante remarcarlo, pues lo que en “Benedik” se trató de resolver era si el contenido de la navegación y uso de Internet de una persona –que solo pueden revelarse a través de las direcciones IP dinámicas– son datos públicos y, por ende, pasibles de ser examinados sin orden judicial o, por el contrario, si se refiere al contenido de comunicaciones alcanzadas por el derecho a la privacidad –tal como el uso de un teléfono–, por lo que su interceptación solo debe ser habilitada por la autoridad judicial.

En esa inteligencia, entonces, resulta atinado lo resuelto por el voto de la mayoría, ya que no existen dudas de que Internet se ha convertido hoy en día en el medio de comunicación por excelencia y, por lo tanto, es claro que los usuarios confían –más allá de las posibilidades técnicas– en que su uso, con independencia de su fin, se mantendrá en reserva.

Varios ejemplos abonan esta conclusión, pero quizás uno de los más gráficos ha sido demostrado por Schneier, quien en su libro *Data and Goliath*¹⁰ expuso un ejercicio realizado por la Universidad de Stanford, a través del cual se examinó la navegación en Internet de diversas personas. El resultado demostró no solo que se las pudo identificar fácilmente, sino también que esa inspección revelaba información sensible como afectaciones médicas, el uso de estupefacientes o los planes de interrupción de un embarazo.¹¹

En pocas palabras, en la medida en que las direcciones IP dinámicas revelan información sobre los datos de navegación de los usuarios y estos, a su vez, deben ser considerados abarcados por el derecho a la privacidad en razón de una legítima expectativa a la intimidad, su utilización como evidencia en una causa judicial solo puede lograrse mediante orden judicial.

9 389 U.S. 347 (1967)

10 Schneier, B. (2015). *Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World*. Nueva York: W.W. Norton & Company.

11 Ver voto concurrente de los jueces Yudkivska y Bosnjak.

Prohibición de tortura

TEDH, *Case of Abu Zubaydah vs. Lithuania* y *Case of Al Nashiri v. Romania*, 31 de mayo de 2018

Por Pablo Gabriel Salinas¹

1.- Hechos del caso

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró probado que Rumania y Lituania violaron los derechos humanos de Abu Zubaydah y Al Nashiri, respectivamente, ya que permitieron la reclusión de los mismos en centros de detención estadounidenses secretos existentes en Lituania y Rumania.

Ambos Estados brindaron un aporte sin el cual los hechos denunciados no podrían haber sucedido. El Tribunal sostiene que estos centros secretos no podrían haber existido sin conocimiento de los Estados de Rumania y Lituania.

Abu Zubaydah había denunciado haber sido detenido y maltratado en un lugar de detención secreta de la CIA en Lituania.

Al Nashiri, por su parte, denunció que Rumania, conociendo los tratos inhumanos y degradantes que sufrieron el demandante y otros compañeros, se ha negado hasta el día de hoy a reconocer su responsabilidad e investigar el asunto. Además, alega que Rumania permitió a la CIA su transferencia desde su territorio, cuando había razones más que suficientes para creer que existía un riesgo

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor Titular de Problemática del Control Social y la Violencia (UNCuyo).

real de ser condenado a la pena de muerte, permanecer bajo un régimen de incomunicación, así como ser sometido a malos tratos o a un juicio manifiestamente injusto.

2.- Resolución del TEDH, fundamentos y artículos violados del Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) condenó a Rumanía y Lituania por considerarlos partícipes en los años 2004 y 2005, de “tratos inhumanos” y graves violaciones a los derechos humanos en centros de detención secretos.

En ambos casos, el TEDH consideró que se violaron los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativos a la prohibición de la tortura, los derechos a la libertad y a la seguridad, al respeto de la vida privada, a un recurso efectivo y a un proceso justo.

En el caso contra Rumania, también se vulneró el derecho a la vida combinado con la abolición de la pena de muerte, por el traslado del denunciante desde ese país europeo a EE.UU.

El TEDH ya había fallado a favor de los denunciantes en el año 2014, en una sentencia que condenó a Polonia por los mismos hechos a indemnizarlos con 100.000 euros a cada uno por “retención, torturas y permitir sus traslados”. Allí habían estado antes de ser trasladados a Rumania y Lituania.²

La prohibición contra la tortura adquiere diversa interpretación para la Corte Europea de Derechos Humanos que para la Corte de Estados Unidos. La Corte de Estados Unidos resulta permisiva con relación a los malos tratos, mientras que el TEDH se mantiene firme en la aplicación del derecho escrito en su fuente continental europea y sostiene de manera absoluta la prohibición a los malos tratos y la tortura.

3.- Consideraciones acerca de la abolición de la tortura y su persistencia en el tiempo

En el muy buen libro, Peters pone de relieve las concepciones sobre la tortura y su historia, pero fundamentalmente sostiene que

es importante comprender que estas perversiones individuales no son la causa de un sistema de tortura. Más bien, una vez que se ha creado un sistema de torturas para dar apoyo a las necesidades políticas de los que están en el poder, los agentes de los gobernantes muestran pautas de conducta que no presentarían en otra situación.³

2 TEDH, *Case of Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland*, Ap. 7511/13, Judgment, Court (Fourth Section), 24 de julio de 2014 y TEDH, *Case of Al Nashiri vs. Poland*, Ap. 28761/11, Judgment, Court (Fourth Section), 24 de julio de 2014.

3 Peters, E. (1985). *La Tortura*. Madrid: Alianza, p. 246.

Pero, como afirma Francisco Tomas y Valiente,

los argumentos esgrimidos durante los siglos XVI, XVII, y primera mitad del XVIII, contra el tormento no lograron ni la supresión ni la simple reforma de esta institución, fue porque se dirigían aisladamente contra ésta y no contra todo un sistema procesal-penal del que la tortura era una pieza básica y consustancial.⁴

El sistema es el que se ve afectado hoy con el fallo del TEDH que aquí se comenta, que ha determinado que Rumania y Lituania violaron los derechos humanos de Abd al-Rahim al-Nashiri y Zayn al-Abidin Muhammad Husayn con su aquiescencia en los tratos inhumanos y degradantes que sufrieron durante su reclusión en centros estadounidenses de detención secreta existentes en ambos países.

La tortura, por lo general, nunca trabaja como un elemento aislado en una determinada sociedad. Al contrario, tanto ayer como hoy funciona como un engranaje en la maquinaria represiva.

Este engranaje de una maquinaria estatal actúa gracias a la determinación de utilizarla para evitar males mayores. Esta determinación persiste hasta nuestros días y es el medio para alcanzar un fin superior.

Cuando la tortura se instrumentaliza como medio, genera un impacto, una mancha a todos aquellos que se sirven de ella.

Pero volviendo a la abolición de la tortura y en consonancia con lo que se viene desarrollando, solo cuando se le empezó a asestar golpes al sistema político dominante se logró abolir el tormento, gracias a la labor de la Ilustración, que tuvo el espíritu crítico necesario que terminó con esta aberración del ser humano, pero hoy al igual que ayer necesitamos una nueva Ilustración que permita vencer moralmente el uso de la tortura.

Regresamos al pasado y hoy la tortura está vigente y persiste en el mundo, y la voz de aquellos que la combatimos tiene que levantarse más allá de las fronteras, y este fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos permite hacerlo.

Hoy debemos volver a leer a Montesquieu, Voltaire, Beccaria, que lograron abolir el tormento y reformar todo el sistema penal en su conjunto. Principalmente a Beccaria, con sus críticas certeras a todo el sistema, en ese pequeño libro *–De los delitos y de las penas–* que ataca todo un sistema.

En igual sentido tenemos que repudiar todo un sistema represivo sin derecho de defensa, sin acceso a expedientes, con cárceles secretas y sin garantías judiciales, con trascendencia internacional, que hoy subsiste.

Las reformas dieciochescas lograron modificar el curso de la ciencia penal y de esta manera acabar con la aplicación judicial del tormento, fundamentalmente, porque los golpes fueron dados al

4 <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/tortura.html>

sistema penal en su conjunto y a la tortura como parte del mismo. Hoy el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alcanza a dar un golpe al sistema de tortura y falta de garantías, pero no logra afectar al sistema que le da sustento.

Si bien se recortan y critican aspectos específicos, no se ataca a la generalidad del sistema internacional de derechos humanos, que se ve incapaz de servir de freno a los atropellos a la dignidad humana.

Se ha conseguido privar de poder a la Corte Penal Internacional y a los organismos del sistema internacional de protección de los derechos humanos fortaleciendo el poder de los Estados nuevamente, tal como ocurrió en la antigüedad.

Hoy, al igual que ayer, no basta con golpear a la tortura en las cárceles secretas y a los tratos inhumanos y degradantes. Hoy debemos atacar a todo el sistema internacional, que permite que personas sean trasladadas a cárceles secretas para ser interrogadas sin abogado defensor y sin garantías mínimas.

Para eso, se debe fortalecer a la Corte Europea de Derechos Humanos y a la Corte Penal Internacional y se le deben marcar límites a los Estados. En la actualidad, el panorama es desesperanzador. Debemos trabajar en el derecho internacional de los derechos humanos para que vuelva a alcanzar fortaleza capaz de limitar el poder del Estado; caso contrario, el sistema negador de la dignidad humana seguirá prevaleciendo.

Cosa juzgada. Ejecución de sentencia internacional

TEDH, *Affaire Kontalexis c. Grèce* (n° 2), 6 de septiembre de 2018

Por Laura Araceli Aguzin¹

1. Los hechos del caso

El 24 de noviembre de 2008 el peticionante presentó una solicitud ante el TEDH alegando una violación de su derecho a un tribunal “establecido por ley”, debido a que uno de los jueces previsto para integrar el Tribunal en la audiencia de su caso fue sustituido sin ningún motivo expreso que justificara su reemplazo.

En la sentencia dictada el 31 de mayo de 2011, el TEDH recordó que la frase “establecido por ley” se refiere no solamente a la base legal de la existencia misma del “tribunal”, sino también a su composición en cada caso.

El TEDH observó también que la legislación griega pertinente requiere que el acta de la audiencia indique la razón por la cual un juez no ha podido integrar el tribunal, debiendo ser una de las tres enumeradas por la ley: enfermedad, razón personal imperiosa, o razón primordial de servicio. Sin embargo, se constató que el acta no expresó el motivo.

¹ Profesora titular de Derecho Internacional Público (UNL). Directora del proyecto CAI+D “América Latina en la Construcción del Derecho Internacional Público. Una mirada desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Arbitraje Internacional de Inversiones”.

Según el TEDH, la omisión de indicar detalladamente la razón del impedimento es suficiente para generar dudas, de modo que la Corte no pudo considerar al tribunal ante el cual compareció el solicitante el 28 de junio de 2007 como un “tribunal establecido por la ley”. Por lo tanto, para el TEDH hubo una violación al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Con esta sentencia internacional, el 27 de diciembre de 2011 el requirente presentó ante el fiscal del Tribunal de Apelación de Atenas una solicitud de reapertura del procedimiento sobre la base del artículo 525.1.e) del Código de Procedimiento Penal. Solicitó la anulación de la sentencia del Tribunal Penal de Atenas de 28 de junio de 2007, que lo había condenado a una pena de prisión de dos años con suspensión de pena.

Mediante la Decisión No 1360/2012 del 31 de mayo de 2012, la Cámara de Acusación del Tribunal de Apelación desestimó el reclamo del solicitante, alegando que no hubo daños causados por la violación constatada, dado que no se afectó la imparcialidad del procedimiento que condujo a la decisión del tribunal correccional de Atenas. El solicitante recurrió dicha decisión, recurso que fue desestimado.

Por otra parte, en el contexto de la supervisión de la ejecución de la sentencia *Kontalexis c. Grecia*, el 31 de mayo de 2011 el Comité de Ministros del Consejo de Europa recibió el 14 de diciembre de 2012 de parte del Gobierno un plan de acción que especificaba lo siguiente:

II. Medidas individuales: el gobierno griego pagó a la demandante la justa satisfacción otorgada por el Tribunal Europeo. El solicitante tiene derecho a solicitar la reapertura del procedimiento previsto en el artículo 525, párrafo 1, del Código de Procedimiento Penal, según el cual es posible la reapertura del procedimiento tras la conclusión de una violación declarada por el Tribunal Europeo.

El procedimiento para supervisar la ejecución de la sentencia antes mencionada aún está pendiente ante el Comité de Ministros.

En función de lo expuesto, el peticionante se presentó nuevamente ante el TEDH (Solicitud N° 29321/2013) alegando que la negativa de los tribunales nacionales a reabrir su caso constituyó una violación adicional de su derecho a que su caso sea juzgado por un tribunal establecido por ley, garantizado por el artículo 6.1 de la Convención.

2. La sentencia del TEDH²

Al analizar la admisibilidad de la petición, el TEDH remite, en primer lugar, a los principios generales relativos a la cuestión, sentados por el propio Tribunal en el caso *Moreira Ferreira c. Portugal* (2017).

² Traducción de Antonela Rivero.

Y en su aplicación a este entiende que, si bien actualmente está pendiente un procedimiento para supervisar la ejecución de la sentencia ante el Comité de Ministros, ello no le impide examinar una nueva solicitud, siempre que contenga nuevos elementos.

En consecuencia, el artículo 46 de la Convención no excluye el examen por el Tribunal del nuevo reclamo presentado por el solicitante debido a una falta de imparcialidad en los procedimientos que dieron lugar a la decisión del Tribunal de Casación de 18 de enero de 2013.

Finalmente concluye que el planteo relativo a la imparcialidad de los procedimientos ante el Tribunal de Casación que dio lugar a la sentencia del 18 de enero de 2013 no es manifiestamente infundado en el sentido del artículo 35 3.a) de la Convención y que no se enfrenta a ningún otro motivo de inadmisibilidad.

En cuanto al fondo, por un lado, el peticionante alega que la única actuación razonable para la ejecución de la sentencia del TEDH de 2011 es la reapertura del procedimiento; por su lado, el Estado alega que la reapertura no es el único medio y que el Tribunal internacional no puede sustituir a los tribunales nacionales cuando se trata de cuestiones relativas a la interpretación y la aplicación de la legislación nacional.

El TEDH considera que esta interpretación de la ley griega aplicable, que tiene el efecto de limitar los casos de reapertura de procedimientos penales definitivamente cerrados o, al menos, de someterlos a criterios sujetos a la evaluación de los tribunales nacionales, no parece ser arbitraria. Señala que esta interpretación está respaldada por la jurisprudencia constante del Tribunal de que el Convenio no garantiza el derecho a reabrir los procedimientos u otros recursos para la anulación o revisión de las decisiones judiciales definitivas y por la falta de un enfoque uniforme entre los Estados miembros en cuanto al funcionamiento de los mecanismos de reapertura existentes.

Además, observa que el Tribunal de Casación consideró que la sentencia de 2011 no cuestionaba la independencia o imparcialidad de la formación del tribunal que dictó la sentencia en cuestión, ni la imparcialidad del procedimiento en su conjunto.

Asimismo, señala que teniendo en cuenta el margen de apreciación de que gozan las autoridades nacionales al interpretar las sentencias del Tribunal, a la luz de los principios relativos a la ejecución, considera que no es necesario pronunciarse sobre la validez de la interpretación dada por el Tribunal de Casación en su sentencia de 18 de enero de 2013.

Finalmente, sobre la violación del artículo 46 de la Convención –en tanto el rechazo por parte del Tribunal de Casación de su solicitud de reapertura implicaría una negativa a cumplir con la sentencia del Tribunal de 2011–, el Tribunal reitera que, si no se plantea en el contexto de los “procedimientos de infracción” previstos en los artículos 46.4 y 46.5 del Convenio, la cuestión del cumplimiento por parte de las Altas Partes Contratantes de sus fallos queda fuera del alcance de su competencia.

En conclusión, por unanimidad, el TEDH declara admisible el asunto y sostiene que no ha habido violación del artículo 6.1 de la Convención.

3. El antecedente

La resolución del presente caso encuentra apoyo jurisprudencial en otra sentencia dictada por el mismo Tribunal internacional, el caso *Moreira Ferreira c. Portugal*.

Cabrera Martín reseña este antecedente destacando que el Tribunal examinó el rechazo por parte de las autoridades nacionales a reabrir un procedimiento penal en un asunto donde ya el propio TEDH había declarado, en una sentencia anterior, que se había producido una violación del artículo 6 del Convenio.³

En una demanda iniciada en el año 2008 y en la que recayó sentencia en julio de 2011, el Tribunal había declarado que se había producido una violación del artículo 6 del Convenio, toda vez que la demandante no había sido escuchada en persona en el procedimiento penal en el que finalmente fue condenada a trabajos en beneficio de la comunidad por cometer dos delitos leves de amenazas.

Los tribunales nacionales se opusieron a la reapertura del caso, por lo que la demandante acudió nuevamente ante el TEDH. La cuestión a dilucidar primeramente fue si, efectivamente, el Tribunal tenía competencia *ratione materiae* para analizar estos hechos o, por el contrario, la cuestión versaba sobre la ejecución de la sentencia anterior, lo cual debería dirimirse ante el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

A este respecto, el Tribunal destacó primeramente que, al amparo del artículo 41, la reapertura de un procedimiento representa, en principio, un medio apropiado para afrontar la violación del artículo 6, y que el artículo 449 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal portuguesa así lo permitía. No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo portugués había rechazado la reapertura del procedimiento sobre la base de que la violación en sí (esto es, la violación del citado art. 6 del Convenio) no arrojaba ninguna duda sobre la condena de la demandante.

El Tribunal consideró que el artículo 46 del Convenio (el cual versa sobre la ejecución de las sentencias y su supervisión por parte del Consejo de Ministros) no impedía analizar la nueva demanda.

Luego, analizó si el artículo 6 era aplicable a procedimientos ante el Tribunal Supremo portugués y concluyó que, efectivamente, sí era de aplicación a los recursos clasificados como “extraordinarios” a nivel interno.

Por último, analizó el fondo de la cuestión, verificando para ello si la decisión dictada por el Tribunal Supremo podía calificarse o no como arbitraria, de tal manera que afectara a la legalidad del proceso. El TEDH examinó el razonamiento de las decisiones internas y consideró que la revisión realizada por el Tribunal Supremo no había sido arbitraria y que la interpretación que había realizado de la primigenia sentencia del TEDH de 2011 entraba dentro del margen de apreciación que ostentan los Estados.

Y así, en una discutida decisión, el TEDH consideró que no se produjo una violación convencional.

3 Cabrera Martín, M. (septiembre-diciembre 2017). Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 58, 1107-1134.

4. Algunas reflexiones

El caso, en su conjunto, aborda una de las aristas más complejas del sistema internacional protectorio de los derechos humanos, esto es, la firmeza de las resoluciones internas ante el dictado de una sentencia internacional contraria a ellas. Lo cual también puede ser visto desde la óptica de la responsabilidad internacional de los Estados por actos emanados de su poder judicial interno.

El carácter subsidiario de la protección internacional implica necesariamente el agotamiento de los recursos internos para acudir a aquella jurisdicción y ello dificulta luego la ejecución de la sentencia internacional que encuentra resistencia en el sistema jurídico interno en una decisión judicial contraria y pasada en autoridad de cosa juzgada interna.

Por otro lado, el caso plantea el alcance de la cosa juzgada internacional en su ejecución. Es decir, la ejecución de una sentencia del tribunal internacional podría producir una nueva violación de la obligación internacional. Esta nueva violación ¿podría dar lugar a un nuevo procedimiento o debe encuadrarse dentro del procedimiento de ejecución de sentencia?

El artículo 46.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece la obligación de los Estados de acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. Esto significa que, como todo tribunal internacional, en general, sus decisiones son definitivas y obligatorias.

Según la doctrina y jurisprudencia regional, los Estados miembros del Consejo de Europa tienen, en principio, tres obligaciones ante un fallo adverso del Tribunal: (1) pagar indemnización, si así se determinara; (2) si fuera necesario, tomar otras medidas individuales a favor del demandante para poner fin a la violación determinada por el Tribunal y para restituirlo, en la medida de lo posible, a su situación anterior a la violación (*restitutio in integrum*); y (3) tomar medidas de carácter general para evitar que se repitan violaciones similares en el futuro.⁴

El TEDH dicta sentencias primordialmente declarativas, es decir, coteja si ha existido o no violación de la obligación internacional.

En un primer momento, conforme lo señala Montesinos Padilla,⁵ el TEDH se limitó a cotejar las vulneraciones de derechos sin identificar qué autoridad pública debía tenerse por responsable directa ni qué medida debía adoptarse para proceder a la *restitutio in integrum* de la víctima. Con el paso del tiempo, ello se fue modificando. Desde la década de los ochenta la imposición del pago de la satisfacción equitativa se había convertido en una de las obligaciones más generalizadas; sin embargo, con posterioridad se hicieron presentes otras medidas, tanto individuales como generales, ya sea en la sentencia o en el proceso de ejecución.

4 Cf. Issaeva, M., Sergeeva, I. y Suchkova, M. (diciembre de 2011). Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Rusia: desarrollos recientes y desafíos actuales. *Revista SUR*, 8(15), 69-91.

5 Montesinos Padilla, C. (abril-septiembre 2016). El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 10, 98-113.

Existiría una crítica desde distintos sectores a la identificación de las medidas concretas en la etapa política no jurisdiccional del proceso, esto es, en la ejecución.

Las medidas de reparación, entonces, pueden ser generales o individuales. Las generales van desde la simple publicación y difusión de sus sentencias hasta la modificación de disposiciones constitucionales, pasando por la aprobación de leyes y reglamentos y las modificaciones de prácticas administrativas y jurisprudenciales. Por su parte, las medidas de tipo individual pueden ser muy variadas, desde el pago de la satisfacción equitativa hasta, por ejemplo, la revocación de órdenes de expulsión, siendo la reapertura de procedimientos internos la medida con mayor potencial para alcanzar la *restitutum in integrum* de la víctima cuando la sentencia condenatoria tiene su origen en un proceso judicial ante los jueces y tribunales nacionales.

Entre las medidas individuales, entonces, se encuentra, como en el caso, la reapertura de procedimientos internos, lo cual implica directamente el entendimiento de que la cosa juzgada interna no es tal o debería ceder ante la cosa juzgada internacional.

La cosa juzgada, en general, es un concepto que intenta un balance entre la seguridad jurídica y la justicia del caso, y supone, desde el punto de vista formal, la inexistencia de recursos sobre una determinada sentencia y, desde el punto de vista sustancial, una declaración en apariencia indiscutible.

Este concepto de cosa juzgada asociado a la seguridad jurídica hace tiempo ha sido puesto en jaque, generándose situaciones en que fue necesario interpelar a la cosa juzgada aparente o írrita y buscar remedios procesales para atenderlas.

Todo ello más allá de las posibles consideraciones de concepciones del derecho diferentes, en especial, aquellas que priorizan los derechos humanos en sus discursos como resistencia a un derecho hegemónico.

En las complejas construcciones actuales para la protección de los derechos humanos, la creación de las instancias internacionales –aunque subsidiarias de las internas– ha incidido directamente en la consideración de la cosa juzgada interna. A título de ejemplo, desde el año 2000 la Corte Interamericana de Derechos Humanos viene construyendo los alcances de la cosa juzgada que denomina fraudulenta. La gravedad de determinadas violaciones y los graves vicios en los procedimientos judiciales no dejan dudas de que la cosa juzgada es aparente y debe ceder.

Sin embargo, podrían existir otras situaciones en que simplemente se requiere que lo formal ceda a lo sustancial y aquí parecerían existir zonas grises poniéndose en discusión la concepción misma del derecho.

Más allá de las tensiones, existiría una tendencia a la relativización de la inmutabilidad que hace a la esencia de la cosa juzgada.

En lo que son estas líneas, quizás el punto de inflexión es el alcance de la cosa juzgada interna interpelada por la existencia de procesos internacionales protectorios de los derechos humanos. No basta

la medida de reparación, esto es, la reapertura del procedimiento interno; es necesaria su ejecución en el Estado condenado.

La ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales protectorios de los derechos humanos es uno de los grandes desafíos de los distintos sistemas. El cumplimiento de las decisiones de los tribunales u otros órganos es lo que permite valorar su eficacia jurídica, según se ha dicho en reiteradas ocasiones. Sin embargo, es necesario desentrañar el alcance de tal expresión. Se ponen en juego relaciones complejas entre el derecho internacional y los derechos internos de los Estados.

A diferencia del sistema interamericano que no cuenta con un órgano expreso de ejecución de sentencias distinto del Tribunal, el artículo 46(2) del Convenio Europeo otorga al Comité de Ministros la potestad de velar por la ejecución de las sentencias del Tribunal por parte de los Estados.

Según observa Rey,⁶ las críticas más fuertes se centran en el hecho de otorgarle a un órgano político la potestad de exigir el cumplimiento de decisiones jurisdiccionales. Sin embargo, continúa, es un reflejo de la maduración del sistema el hecho de que el rol del Comité a partir de sucesivas reformas es visto como más satisfactorio.

En lo que atañe al caso y tal como se ya se expresó, el carácter subsidiario de la protección internacional implica necesariamente el agotamiento de los recursos internos para acudir a aquella jurisdicción, y ello dificulta luego la ejecución de la sentencia internacional que encuentra resistencia en el sistema jurídico interno en una decisión judicial contraria y firme.

La reapertura de los procedimientos internos se manifiesta como una de las medidas con mayor potencial para alcanzar precisamente la *restitutum in integrum* de la víctima, lo cual no excluye otras medidas posibles. Para ello es necesario articular mecanismos de reapertura de los procedimientos internos. En este sentido más allá del diálogo necesario entre las jurisdicciones, son los Estados los responsables de su ejecución.

Issaeva, Sergeeva y Suchkova observan que la reconsideración o reapertura de los procedimientos judiciales nacionales es un medio importante “para asegurar que ha cesado la violación y que la parte damnificada es restituida, en la medida de lo posible, a la misma situación que gozaba antes de la violación del Convenio”.⁷ Y que, según la Recomendación Rec (2000)2 del Comité de Ministros, la reapertura de los procedimientos judiciales “ha demostrado ser la forma más eficiente, si no la única, de lograr la *restitutio in integrum*”, en particular, en los casos en que: (i) la parte damnificada continúa sufriendo las consecuencias negativas muy graves resultantes de la resolución judicial impugnada, que no han sido reparadas adecuadamente mediante satisfacción equitativa y no pueden ser rectificadas salvo mediante revisión o reapertura, y (ii) la sentencia del Tribunal lleva a la conclusión de que (a) la resolución judicial nacional impugnada es en el fondo contraria al Convenio, o

⁶ Rey, S. (2015). *Los desafíos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en el siglo XXI. Una mirada crítica para (re) pensar su funcionamiento*. Remedios de Escalada: EdUNLa.

⁷ Conf. Issaeva, M., Sergeeva, I. y Suchkova, M. (diciembre de 2011), *op. cit.*

(b) la violación se basa en errores procesales o falencias de tal gravedad que arroja serias dudas sobre el resultado del procedimiento judicial nacional objeto del recurso.

Resulta claro que el mecanismo de aplicación previsto en el Convenio podría funcionar en forma efectiva en los casos en los que la legislación del Estado miembro prevé la revisión de casos individuales con el fin de reparar las violaciones determinadas por el TEDH en su sentencia.

Por ejemplo, en España durante un buen tiempo la inexistencia de un mecanismo de revisión de sentencias firmes en respuesta a una condena procedente de Estrasburgo ha sido de lo más problemática. Esta situación de ausencia de expresa previsión legal llevó a intentar hacer uso con tal finalidad de los mecanismos procesales existentes, entre ellos, el referido recurso de amparo constitucional. Lo cual generaba numerosos problemas jurídicos.⁸

Conforme surge del caso, en Grecia estaría legalmente asegurada la reapertura del procedimiento interno para la ejecución de una sentencia del tribunal internacional, pero las dificultades se dan al momento de su ejecución. Ello no hace más que continuar planteando el desafío de la ejecución como central para el funcionamiento del sistema protectorio.

Y aquí, se pone en juego quizás otra cuestión: el alcance de la cosa juzgada internacional. En el sistema regional, la cuestión no es menor porque determina la continuidad del proceso de ejecución de la sentencia que, como se dijo, está fuera de la jurisdicción del Tribunal, o la existencia de un nuevo reclamo con intervención nuevamente del Tribunal y, además, la aplicación de las reglas del margen de apreciación nacional, tan arraigada en el sistema.

La sentencia del caso, en su continuidad, contribuye a este debate de tensiones dialécticas a la par que refleja la compleja construcción del mismo.

8 Montesinos Padilla, C. (abril-septiembre 2016), *op. cit.*

Derecho a la privacidad. Intercepción de comunicaciones.

TEDH, *Case of Big Brother Watch and others vs. The United Kingdom*, 13 de septiembre de 2018 y TEDH, *Case of Catt vs. The United Kingdom*, 24 de enero de 2019. Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concernientes a privacidad ante la posible consumación del Brexit

Por **Damián Loreti**¹

En dos fallos recientes contra el Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal de Estrasburgo) se ha pronunciado respecto a la interpretación de las políticas de recolección, retención y cesión de datos personales a terceros. Los casos son conocidos como “Big Brother”² y “Catt”.³

Los efectos de las decisiones del Tribunal de Estrasburgo adquieren una particular relevancia en la medida en que el Gobierno británico ha intentado exponer que el Brexit es una oportunidad para abandonar la controvertida Carta de Derechos Fundamentales. Argumenta que el tratado representa una valla contra la eficacia en la lucha contra el crimen y el terrorismo, especialmente a causa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, ubicado en la ciudad de Luxemburgo).

1 Abogado (UBA). Doctor en Ciencias de la Información (Universidad Complutense de Madrid). Profesor de grado y posgrado 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.

2 TEDH, *Case of Big Brother Watch and others v. The United Kingdom* (Applications nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15), 13 de septiembre de 2018.

3 TEDH, *Case of Catt v. The United Kingdom* (Application no. 43514/15), 24 de enero de 2019.

Las pautas seguidas en las negociaciones con la UE de acuerdo al Libro Blanco presentado al Parlamento Británico por la Primera Ministra, Theresa May,⁴ se dividen en doce secciones, las cuales abordan las prioridades del Reino Unido:

1. proporcionar seguridad jurídica y claridad para las empresas, el sector público y el público en general;
2. tomar el control de la aplicación de las propias leyes británicas sin influencia externa y poner fin a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Reino Unido;
3. reforzar la unidad entre las cuatro partes del Reino Unido;
4. proteger los lazos históricos con Irlanda manteniendo la zona común de tránsito o “Common Travel Area”;
5. controlar la inmigración, incluyendo la relativa a los nacionales de la UE que llegan al Reino Unido;
6. reforzar en la medida de lo posible los derechos de los ciudadanos de la UE que ya se encuentren en el Reino Unido y de los nacionales británicos que se encuentren en los otros Estados miembros;
7. proteger los derechos de los trabajadores británicos;
8. asegurar el libre comercio con los mercados europeos sin pertenecer al Mercado Único;
9. negociar nuevos acuerdos comerciales bilaterales con otros países;
10. asegurar que el Reino Unido siga siendo el mejor lugar para la ciencia y la innovación;
11. cooperar en la lucha contra el crimen y el terrorismo; y
12. proceder a una salida tranquila y ordenada de la UE.

Considerando los puntos 2 y 11, las resoluciones del TEDH en materia de compatibilidad de las reglas de colección de datos y sistemas de vigilancia electrónica serán de importancia capital. Es en este contexto que analizaremos los mencionados casos recientes.

Ya desde hace algunos años,⁵ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido resolviendo casos sobre regulaciones y decisiones de autoridades administrativas, independientes y/o judiciales de países europeos sobre temas de espionaje y vigilancia electrónica y con énfasis en algunos como consecuencia del llamado “caso Snowden”.

4 “The United Kingdom’s exit from and partnership with the EU”, Febrero de 2017. Recuperado de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/589191/The_United_Kingdoms_exit_from_and_partnership_with_the_EU_Web.pdf

5 Entre otros, TEDH, *Centrum För Rättvisa v. Suecia*, 19 de junio de 2018 y *Ben Faiza v. Francia*, 8 de febrero de 2018.

Ello no fue fruto de la casualidad sino del rechazo que produjeron –sobre todo en las organizaciones de derechos humanos y protectoras de la privacidad o de la libertad de expresión– las medidas desencadenadas a partir de la denominada “lucha contra el terrorismo”, las cuales, organizada y metódicamente, fueron impugnadas en diferentes tribunales y ámbitos.

En este contexto, como decíamos, el TEDH resolvió en setiembre de 2018 el caso “Big Brother” y el 24 de enero de 2019 el caso “Catt”.

1. Big Brother Watch and others vs. The United Kingdom

Esta primera sentencia se relaciona con una serie de regulaciones dictadas por el gobierno del Reino Unido que resultaban violatorias de las reglas y estándares de derechos humanos vinculados a la libertad de expresión y al derecho de privacidad.

Las regulaciones denunciadas ante el TEDH se encuentran agrupadas en la *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (RIPA en la jerga) y tienen por finalidad la interceptación masiva de las comunicaciones, la adquisición de datos de telecomunicaciones y el intercambio de comunicaciones y metadatos interceptados, entre el Reino Unido y Estados Unidos.

Los litigios, en concreto, fueron tres, presentados originalmente por separado, pero finalmente resueltos en conjunto: *Big Brother Watch* (App. N° 58170/13), *Bureau of Investigative Journalism and Alice Ross* (App. N° 62322/14) y *10 Human Rights Organisations* (App. N° 24960/15). Aun no habiendo casos de aplicación específicos, el trámite de las denuncias fue avalado a nivel europeo.

Luego de las revelaciones hechas por Edward Snowden, las organizaciones peticionantes iniciaron sus planteos entendiendo que estaban ante la existencia de operaciones de espionaje y vigilancia electrónica desarrolladas por servicios de inteligencia británicos y estadounidenses. Las cuestiones planteadas fueron tres:

- interceptación a granel de comunicaciones “externas” en virtud del párrafo 8 (4) de la RIPA, así como datos de comunicaciones conectados entre sí;
- el proceso de intercambio mediante el cual las agencias británicas recibieron datos recolectados por los Estados Unidos
- el acceso a los datos de comunicaciones cursadas bajo las reglas del capítulo II de la RIPA.

La base del planteo de las tres presentaciones giró en torno a que la legislación británica no respetaba los estándares que el TEDH había fijado en casos anteriores (en particular el precedente “Weber and Saravia vs. Germany”).⁶ Este aspecto del planteo resulta relevante toda vez que se trata de contraponer la ley aprobada en el Reino Unido con la jurisprudencia del TEDH.

⁶ App. No. 54934/00, Decision on Admissibility, 29 de junio de 2006.

Los estándares que determinan la pertinencia de las reglas de vigilancia que este sistema regional de derechos humanos no considera ilegal de por sí son conocidos también como “salvaguardas mínimas” y comprenden los siguientes puntos:

- Definición de la naturaleza de los delitos que pueden requerir o tener entidad para una orden de interceptación o intervención.
- Definición de las categorías de las personas susceptibles de tener sus teléfonos intervenidos.
- Límite a la duración de la intervención.
- Procedimiento a ser seguido para el examen, uso y almacenamiento de los datos obtenidos.
- Precauciones a ser adoptadas para el caso de comunicar los datos a otras partes o autoridades.
- Circunstancias en las que los registros pueden o deben ser destruidos junto a sus soportes materiales.

1.1 La decisión

El Tribunal, inicialmente, partió de la premisa que define que, cuando es realizada de modo indiscriminado, la interceptación masiva no está necesariamente en violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que protege el derecho de privacidad.

De hecho, sostiene el TEDH que los gobiernos pueden manejar “un amplio margen de apreciación” para resolver la naturaleza de los procesos de vigilancia que estimen apropiados para proteger su seguridad nacional en función de la regla del “test tripartito”, que exige legalidad previa y precisa, fin legítimo y necesidad social imperiosa en el estado de derecho.

En la medida en que parte del planteo de los peticionantes era la ausencia de una autorización judicial previa como exigencia procesal para las prácticas de vigilancia e interceptación ante la actuación del Estado y los modos del tratamiento de datos, el Tribunal acordó que la autorización judicial era una salvaguarda importante, tal vez incluso “la mejor práctica”, pero que por sí sola no era ni necesaria ni suficiente como regla formal para garantizar el cumplimiento del artículo 8 de la Convención. Es más, sostuvo que se tenía que tener en cuenta el funcionamiento real del sistema de interceptación, incluidos los “controles y balances sobre el ejercicio del poder” por parte de los distintos órganos del Estado.

En el análisis de la legislación, en concreto, el TEDH entendió que la norma era clara en cuanto a las circunstancias en las cuales se podía emitir una orden. Es decir, que cumple con el requisito de legalidad formal que se exige a todas las regulaciones que pueden afectar el ejercicio de derechos humanos. Asimismo, aceptó que las disposiciones sobre la duración y la renovación de las órdenes de interceptación, las disposiciones relativas al almacenamiento, acceso, examen y utilización de los datos interceptados, las disposiciones sobre el procedimiento a seguir para comunicar los datos interceptados a otras partes y las relativas al borrado y la destrucción del material de interceptación proporcionaban salvaguardas adecuadas contra el abuso.

Hasta allí, por los principios generales sentados, se podría asumir que la instalación de sistemas de interceptación y vigilancia no resulta incompatible con el artículo 8. Pero el TEDH resuelve, al mismo tiempo, que el diseño del sistema no es completamente compatible con las reglas de derechos humanos y que exhibe algunas debilidades.

Por ejemplo, el Tribunal considera grave la inexistencia de una normativa que asiente la obligación estatal de dar a publicidad los criterios de selección de qué tipo de identificación podría usar para la vigilancia masiva (datos de correo, perfiles de redes sociales, usuarios de aplicaciones, etc.), o de los criterios empleados para las búsquedas en general. El TEDH entendió que la definición de tales parámetros, así como respecto de quienes serían los operadores de tales actividades en concreto, debía estar sujeta a la expedición de una orden previa de supervisión por parte de un órgano independiente.

Las revisiones posteriores de control –dijo el Tribunal– no son “suficientemente robustas para proporcionar garantías adecuadas contra el abuso”.

Una especial consideración estuvo dedicada a los “datos de las comunicaciones” (no el contenido de los mensajes sino los metadatos) que el gobierno no consideraba sensibles.

El TEDH entendió que el contenido de una comunicación electrónica podría estar encriptado y, aunque fuera descifrado, podría no revelar nada de nada sobre el remitente o el destinatario.

Los datos de comunicaciones conexos –o metadatos–, en tanto, sí podrían revelar las identidades y la ubicación geográfica del remitente y del destinatario y el equipo a través del cual se lleva a cabo la comunicación.

Aclaremos nosotros que con la interceptación “a granel” –bulk– el grado de intrusión se magnifica, ya que los patrones que emergen del tratamiento de los datos podrían ser capaces de pintar una imagen íntima de una persona a través del mapeo de redes sociales, localización, seguimiento de navegación por Internet, diseño de patrones de comunicación y análisis de la asiduidad de intercambios entre ciertas personas.

Desde la perspectiva del TEDH también constituye una violación a las reglas de privacidad protegidas por el artículo 8.

El Tribunal evaluó asimismo la naturaleza de la actividad de transferencias y cesiones de datos internacionales, cuestión sobre la que no existían precedentes.

Como ya hemos dicho, le preocupaba no solo la intervención sobre contenidos, sino también sobre los datos de las comunicaciones. Es decir, la recepción del material interceptado y el posterior almacenamiento de datos y metadatos, así como su examen y uso posterior por los servicios de inteligencia.

Al respecto, el TEDH apuntó:

Con cualquier regulación que prevea la adquisición de material de vigilancia, el régimen para la obtención de dicho material de los gobiernos extranjeros debe ser conforme a la ley [...] y debe ser proporcional al fin legítimo perseguido, y deben existir salvaguardas adecuadas y eficaces contra el abuso [...] En particular, los procedimientos para supervisar el ordenamiento y aplicación de las medidas en cuestión deben ser tales que mantengan la “injerencia” en lo que es “necesario en una sociedad democrática”.

En el mismo sentido manifestó su preocupación por el hecho de que los Estados utilizaran el intercambio de inteligencia “como medio para eludir los controles”.

En cuanto a otras peticiones vinculadas con la incompatibilidad de las reglas británicas con los principios y estándares protectorios de la libertad de expresión, nos parece relevante la cuestión de las posibles intromisiones sobre material confidencial que formara parte de investigaciones periodísticas, a partir del funcionamiento de los regímenes de la sección 8 (4) y del capítulo II de la RIPA.

Respecto de este punto, el TEDH no consideraba antes, ni lo hizo ahora, al secreto periodístico como necesariamente inviolable.

En síntesis, la interceptación “a granel” viola el artículo 8 de la Convención Europea porque existió insuficiente control y supervisión en la elección de portadores o filtros para la detección, búsqueda y selección de las comunicaciones interceptadas para su análisis, además de que las salvaguardas que se utilizaban para la selección de los “metadatos” eran inadecuadas.

Para el caso concreto, entonces, el régimen de interceptación en teoría no es violatorio de la Convención, pero que los estándares de aplicación deberán cumplimentar las garantías que fijó el fallo al cuestionar la ley británica por la falta de requisitos específicos para limitar el poder de los servicios de inteligencia en la búsqueda de material periodístico o de otro carácter confidencial (por ejemplo, utilizando la dirección de correo electrónico de un periodista como criterio de selección).

También señaló como problemática la ausencia de exigencias para los analistas de información para tomar en cuenta si un determinado material está o puede estar vinculado con actividades periodísticas, lo cual involucra una violación del artículo 10 que protege la libertad de acceder y divulgar informaciones e ideas.

Con todos estos señalamientos, pareciera que la decisión se vio influida por “la amenaza del terrorismo internacional” y la naturaleza global de las redes terroristas que requieren un intenso flujo de información.

Pero el TEDH estimó al respecto que este flujo de información “estaba incrustado en un contexto legislativo que proporcionaba salvaguardas considerables contra los abusos”, de modo que “la interferencia resultante era la necesaria en una sociedad democrática”.

2. Catt vs. The United Kingdom

A poco de la sentencia “Big Brother Watch”, el TEDH intervino nuevamente en un caso originado en el Reino Unido para analizar la compatibilidad de las reglas de colección, retención y uso posterior de datos personales por parte de las autoridades británicas.

En esta ocasión no se trató de un análisis de reglas estructurales del sistema de alcance general, sino que el Tribunal analizó una serie de situaciones específicas de aplicación padecidas por una persona física, el demandante John Oldroyd Catt.

Catt ha sido un activista del movimiento pacifista desde 1948 y ha participado en gran cantidad de manifestaciones públicas. En 2005 empezó a participar en manifestaciones organizadas por la campaña Smash EDO, cuyo objetivo estaba destinado a lograr el cierre de las actividades de EDO MBM Technology Ltd., empresa dedicada a la fabricación de armamentos en el Reino Unido.

En varias movilizaciones se generaron disturbios y acciones violentas que fueron reprimidas por la policía. El demandante fue arrestado dos veces en oportunidad de manifestaciones públicas de Smash Edo que obstruyeron autopistas, pero nunca tuvo sanciones ni condenas por tales hechos.

En marzo de 2010 Catt hizo un pedido de acceso a la información a la Policía, por aplicación de la Ley de Protección de Datos de 1998, a fin de requerir la información relacionada a su persona que obrara en poder de la fuerza de seguridad. Se le comunicó que existían sesenta y seis entradas referidas a otras personas que incidentalmente lo mencionaban. Todos con relación a hechos ocurridos entre marzo de 2005 y octubre de 2009.

Los datos mantenidos por la policía se encontraban en una base de datos conocida como “Base de datos del Extremismo”.

La gestión de dicha base estaba a cargo de la National Public Order Intelligence Unit de la Policía británica (NPOIU). Si bien la mayoría de los registros estaban ligados a las movilizaciones en contra de EDO, había otros vinculadas a temáticas diferentes y que toman relevancia en función de la protección de datos sensibles.

Por ejemplo, su asistencia al Congreso de la Confederación de Sindicatos Nacionales, una movilización del Partido Laborista, una manifestación pro-Gaza y otra de protesta contra las reformas laborales promovidas por el gobierno británico en septiembre de 2009. También había fotos del demandante tomadas en 2007 en una de las tantas actividades públicas.

Con esta información constatada, Catt requirió la eliminación de las constancias a la autoridad policial, lo cual fue denegado sin explicación. En noviembre de 2010 inició un procedimiento judicial contra esta negativa. El objeto de la demanda era obtener una resolución que sostuviera que la retención de los datos obtenidos no era necesaria en los términos del estándar del artículo 8.2 de la Convención.

En este contexto, en 2012, una autoridad independiente, la HM Inspectorate of Constabulary, hizo un reporte relativo a operaciones encubiertas de la Policía para obtener datos de inteligencia de movilizaciones de protesta. Este reporte concluía en que la información estaba innecesariamente retenida en archivos y registros policiales. Como consecuencia del informe se borraron y eliminaron archivos y registros. De aquellos en los que se mencionaba a Catt solo quedaron dos.

En el marco del procedimiento judicial, el demandante requirió a la policía tener acceso a sus registros. El pedido fue rechazado diciendo que no se los darían por “obvias razones”. La respuesta oficial fue más allá: “Una base de datos de inteligencia pierde su eficacia si no se la mantiene confidencial”.

También como resultado de la acción judicial se requirió al gobierno que informara si existían datos adicionales. De este pedido surgieron cuatro registros más ligados al desarrollo de acciones judiciales por terceras personas. Dos de ellos fueron eliminados más tarde, pero los restantes permanecieron.

Presentada así, la causa por la eliminación de los registros de Catt todavía existentes en poder la Policía y otras agencias estatales como la Association of Chief Police Officers (ACPO) fue rechazada por la instancia inferior, pero la Cámara de los Lores revocó ese fallo e hizo lugar a la petición. No obstante, el Comisionado de Policía y la ACPO interpusieron sendos recursos de apelación y el caso llegó a la Suprema Corte.

El máximo tribunal británico señaló en términos doctrinales generales que la recolección, tratamiento y retención indiscriminada de datos personales implica una injerencia no habilitada por el artículo 8.2 de la Convención Europea, salvo que se justifique claramente en aras del interés público.

Entendió así que, en el caso, la recolección y el procesamiento eran legales a la luz del artículo 8 y que –en el caso– la discusión podría discurrir sobre la presencia de la necesidad social imperiosa en la retención sine die de los datos y registros.

Sin embargo, la mayoría de los integrantes del tribunal entendieron que no se trataba de datos sensibles sino de registros obtenidos de terceros y de presencias en manifestaciones públicas. Y que, como los datos no quedaron en registros nominados específicamente, no existía violación a las reglas aplicables, en tanto la retención de los mismos no importaba la asignación de responsabilidades penales ni consideraciones estigmatizantes.

Al finalizar el procedimiento doméstico, de los sesenta y seis registros solo quedaron dos pendientes y cuatro menciones en relación a terceros.

En este contexto se presenta la acción de Catt ante el TEDH. Nos adelantamos a señalar que aun habiendo sido puesta en análisis la compatibilidad del marco legal y reglamentario sobre la cuestión, la resolución final del Tribunal Europeo se apoyó en la falta de cumplimiento del estándar de necesidad social imperiosa.

También es oportuno indicar, en virtud de las consideraciones iniciales volcadas en el presente, que el TEDH decide en forma contraria a los estándares del TJUE, que previamente había admitido como justificable la recolección indiscriminada de datos personales.

2.1 La posición del TEDH

El demandante sostuvo en su requerimiento que la recolección sistemática, así como la retención de sus datos en una base de búsqueda, violaban sus derechos a la luz del artículo 8 de la Convención.

Como en casos anteriores, el TEDH consideró que la mera acumulación de datos y su tratamiento posterior pueden implicar una interferencia con los derechos mencionados.

En este caso, no había controversia respecto a que se atribuía lo actuado a la protección de un interés legítimo, tal como prevenir desórdenes graves y salvaguardar los derechos de terceros.

Al respecto, se debe tener en cuenta que la aplicación del concepto de “domestic extremist”, de acuerdo a las autoridades, no respondía a una definición estricta establecida por la ley, sino que se trataba de “un descriptor generalmente usado por los servicios policiales para señalar la actividad de individuos o grupos que llevan adelante actos criminales o acciones directas para fomentar sus campañas de protesta por fuera del proceso democrático”. Este punto, sin duda, debió haber sido impugnado por la vaguedad de la figura utilizada.

Sentadas estas premisas y salvedades, diremos que el demandante planteó ante el TEDH que la “recolección sistemática”, así como la “retención” de información respecto a su persona en una base de datos de tratamiento y búsqueda, violaban sus derechos establecidos en el artículo 8 de la Convención.

A fin de poner en juego la interpretación correcta de los alcances del artículo 8, se tomaron en cuenta los textos del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio 108) de 1981, el Protocolo adicional a este Convenio, aprobado en el año 2001⁷ y el Protocolo modificatorio que se encuentra abierto a la firma de los Estados desde octubre de 2018.⁸

En particular, el artículo 8 de este último Protocolo (que modifica la redacción original del art. 6) resultó fundamental para el TEDH a la hora de fijar el estándar pertinente en cuanto al tratamiento de datos personales,⁹ en sintonía con otras declaraciones y acuerdos europeos.

7 Protocolo Adicional al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos.

8 Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data.

9 “Artículo 8: El texto del Artículo 6 de la Convención será reemplazado por el siguiente:

1. El tratamiento de:

- datos genéticos;

- datos personales relativos a delitos, procedimientos penales y condenas, y medidas de seguridad conexas;

- datos biométricos que identifiquen de forma única a una persona;

- los datos personales relativos a la información que revelen en relación con el origen racial o étnico, las opiniones políticas, la afiliación sindical, las creencias religiosas o de otra índole, la salud o la vida sexual, sólo se permitirán cuando se establezcan las garantías adecuadas en la ley, que complementen las del presente Convenio.

2. Dichas garantías protegerán contra los riesgos que el tratamiento de datos sensibles pueda presentar para los intereses, derechos y libertades fundamentales del interesado, en particular un riesgo de discriminación”. Traducción propia.

En forma separada, el Tribunal también abordó el caso a la luz de los instrumentos de la Unión, en especial la Directiva de protección de datos personales de 1995 y su reforma de 2016 que resultó en la aprobación del nuevo Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (GDPR por sus siglas en inglés).

El TEDH considera aplicables los principios generales expresados en esa regulación, pero también valora especialmente las definiciones contenidas en un documento que fue aprobado y entró en vigencia en el mismo momento que el Reglamento como parte de la legislación comunitaria: la Directiva 2016/680, conocida como “Law Enforcement Directive” (LED).

La LED otorga mayores prerrogativas a los Estados para el procesamiento de datos cuando se trata del cumplimiento de funciones relativas a la seguridad y la política criminal. El TEDH retoma de esta Directiva la definición de “procesamiento de datos” y, en especial, las condiciones para el procesamiento de “categorías especiales de datos” por parte de agencias estatales.

Así, mientras el Reglamento general prevé en su artículo 9 que el tratamiento de los datos considerados de categorías especiales debe estar prohibido salvo excepciones muy específicas, el artículo 10 de la LED sostiene lo siguiente:

El tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, así como el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física solo se permitirá cuando sea estrictamente necesario, con sujeción a las salvaguardias adecuadas para los derechos y libertades del interesado y únicamente cuando: a) lo autorice el Derecho de la Unión o del Estado miembro; b) sea necesario para proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona física; c) dicho tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos.

Bajo este marco, el TEDH no encuentra controversia respecto a la existencia de fin legítimo y, por lo tanto, no cuestiona de manera directa la recolección y procesamiento de datos.

La sentencia hará hincapié, en cambio, en el reconocimiento por parte del Gobierno británico respecto de la extensión temporal de la retención de los datos y su interferencia sobre los derechos de Catt. La ley británica no consideraba un máximo para la retención, pero sí un mínimo de seis años.

Luego el TEDH cuestiona, aun no habiendo sido introducida la cuestión como un agravio específico, aunque sí como un argumento de la denuncia, la vaguedad de la definición de “extremismo doméstico” por su ambigüedad sobre el criterio que deja a la policía gobernar la recolección de los datos y que el resultado de ello es un sistema inadmisibles de valoración “caso por caso”.

También remarca la sentencia la carencia de un fundamento legal claro y coherente para la administración de las bases de datos a fin de prevenir situaciones de arbitrariedad.

Finalmente, el fallo analiza la presencia de “necesidad social imperiosa” –aun cuando ya se verificó la ausencia del requisito de legalidad previa, formal y precisa–.

Asume, entonces, la importancia de verificar la proporcionalidad de lo actuado, pese a la admisión de los márgenes de apreciación propios del Estado que la doctrina del TEDH reconoce inveteradamente.

Para ello, en primer lugar, destaca que los datos acumulados revelan opiniones políticas, están incluidos en la definición de datos sensibles o de categorías especiales y tienen un alto nivel de protección. De modo que, aun cuando el Estado sostiene que no hubo recolección sistemática de ellos, el TEDH entiende que faltó clarificación sobre el tema.

En este punto es relevante el principio que refrenda el TEDH al analizar la presencia o no de necesidad social imperiosa en la resolución del caso. Allí contradice al Estado diciendo que lo que hay que analizar no es si había “necesidad social imperiosa para la policía a fin de crear y mantener una base de datos como esa”, sino si era necesario tener allí los datos del demandante, y concluye que el tribunal doméstico tenía razón dadas las actividades del grupo que eran potencialmente violentas y delictivas.

En la medida en que a Catt no se le había imputado nada, la recolección era admisible, pero no el mantenimiento en retención de los datos. Menos aún si no había ley que fijara máximos de tiempo de guarda de los mismos.

Concluye la sentencia que sería totalmente contrario a la necesidad de proteger la vida privada, en virtud del artículo 8, que el Gobierno creara una base de datos de tal manera que los datos que contiene no pudieran revisarse o editarse fácilmente y que luego utilizara esa información como justificación para negarse a eliminarla.

Palabras finales

Con la condena al Reino Unido en el caso “Catt”, el TEDH reafirma lo dicho en “Big Brother” y se opone a la jurisprudencia del TJUE. Como dijimos, a pocos días del Brexit estos fallos adquieren enorme relevancia. En particular, cuando atendemos a las diferencias que surgen de los textos de los instrumentos regionales.

El contexto político global, que es explícitamente señalado en tales términos en más de una oportunidad a lo largo del texto de ambas sentencias, ha dado cuenta de la aceptación por parte del TEDH de las prácticas –sujetas a escrutinio, por cierto– de intercambio de datos entre servicios de inteligencia y compilación de información personal por razones de inteligencia de defensa y de seguridad.

En el primer caso el TEDH se autolimitó en cuanto a qué y cuánto quiso resolver, pero no discutió las bases de la reciprocidad, es decir, el intercambio de inteligencia recolectada por los servicios británicos y compartida en el extranjero.

En materia específica de libertad de expresión, este caso también trajo una novedad de importancia porque nunca antes se había abordado el tema de la vigilancia desde esta perspectiva para proteger el secreto de la fuente de información.¹⁰

En el segundo caso analizado, el Tribunal Europeo admitió la recolección de datos de alguien que participaba en manifestaciones públicas. Pero no admitió la retención *sine die* y sin revisión de esos datos.

El Brexit pondrá en debate el derecho supranacional europeo y su aplicación en Gran Bretaña en múltiples áreas. Salir de la UE y mantenerse en el Consejo de Europa modificará el estado del arte y dará lugar a estándares diferentes que será necesario seguir de cerca en sus implicancias sobre la libertad de expresión y el derecho a la información. Sobre todo, a tenor del contenido expresado en esta materia en el Libro Blanco, utilizado como hoja de ruta para el proceso.

¹⁰ En el precedente “Goodwin” el TEDH estableció la protección de las fuentes de información periodística como derecho comprendido en el artículo 10. Véase TEDH, *Goodwin v. The United Kingdom*, Application no. 28957/95.

Discapacidad. Matrimonio. Autonomía del individuo

TEDH, *Affaire Delecolle c. France*, 25 de octubre de 2018

Por Gonzalo Ernesto Imas¹

1.- Consideraciones preliminares

Comienzo este comentario con la pregunta que se hace la Dra. Angelika Nussberger, en su voto en disidencia, en el fallo dictado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta) en el caso “Delecolle vs. Francia” en relación con las personas puestas bajo tutela, que involucró a una persona mayor de edad al que no se le permitió casarse con un amigo de larga data con el pretexto de que no podía entender las implicaciones financieras de esa decisión, marcando un retroceso importante en cuanto a los derechos de las personas con su capacidad restringida.

2.- Plataforma fáctica y decisión del Tribunal

El 23 de junio del 2009, un juez francés colocó al Sr. Delecolle, de 72 años y de buen pasar económico, bajo tutela parcial (“curatelle renforcée” o “supervisión de protección mejorada”), a petición de su hija adoptiva. Esa medida, basada en certificados médicos que indicaban que tenía un “trastorno

¹ Abogado (UBA). Alumno de la Carrera de Especialización y Maestría en Derecho de Familia (UBA). Jefe de Despacho (int.) del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83. Ayudante de Familia y Sucesiones (UBA).

cognitivo leve”, “debilidad psicológica” y que era “algo vulnerable”, se justificaba por su incapacidad para administrar sus bienes y finanzas.

Durante el mismo año, el solicitante le pidió a su tutora permiso para contraer matrimonio con un amigo de mucho tiempo, lo cual ella negó. Luego le pidió a un juez que anule la decisión de la tutora. Un informe médico que se solicitó durante esos procedimientos indicaba que, aunque tenía una discapacidad intelectual y no podía administrar sus bienes y finanzas, el solicitante era capaz de consentir en contraer matrimonio. El informe médico, sin embargo, se refirió a algunos de sus argumentos para querer contraer matrimonio como “limitando a lo absurdo”. Por ejemplo, afirmó que sus abuelas también se casaron a una edad avanzada o que necesitaba ayuda con las tareas diarias.

Un informe de bienestar social señaló que el Sr. Delecolle quedó atrapado en medio de un conflicto familiar y tanto su hija adoptiva como su pareja tenían interés en su propiedad. No obstante, no se pudo determinar que el solicitante estuviera bajo influencia indebida.

El 18 de diciembre de 2009, el juez rechazó la solicitud del demandante sobre la base de que no estaba al tanto de las implicaciones del matrimonio, lo que iba en contra de su interés superior. El juez también observó que su pareja tenía un problema de alcoholismo. El tribunal de apelación confirmó esa sentencia, basada en un razonamiento similar. Si bien no cuestionó la conexión emocional con el futuro esposo, el tribunal enfatizó varias decisiones financieras cuestionables tomadas por el solicitante, como llevar a cabo costosos trabajos de renovación en su apartamento después de que su primera esposa falleciera.

El Consejo Constitucional y el Tribunal de Casación Francés rechazaron las apelaciones posteriores. El demandante falleció en el año 2016.

En su demanda ante el TEDH argumentó que se violaba únicamente el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que consagra el derecho a contraer matrimonio. Desde el principio, el Tribunal destacó que el artículo 12 permitía restricciones al derecho de matrimonio basadas en “consideraciones de interés público generalmente reconocidas”, como las relacionadas con la capacidad. El Tribunal también aclaró que, lejos de ser privado de su derecho a contraer matrimonio, el solicitante simplemente tenía que obtener el permiso de su tutor, sobre la base de su condición de persona con capacidad parcialmente restringida. Estableció una clara distinción entre las personas cuya capacidad legal estaba intacta y las personas con capacidad legal limitada, cuyo derecho a contraer matrimonio era susceptible de ser restringido.² Finalmente, decidió en contra del demandante, argumentando que en el caso se aplicaban suficientes salvaguardas, que el margen de apreciación del Estado era amplio, y que la medida impugnada estaba destinada a proteger sus intereses. La juez Nussberger escribió una opinión disidente contundente que se centró en la prueba aplicable según el artículo 12, la proporcionalidad de la interferencia y el uso indebido de la subsidiariedad.

² TEDH, *Affaire Delecolle c. France*, Requête N° 37646/13, 25 de octubre de 2018, Cinquième Section, párr. 63.

3.- Salud mental en el derecho internacional

En materia de salud mental, entre los instrumentos internacionales que fueron marcando un camino en el campo de la salud mental y el cuidado y la protección de los pacientes que sufren de una afección mental, podemos encontrar la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental y la Declaración de los Derechos de los Impedidos, ambas aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en los años 1971 y 1975, respectivamente; y la Resolución 46/119 sobre Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, todos instrumentos que se caracterizan por buscar mejorar la atención del paciente que presenta este tipo de padecimientos, lograr que de manera plena se efectivicen sus derechos y encontrar la posibilidad de que la persona continúe con su vida en el ámbito de su comunidad y su familia.

En el año 2006 se adoptó la Convención Internacional sobre la Protección de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Para vislumbrar el sentido y el contenido plasmado en el citado cuerpo normativo es necesario resaltar algunos párrafos del Preámbulo de la Convención, que indica que los Estados partes de dicho instrumento “reconocen la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones” y destaca que

la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La citada Convención en su artículo 12 establece:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y

heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Con relación al análisis del fallo en cuestión, el artículo 23 del tratado señala que

1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

Todo lo reseñado aspira a la mayor autonomía posible de la persona con padecimiento mental, de acuerdo con las singulares circunstancias de cada caso, incluyendo de base, el derecho a formar una familia. Un derecho que es reconocido a todas las personas, una vez alcanzada la edad núbil.

Llama la atención en la sentencia del TEDH la total omisión de considerar o incluso mencionar la Convención Internacional sobre la Protección de las Personas con Discapacidad, limitándose en última instancia a realizar una revisión de las garantías procesales disponibles para el solicitante, que la mayoría del Tribunal determinó que eran exhaustivas.

Como bien señala la juez Nussberger en su voto en disidencia, la aplicación del principio de subsidiariedad en el presente caso ha cegado a la mayoría en cuanto a la gravedad de las violaciones alegadas y su especificidad fáctica. De hecho, como señala la magistrada, el derecho a contraer matrimonio se ha visto reducido a uno puramente financiero.

4.- La proporcionalidad de la prohibición de contraer matrimonio

Esto último nos lleva a ciertos interrogantes que se plantean en toda la sentencia: ¿qué hubiera sucedido si el solicitante no hubiera contado con suficiente patrimonio o resultara de condición pobre? ¿Algún familiar o tribunal se hubiera opuesto? ¿Y si en vez de tratarse de una solicitud de matrimonio por parte de personas del mismo sexo hubiera sido para entablar una relación heterosexual?

El Sr. Delecolle solicitó casarse con un amigo al que lo unía una larga amistad, que como bien se señala en la sentencia “el matrimonio parecía ser el medio para que él tuviera una presencia a su lado que pudiera ayudarlo y organizar su vida diaria, evitando un final solitario de la vida”.³ Asimismo, se destaca que

si el solicitante estaba afectivamente vinculado a su compañero, ella [su hija] descubrió que desde su vida en común, el solicitante había multiplicado los actos irrazonables de administración sin que la curadora siempre pudiera preservar sus intereses. El solicitante, entre otras cosas, hizo un trabajo por valor de 250.000 euros en el apartamento familiar unos meses después de la muerte de su esposa y había almacenado sus muebles en condiciones a veces cuestionables. El Tribunal de Apelación también observó que un borrador de testamento manuscrito se redactó el 14 de agosto de 2009 para el beneficio de MS, y se observó que, según los escritos de su abogado, el solicitante tenía un patrimonio de la orden de 6.000.000 euros y había celebrado un contrato de comunidad universal con su difunta esposa.⁴

Es dable observar que se privilegiaron los intereses de los posibles herederos y no los intereses del Sr. Delecolle, al cual, por lo que se desprende de la sentencia, no le interesaba preservar su patrimonio, sino seguir viviendo su vida hasta su muerte sin preocupaciones financieras y de una manera libremente elegida.

No está claro que el Sr. Delecolle tuviera una restricción a su capacidad de clase y grado que justificara una intrusión tan sustancial en su vida privada. Los profesionales médicos parecen haber decidido que el Sr. Delecolle experimentó un ligero deterioro cognitivo que estaba más o menos en línea con las expectativas para su grupo de edad. Además, se consideró que podía consentir en el matrimonio, por lo que la decisión de privarlo de ese derecho no se encontraba justificada. Los tribunales franceses no parecen haber explorado la disponibilidad de medidas que eran menos intrusivas y mejor ajustadas a la necesidad percibida por el Sr. Delecolle de apoyo para administrar su propiedad. Las autoridades francesas dieron prioridad a los intereses de terceros sobre la autonomía y autodeterminación del Sr. Delecolle, sin preocuparse por un posible conflicto de intereses. Su vida fue sometida a un escrutinio inusual y se invocaron decisiones aparentemente anodinas sobre la manera de decorar su hogar o sus hábitos de bebida para justificar su restricción a la capacidad. En definitiva, las autoridades, de manera inexplicable y cruel, desestimaron como trivial o excéntrico su deseo de disfrutar de la compañía de otro ser humano durante la vejez.

³ Ídem, párr. 15.

⁴ Ídem, párr. 17.

5.- Conclusión

Lamentablemente, el TEDH decidió no involucrarse con los hechos del caso, que fueron verdaderamente atroces. La tutela parcial a la manera francesa, como un arreglo caracterizado por una toma de decisiones sustituta, claramente incumple con los artículos 12 y 23 de la Convención Internacional sobre la Protección de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

A pesar de ello, nuevos vientos soplan sobre tierras francesas, ya que, al momento de publicarse la sentencia, una comisión interdepartamental encargada de revisar el régimen de protección legal para adultos publicó su informe final, recomendando, entre otras cosas, que se permita a los adultos casarse sin autorización previa, como parte de una reforma más integral basada en los derechos humanos y el respeto por los deseos y preferencias de las personas.⁵

⁵ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_pjm_dacs_rapp.pdf

Derecho de defensa. Igualdad de armas y debido proceso

TEDH, *Case of Zhang v. Ukraine*,
13 de noviembre de 2018

Por Javier Balmayor¹

1.-Introducción

El caso Zhang es de aquellos donde se desmenuza el contenido y alcance de los derechos humanos, en particular la garantía de debido proceso, de modo que se llegan a visibilizar violaciones sutiles que los órganos estatales pueden ocasionar.

En la actualidad, cuando nociones como el derecho de defensa, el debido proceso o la igualdad de armas son conocidas por todos los agentes estatales, es frecuente advertir situaciones en las que, bajo la apariencia del respeto a las mismas, por el solo hecho de invocarlas se persiste en su vulneración.

Veremos en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humano –en adelante, TEDH– que el Sr. Zhang sufrió las consecuencias de ser extranjero y de que sus testigos de defensa también lo fueran.

Así también, padeció la parcialidad de las autoridades de Ucrania que, pese a las fallas e inconsistencias de la investigación, insistieron en señalarlo como el responsable por la muerte de un ciudadano local.

¹ Abogado y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Funcionario del Ministerio Público de la Defensa de la CABA.

Los tribunales nacionales, primero, imposibilitaron el ejercicio adecuado y pleno del derecho de defensa, bajo la excusa de la aplicación de una nueva normativa procesal acorde con los estándares internacionales de derechos humanos; y, luego, las instancias de apelación ignoraron los agravios de la defensa limitándose a confirmar la condena dictada.

En definitiva, el caso que nos ocupa, demuestra que las garantías procesales deben ser efectivizadas en las circunstancias concretas y específicas de cada caso y no meramente en las enunciaciones normativas.

2.-Los hechos del caso

El peticionante en este caso, el Sr. Yu Zhang, de nacionalidad china, al momento de los hechos se encontraba estudiando economía en la Universidad Nacional de Kharkiv, Ucrania.

El 1º de mayo de 2009, junto con otros catorce estudiantes de origen chino realizaron un picnic. Cuando estaban por terminar, un grupo de cuatro hombres ucranianos (D., Sa., Su., y M.) se acercaron a pedirles cerveza. Los ucranianos estaban notoriamente alcoholizados. Uno de ellos, D., les quitó un cuchillo y se lo arrojó al río que había cerca, y luego mostró sus genitales. Pese a estas conductas, los estudiantes chinos accedieron a entregarles una cerveza, en primer término, y una segunda, en el momento que comenzaron a retirarse, dado que la situación se les iba de las manos.

Sin embargo, en ese punto se desató una pelea entre los dos grupos, durante la cual el ucraniano M. recibió una puñalada. Falleció tres días después como consecuencia de la lesión.

Antes de que se desatara la contienda, M. registró la escena con su *smartphone* y lo último que grabó fue al chino W. tomando dos “pinchos” (de los que se usan para hacer *brochette*) de una bolsa de plástico.

Cuando la policía arribó, el ucraniano Sa. declaró que había visto al estudiante Ch. apuñalar a M. por la espalda y luego suscribió una declaración por escrito ese mismo día. La víctima, M., se encontraba inconsciente, y los ucranianos Su. y D. estaban tan ebrios que no se los pudo interrogar.

Varios de los estudiantes chinos huyeron antes de que llegara la policía. Sin embargo, el Sr. Zhang junto con algunos de sus compañeros esperaron en el lugar el arribo de los funcionarios. Ninguno de los ucranianos señaló al Sr. Zhang como responsable de la lesión de M. durante el curso de ese día.

El 2 de mayo, la víctima pudo dar su versión a las autoridades y manifestó que, luego de ser lesionado en su espalda, cayó y observó a tres estudiantes chinos que pasaban sobre él, incluso el Sr. Zhang, al que individualizó por ser más grande de tamaño que los otros y porque hablaba algunas palabras en ruso.

Ese mismo día, el ucraniano Sa. cambió su versión del día anterior y dijo que había visto que uno de los jóvenes chinos –el que parecía más grande de cuerpo y se hacía llamar “Yura” (el Sr. Zhang)– había sido el que apuñaló por la espalda a M.

El día en que murió M., el ucraniano Su. declaró a los investigadores que había visto a uno de los chinos –que parecía más grande de tamaño que los otros– apuñalar a la víctima.

Finalmente, en un procedimiento de identificación Sa. y Su. apuntaron al Sr. Zhang como el que lesionó a M. En consecuencia, el peticionante fue arrestado.

Pese a todo, Sa. realizó una nueva declaración, en una fecha posterior y señaló que había apuntado al Sr. Zhang como autor de la lesión, pero que, en realidad, no había visto quién apuñaló a M. Agregó que su testimonio en contra de Zhang había sido impulsado por las emociones del momento.

Por el lado de los estudiantes chinos, el joven W. confesó a la policía, con asistencia de un abogado y un intérprete chino, que accidentalmente lesionó a uno de los ucranianos con un “pincho” y huyó del lugar por miedo. Dos días más tarde reiteró su confesión.

Dentro de las pertenencias del grupo de estudiantes se secuestraron cuatro pinchos, pero fue establecido por los testimonios que había seis, dos de los cuales –los que habría tomado W.– nunca fueron encontrados.

En algún momento posterior, indeterminado en el caso, el estudiante W. se retractó y declaró que había lesionado superficialmente a D. y Su., es decir, de ninguna manera había lesionado al fallecido M. El resto de los estudiantes chinos no vieron quién apuñaló a M. Tampoco vieron al Sr. Zhang con un “pincho” de metal y varios de ellos señalaron haber estado cerca del peticionante durante la gresca, lo que les permitió afirmar que no fue Zhang el autor de la lesión.

En relación con el estudiante chino W. –que había realizado la confesión en los días previos–, varios de sus compañeros dijeron que había estado muy nervioso luego de la pelea, que se había deshecho de las ropas que usó aquel día y solicitó a sus padres le enviaran una suma importante de dinero.

El 25 de marzo de 2010, la Corte Regional de Apelaciones de Kharkiv consideró terminada la instrucción. Al año siguiente, el 26 de septiembre, la Corte de Kyivskyy declaró al Sr. Zhang culpable de homicidio y lo condenó a 12 años de cárcel en base a las declaraciones de Sa. y Su., que dijeron haber visto a Zhang a espaldas del fallecido M. poco antes de que este gritara que había sido apuñalado. También se basaron en la declaración de D., que dijo haber visto a Zhang huir, junto a Ch., luego de la pelea.

Los estudiantes chinos dieron su versión de los hechos, pero la Corte consideró que no eran creíbles porque trataban de ayudar al Sr. Zhang. Quien no declaró en el juicio fue nada menos que el estudiante W. porque había salido del territorio de Ucrania antes de que se iniciara el debate.

El peticionario apeló la decisión, que fue anulada el 26 de marzo de 2012 por la Corte de Apelaciones de Kharkiv, la que reenvió el caso para completar la investigación, atento a las omisiones y fallas que había expuesto el apelante. En particular, la Corte resaltó lo contradictorias e incoherentes que habían sido las principales evidencias en que se basó la sentencia: los testimonios de Sa., Su. y D.

El 19 de noviembre de 2012, entró en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Criminal (CCP 2012, por sus siglas en inglés) que introdujo cambios importantes en el proceso penal de cara a reforzar la oralidad y desterrar ciertas prácticas policiales reñidas con los derechos humanos.

Un mes más tarde, el Sr. Zhang fue formalmente incriminado bajo esta nueva norma y se concluyó la instrucción. El 24 de julio de 2013, la Corte de Kyivskyy condenó al Sr. Zhang a doce años de cárcel por ser autor del homicidio de M. Nuevamente se basó la sentencia en las declaraciones que Sa., Su. y D. brindaron en el juicio, las que fueron idénticas a las brindadas en la primera sentencia. Igualmente, se fundó la decisión en las declaraciones brindadas por M. ante los investigadores antes de su fallecimiento.

Por otro lado, se rechazaron los pedidos de la defensa del Sr. Zhang de admitir los testimonios de los estudiantes chinos que ya habían abandonado Ucrania. Solo uno de ellos se presentó al juicio, pero su relato no tuvo mayor relevancia dado que abandonó la escena antes de que comience la pelea entre los dos grupos.

El motivo del rechazo de los testimonios de los estudiantes chinos obedeció a que, bajo la nueva ley procesal CCP 2012, solo pueden ser analizados para la sentencia los testimonios producidos en la audiencia de juicio.

El Sr. Zhang recurrió también esta condena. En primer lugar, señaló que la Corte nuevamente se basaba en forma exclusiva en las contradictorias versiones de los amigos de la víctima, que, además, habían cambiado sensiblemente con el paso del tiempo. Por otro lado, se agravió del rechazo de la Corte a las testimoniales de los doce estudiantes chinos que habían declarado en la etapa de investigación. Señaló que la norma respectiva de la nueva ley procesal refería que la admisibilidad de la prueba debía ser evaluada bajo las previsiones normativas vigentes al tiempo de obtención de la evidencia. Dado que las declaraciones de los estudiantes chinos fueron recibidas cuando aún regía la anterior ley procesal y que esa normativa admitía las testimoniales obtenidas en la etapa de investigación, la exclusión de tales pruebas era ilegal y una severa restricción al derecho de defensa.

El 27 de noviembre de 2013, la Corte de Apelaciones confirmó la segunda condena sin hacer comentario alguno ni analizar los argumentos del apelante respecto de la prueba no admitida.

Contra esta decisión, el Sr. Zhang presentó un recurso ante la Corte especializada en cuestiones Civiles y Criminales, pero la sentencia fue confirmada sin hacer mención alguna a los argumentos relativos a la admisibilidad de la prueba de la defensa no aceptada en el segundo juicio. Finalmente, salió en libertad el 31 de marzo de 2016 y regresó a China.

3.- Decisión del Tribunal Europeo

El Sr. Zhang demandó al Estado de Ucrania sobre la base de que no había tenido un juicio justo y fundó su petición en el artículo 6.1 de la CEDH.

Llegado el caso ante el TEDH, este declaró admisible la petición y estableció que hubo una violación al CEDH, por lo que existió responsabilidad internacional del Estado.

En términos generales, advirtió la violación a la garantía de juicio justo porque no se respetó la igualdad de armas como presupuesto necesario para el ejercicio del derecho de defensa² y los argumentos de la defensa fueron desoídos –ni siquiera mencionados– por los tres estamentos judiciales que intervinieron en el caso.³ También hay una breve mención a la falta de aplicación del principio de la duda en favor del acusado.⁴

Igualdad de armas y el derecho a presentar testigos de la defensa

En el caso del Sr. Zhang, el Tribunal Europeo vuelve a enfatizar ciertos extremos constitutivos del derecho de defensa y, por ende, de un proceso equitativo en términos del CEDH.

Uno de los aspectos esenciales para que pueda hablarse de igualdad de armas es el expuesto en el inciso d) del artículo 6.3 CEDH, que dispone que

Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

Esta cláusula la encontramos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8.2.f, pero no contiene la fórmula “testigos que declaren en su favor”.⁵

La precisión del CEDH tiene como uno de sus orígenes el proceso eminentemente contradictorio estadounidense que, por la Enmienda VI, incluyó en su Constitución la fórmula “En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho...de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan”.

Si es difícil hablar de igualdad de armas en la etapa de investigación, puesto que es el momento en que el Estado utiliza todo su potencial para instruir un caso, frente a los –siempre inferiores– recursos de la defensa, es en el juicio público donde este concepto debe manifestarse en toda su extensión. Cuando la defensa es cercenada en su posibilidad de presentar testigos o evidencias de descargo, como el caso que nos ocupa, no hay chance alguna de hablar de una paridad procesal entre las partes.

2 TEDH, *Case of Zhang v. Ukraine*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 13 de noviembre de 2018, Court (Fourth Section), párr. 71.

3 Ídem, párr. 73.

4 Ídem, párr. 66.

5 Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de la Corte IDH se ha manifestado decididamente en favor de la paridad de armas: “Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la ‘acusación’ en el debido proceso penal vis-á-vis el derecho de defensa”. Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

En esencia, el artículo 6, párrafo 3 (d) CEDH pretende garantizar una plena igualdad de armas⁶ y exige, por ello, que el imputado, en algún momento, tenga la oportunidad adecuada y apropiada de interrogar a los testigos de cargo y de citar a testigos de descargo.⁷

En el presente caso, el TEDH analizó que, sin perjuicio de las inconsistencias propias de los testigos de la acusación, hubo numerosos testigos de la defensa que no fueron escuchados en juicio. El principal de ellos es el del estudiante chino W., que confesó haber utilizado uno de los “pinchos” para lesionar a algunos de los ucranianos.

Sin embargo, enfatizó el Tribunal, no solo no fueron admitidas sus declaraciones realizadas al momento de la investigación preparatoria, sino que tampoco se intentó establecer el paradero de aquellos, ya fuera para citarlos a la justicia de Ucrania o interrogarlos en el lugar en el que se encontraran.⁸

En relación con la nueva ley procesal vigente en Ucrania, el TEDH señaló que la reforma, al impedir la valoración de evidencias que no fueran producidas en el debate oral, tuvo como fin terminar con las prácticas de malos tratos policiales a testigos y acusados durante la etapa de investigación. Sin embargo, tal como planteó el peticionante, esa misma norma establece que la admisibilidad de la prueba debe evaluarse bajo las previsiones de la ley procesal vigente al momento de la obtención de las evidencias. En el caso del Sr. Zhang, todas las declaraciones de los testigos de la defensa fueron recolectadas al momento de la vigencia de la anterior ley procesal, que admitía, para el juicio, las testimoniales realizadas en la etapa de investigación. Esto constituye un manifiesto apartamiento del texto legal por parte de los tribunales ucranianos al momento de rechazar la prueba de la defensa.

Pero, además, el TEDH observó que, pese a que la finalidad de la reforma procesal fue afianzar los derechos y garantías del acusado en la etapa de investigación, los jueces utilizaron la nueva normativa como argumento para excluir toda la prueba de la defensa y, por ende, eliminar cualquier oportunidad de que el Sr. Zhang pudiera hacer valer su versión de los hechos.⁹ Un verdadero uso de las garantías en contra del imputado.

Indiferencia a los planteos de la defensa

En lo que constituye otra afectación al derecho de defensa, el TEDH advirtió que ninguno de los tres niveles judiciales de Ucrania que intervinieron en el caso del Sr. Zhang analizó los argumentos esgrimidos por su defensa.

Nada de lo señalado con relación a las fallas observadas durante la investigación, en especial las contradicciones e inconsistencias entre los testigos de la acusación, como tampoco respecto de la exclusión de la prueba de la defensa en el juicio, fue valorado por los tribunales de Ucrania. Justamente, la ignorancia

6 Cf. TEDH, *ENGEL AND OTHERS v. THE NETHERLANDS*, 8 de junio de 1976, párr. 91.

7 Cf. Ambos, K. (2008). *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*. México: Fontamara, p. 303.

8 Cf. TEDH, *Case of Zhang v. Ukraine*, cit., párr. 68.

9 Ídem, párr. 71.

de parte de los tribunales respecto de los argumentos específicos, pertinentes y relevantes alegados por el acusado constituye también una violación del juicio justo en los términos del artículo 6.1 de la CEDH.

El TEDH señaló que no puede haber efectivamente juicio justo si los planteos y observaciones de las partes no son verdaderamente escuchadas, y esto solo se verifica cuando son explícitamente analizadas en la resolución judicial. De no ser así, los derechos de la Convención se tornarían ilusorios y de ningún modo efectivos.¹⁰

En nuestro medio, ha sido la Corte Suprema en el conocido “caso Carrera”¹¹ que estableció la necesidad de analizar las argumentaciones de la defensa como elemento constitutivo de la imparcialidad judicial y su vinculación con el principio de inocencia en los siguientes términos:

“21) Que, en el contexto argumental en el que han sido expresadas, las valoraciones de prueba señaladas resultan difícilmente compatibles con la presunción de inocencia. Por esa razón, no es posible tener por cumplido el deber de dar amplio tratamiento a los agravios de la defensa en el marco del derecho al recurso, el cual solo ha sido acatado de modo *meramente aparente* [...]”

22) [...] 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.

En ese caso nuestro máximo tribunal mencionó el “acatamiento aparente” de las garantías del imputado. Ello se observa, al igual que en el caso del Sr. Zhang, cuando pese a permitir que la defensa realice todas las alegaciones y planteos que considere, los mismos son ignorados por el órgano judicial, ya sea el de juicio o el revisor.

Y en el segundo párrafo citado se explicitó la íntima vinculación entre este deber de los jueces con el principio de inocencia y la imparcialidad judicial.

Puede decirse entonces, que el respeto ficticio de las garantías debe ser observado y señalado por los órganos revisores; de lo contrario, las mismas se transforman en cáscaras vacías de contenido que habilitan la misma arbitrariedad y abuso de poder que vinieron a revertir.

10 TEDH, *Case of Carmel Saliba v. Malta*, 29 de noviembre de 2016, Court (Fourth Section), párr. 65.

11 CSJN Fallos: 339:1493.

Duda a favor del imputado

Asimismo, el Tribunal no pasó por alto el incumplimiento de estándares básicos del juicio justo en materia penal como son la “carga de la prueba” y el “*in dubio pro reo*”.

Con cita del caso “Adjaric v. Croatia” del 13/12/2011 recordó que el deber de probar la responsabilidad penal es de la acusación y que la duda respecto a la autoría del hecho debe beneficiar al imputado. En el párrafo 66 del caso los jueces fueron elocuentes en que, pese a las indiscutidas fallas de las pruebas testimoniales, que ameritaron varias revisiones de la investigación y la revocación de la primera condena, finalmente se optó por no dudar de la credibilidad de los testigos ucranianos.

Si bien este no es de los aspectos más desarrollados en el caso, no deja de ser una afectación a las garantías fundamentales del proceso penal. Precisamente, la Corte IDH ha sostenido que la presunción de inocencia es el fundamento mismo de las garantías judiciales y del debido proceso:

el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales... Este estado jurídico de inocencia se proyecta en diversas obligaciones que orientan el desarrollo de todo el proceso penal. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. En este sentido, el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado.¹²

4.- Conclusiones

Para finalizar, podemos decir que la decisión tomada en el caso del Sr. Zhang refuerza el valor de la defensa del acusado en lo relativo a la paridad de armas y al derecho a ser oído en forma efectiva.

La primera solo se respeta si existe la plena igualdad, lo que sucede cuando la defensa tiene “no sólo en teoría sino también en la práctica las mismas posibilidades (reales) que el acusador para influir en las decisiones de los jueces sobre el caso”.¹³

En el presente caso, la afectación concreta tuvo lugar en el juicio al no permitir a la defensa la posibilidad de ofrecer y examinar a sus testigos. La excusa de que los mismos no estuvieran en el territorio de Ucrania es insostenible no solo por la afectación a la posibilidad de resistir la acusación sino, además, porque con la tecnología existente al momento del juicio se podía evacuar la solicitud. Si bien no se apuntó como una posibilidad, bien se pudo haber recurrido a una declaración testimonial por transmisión simultánea de video en la que ambas partes pudieron haber examinado a los testigos de la de-

¹² Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 127.

¹³ Cafferata Nores, J. I. (2000). *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos aires: Del Puerto, p. 124.

fensa. La imposibilidad del acusado de escuchar los testimonios de sus connacionales chinos configuró el obstáculo fundamental para intervenir en la decisión de los jueces en el marco de un juicio justo.

La segunda afectación se configura cuando, como señalamos, pese a las manifestaciones precisas de la defensa y bajo la apariencia del ejercicio del derecho a ser oído, las cortes ignoran por completo sus alegaciones y confirman la tesis acusadora.

Ello sin dejar de observar que la valoración de la prueba de cargo se realizó en franco apartamiento del estado de inocencia que requiere, para una condena penal, de la certeza más allá de toda duda razonable.

En definitiva, el caso viene a recordarnos que el efectivo goce de los derechos humanos requiere, además de la recepción en el derecho positivo, de una progresiva y trabajosa lucha en los tribunales que, por medio de sus decisiones, hacen un discernimiento preciso del alcance de las garantías y con ello afianzan su cumplimiento.

Derecho a huelga

TEDH, *Case of Ognevenko v. Russia*, 20 de noviembre de 2018

Por Mariano Recalde¹

I.- La huelga y sus últimos avatares

No puedo empezar el presente comentario sin hacer una breve reseña respecto a lo que viene sucediendo con la huelga en el marco de la OIT desde hace más de cinco años y del aporte que viene a hacer el presente fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la cuestión.

En efecto, en el referido marco ha arreciado el embate de los empleadores con el apoyo de buena parte de las representaciones estatales contra la huelga, a partir de considerar que la misma no se encuentra incluida en los Convenios 87 y 98 de la OIT y no se halla entre las potestades de la libertad sindical en el marco de convenio alguno de ese organismo, situación que explotó en el contexto de la Conferencia de la OIT del año 2012.

La cuestión puede analizarse desde diversas miradas. Desde ya, una política sobre el devenir de la OIT desde el cese de la Guerra Fría y el “enfriamiento” de su producción normativa como de las líneas más progresivas en el marco de su conferencia desde los ochenta hacia la actualidad. Por otra parte, tenemos que preguntarnos, tal como en parte lo hace el TEDH en el fallo que comento, qué implica

¹ Doctor en Derecho (UBA). Profesor de Derecho del Trabajo (UBA, UNPAZ). Senador nacional.

la libertad sindical consagrada en el Convenio 87 OIT, así como cuáles son las medidas propicias para el fomento de la negociación colectiva y su custodia, referidas en el convenio 98 OIT.²

En tal sentido resulta impensable un sindicato que no cuente con potencialidad para la huelga y para la negociación colectiva, siendo que esta última tampoco puede ser pensada sin la primera. En términos del Tribunal Federal del Trabajo alemán (BAG 10 de junio de 1980), la negociación colectiva sin derecho a huelga compone un ejercicio de mendicidad colectiva.

Es así que no podemos pensar un derecho por parte de las organizaciones sindicales a desarrollar su propio plan de acción –art. 3 inc. a) última parte del Convenio 87 OIT– sin que les asista la posibilidad de tomar medidas de acción directa y, en consecuencia, de negociar colectivamente.

Es de señalar que la mayoría de los países que integran la Organización Internacional del Trabajo consagra en sus constituciones el derecho a, o la libertad de, huelga.

En el “Documento de trabajo para la Reunión tripartita sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), en relación con el derecho de huelga y las modalidades y prácticas de la acción de huelga a nivel nacional”, elaborado por la Oficina de la OIT en el marco de lo acontecido en la conferencia referida anteriormente, se da cuenta de la presencia de la huelga en la carta magna de la mayoría de los países que la integran. Señala el documento que “al menos 97 Estados Miembros de la OIT prevén en su Constitución nacional respectiva una protección explícita de la huelga”, ya en forma directa y expresa o por remisión al PIDESC, y que en varios otros “la garantía del derecho constitucional a la huelga ha sido reconocida por los tribunales sobre la base de los derechos de organización, asociación y negociación colectiva”, dando cuenta que más de 150 la reconocen en su ordenamiento legal, con más o menos restricciones. Son estas últimas las que lucirán más o menos razonables a la hora de pensar en la libertad de huelga, incluyendo su posible prohibición a funcionarios estatales o las fuerzas de seguridad, restricciones a la posibilidad de tomar tales medidas en actividades cuya paralización ponen en riesgo la vida, salud o seguridad de las personas, y otras.

Por otra parte, no podemos desconocer que la nominación normativa del derecho o libertad, con los reseñados posibles bemoles, no implica que cesen los mecanismos para intentar su restricción o reducción.

No tenemos que recorrer mucha distancia para verificar el fenómeno. El fallo “Orellano” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conjuntamente con otros fallos de otros tribunales locales y nacionales, han inscripto a nuestro país entre aquellos en que se verifica un avance contra la huelga.³

El movimiento obrero ha sabido abrirse camino en el derecho, fundamentalmente a partir de su capacidad conflictual, por lo que es de esperar que estos retrocesos no constituyan más que una etapa hacia

2 Para un desarrollo de la cuestión, léase Gambacorta, Mario (dir.), *La Estructura de la negociación colectiva como proyección del modelo sindical vigente*, UMSA, 2018, en particular, el capítulo “Un marco conceptual para la negociación colectiva”.

3 Para un análisis circunstanciado de la cuestión y su tratamiento en el referido caso, véase Arias Gibert, Enrique, “Contra la libertad y la democracia sindical: El caso Orellano.”, *REVISTA DE DERECHO LABORAL ACTUALIDAD* - AÑO 2017 - 2.

otro desarrollo de las organizaciones sindicales que tanto local como internacionalmente habrán de recorrer nuevos avances que impidan volver a discutir el hecho de origen ontológico de los sindicatos.

II.- El caso

La cuestión llega al TEDH por la demanda del Sr. Ognevenko por la violación al artículo 11 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que consagra la libertad de reunión y asociación de las personas, que incluye la libertad de fundar y afiliarse a sindicatos. El artículo en cuestión, como garantía del derecho a las libertades que consagra, limita las restricciones que puedan formularse sobre los mismos.

El denunciante era un conductor de locomotoras, miembro de un sindicato de trabajadores ferroviarios, quien en el marco de una negociación salarial adhiere a la medida de fuerza adoptada por su organización, la que establece que se lleven a cabo servicios mínimos durante la misma.

Al poco tiempo, el 9 de julio de 2008, y como consecuencia de la referida medida, el denunciante es despedido (el despido refiere también una muy vieja sanción que al conductor se le había aplicado). Un mes después, la Corte de Distrito confirma la legalidad del despido, en tanto la “Railway Acts of 1995 and 2003” prohibía la huelga para trabajadores del ferrocarril, considerando que los trabajadores del ferrocarril eran sujetos de reglas más estrictas respecto a cuestiones disciplinarias en relación con la huelga que otros sectores de la industria.

Apuntó el tribunal que ese día se produjeron numerosas cancelaciones y retrasos en el sistema de ferrocarriles por una violación masiva a los derechos e intereses de ciudadanos, que fueron llevados a ser retrasados respecto a su llegada a sus lugares de trabajo o instituciones educativas, entre otros perjuicios.

Hacia enero de 2009, la Corte de la Ciudad de Moscú confirmó el fallo, por lo que el denunciante acude al TEDH, que nueve años más tarde dicta la sentencia que aquí se comenta.

III.- La decisión del Tribunal y sus aspectos salientes

Tras realizar un repaso por la normativa local, regional e internacional, así como los términos de la denuncia y la respuesta gubernamental, el TEDH se avoca a la resolución del caso, votando solo en contra de la mayoría el juez perteneciente al Estado involucrado en el caso.

Es de apuntar que el Gobierno acusado da cuenta, entre otros extremos, que el artículo 26, inciso 2, del Acta de Ferrocarriles del año 2003 no prohíbe la huelga para todo el personal sino solo para ciertas categorías, en particular aquellas cuyas actividades están relacionadas con la circulación de trenes, maniobras y provisión de servicios de pasajeros y que si bien no existe ley federal que liste con exactitud las categorías en cuestión, resulta obvio que el denunciante, como conductor de locomotora, se encontraba en una de ellas. Señala también que no despide al aplicante por haber ejercido su derecho

de huelga sino por no haber realizado sus tareas (casi como decir que no se condena a la gallina por su tal condición, sino por haber sido huevo).

Señala el Tribunal que el término “para la defensa de sus intereses” que menciona el artículo 11, inciso 1) al tiempo de considerar la libertad de fundar y afiliarse a sindicatos implica que los países suscriptores del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales deben “permitir y hacer posible” el accionar de las organizaciones sindicales.

Este principio aparece como el centro del decisorio y nos trae a la memoria la magistral definición de Justo López sobre “libertad sindical”,⁴ quien la define como un conjunto de poderes, calificando su actividad externa como la propiamente sindical. Así, teniendo a la huelga como entre las actividades más propias del sindicato, su ligazón con la real posibilidad de libertad parece ineludible.

En relación con ello, y viendo a la libertad sindical como una “libertad para”,⁵ apunta Ackerman que

el principio constitucional de la libertad sindical, no es un supuesto de libertad en los términos en los que la entiende la doctrina liberal, esto es, un no impedimento [...] (ni) [...] una abstracta posibilidad de hacer, sino de un concreto poder [...] [en cuanto] [...] libre no es quien tiene un derecho abstracto sin el poder de ejercitarlo.⁶

Es de destacar que el TEDH refiere las libertades del art. 11 del Convenio, en lo que hace a su referencia sindical, a las libertades de protección de los intereses profesionales de los miembros de los sindicatos. Esto no nos permitiría colegir que lo restringe solo a tales intereses, lo que requeriría una definición expresa en tal sentido, pero refiere con exactitud a lo dicho aquí por los Jueces de Estrasburgo.

Claro que, utilizando las herramientas normativas que utiliza el Tribunal, podríamos concluir que esas libertades se extienden a la posibilidad de protección de los intereses de trabajadores y trabajadoras en todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo (conforme los términos de nuestra Ley de Asociaciones Sindicales, N° 23551).

4 López, J. (2010). Libertad Sindical. En J. Simón (dir.) y L. Ambessi (coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley.

5 Ver una conceptualización de la diferencia entre “libertad de” y “libertad para” en Romagnoli, U. (2001). La libertad sindical, hoy. *Revista de Derecho Social*, 14.

6 Ackerman, M. (2013). *Tratado de Derecho del Trabajo: tomo VII*. Buenos Aires_ Rubinzal Culzoni Editores, p. 45.

Igualdad y no discriminación. Derecho a manifestarse

TEDH, *Case of Alekseyev and others v. Russia*, 27 de noviembre de 2018

Por Ana Hilbert¹

I. Introducción

Durante las últimas décadas, hemos presenciado una importante expansión de la comunidad LGBTI, que incluye la incorporación de nuevas identidades sexuales y la conquista de numerosos derechos. Sin embargo, la orientación sexual y las identidades de género alternativas continúan siendo objeto de persecución legal y/o social en muchos países del mundo.

El derecho internacional de los derechos humanos ha implicado un motor transformador fundamental. Actualmente, podemos decir que se trata de un indicador que nos permite definir si determinada sociedad es democrática o no. No obstante, algunos Estados tienden a interpretar las obligaciones a las que están sujetos en virtud del derecho internacional con una inconsistencia fluctuante según su interés nacional.

En el presente artículo analizaremos los desafíos presentados por la “homofobia institucional”, en términos de Borrillo,² al sistema de protección internacional de los derechos humanos. El punto de partida para nuestro análisis será la decisión del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH)

¹ Abogada (UdeSA). Activista en Abogadxs por los Derechos Sexuales (ABOSEX) y Centro para una Justicia Igualitaria y Popular (CEJIP).

² Borrillo, D. (2001). *Homofobia*. Barcelona: Bellaterra.

en la demanda de Nikolai Alexeyev contra la Federación Rusa del año 2010. Nuestro objetivo será repensar la efectividad de la protección brindada por el derecho internacional de los derechos humanos a partir del concepto de “ciudadanía”. Para concluir nuestro recorrido teórico, trabajaremos en la noción de “ciudadanía sexual” como posible respuesta a los interrogantes planteados.

II. Hechos del caso

Durante los años 2006, 2007 y 2008, Nikolai Alexeyev, junto con otros activistas presentaron solicitudes ante la alcaldía de Moscú para llevar a cabo la Marcha del Orgullo LGBTI. Estas fueron consecutivamente denegadas por parte de la administración rusa aduciendo que se encontraba en peligro la seguridad de los participantes y organizadores. Como era de esperarse, las denegaciones administrativas poseían un trasfondo profundamente homofóbico.³

En el año 2007, un acontecimiento de particular violencia institucional llevó al demandante y a otros activistas a presentar el caso ante tribunales internacionales. Durante el 27 de mayo, día en el que estaba previsto efectuar la marcha, Alekseyev junto con otros activistas decidieron como forma de manifestación dejar flores en el Monumento al Soldado Desconocido en homenaje a las víctimas del fascismo. Cuando el demandante y otros activistas llegaron al lugar donde se realizaría el acto, se encontraron con una importante presencia policial y personas que estaban en contra de la realización de la marcha. Esta tensa situación derivó en el arresto y condena de Alekseyev a pagar una importante multa por desobediencia a la autoridad.

En el año 2008, Alekseyev y los demás organizadores realizaron presentaciones ante la administración rusa con el objetivo de obtener el permiso para efectuar diez marchas que se llevarían a cabo a principios del mes de mayo. Tal como había sucedido con anterioridad, se reiteraron las denegaciones. Ante esto, los activistas decidieron llevar la controversia ante los tribunales rusos. Las pretensiones de los activistas fueron rechazadas por la justicia, ya que se consideró que las autoridades rusas habían actuado de conformidad con la legislación.

La administración moscovita durante el año 2006 inició una campaña informal para evitar la realización de la Marcha del Orgullo LGBTI. En febrero de ese año, el secretario de Prensa de la Alcaldía de Moscú publicó una declaración en la que reconocía que ni siquiera consideraría la idea de que se realizara una convocatoria de ese estilo. Unos días más tarde, el alcalde Yuri Luzhkov fue citado por un medio llamado Interfax, diciendo que personalmente consideraba que la homosexualidad era antinatural. En mayo de ese año, el alcalde volvió a expresar su desaprobación moral ante la homosexualidad diciendo que las personas con “desviaciones sexuales” no deberían mostrarse públicamente. Asimismo, agregó que los moscovitas estaban en un cien por ciento de acuerdo con él. Sus declaraciones son demostrativas de los verdaderos motivos detrás de las prohibiciones.

3 Thomas, T. (2012). We're Here, We're Queer, Get Used to It: Freedom of Assembly and Gay Pride in Alekseyev v. Russia. *Or. Rev. Int'l L.* 14, 472.

III. Sentencia del TEDH

Podemos identificar dos argumentos esenciales que ofrece el gobierno ruso para justificar la prohibición de la Marcha del Orgullo en la ciudad de Moscú: protección del orden y moral pública y el margen de apreciación sobre el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.⁴

En primer lugar, el Estado ruso alegó que la consecución de una Marcha del Orgullo en la ciudad de Moscú implicaba un grave riesgo para la seguridad de sus participantes. Consideró que era inevitable la confrontación con aquellas personas que no estaban de acuerdo con las demandas del colectivo LGBTI. Asimismo, denunció la recepción de una gran cantidad de peticiones públicas por parte de diferentes organizaciones no gubernamentales para que prohibiera la realización de la marcha.

Además, argumentó que su actuación responde a la protección de la moral pública. En su razonamiento, sostiene que la Marcha del Orgullo promueve la homosexualidad, lo cual es incompatible con las doctrinas religiosas de la mayor parte de la población. Paradójicamente, sustentó su posición en lo dispuesto por el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Su particular interpretación sobre el pacto, le otorgó prioridad a la protección de las creencias religiosas y morales de cada individuo en desmedro del derecho a la participación política del colectivo LGBTI. Igualmente argumentó que la jurisprudencia del TEDH ha habilitado la existencia de un margen de apreciación para los Estados partes, que le otorgaba la potestad para decidir las medidas adecuadas en la conservación del orden público.

Por último, sustentó su posición en la legislación doméstica. Si bien, el artículo 30 de la Constitución de la Federación Rusa consagra el derecho de libertad de asociación, el artículo 55 establece que los derechos y libertades pueden ser restringidos por leyes federales en protección a principios constitucionales, moral pública, salud e intereses de terceros.

Al inicio de su decisión, el Tribunal señala que no hay duda de que los derechos consagrados por el artículo 11 de la Convención fueron interferidos por el gobierno ruso. Lo relevante en este caso, para el Tribunal, es desentrañar si la prohibición está justificada. Para responder a esta pregunta, en primer lugar, analiza el argumento acerca de la seguridad pública y la protección moral de la sociedad, en base a la doctrina de la proporcionalidad. En segundo lugar, trata el argumento acerca del margen de apreciación reservado para los Estados por el CEDH, según Rusia.

En este caso, al igual que en gran parte de su jurisprudencia, el Tribunal aplicó el “principio de proporcionalidad” entendido como “limitación a los límites”, es decir, una forma de controlar la intervención por parte de los Estados en los derechos consagrados por el CEDH. A lo largo de su

4 Johnson, P. (2011). Homosexuality, Freedom of Assembly and the Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: *Alekseyev v Russia*. *Human Rights Law Review*, (septiembre 2011), 578-593.

jurisprudencia, el Tribunal ha establecido que las restricciones en el ejercicio de los derechos solo se considerarán legítimas cuando sean indispensables en una sociedad democrática.⁵

Con la aplicación de este principio, el TEDH sostuvo que la prohibición basada en el argumento acerca de la seguridad pública no es legítima, ya que el artículo 11 protege cualquier evento público que puede molestar u ofender a las personas que se oponen a las ideas que se promueven. Esta protección obliga a los gobiernos a garantizar las medidas de seguridad para permitir que se efectúen estas manifestaciones por lo que la detección de un simple riesgo no es motivo suficiente para efectuar una prohibición. El Tribunal rechazó el argumento de que la mejor solución ante las amenazas de violencia sea la prohibición del evento. Una solución acorde al principio de proporcionalidad por parte del gobierno de Moscú hubiese sido neutralizar la amenaza.

El TEDH citó en su decisión en el caso *Baczowski c. Polonia*, donde el Tribunal había considerado que la única justificación legítima para limitar el derecho de libre reunión y asociación es si existe un peligro para la “sociedad democrática”.⁶ Los valores que propugna una Marcha del Orgullo son el pluralismo y la tolerancia, por lo que no consideró que existía un riesgo que justifique su prohibición.⁷

El siguiente paso del Tribunal fue analizar el alegato sobre el margen de apreciación del gobierno ruso para decidir la prohibición de la marcha. Este alegato se funda en un criterio hermenéutico utilizado por el TEDH en aquellos asuntos en los que no existe un consenso unánime entre los Estados partes. Es por ello que en su jurisprudencia el Tribunal al enjuiciar si una medida es necesaria y proporcionada ha reconocido que los Estados disponen de este margen de apreciación.

Uno de los motivos por el que existe esta doctrina es para contemplar la conservación de la diversidad cultural de Europa sin dejar de lado la responsabilidad de los gobiernos y Parlamentos en respetar los derechos humanos. No obstante, el Tribunal, en su jurisprudencia se ha atribuido la función de supervisar para decidir si la limitación de los derechos reconocidos en el Convenio tiene o no justificación.⁸

Según el análisis jurisprudencial efectuado por Bardo Fassbender,⁹ es posible constatar que el control ejercido por el Tribunal incrementa su intensidad cuando se trata de la prohibición de libertades que afectan las actividades propias de una sociedad democrática: libertad de prensa, manifestación, asociación y religiosa. En estos casos, el examen de proporcionalidad no solo se efectúa para comprobar la adecuación de la medida al objetivo buscado, sino que se debe demostrar que era necesario en las circunstancias del caso.

5 Fassbender, B. (1998). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Público*.

6 Bouazza Ariño, O. (2007). Notas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de administración pública*, 173(2007), 279-290.

7 Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 1. “[D]emocracy does not simply mean that the views of the majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position”.

8 García, F. J. (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20(2007), 117-143.

9 Fassbender, *op. cit.*, p. 54.

En respuesta al argumento sobre el margen de apreciación del artículo 11 del Convenio, el TEDH ha considerado que cuando los Estados efectúan una distinción que se sospecha en base al sexo u orientación sexual, el margen de apreciación es sumamente estrecho. En este caso, afirma que ha quedado demostrado que la prohibición por parte de las autoridades se debía a la promoción de la homosexualidad. Asimismo, el Tribunal refiere a la existencia de un consolidado consenso acerca de la garantía de los derechos civiles para aquellas personas que pertenecen al colectivo LGBTI.

Finalmente, el Tribunal emplaza a las autoridades rusas a responder sobre las marchas del Orgullo Gay de Moscú, prohibidas en 2006, 2007 y 2008 y ha fijado como fecha tope el 20 de enero de 2010 no solo para que cese dicha prohibición, sino también para garantizar la seguridad de los manifestantes. Asimismo, obliga al Estado a resarcir a los demandantes por el daño ocasionado.

En el año 2018, el Tribunal ha vuelto a expedirse en el caso *Alekseyev c. Rusia*. En esta sentencia, en cuyos detalles no ahondaré por motivos de brevedad, el TEDH se remite a lo decidido en el año 2010.

Respecto a la obligatoriedad de las sentencias del TEDH, es importante referir que en el artículo 46 del Convenio se dispone que los Estados miembros del Consejo Europeo deben acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. Estas sentencias pueden requerir que los Estados cumplan con tres tipos de resoluciones: pagar indemnizaciones a los demandantes, tomar medidas específicas a favor del demandante para poner fin la violación determinada por el Tribunal y disponer de lo necesario para que la situación no vuelva a ocurrir.¹⁰

Desde el año 1998, Rusia se encuentra bajo la competencia del Tribunal que ha dictado numerosas sentencias condenatorias. No obstante, existe una falta de cumplimiento que ha puesto en jaque la autoridad del TEDH.¹¹

IV. Ley antipropaganda homosexual

En el año 2013, el gobierno ruso liderado por Vladimir Putin, como presidente de la Federación, y Dimitri Medvédev, como primer ministro, impulsaron proyectos de ley de rango federal para prohibir la difusión de cualquier temática vinculada con la homosexualidad. Uno de los proyectos que finalmente fue aprobado estaba compuesto por tres artículos que introdujeron modificaciones a la Ley Federal rusa.

La primera modificación introduce la cláusula “propagandising non-traditional sexual relationship” al art. 5 de la Ley Federal titulada “On protection of Children from Information Harmful to their

¹⁰ Ferrer Lloret, J. (2018). La ejecución de las sentencias del TEDH relativas a la Federación de Rusia y a Turquía: ¿han fracasado las reformas del Protocolo 14? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 853-898.

¹¹ Issaeva, M., Sergeeva, I. y Suchkova, M. (2011). Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Rusia: Desarrollos Recientes y Desafíos Actuales. *Revista Sur*, 8(15), 69-91.

Health and Development”.¹² Asimismo, se modifica el artículo 14 de la Ley Federal “On Basic Guarantees for the Rights of the Child in the Russian Federation”.¹³

Estas normas obligan a las autoridades a tomar las medidas necesarias para proteger a los niños de cierta información y propaganda que puede ser dañina para su salud física, moral y espiritual. Se veta la difusión de información acerca de relaciones sexuales no tradicionales. Por último, el tercer artículo es el 6.21 que crea una nueva infracción administrativa en el Code of Administrative Offences, prohibiendo “propaganda of non-traditional sexual relationships among minors” y fijando unas sanciones comprendidas entre 4.000 y 1.000.000 de rublos rusos.¹⁴

El Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia y la Corte Suprema de la Federación Rusa aprobaron esta normativa al rechazar las apelaciones contra condenas de tribunales inferiores. Ambos tribunales refirieron que las leyes al regular la actividad destinada a la difusión intencional de información que puede causar daño al desarrollo moral y espiritual a los menores no violan los artículos 19 (igualdad ante la ley), 29 (libertad de expresión) y 55 (circunstancias en las que los derechos y libertades pueden estar limitados por la ley) de la Constitución rusa.

V. Biopolítica y precariedad

Para iniciar este recorrido teórico es indispensable posicionarnos en la línea teórica de la conceptualización de “biopoder” efectuada por Foucault.¹⁵ Uno de los conceptos claves para comprender esta lectura filosófica de los sistemas de control social es la noción de “dispositivo”, definido como “el conjunto heterogéneo que comprende discursos, instituciones, instalaciones, arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas”.¹⁶ Concebir a la sexualidad como un “dispositivo” nos permite considerarla un instrumento de poder-saber encaminado a estructurar cuerpos y prácticas sociales.

El Estado moderno ha creado y reproducido condiciones de agresión constante contra las personas no heterosexuales que las ha colocado dentro de una espiral de violencias físicas, psicológicas, políticas, sociales y simbólicas. Un ejemplo de ello es la administración del dispositivo del lenguaje. El lenguaje cotidiano está atravesado por relaciones de poder y dominación. En términos de Bourdieu, el sujeto dominante es el que consigue imponer la manera en que quiere ser percibido, y el dominado es definido pensado y hablado por el lenguaje del otro.¹⁷

12 Federal law of Russian Federation N° 436-FZ of 2010-12-23 “On Protection of Children from Information Harmful to Their Health and Development”.

13 Federal law of Russian Federation N 124-FZ of 1998 on Basic Guarantees for the Rights of the Child in the Russian Federation.

14 Federal Law N° 196-FZ of December 30, 2001 of the Enactment of the Code of Administrative Offences of the Russian Federation.

15 Foucault, M. (1990). *Historia de la sexualidad*. Buenos Aires: Siglo XXI.

16 Ibidem.

17 Bourdieu, P. (1985). Lenguaje y poder simbólico. En *Qué significa hablar. Economía de los intercambios lingüísticos* (pp. 65-104). Madrid: Akal.

El caso ruso responde a lo que la literatura define como “homofobia cultural”. En el ámbito de la administración estatal, la homofobia cumple un papel clave, estableciendo una jerarquía de la sexualidad: la heterosexualidad está revestida de superioridad como lo natural y lo evidente.¹⁸

Podemos encuadrar las leyes que sustentan la exclusión del colectivo LGBTI de la esfera pública en una de las formas del ejercicio de la biopolítica. Celorio señala aquellos mecanismos en donde se reproduce la heteronormatividad, entre los que podemos mencionar al sistema jurídico o Estado de derecho que excluye de las leyes y la protección a toda identidad no heterosexual, a los gobiernos que conservan fuera de sus políticas públicas a identidades disidentes y que las mantienen invisibilizadas tanto en sus censos y estadísticas como en sus programas y la constante reproducción ideológica de la familia heterosexual.¹⁹ A través de este paradigma, el sistema crea a sus enemigos que son sometidos al aislamiento o la erradicación.

El sujeto que no responde a la heteronormatividad impuesta estatalmente convierte su existencia en precaria. Judith Butler define al concepto de “precariedad” como

una condición política inducida de vulnerabilidad maximizada que sufren las poblaciones que están arbitrariamente sujetas a la violencia de estado, así como a otras formas de agresión no provocadas por los estados, pero contra las cuales estos no ofrecen una protección adecuada.²⁰

La ciudadanía precaria es definida por Durand como la dificultad de algunos sectores de ciudadanos para tener acceso a la justicia y a la protección que las leyes confieren.²¹ Este concepto teórico nos permite entender que a pesar de que en términos formales todas las personas son iguales ante la ley y nacen con los mismos derechos, en términos reales las personas que viven en condiciones de desigualdad no tienen el mismo acceso a las leyes ni disfrutan del Estado de derecho.

La homofobia posee la misma lógica que otras formas de marginación como el racismo o el clasismo. Encontramos, al igual que en otros casos, un dispositivo ideológico preparado para excluir a aquellos sujetos a quienes la heteronormatividad señala como peligrosos de amenazar la moral de la sociedad. A partir de esto, si trasladamos este concepto al colectivo LGBTI, encontramos que en el caso ruso habitan en condición de precariedad.

18 Borrillo, D. (2001), *op. cit.*

19 Celorio, M. (2017). Violencia biopolítica contra poblaciones de la diversidad sexual: homofobia, derechos humanos y ciudadanía precaria. *El cotidiano*, 202(2017), 17-29.

20 Butler, B. (2006). Vida precaria. En *El poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidós.

21 Durand Ponte, V. M. (2010). *Desigualdad social y ciudadanía precaria: ¿Estado de excepción permanente?* México: Instituto de Investigaciones Sociales (UNAM)/Siglo XXI Editores.

VI. Análisis crítico del derecho internacional de los derechos humanos y la protección al colectivo LGBTI

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha permitido instalar un discurso de validez supranacional según el cual las personas tienen derechos internacionalmente garantizados como individuos más allá de aquellos que tienen por poseer la ciudadanía de un Estado en particular. Los derechos humanos como construcción jurídica trabajan de forma transversal en grupos históricamente desaventajados. Desde una perspectiva institucional, son fuertes indicadores de la calidad democrática de un Estado. Mediante la ratificación de tratados internacionales, los Estados adquieren un compromiso ineludible en la adopción de medidas que efectivicen esas obligaciones.

No obstante, en casos como el analizado en este artículo podemos observar que la protección brindada por el derecho internacional de los derechos humanos posee importantes limitaciones. En este caso, tal como lo mencionamos anteriormente, nos encontramos ante la existencia de un Estado homofóbico que sostiene la persecución hacia el colectivo LGBTI. Estas circunstancias complejizan la posibilidad del derecho internacional de brindar protección efectiva.

Daniel Borrillo ha efectuado un interesante análisis sobre setenta años de jurisprudencia del TEDH en temas vinculados a orientación sexual. Concluye que la situación no es óptima, ya que la igualdad de las parejas del mismo sexo no se encuentra garantizada en niveles fundamentales como las alianzas o filiación.²² En este y otros temas, el TEDH, aunque demuestra una preocupación, ha delegado a los Estados miembros de la Convención la solución de estos espinosos problemas alegando la importancia de conservar las especificidades culturales.

En este contexto, podemos empezar a pensar las limitaciones existentes respecto al derecho internacional de los derechos humanos en la protección de los derechos LGBTI. Es interesante referir, en este punto, a las críticas efectuadas por López Sánchez, entre las que mencionaremos: 1) disonancia entre la ciudadanía normativa y reconocimiento internacional de derechos, 2) homogeneización arbitraria de la comunidad LGBTI y 3) dificultades para acceder al remedio jurídico del derecho internacional de los derechos humanos.^{23,24}

En primer lugar, encontramos un sistema jurídico de protección a un colectivo que no responde a las exigencias planteadas por el paradigma de ciudadanía normativa que prima en los Estados nacionales. Tal como refiere Peña, la noción de ciudadanía está pensada para los ciudadanos varones.²⁵ Esto se

22 Borrillo, D. (2013). Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de orientación sexual.

23 López Sánchez, E. (2019). Los derechos humanos para las personas LGBT y sus limitantes frente al modelo de la ciudadanía normativa. *Revista Rupturas*, 9(2), 1-22.

24 López Sánchez, E. (2019). *Las reformas orientadas a los derechos LGBT en América Latina: una ciudadanía universal pendiente*. (Ponencia). Seminario Permanente de Reformas electorales y democracia. Universidad Autónoma de México, México.

25 Peña Echeverría, J. (2010). La ciudadanía. En A, Arteta, E. García Guitián y R. Máiz (eds.), *Teoría Política: poder, moral, democracia* (pp. 215-245). Madrid: Editorial Alianza.

encuentra en contradicción con las ideas de universalidad y neutralidad. La noción de ciudadanía está ligada a las relaciones de poder y dispositivos biopolíticos de control.

Los derechos civiles y políticos entran en tensión con las disidencias sexuales que no responden al modelo de ciudadanía impuesto. Encontramos que existe una importante disonancia entre la negación a los cuerpos no heteronormados que habitan en los márgenes de la ciudadanía y el reconocimiento ofrecido por el derecho supranacional donde los derechos humanos ofrecen las reivindicaciones negadas por los Estados. Si bien los derechos humanos surgen como imperativo moral y los Estados han asumido la obligación y el deber de respetarlos, continúan existiendo violencias.

En segundo lugar, el derecho internacional de los derechos humanos encuentra un segundo límite a la hora de representar a la comunidad LGBTI. Se han homogeneizado las identidades de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales, queers, entre otras identidades, en un mismo colectivo indiferenciado. Tal como refiere Sánchez, esta unificación de las identidades disidentes provoca que no se repare en la particularidad de cada vivencia.²⁶ La discriminación y la violencia se perciben de forma diferente, ya que la amplia diversidad de experiencias pone en jaque el orden heteropatriarcal binario de distintas maneras.

Finalmente, el derecho internacional de los derechos humanos es un lenguaje jurídico de recurrencia no ordinaria, ya que exige competencias jurídicas sofisticadas y recursos económicos para solventar una demanda por las distintas instancias de la burocracia judicial. En este punto es indispensable una mirada interseccional que incluya las dificultades propias de pertenecer a la disidencia sexual y no poder acceder a servicios jurídicos que habiliten la reparación a los derechos vulnerados.

A partir de esto, una de las posibles alternativas será repensar el modelo de derechos humanos pensados en base a la ciudadanía normativa a un modelo que incluya la concepción de ciudadanía sexual. Esta última es definida como

aquella que enuncia, facilita, defiende y promueve el acceso de los ciudadanos al efectivo ejercicio de los derechos tanto sexuales como reproductivos y a una subjetividad política que no ha disminuido por las desigualdades basadas en características asociadas con sexo, género y capacidad reproductiva.²⁷

La teoría política feminista ha propuesto desde hace tiempo la necesidad de dismantlar la concepción de ciudadanía abstracta. El planteo consiste en corporizar al ciudadano como un sujeto sexualmente definido. Tal como reseña Cabral,²⁸ esta corporización, si bien implica el reconocimiento

26 López Sánchez, E. (2019). Los derechos humanos para las personas LGBT y sus limitantes frente al modelo de la ciudadanía normativa *Revista Rupturas*, 9(2), 1-22.

27 Cabral, M. (Grinspan, A. I.) y Viturro, P. (2006). (Trans)Sexual Citizenship in Contemporary Argentina. En P. Currah, R. Juang y S. Price Minter (eds.), *Transgender Rights*. Minneapolis: University of Minnesota Press.

28 Cabral, M. (2003). *Ciudadanía (trans) sexual*. (Tesis). Proyecto sexualidades, salud y derechos humanos en América Latina. Recuperado de http://ciudadaniasexual.org/publicaciones/Articulo_Mauro_Cabral.pdf

de un conjunto de rasgos constitutivos (tales como la raza, la edad, la sexualidad, y la capacidad física, entre otros), ha puesto y pone un énfasis particular en la diferencia sexual –concebida como la diferencia bioanatómica que distingue universalmente a hombres y mujeres, sujetos situados en un cuerpo ineludiblemente sexuado–.

VII. Conclusiones

El caso *Alekseyev c. Rusia* es demostrativo de las limitaciones que existen para el derecho internacional de los derechos humanos en la protección del colectivo LGBT. La ciudadanía normativa es un concepto que genera la exclusión en el ejercicio de los derechos civiles y políticos de quienes no cumplen con los estándares impuestos a nivel estatal.

El caso ruso no hace más que demostrarnos que las personas pertenecientes al colectivo LGBTI no son considerados ciudadanos en aquellos países donde prima la homofobia cultural. Si bien tal como mencionamos en el artículo existen limitaciones en la ejecución de las sentencias del TEDH, es innegable que existe una problemática sustantiva. El discurso de los derechos humanos es sumamente potente, sin embargo, su margen de acción es limitado.

La igualdad de derechos es condición indispensable para el ejercicio de la ciudadanía concebida como una práctica en la que los sujetos se ven afectados por su cualidad sexogenérica. Alcanzar esta igualdad es imposible si no repensamos la concepción de ciudadanía desde sus bases.

Responsabilidad parental y educación de niñxs

TEDH, *Case of Wunderlich v. Germany*, 10 de enero de 2019

Por Laura María Giosa¹ y Mariana Brocca²

1. Introducción: los hechos del caso

El caso que aquí se comenta se enmarca en el Estado de Alemania, cuyo ordenamiento normativo establece un sistema de asistencia escolar obligatoria.³ En este contexto, los hechos se suscitan ante la negativa de Dirk y Petra Wunderlich de enviar a sus hijxs, lxs niñxs M., J., H. y S. a la escuela, en claro incumplimiento de la obligación emanada de su responsabilidad parental.

En un principio, esta negativa por parte de lxs señores Wunderlich generó distintos procedimientos administrativos que tuvieron como sanción el pago de multas por el incumplimiento de la asistencia escolar obligatoria. No obstante, debido a la expresa postura de lxs progenitores, la autoridad educativa (“*staatliches Schulamt*”) informó al juzgado de familia competente que aquellxs se negaban de forma deliberada y persistente a llevar a sus hijxs a la escuela. Para sustentar su acusación, la entidad estatal proveyó una lista de las multas administrativas e investigaciones penales realizadas en contra

1 Abogada (UBA). Profesora de Derechos Humanos y Garantías (UNICEN-UBA) y Derecho Internacional Público (UNICEN). Codirectora del Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UNICEN. Investigadora Categoría III del Programa de incentivos a docentes investigadores.

2 Abogada (UNICEN). Becaria Fulbright-MINED 2019/2020. Candidata a LL.M. en International Human Rights Law por University of Notre Dame. Docente interina de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público (UNICEN). Integrante del Centro de Estudios en Derechos Humanos de la misma Facultad.

3 Para los hechos del caso ver TEDH. *Case of Wunderlich v. Germany*, Application no. 18925/15, Fifth Section, 10 de enero de 2019, párrs. 1-23.

de Dirk y Petra (por hechos como, por ejemplo, haberle pegado a una de sus hijas). De este modo, la Autoridad Educativa entendió que lxs niños estaban viviendo en un “mundo paralelo” que les impedía tomar contacto con sus pares y formar parte de la vida en comunidad de Alemania.

Con base en ello, la autoridad educativa le sugirió al juzgado de familia la adopción de medidas a la luz del artículo 1666 del Código Civil alemán. Esta postura se vio apoyada por la Oficina de Protección de la Juventud (“*Jugendamt*”) que entendió que la persistente negativa de lxs señores Wunderlich dañaba el interés superior de sus hijxs.

Así las cosas, el juzgado de familia inició los procedimientos judiciales pertinentes, escuchando el testimonio de lxs señorxs Dirk y Petra y de sus hijxs. También estableció un guardián *ad litem* para lxs niñxs. Durante el proceso, lxs progenitorxs expresaron que –a pesar de las sanciones que les impusiera el Estado– ellxs continuarían dándoles clases en su hogar a lxs niñxs. Además, sostuvieron que para que sus hijxs fueran a una escuela estatal, el Estado debería quitárselxs por completo.

Ante esta situación, el juzgado de familia optó por retirarles a lxs señorxs Wunderlich el derecho de determinar el lugar de residencia de sus hijxs, así como también el de decidir sobre cuestiones relativas a la educación y a representarlx ante las autoridades (transfiriéndole estas facultades a la Oficina de Protección de la Juventud). Sumado a ello, ordenó que lxs progenitorxs entregaran a sus hijxs a la Oficina de Protección de la Juventud para que se diera cumplimiento a la asistencia escolar, permitiéndole a este órgano utilizar la fuerza si fuese necesario. Ello teniendo como fundamento que la actitud de lxs señorxs Wunderlich conformaba un abuso a la responsabilidad parental y generaba un daño a lxs niñxs, dado que –a pesar de lo que aquellxs pudieran enseñarles en su hogar– estos estaban perdiéndose la oportunidad de formar parte de la sociedad y de aprender herramientas sociales como la tolerancia.

Lxs señorxs Wunderlich apelaron la resolución judicial. A su vez, se negaron a acatar lo establecido en la sentencia, faltando a distintas reuniones concertadas y negándose a cumplir los requerimientos de la Oficina de Protección de la Juventud. Incluso, Dirk y Petra Wunderlich impidieron la entrada a su casa a funcionarixs de la Oficina de Protección de la Juventud, a pesar de que se había acordado que allí se desarrollaría uno de los encuentros. En dicha circunstancia, el señor Dirk Wunderlich les manifestó a lxs agentes estatales que él creía que la decisión del juzgado de familia había sido injusta y que, por lo tanto, solo él se encontraba autorizado a decidir si sus hijxs iban a la escuela o no.

Tres meses después, el Tribunal Superior Regional de Frankfurt del Meno rechazó la apelación de lxs señores Wunderlich, haciendo la aclaración de que Dirk y Petra Wunderlich seguían poseyendo el derecho de determinar la residencia de sus hijxs durante los recesos escolares. Por lo demás, el Tribunal Superior entendió que la decisión del juzgado de familia había sido la acertada, sobre todo si se tenía en cuenta que la actitud de lxs progenitorxs estaba encerrando a lxs niñxs en un sistema familiar “simbiótico”.

En una reunión posterior entre la Oficina de Protección de la Juventud, la autoridad educativa y lxs señorxs Wunderlich con su representante legal, estos reafirmaron su postura respecto a falta de intención de que sus hijxs asistieran a una escuela estatal. En efecto, lxs progenitorxs manifestaron

que lxs niñxs eran parte de su “propiedad”. Tres días después de la reunión, M., J., H. y S. fueron trasladados a un hogar de niñxs.

En el marco de otros procesos judiciales, lxs señorxs Wunderlich aceptaron llevar a sus hijxs a la escuela. El juzgado de familia escuchó, entonces, el testimonio de aquellxs, así como también el de lxs niñxs y de un integrante de la autoridad educativa. En consecuencia, a menos de un mes de haber llevado a M., J., H. y S. a un hogar de niñxs, estxs fueron trasladados de regreso a su casa.

Lxs niñxs comenzaron a asistir a la escuela en el año escolar 2013-2014. Sin embargo, nuevamente lxs progenitorxs dejaron de llevarlxs, incumpliendo con el sistema de asistencia escolar obligatoria, lo cual generó una queja por parte de la autoridad educativa. No obstante, el Tribunal Superior Regional de Frankfurt del Menor decidió otorgar nuevamente la facultad de decidir el lugar de residencia de lxs niñxs a sus progenitorxs, debido a que la situación había cambiado a comparación de un año antes.

En efecto, según el Tribunal Superior, cuando se decidió remover a lxs niñxs de su hogar, existía un riesgo para su integridad personal. En cambio, en ese momento se contaba con información adicional que le permitía asumir que ya no existía dicho riesgo. De cualquier modo, el Tribunal Superior hizo énfasis en que lxs señorxs seguían teniendo la obligación de llevar a sus hijxs a la escuela, cumpliendo con el ordenamiento alemán en la materia.

A la luz de los hechos expuestos, Dirk y Petra Wunderlich presentaron una petición en el Sistema Europeo de Derechos Humanos alegando la violación al derecho a la vida familiar, contemplado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En este sentido, luego de expuestos los hechos, procederemos a analizar los argumentos utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH), materia de estudio en el presente comentario.

2. La decisión del TEDH

Al tratar la supuesta violación al derecho a la vida familiar sostenida por lxs peticionarixs, el TEDH analizó cada uno de los elementos que debe cumplir una restricción al artículo 8 del CEDH para que sea legítima: que persiga un *fin legítimo*, que sea *necesaria en una sociedad democrática* y que sea *proporcional*.⁴

Respecto al *fin legítimo*, el Estado de Alemania alegó durante el proceso que lo que buscaba a través de la interferencia realizada era la protección de la salud, los derechos y las libertades de lxs niñxs. Con base en ello, el TEDH observó que los artículos del Código Civil alemán aplicados por el Estado en el ámbito interno persiguen la protección del interés superior del niñx en lo relativo a su salud física, mental y psicológica.⁵ Debido a ello, el Tribunal Europeo entendió que no había ningún factor que sugiriera que dichos artículos habían sido aplicados con una finalidad diferente a la planteada, encontrando satisfecho el elemento en cuestión sin brindar mayor análisis.

⁴ TEDH, *Case of Wunderlich v. Germany*, cit., párr. 44.

⁵ Ídem, párr. 45.

En cuanto a que la restricción deba ser *necesaria en una sociedad democrática*, las razones dirigidas a justificar la medida deben ser, según el TEDH, “relevantes” y “suficientes”. De este modo, el Tribunal sostuvo que el artículo 8° requiere un justo balance entre el *interés superior de los niños* con el de los padres. No obstante, el TEDH aclaró que siempre –en los casos en que exista colisión de intereses– debe brindarse especial importancia al de los niños, el cual, dependiendo de las circunstancias, puede anular el de los progenitores.⁶

Para analizar el elemento de “relevancia”, el TEDH recordó que las autoridades estatales gozan de un *amplio margen de apreciación* a la hora de tomar decisiones sobre la protección de los niños, que dependerá de factores como la tradición relativa al rol que ocupa la familia y la intervención del Estado en asuntos familiares.⁷ Con base en ello, afirmó que el simple hecho de que un niño pueda ser trasladado a un ambiente más beneficioso para su crianza y desarrollo no justifica la remoción del cuidado de sus padres. Por el contrario, deben existir otros motivos que den lugar al elemento de *necesidad* para tal interferencia.⁸

Así las cosas, el TEDH tuvo en cuenta que los tribunales alemanes justificaron el retiro parcial de la responsabilidad parental debido al riesgo de daño en el que se encontraban los niños. En efecto, los tribunales domésticos habían entendido que el persistente rechazo a enviar a los niños a la escuela, donde estos no solo podrían aprender, sino también adquirir herramientas sociales (como la tolerancia), estaba generando un sistema familiar “simbiótico”.⁹

Al respecto, el TEDH recordó que en casos como *Konrad*¹⁰ tuvo la oportunidad de analizar el sistema de asistencia escolar obligatoria de Alemania. En dicho caso el Tribunal pudo comprobar que el sistema tiene por propósito la integración de los niños a la sociedad con la intención de evitar que se generen sociedades paralelas, destacando la importancia del pluralismo y la democracia. Así, el TEDH entendió que dichos objetivos entran dentro del margen de apreciación que les permite a los Estados establecer e interpretar normas internas para sus sistemas educativos.

En suma, en *Wunderlich* el Tribunal Europeo concluyó que los fundamentos de la asistencia escolar obligatoria brindan una razón relevante que permite justificar la quita parcial de la responsabilidad parental. A ello se le suma, además, el hecho de que los tribunales domésticos entendieran que los niños se encontraban en riesgo por el sistema familiar “simbiótico” en el que se los mantenía.¹¹

Por otro lado, respecto a la “suficiencia” de la medida, el Tribunal analizó su cumplimiento teniendo en cuenta si durante el proceso judicial se les había brindado protección a los intereses de los peticionarios. El TEDH corroboró que, a lo largo del proceso interno, los tribunales domésticos escucharon los testimonios de los peticionarios, de los niños y que también se brindó un guardián *ad litem* para representar los intereses de estos. Asimismo, advirtió que los aplicantes, representados legalmente, pu-

6 Ídem, párr. 46.

7 Ídem, párr. 47.

8 Ídem, párr. 48.

9 Ídem, párr. 49.

10 TEDH, *Case of Konrad and Others v. Germany*, 11 de septiembre de 2006.

11 TEDH, *Case of Wunderlich v. Germany*, cit., párr. 51.

dieron expresar su postura respecto a la quita parcial de su responsabilidad parental. En consecuencia, el Tribunal Europeo entendió que la restricción también cumplió con el elemento de “suficiencia”.¹²

En última instancia, el Tribunal Europeo, tomando en consideración que todas las medidas adoptadas deben ser *proporcionales*, sostuvo que las cortes domésticas habían brindado los motivos suficientes para justificar la restricción adoptada. En efecto, el TEDH concordó con el argumento estatal relativo a que la actitud previa de lxs peticionarios y la persistente resistencia a enviar a sus hijxs a la escuela eran factores que demostraban la inviabilidad de medidas diferentes a la adoptada.¹³ A ello se le añade que si bien las restricciones deben durar el tiempo que sea estrictamente necesario, lxs niñxs fueron regresados con sus padres ni bien estos acordaron enviarlxs a la escuela. Así, el Tribunal concluyó que la medida había sido aplicada adecuadamente.

Con base en el análisis expuesto, el TEDH decretó que no había violación al derecho a la vida privada y familiar, toda vez que las injerencias realizadas por el Estado de Alemania cumplían con los elementos que deben poseer para ser legítimas.

3. Reflexiones finales

Como puede observarse, el caso bajo análisis sienta los límites a la vida privada cuando la responsabilidad parental es ejercida de manera abusiva. En efecto, a través del caso *Wunderlich* el TEDH alcanza una clara aplicación y análisis de los elementos que debe poseer una restricción para ser legítima en relación al derecho a la educación de lxs niñxs y las obligaciones que tienen lxs progenitores cuando la responsabilidad parental se halla a su cargo.

Gracias al análisis del TEDH puede observarse el cumplimiento por parte de lxs agentes estatales de los requisitos de legitimidad, necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad, a la luz del CEDH en concordancia con el principio del interés superior del niñx en protección de M., J., H. y S.

De este caso debe resaltarse, además, el abordaje del derecho a la educación entendido no solo como el derecho que tienen lxs niñxs de aprender el contenido curricular, sino también de integrarse a la sociedad y adquirir herramientas esenciales en una comunidad inclusiva, como la tolerancia y la asertividad. En este sentido, lxs niñxs M., J., H. y S. no solo se veían afectados –a los ojos del TEDH– por la negativa de sus progenitorxs de llevarlos a la escuela estatal y las carencias que ello pudiera conllevar en su aprendizaje, sino también (y sobre todo) por el sistema familiar “simbiótico” en el que se los estaba encerrando. Efectivamente, el TEDH establece que no puede injerirse en la vida familiar con la finalidad de brindarles una mejor educación a lxs niñxs, sino solo cuando su interés superior se vea en riesgo, como ocurrió en el caso *Wunderlich*.

¹² Ídem, párr. 53.

¹³ Ídem, párr. 54.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Reseña de la obra *Los dos demonios (recargados)*

Feierstein, D. (2018). *Los dos demonios (recargados)*. Buenos Aires: Marea Editorial

Por Marcelo Ferreira¹

En la década de 1980 se impuso en la Argentina la llamada “teoría de los dos demonios”. Este concepto tenía como lógica principal de narración la existencia de dos terrores opuestos: una violencia insurgente inicial, que desató como reacción una violencia infinitamente peor. En el libro que se reseña, Daniel Feierstein postula que en la actualidad se desarrolla una versión recargada de la teoría de los dos demonios –utilizando una analogía con la película *Matrix*– y se propone desmenuzar críticamente sus argumentos y desnudar sus puntos débiles y falacias.

En el capítulo 1 analiza el tránsito de los dos demonios a su versión recargada. La versión recargada de los dos demonios utiliza las lógicas implícitas de la teoría original, pero en un contexto nuevo y con objetivos e intencionalidades muy diferentes, lo que la torna mucho más peligrosa. Los argumentos de los dos demonios se “recargan” para ser utilizados por otras fracciones sociopolíticas y con otros objetivos.

¹ Profesor Titular de la Cátedra Libre de Derechos Humanos de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA. Profesor Adjunto Regular de Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho de la UBA.

La principal lógica operante en la teoría de los dos demonios es la ajenización de la sociedad y la construcción de un observador neutral: la “gente común”, que señala y denuncia a los demonios, que se percibe y se construye como víctima. Esto responde a una necesidad de “exculpación colectiva”, que permitió a muchos sectores de la población

clausurar la pregunta sobre su propia responsabilidad, ubicarse en el cómodo rol de víctimas, y condenar la violencia con supuesta imparcialidad. La versión recargada de la Matrix se propone utilizar la demonización pasada para legitimar la demonización presente de los movimientos sociales.

Para ello, se parte de la equiparación de los “universos de víctimas” como dos caras de “la misma violencia”. Ya no alcanza con afirmar que la Argentina fue convulsionada por dos demonios, sino que en la versión recargada media una operación previa: la igualación de las víctimas. Un militar es tan asesino como un guerrillero, y si se juzga a uno, debe juzgarse a otro. Este discurso se presenta como evidente, despolitizado y desideologizado. Y la igualación de las víctimas se complementa con consignas como “memoria completa”, que será uno de los argumentos fundamentales de la teoría de los dos demonios recargada.

En definitiva, se busca deslegitimar las conquistas en el sentido común producidas desde la reconfiguración de los años noventa, como asimismo enseñarle al conjunto de la sociedad que todo intento de desafiar el orden instituido puede concluir en un baño de sangre.

El capítulo 2 analiza los argumentos principales de la teoría de los dos demonios y de su versión recargada. El autor sostiene que la versión recargada de los dos demonios no esgrime nuevos argumentos, sino que utiliza las mismas lógicas de la teoría de los dos demonios original, pero con una nueva construcción de sentidos, con distintas intencionalidades y consecuencias.

La versión original instalaba una dualidad (el terror de izquierda y el terror de derecha) pero poniendo el énfasis en la violencia estatal, mientras que en la versión recargada el énfasis es inverso, porque se centra en la violencia insurgente, haciendo visibles a las “víctimas negadas” y redirigiendo la carga afectiva hacia quienes habían sufrido la violencia estatal. La versión recargada apunta así a minimizar y relegitimar la condena a la violencia represiva, exponiendo a las “otras víctimas”.

Mientras que la versión original apuntaba al juzgamiento de los genocidas y exculpación del “resto de la sociedad”, la versión recargada busca el juzgamiento de los sobrevivientes del genocidio y equipara las responsabilidades. En ambos casos se esconde la violencia estructural que permite explicar ambas violencias.

Otro argumento de la versión recargada es el ataque a los elementos simbólicos construidos en más de treinta años de lucha contra la impunidad y, específicamente, a la cifra de 30.000 víctimas estimada por los organismos de derechos humanos, con la consecuencia de deslegitimar su reconocimiento social y sugerir que están distorsionando la información. Se afirma que muchas supuestas víctimas no fueron tales, que se “inventaron” casos, que no hubo un “plan sistemático” y que la represión no tuvo la dimensión que se le atribuye.

Para ello se pretende minimizar el número de víctimas partiendo de los errores de los listados elaborados en 1984 por la CONADEP, en desmedro del hecho de que tales listados no podían ser exhaustivos, dado el terror de la época, la falta de información estatal y el subregistro y subdenuncia endémicos en todo proceso genocida. Y aprovechando, asimismo, las confusiones generadas por la falta de claridad sobre los criterios con los que se construyeron dichos listados, que no permiten responder a la pregunta fundamental: “¿A quiénes incluye el total de víctimas del genocidio argentino?”.

Feierstein sostiene que el genocidio tuvo cuatro categorías de víctimas: asesinados, desaparecidos, presos políticos y niños secuestrados de sus familias y apropiados. Y que la estimación de 30.000 víctimas fue realizada a partir de suponer el número de casos aún no denunciados con base en el universo de denuncias con el que se contaba hacia fines de la década de 1970. Sostiene que en las disputas sobre los números no se está discutiendo realmente acerca de tales, sino que se busca minimizar el carácter genocida para igualar esa modalidad de la violencia con la violencia insurgente.

Otro argumento importante de la versión recargada de los dos demonios es la equiparación de las violencias, que son igualadas con el nuevo concepto de “violencia política”. Hay solo dos violencias: la represiva y la insurgente y “ambas violencias están mal”.

La equiparación de las violencias es una forma de reinterpretación del pasado que se propone cancelar los consensos posdictatoriales e incidir en los modos actuales de ejercicio de la violencia, para permitir una relegitimación del accionar represivo sistemático, del uso de las fuerzas armadas en el conflicto interno y de la anulación violenta de todo atisbo de reacción política.

Solo el Estado tiene el derecho de utilizar “La violencia”, pero no los sectores populares, bajo la justificación de que se debe “dejar gobernar” y que se trata “del gobierno que la gente eligió”, argumento que tuvo su pico extremo en la doctrina del “beneficio de la duda”, que debe hacerse jugar a solo favor de las fuerzas de seguridad (expresadas por la vicepresidenta de la Nación Michetti o la ministra de Seguridad de la Nación Bullrich).

Feierstein distingue cuatro tipos de violencia: la estructural o “de sistema” (que se vincula a la imposición de la injusticia a través de un orden económico), la represiva estatal, la política insurgente y la criminal clásica. La violencia estructural está ausente de todas las explicaciones, y la violencia criminal abreva en el discurso punitivista de la “inseguridad”, un terreno fértil para avanzar en la conquista del sentido común.

En definitiva, se advierte una avanzada feroz de la violencia estructural y represiva, con el objetivo de transformar brutalmente la distribución del ingreso en la sociedad argentina. Volver a las condiciones que generaron el 2001, sin que se produzca la reacción de 2001.

A ello se suma el discurso del “curro de los derechos humanos”, operación mediática que pretende avanzar sobre la legitimidad histórica construida por los organismos en la lucha contra la impunidad, buscando trocar su reconocimiento social en nada más que una excusa para hacer dinero, lo que incluye las reparaciones brindadas por el Estado a los familiares y sobrevivientes del proceso genocida.

Y no debe olvidarse el discurso paralelo de la deskirchnerización, que pretende transferir las denuncias de corrupción contra funcionarios específicos al conjunto de la militancia kirchnerista, y de allí al universo de organizaciones de derechos humanos, con la consecuencia de quebrar el universo plural y fracturar a la mayoría de las organizaciones en su ala oficialista y su ala opositora. A partir de la movilización del 24 de marzo de 2006, el universo de derechos humanos quedó partido en dos bloques, llegando incluso a la organización de dos movilizaciones diferentes en la conmemoración de esa fecha.

La versión recargada de la teoría de los dos demonios instaló también una nueva demonización de la violencia merced al redireccionamiento del afecto hacia las víctimas de la violencia estatal, apelando a las víctimas colaterales de acciones armadas, con una imagería que logró interpelar a sectores del progresismo que no hubieran apoyado discursos abiertamente reivindicatorios del accionar militar.

Ya no se habla de cáncer a extirpar ni de cruzada contra agresores a la patria, sino de “otras víctimas”, invisibilizadas, mudas o ausentes, negadas por el discurso oficial, con un procedimiento que busca emular la “angelización” de los detenidos desaparecidos.

En esta operatoria piden la construcción de una “memoria completa” que contemple a todas las “víctimas”, ahora igualadas, que habrían perdido sus vidas como producto de “La violencia”, no importa cuál sea su signo. En la base de este procedimiento se encuentra un imperativo moral que busca el repudio unánime de “La violencia”, considerada como el único enemigo real.

El capítulo 3 “Sumando voces progresistas” describe el modo en que diversos intelectuales históricamente caracterizados como tales comenzaron a teñir el universo de la disputa por el sentido común sobre el pasado con otros colores, presentándose como observadores neutrales guiados por un supuesto “afán por la verdad”.

Distingue tres grupos diferenciados: los debates mediáticos en televisión, las notas de opinión en La Nación –periódico del establishment– y la organización de reuniones y conferencias académicas.

En el primer caso, se destacan el debate mediático entre Héctor Leis y Graciela Fernández Meijide, con la conclusión del primero de que “la verdad es que no hay dos demonios. Hay uno solo con diversas caras” (que vendría a ser el demonio de la violencia), y “El debate de los 70” moderado por Eduardo Feinman y Ceferino Reato, que protagonizaron el periodista y ex militante del PRT Eduardo Anguita y el ex militante montonero Luis Labraña con los carapintadas José D’Angelo y Aldo Rico, bajo la apariencia de presentar “las dos campanas”.

En el segundo caso, se analizan los artículos publicados en los últimos dos años por José Luis Romero y Marcos Novaro en “La Nación”, cuya preocupación por la reconceptualización del pasado no denota mera preocupación académica, sino que se articula con claras conclusiones para el presente. Las referencias a “la cacerola” de Victoria Donda que hace Romero y “los piedrazos” presentados por Novaro como emblemáticos de la violencia popular son imperdibles.

También se describen eventos académicos que relativizaron la importancia del juzgamiento de los responsables bajo la idea de “resignar justicia para ganar verdad” y la insistencia en el paradigma de la

“justicia transicional”, en el marco de una legitimación de la violencia represiva que en modo alguno se encontraba presente en la versión original de la teoría de los dos demonios.

La funcionalidad de estas voces progresistas estriba en que constituyeron un aporte relevante para la versión recargada de los dos demonios, en tanto establecieron la legitimidad de una equivalencia inaceptable. En palabras de Eduardo Feinmann: que el único demonio habría sido “La violencia”.

El capítulo 4 describe los “errores no forzados” que permitieron el avance de la versión recargada de los dos demonios, utilizando la terminología del tenis: cuando la pérdida no se motiva en aciertos del rival sino en acciones propias. Específicamente, los conceptos de “terrorismo de Estado” y “dictadura cívico-militar”, y el abandono del pluralismo partidario en la lucha por los derechos humanos.

El concepto de “terrorismo” puede tener dos tipos de definición: como táctica de lucha y como significativo vacío que da cuenta de la posibilidad de estigmatizar a cualquier opositor. En su articulación en el sintagma complejo de “terrorismo de Estado” asume un tercer sentido, vinculado al uso del terror sistematizado y clandestino por parte del aparato estatal.

La inversión de términos entre Estado terrorista y terrorismo de Estado abre la posibilidad de referirse a “otros terrorismos”, en tanto el sujeto central del sintagma es “terrorismo” y ya no “Estado”. El terrorismo como término teórico da cuenta de una táctica política que consiste en la realización de acciones violentas indiscriminadas como modo de esparcir el miedo y la incertidumbre en el conjunto de la población. Pero en su redefinición como terrorismo de Estado, con la dilución de su componente genocida y la desaparición del requisito de que las acciones sean indiscriminadas, ya no es una táctica política, sino un modo de estigmatizar a cualquier proceso de resistencia a la autoridad. Con esta definición, toda oposición a cualquier gobierno puede ser incluida en la figura de terrorismo (por ejemplo, la toma de una fábrica).

Feierstein sostiene que el movimiento insurgente argentino no fue terrorista, porque sus acciones no fueron indiscriminadas ni dirigidas contra el conjunto de la población. Y que el Estado represor tampoco fue terrorista porque sus acciones tampoco fueron indiscriminadas, sino dirigidas con absoluta claridad sobre los grupos y lazos sociales que buscaba aniquilar y destruir: dirigentes sindicales, estudiantiles, barriales, políticos. El Estado no fue terrorista, fue genocida, que no es lo mismo.

El segundo sintagma que comenzó a utilizarse fue “dictadura cívico-militar”, sumatoria de adjetivos que tendió a opacar el componente “militar”, quedando igualados civiles y militares en una secuencia que, además, menciona primero al actor civil. Si bien el nuevo vocablo partió del loable intento de visibilizar las responsabilidades de los actores estratégicos (grupos económicos, sectores eclesiásticos, partidos políticos, periodistas), a la postre tuvo consecuencias paradójales, porque la población civil nos incluye a todos y no solo a quienes colaboraron con el régimen, y la dictadura no fue “cívica”, sino en todo caso empresarial o corporativa y, sin duda alguna, militar.

El autor propone la utilización de conceptos más precisos, como “poderes económicos concentrados” o “dictadura económico-corporativa-militar”, en lugar del ambiguo término “civil”.

Otro de los errores no forzados que propició el avance de los dos demonios recargados fue el abandono del carácter pluralista que había tenido la lucha por los derechos humanos en Argentina, con acciones cada vez más identificadas con el gobierno kirchnerista, como la participación en actos de lanzamiento de campañas políticas y la decisión de Hebe de Bonafini y otras Madres de retirarse de la “Marcha de la Resistencia” a partir del año 2006.

Como consecuencia, a partir de 2007 se organizaron dos actos separados para conmemorar el aniversario del golpe militar del 24 de marzo, y el movimiento de los derechos humanos comenzó a tener dos alas: una oficialista y otra opositora.

El conjunto del movimiento de derechos humanos fue presentado como una rama del kirchnerismo y se construyó la tríada derechos humanos-corrupción-kirchnerismo, aprovechando la lógica del “curro de los derechos humanos” y la denuncia contra la Asociación Madres de Plaza de Mayo por el uso de los fondos del proyecto “Sueños Compartidos”.

Todo ello permitió presentar al nuevo gobierno de Cambiemos como un árbitro “neutral” ante la “apropiación partidaria” de la lucha por los derechos humanos y, con la consigna “los derechos humanos son de todos”, se buscó capitalizar la distancia social generada como producto de la partidización.

El capítulo 5 describe “las respuestas fallidas” que allanaron el camino a la versión recargada de los dos demonios: el recurso a la “cosa juzgada” y la penalización del negacionismo. Se propone que el debate no tiene sentido porque los crímenes cometidos por los genocidas son “cosa juzgada” o porque el negacionismo no debe ser debatido sino perseguido por la ley, como se hace en otros países.

La “cosa juzgada” parece una forma rápida y sencilla de cerrar la boca a los negacionistas, pero en realidad implica una renuncia a la argumentación y una opción por el silencio. Lo que da pie a que ese silencio sea presentado por los negacionistas como una prueba de la verdad de sus argumentos, apelando al viejo dicho “el que calla otorga”. Por otra parte, la impunidad de los genocidas constituyó una “cosa juzgada” durante casi veinte años en la Argentina, y ninguna de las organizaciones del campo popular aceptó esa verdad porque la decían los tribunales.

La segunda respuesta fallida ha sido las propuestas presentadas para anular el debate de la mano del Código Penal y penalizar a quienes alienten el negacionismo. Esto implica otorgarle al Estado la posibilidad de contar con una “policía de opinión”, que podría penar no solo al negacionismo sino a otros sistemas de pensamiento. Y sugiere implícitamente cierta desconfianza de los propios argumentos, porque proponer una pena para quienes no piensan como nosotros solo puede ser leído como una admisión implícita de sus razones.

Finalmente, el autor describe lo que llama “el efecto burbuja” y advierte sobre la necesidad de quebrar la tentación de hablarse a sí mismo. Sostiene que nuestra información está condicionada por algoritmos que detectan nuestras preferencias y nos orientan al consumo de noticias que consideran afines a nosotros, a lo que se suma la posibilidad de bloquear aquellos contactos u opiniones que no queremos leer.

Ello desemboca en el encierro en las verdades propias, porque cada uno está encerrado en su propia burbuja. E implica también la renuncia a toda posibilidad real de diálogo con cualquier posición que nos interpele.

El desarrollo culmina en el capítulo 6 “Fue Genocidio”, afirmación que el autor articula con la consigna “Son 30.000”. Sostiene que el número 30.000 sigue siendo válido hasta tanto los perpetradores aporten la información que ocultan y que su postulación en tiempo presente y no pasado abre la posibilidad de visibilizar a los sobrevivientes, a la par que afirma la persistencia del proceso de denuncia.

La consigna “Fue Genocidio”, a su vez, permite explicar el pasado de un modo tal que nos resulta útil para actuar en el presente, por lo que se trata del concepto más vigoroso para responder a la ofensiva negacionista y confrontar con la versión recargada de los dos demonios.

El concepto de “genocidio” es el que ofrece mayor adecuación a lo ocurrido en Argentina, y en su comprensión como ‘destrucción parcial de la identidad del grupo nacional’ permite ampliar la comprensión de sus efectos a un conjunto más amplio que el que se ha calificado como las “víctimas directas”, como asimismo observar mejor el objetivo estratégico del aniquilamiento: un mecanismo para transformar la identidad de todo el pueblo sobre el que se abate el terror. Porque cuando el genocidio aniquila al grupo específico, al mismo tiempo destruye y reorganiza la identidad global de toda la sociedad, que nunca podrá ser la misma sin esa parte que se destruyó.

Como contrapartida, los conceptos de “crímenes contra la humanidad”, “terrorismo de Estado”, “masacre” o “guerra” solo permiten observar el carácter puntual de los hechos como “delitos” específicos cometidos contra particulares “politizados”, o como consecuencias de un conflicto social entre actores armados. Estas perspectivas dejan a la mayoría de la población en un rol externo, como espectadores de las violaciones de derechos humanos. Y ese rol externo es la construcción más potente de la teoría de los dos demonios, tanto en su versión original como en su versión recargada, porque al permitir observar el conflicto “desde afuera”, constituye una formidable fórmula de evasión.

En definitiva, el autor propone articular estas consignas con la canción presente en todas las marchas contra la impunidad, en una síntesis de esperanza: “Como a los nazis les va a pasar, a donde vayan los iremos a buscar...porque son 30.000 y fue genocidio”.

En síntesis, *Los dos Demonios (recargados)* es el libro más provocador de Daniel Feierstein, porque contiene conceptos polémicos en casi todas sus páginas y, quizás, el que está llamado a tener mayor impacto político. Estos demonios son más peligrosos que los que se impusieron en la década de 1980, porque la legitimación de la violencia represiva no se encontraba presente en la versión original de la teoría de los dos demonios. Pero este libro no solo nos alerta del riesgo que entrañan estas ideas, sino que interpela a toda la militancia, poniendo de manifiesto errores, falacias y mezquindades que surgieron del propio campo popular. Nadie puede permanecer indiferente frente a la lectura de estas páginas.

Reseña del libro *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*

Bergallo, P. Jaramillo Sierra, I. C. y Vaggione, J. M. (comps.) (2018). *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Por Lucía Mercedes Catuogno¹

La obra reseñada es un compendio de artículos dedicados a brindar herramientas legales para el litigio transnacional del derecho al aborto. Sus compiladores, quienes cuentan con una amplia trayectoria en el estudio de los derechos sexuales y reproductivos, se han propuesto recorrer el camino del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en América Latina sin pretensiones de establecer uniformidad o coincidencias entre los diferentes países que la conforman, pero con la creencia de que es sumamente enriquecedor conocer las experiencias que resultan de las batallas legales por el acceso al aborto.

Se reconoce que la diversidad que reina en América Latina protagoniza el camino de la legislación, pese a lo cual, la idea de una litigación transfronteriza, que haga hincapié en una historia común como latinoamericanos, luce plausible y es aquí donde radica lo valioso del libro.

Bajo la creencia de que la liberalización del aborto es un tema que se juega en el aspecto legal, tanto a nivel legislativo como judicial, el propósito de la obra es fortalecer aquella lucha mediante la exhibición de argumentos y estrategias.

El libro se divide en tres partes: Argumentos para la liberalización, Accesibilidad a los abortos legales, y Reacciones y contra reacciones, introducidos por Jaramillo Sierra, Bergallo y Vaggione, respectivamente.

¹ Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Maestranda en Estudios Interdisciplinarios de Género (Universidad Autónoma de Madrid). Docente de Elementos de Derecho Penal (UBA).

La primera parte cuenta con cinco artículos y trata acerca de las argumentaciones construidas por aquellos actores sociales que luchan para lograr la liberalización del aborto. También, sobre cómo los órganos judiciales han lidiado con la cuestión y la resistencia por parte de los sectores que se oponen.

El apartado comienza con el artículo de Agustina Ramón Mitchel y Mercedes Cavallo, “El principio de legalidad y las regulaciones de aborto basadas en los médicos”, en el cual se destaca lo perjudicial que es la asociación de dos instituciones como el derecho penal y la medicina, campos tradicionalmente masculinos, empleados para disciplinar y controlar el cuerpo y la sexualidad de las mujeres.

Asignarle al sector sanitario el poder de decidir cuándo una mujer puede acceder a un aborto y en qué condiciones genera devastadoras consecuencias para quienes intentan acceder a su derecho de interrumpir su embarazo. Así, la tensión entre los mandatos que se derivan de la norma penal y la necesidad de asegurar el derecho de las mujeres a acceder a un aborto confluyen en una obstaculización de la práctica que, acorde a las autoras, viola el principio de legalidad.

Alma Beltrán y Puga se explaya sobre la jurisprudencia constitucional acerca del aborto en México y los recorridos de los máximos tribunales respecto a la interrupción voluntaria del embarazo. Mediante su análisis, se piensa en futuras estrategias de movilización y se brindan argumentos de derechos humanos y constitucionales para que tengan cabida en un país con una presencia muy fuerte de la iglesia católica. A su vez, se detallan los argumentos con mayor capacidad de éxito en la región, dado que tienen un fuerte contenido de derechos humanos.

En las líneas del texto “La aplicabilidad del principio de no regresividad para proteger avances en la liberalización del aborto”, Oscar Cabrera y Rebecca Reingold, reconociendo la inestabilidad política de América Latina y sus democracias, nos brindan un desarrollo del principio de no regresividad para proteger aquellos avances que se han logrado en materia de aborto.

En “El movimiento pro y antiaborto en el Supremo Tribunal brasileño. Marcos y estrategias argumentativas utilizados en la audiencia pública referente al feto anencefálico”, Marta Rodríguez de Assis Machado y Ana Carolina Bracarense relatan cómo en el año 2012, gracias a la sentencia del tribunal nombrado, se alteró significativamente el campo de los derechos sexuales y reproductivos. Básicamente pretenden reconstruir las argumentaciones jurídicas que las organizaciones pro y antiaborto desarrollaron.

En la pieza denominada “¿Liberalización total? Los retos del aborto en México”, Jimena Soria y Regina Tamés comentan que desde el 26 de abril de 2007 el aborto es legal en la Ciudad de México durante las primeras doce semanas de gestación por voluntad de la mujer.

Asimismo, se han eximido de responsabilidad las interrupciones de los embarazos en los casos de violación, de malformaciones congénitas o genéticas graves o por grave riesgo a la salud de la mujer. Es en este contexto que las autoras recorren el camino de los nuevos retos de esta ley y la necesidad de que sea reflejada en un contexto federal.

La segunda parte de la obra trabaja uno de los métodos escogidos legislativamente para tratar el aborto, esto es, la regulación mediante las causales, que consiste en prohibir el aborto como regla general, pero detallar algunas situaciones en las cuales está permitido.

En la mayoría de los países de América Latina funciona de esta manera y, pese a haberse registrado una liberalización de la práctica, esta es mínima, lenta y no garantiza de manera cabal los derechos humanos de las mujeres, niñas y adolescentes.

Las limitaciones se acrecientan y se agravan por el hecho de que el aborto en los países de la región es una práctica criminalizada, es decir, esta inclusión en el ámbito penal dificulta enormemente el acceso al derecho tanto por parte de las mujeres como la posibilidad de practicarlo por el personal sanitario.

La penalización, que es la regla, tiñe de clandestinidad a las prácticas que son abarcadas por el derecho y que, debido al desconocimiento, muchas veces provocado por actores estatales, trae aparejado una confusión acerca de lo prohibido y lo permitido.

El sistema de causales genera que no se produzcan materiales destinados a las mujeres o a las personas encargadas del sistema de salud y una constante judicialización.

Como afirma Bergallo, los títulos que forman la segunda parte se dividen en aquellos que trabajan sobre este modelo de causales para profundizarlos y encontrar una vía para que las niñas, adolescentes y mujeres puedan acceder a la práctica, y los que reconocen su ineficacia.

Sabrina Cartabia Grobba y Cecilia Hoop elaboran argumentaciones para trabajar la causal “violencia” para acceder a la interrupción legal del embarazo, con la premisa de que el acceso al aborto es fundamental para vivir una vida libre de violencias, tanto para aquellas mujeres que han sido víctimas de violencia sexual como para quienes han sufrido violencia por parte de sus parejas.

Las alarmantes cifras que registra Argentina y el resto de los países que conforman América Latina nos llevan a pensar en la imperiosa necesidad de profundizar en la línea de trabajo que proponen las autoras, máxime cuando la violencia contra la mujer se ha posicionado en las agendas de derechos humanos a nivel regional y mundial.

A continuación, la autora de “Aborto y discapacidad en Colombia. La paradoja entre la autonomía reproductiva y el modelo social de la discapacidad”, Natalia Acevedo Guerrero, nos invita a reflexionar sobre un tema aún poco desarrollado en el movimiento feminista: la discapacidad. Plantea dos aristas de la cuestión: cuando existe un diagnóstico durante el embarazo que revela algún tipo de discapacidad en el feto y cuando niñas y mujeres discapacitadas quedan embarazadas.

Lo necesario es que los movimientos feministas y aquellos que luchan por los derechos de las personas con discapacidad se articulen, elaboren políticas en conjunto y piensen formas de remover los estereotipos que existen en relación a las personas con discapacidad.

Por su parte, Nora Estefanía Picasso Uvalle expone el requisito de la denuncia previa para las mujeres que desean acceder a una interrupción legal del embarazo por vía de la causal violación. Lo entiende como un límite para el acceso al derecho y exhibe las complejidades y el trasfondo que subyace al requisito.

Los estudios comparados permiten mediante el establecimiento de coincidencias y diferencias comprender la dinámica entre las dos materias de estudio que se cotejan, establecer un marco común de trabajo y también enriquecerse de los diversos procesos.

En el programa de trabajo esbozado por Ariza Navarrete y Bohórquez Monsalve se realiza un estudio entre Colombia y Argentina en lo que respecta al acceso al aborto que poseen ambos países para las niñas y adolescentes. Afirman que en ambas latitudes la característica común es la distancia entre los derechos formalmente reconocidos de los niños, niñas y adolescentes y lo que sucede en la práctica, tanto en el sistema de salud como a nivel jurisprudencial.

En el artículo “Aborto farmacológico y libertad de información en Chile”, Eduardo Chia analiza el trabajo que hacen las asociaciones en brindar información acerca del uso del Misoprostol, medicamento utilizado para abortar, y enmarca dicho accionar en el derecho a la información y a ser informado. La idea democratizadora que subyace al ejercicio y goce de dicho derecho es fundamentada y desarrollada por el autor.

Ana Cristina González Vélez y Diana Esther Guzmán introducen el concepto de “juridificación” para analizar el sector de la salud sexual y reproductiva en Colombia. Se describe el proceso mencionado en el país nombrado y su impacto en el área de salud, entre otros ámbitos.

La importancia de trabajar constantemente sobre la argumentación, habida cuenta del desarrollo y la modernización de los discursos conservadores que se expresan mediante el sistema legal, nos permite utilizar la idea de Reva Siegel de “preservación mediante la transformación”.

Como puede verse en el desarrollo del libro, esta idea permea todos sus capítulos, pero especialmente aquellos que conforman la tercera parte de la compilación.

Rieva Siegel afirma que el sistema legal continúa jugando un papel muy importante en el sostenimiento de las relaciones asimétricas entre varones y mujeres. Sin embargo, dichos mecanismos han debido transformarse, volverse más sutiles, menos visibles. Los privilegios de las clases dominantes aún se sostienen, pero se transmiten en un lenguaje más contemporáneo y menos controvertido.

En esta dirección, Siegel sostiene que “las leyes de status se modernizan cuando se reforman sus leyes y su retórica, y sin embargo la ley sigue distribuyendo privilegios materiales y no materiales de un modo que preserva básicamente las distinciones que preservan ese mismo régimen (en general la raza o el género)”.²

2 Siegel, R. (1999). Regulando la violencia marital. En R. Gargarella (ed.), *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, p. 91.

Un ejemplo de ello, lo podemos encontrar en las recientes discusiones que tuvieron lugar en Argentina a raíz del proyecto de ley de la interrupción voluntaria del embarazo, que logró media sanción en la Cámara de Diputados.

Los argumentos que se esbozaron en contra de dicho proyecto y que finalmente prevalecieron se encontraban vinculados a la presunta necesidad de proteger las dos vidas, es decir, la del feto y la de la madre.³

Así, aquellos sectores ligados a la Iglesia Católica y a organizaciones internacionales conformadas por ámbitos conservadores, teniendo en consideración el estado de la discusión actual acerca del rol de la mujer en la sociedad argentina, que luego de las masivas movilizaciones del colectivo “Ni una menos” sufrió grandes cambios, optó por no utilizar la estrategia de subrayar el rol maternal y la preservación de la unidad familiar, sino que se modernizaron e incluyeron en su eslogan *–salvemos las dos vidas–*, la vida de la mujer y la del feto.

Dichas organizaciones, se denominan “pro vida” y apelando a un argumento de tinte moral defienden el derecho a la vida que tendría el feto e instan a buscar otras formas de evitar las muertes a raíz de la práctica clandestina del aborto, por fuera de su legalización.

Asimismo, sostenían la importancia de la educación sexual⁴ a fin de evitar los embarazos no deseados y planteaban que aquellas personas que estaban a favor del proyecto de ley que legalizaba la práctica no valoraban el derecho a la vida.

Gran parte de lo expresado previamente puede observarse en los capítulos subsiguientes.

En “Reflexiones sobre el estigma social y la violencia institucional en procesos judiciales de mujeres y adolescentes ‘culpables’ de aborto en el estado de Río de Janeiro”, Beatriz Galli transita por varios fenómenos que pueden ser aplicados a toda Latinoamérica: la criminalización como mecanismo para disciplinar y controlar el cuerpo de la mujeres, sumada a la selectividad intrínseca del poder punitivo y los estereotipos negativos que pesan sobre las adolescentes pobres configuran un escenario sumamente problemático.

Las reflexiones de la autora se encuentran más vigentes que nunca ante la reciente asunción de un presidente que en su discurso inaugural sostuvo que su gobierno representará una oportunidad única para “combatir la ideología de género” y que “restablecerá los valores éticos y morales”.

Seguidamente, Gianella Malca sostiene que existen muchos estudios sobre los movimientos progresistas de América Latina, pero pocos sobre las agrupaciones de tinte conservador y su articulación a nivel regional y transnacional.

3 A modo de ejemplo ver: Más de 600.000 argentinos se manifestaron “Por las dos vidas” (5 de agosto de 2018). *Revista Ecclesia*. Recuperado de <https://www.revistaecclesia.com/mas-de-600-000-argentinos-se-manifestaron-por-las-dos-vidas/>

4 Sin embargo, en el país nombrado actualmente se encuentra en discusión la reforma a la Ley Nacional de Educación Sexual y aquellos sectores que estaban en contra de legalizar el aborto tampoco desean que se imparta educación sexual en los ámbitos educativos, ideando un eslogan “Con mis hijos no te metas”, que deja al descubierto que lo que pervive es el disciplinamiento del cuerpo de la mujer y las ideas tradicionales acerca de su rol, la heteronormatividad y la moral sexual.

Afirma que estos se mueven en el mismo campo que los pro aborto, es decir, en el derecho y las cortes. Introduce los conceptos de tecnocratización y organización, que ponen en evidencia cómo los conservadores, conscientes de los límites del poder religioso, estimaron necesario actuar en espacios políticos como actores laicos y más bien técnicos.

Describe los argumentos de los diferentes órganos estatales colombianos encargados de tratar la cuestión del acceso al aborto, así como también los medios de comunicación, en particular, la prensa escrita.

Esther Vicente y Patricia Otón Olivieri escriben acerca del impacto del fundamentalismo y las políticas de Trump en la interrupción voluntaria del embarazo en Puerto Rico y otros países. En primer lugar, recorren el derecho al aborto en el país nombrado, habida cuenta que su vinculación con Estados Unidos es, desde ya, muy estrecha debido a su situación política. Asimismo, detallan los argumentos que se han esbozado para impedir el acceso al derecho y también hacen un recorrido por las decisiones del Tribunal Supremo estadounidense acerca de la cuestión.

Con la nueva coyuntura política que se vive desde que Trump ha asumido la presidencia de Estados Unidos, los sectores antiaborto han reanudado su cruzada para eliminar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

Es evidente la conexión que se puede establecer entre la idea del principio de no regresividad desarrollada en el artículo de Cabrera y Reingold y el de Vicente y Olivieri. Aun cuando como en Estados Unidos se halla legalizada la interrupción del embarazo desde 1972, se debe tener presente que solo se necesita un gobierno afín a los sectores antiderechos para retroceder en las batallas ganadas.

En el último trabajo de la obra, denominado “Movilización legal de mujeres y aborto. El caso de El Salvador”, María Angélica Peñas Defago y Violeta Canaves indagan en los diferentes mecanismos que los movimientos de mujeres en el país mencionado han utilizado para revertir la penalización absoluta bajo la cual está sumida la práctica. Pusieron de relieve los estereotipos acerca del pretense rol maternal que subyace a las decisiones judiciales que no reconocen a la mujer como sujeto pleno de derecho.

Básicamente la idea que permea el libro y, en particular, esta última parte, es que conociendo en profundidad las técnicas y argumentos de los sectores que se oponen a legalizar la interrupción voluntaria del embarazo, se enriquecen las estrategias y abordajes que pueden emplearse para el reconocimiento de dicho derecho.

Bajo la creencia de que el único camino posible es la total liberalización del derecho al aborto en toda América Latina, a los lectores se nos alerta que debe ser constantemente defendida. Las agrupaciones contrarias al ejercicio de dicho derecho encontraran nuevas estrategias, slogans y sobre todo aliados en su cruzada para retroceder en el campo de los derechos.

El aporte que hace esta obra es valioso, dado que brinda herramientas argumentativas para bregar por el acceso al aborto en toda la región y, mientras tanto, trabajar sobre el modelo de causales para garantizar el derecho de las niñas, mujeres y adolescentes. Además, permite conocer cómo las cortes

y los poderes legislativos responden a las demandas de ambos sectores y nos lleva a reflexionar sobre cuáles son los aciertos y fracasos de la disputa.

Como protagonista indiscutible del litigio transnacional, se encuentra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que permite una articulación y réplica de los resultados en toda la región. En dicho camino, resulta invaluable la contribución de las organizaciones e individuos dedicados al ejercicio de la abogacía y los derechos humanos, como Bergallo, Jaramillo Sierra y Vaggione y la Red Alas, que auspició el libro comentado.

Reseña de la obra *Estadísticas del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en las peticiones contra la República Argentina que han sido publicadas (1971-2015)*

Bicinskas, G. F. y Rey, S. A. (2018). *Estadísticas del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en las peticiones contra la República Argentina que han sido publicadas (1971-2015)*. Buenos Aires: Monadanomada.

Por Javier Salgado¹

Para todo estudioso del derecho internacional de los derechos humanos, y particularmente del Sistema Interamericano, la obra de Gabriel Fernando Bicinskas y de Sebastián Alejandro Rey constituye una referencia ineludible para comprender la dinámica y el papel que la República Argentina ha tenido en su relacionamiento con el mecanismo regional, tanto en el marco del procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como en el litigio contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El trabajo despliega, con el aporte visual de cuadros y gráficos que sistematizan su lectura de manera amena, las estadísticas que reflejan de qué modo y con qué resultados, los órganos del sistema han abordado los casos y peticiones que tramitaron en relación con el Estado argentino en un período significativo de tiempo, atravesando distintos gobiernos, e incluso, regímenes dictatoriales.

El marco temporal que proponen los autores resulta adecuado en tanto el trabajo de investigación se basa en datos duros y verificados publicados en los informes anuales de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, circunstancia que dota de confiabilidad y certeza a las estadísticas presentadas.

¹ Profesor adjunto de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Director de Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

En ese sentido, la obra aporta información relevante que permite verificar las materias en las cuales persisten patrones estructurales de violaciones a las obligaciones de respeto y garantía que les son exigibles al Estado argentino en el marco del SIDH.

No debe perderse de vista que un caso que llega al ámbito internacional, es siempre un indicador de que algo puede estar fallando al interior del Estado y que los resortes institucionales disponibles a nivel local no han logrado neutralizar. Los casos pueden ser vistos como puntas de *icebergs*, como exponentes de un problema mayor, que muchas veces revelan estos patrones estructurales, que van mucho más allá del caso concreto que dio lugar a la denuncia, que no son debidamente atendidos a nivel interno y que desembocan, en consecuencia, en el sometimiento del asunto a la competencia de los órganos del Sistema Interamericano.

Son así reveladoras las estadísticas que la obra ofrece. En cuanto al proceso ante la CIDH, y de acuerdo con la investigación en comentario, la violación del derecho a un debido proceso y de la tutela judicial efectiva representa, entre ambas, el 44% de las violaciones constatadas en informes de fondo. Ello permite visualizar de qué modo el déficit en materia de una adecuada y eficaz administración de justicia impacta en la atribución de responsabilidad internacional al Estado argentino por incumplir la Convención Americana sobre Derechos Humanos o, en su caso, las obligaciones que emergen de su calidad de Estado miembro de la OEA a la luz de las disposiciones de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Igualmente preocupantes resultan las estadísticas que revelan el lapso temporal que le insume al sistema procesar y resolver una petición. En ese sentido, los autores constatan que el promedio temporal que le demandó a la CIDH resolver un caso de la República Argentina es de 10,63 años. Más aún, las estadísticas analizadas indican que “el trámite de casi un tercio del total de peticiones han durado entre 12 y 18 años”.

Ello pone de manifiesto que resulta indispensable que los órganos del sistema construyan estrategias creativas que permitan neutralizar el notorio atraso procesal que afecta desde hace tiempo al sistema interamericano. Resulta inadmisibles que una víctima de violaciones a sus derechos humanos, luego de peregrinar por años y años reclamando justicia en el ámbito interno, sea revictimizada mediante su sometimiento a un proceso internacional que se extiende de manera irrazonable en el tiempo. Como es sabido, la justicia tardía no es justicia, ni consuelo, ni reparación.

Otra mirada de interés que aporta la obra, es el análisis del comportamiento del Estado argentino según la Presidencia en las que se habrían cometido las violaciones. Así, el trabajo revela que, en los casos de menor duración, el 60% de las denuncias correspondieron a dictaduras militares. Por otro lado, el análisis de los escenarios que corresponden a los distintos gobiernos destaca a los períodos de Néstor Kirchner y de Cristina Fernández de Kirchner como las etapas de gestión en las cuales se suscribió el mayor número de soluciones amistosas en términos porcentuales (8% y 64%, respectivamente).

Esta circunstancia es especialmente relevante, en tanto y en cuanto revela la concepción que un determinado gobierno ha tenido sobre el Sistema Interamericano. En ese sentido, el enfoque que ha

primado en los períodos mencionados, es el de visualizar al sistema no como un mero procedimiento contencioso, sino como un indicador de problemas, un mecanismo de alerta temprana, una herramienta de mejoramiento institucional al interior de los Estados, que ha distinguido a nuestro país de la mayoría de los Estados de la región.

Y es de esa visión conceptual del sistema de la que se deriva la tradicional política argentina, verificada con más vigor en las administraciones antes mencionadas, de considerar a la solución amistosa, tanto ante la CIDH como ante la Corte IDH, como una opción preferente en el marco del sistema de peticiones individuales.

Tal es así que la República Argentina es el Estado de la región que ostenta el mayor número de acuerdos de solución amistosa homologados por la Comisión mediante el informe contemplado por el artículo 49 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto al papel del Estado argentino ante la Corte Interamericana, la obra analiza las estadísticas pertinentes relativas a los casos que han sido sometidos a la jurisdicción contenciosa del tribunal distinguiendo también por períodos de gobierno. Como dato de interés, el estudio puntualiza que más de la mitad de los casos que han sido resueltos por el tribunal –el 52%– fueron presentados entre los años 2010 y 2011.

Asimismo, la investigación presenta también información inquietante en términos de la efectividad del sistema interamericano. En ese sentido, el análisis que practican los autores revela que “un 73% de las sentencias en las que la Corte IDH condenó a la Argentina conservan aún algún grado de incumplimiento”.

Dicha conclusión permite constatar que uno de los desafíos más importantes que debe resolver el Sistema, y por cierto, los Estados partes de la Convención, es, por un lado, la generalizada carencia de mecanismos institucionales a nivel interno que establezcan procedimientos de ejecución de decisiones internacionales efectivos y, por el otro, la inexistencia de mecanismos institucionales a nivel de la Organización de los Estados Americanos que permitan darle visibilidad internacional a los incumplimientos de las sentencias de la Corte IDH, que vayan más allá de la genérica facultad que le confiere al Tribunal el artículo 30 de su Estatuto, y que supongan consecuencias concretas para el Estado en mora.

En síntesis, a través de un análisis riguroso y preciso, los autores ilustran al lector acerca del modo como la República Argentina ha interactuado con los distintos actores del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos a lo largo de los años y de las distintas administraciones de gobierno. Se trata de una obra que, claramente, constituye un valioso aporte que resulta de gran interés para todo estudioso del sistema y, en particular, del papel que la Argentina ha tenido en él.

Reseña de la obra *Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Rousset Siri, A. (2018). *Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediar

Por Gonzalo M. Evangelista¹

La obra se estructura en siete capítulos divididos en tres partes y tres anexos con contenido práctico. Esta publicación es la tesis de doctorado defendida por el autor en la Universidad Nacional de Cuyo, que fuera calificada como “sobresaliente con mención de honor”.

Se sustenta en una destacable cantidad y calidad de recursos bibliográficos: no solo repasa las normas y su aplicación práctica por parte de los máximos tribunales a nivel nacional e interamericano, sino que incluye votos razonados de jueces integrantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y jurisprudencia y normativa comparada. A su vez, cita doctrinarios de jerarquía, opiniones de jueces, juezas y comisionados/as; instrumentos regionales, universales, proyectos de instrumentos internacionales, proyectos de leyes nacionales, e incluso, transcripciones de audiencias celebradas ante entes internacionales.

El autor propone una división que agiliza la comprensión. Con capítulos relativamente independientes y redacción amena, permite lecturas parciales y específicas.

¹ Abogado (UNCuyo). Maestrando en Protección Internacional de Derechos Humanos (UAH). JTP de Derechos Humanos y Garantía (Universidad de Congreso). Titular de la Secretaría de Litigio de XUMEK.

La novedad de su estrategia radica en rodear el tema central con precisiones conceptuales, proponer soluciones de diferente índole y fundar sus argumentos mediante la síntesis de años de jurisprudencia, cuadros comparativos y recursos didácticos como el desarrollo de situaciones hipotéticas.

Es posible advertir cómo influye en el autor su vocación docente prefiriendo una forma didáctica de explicar el contexto, conceptos preliminares y absolutamente todas las variables que derivan de la problemática que ha seleccionado. Con conocimiento de que el suyo no es el método que se estila en ámbitos científicos, decide sostenerlo bajo el convencimiento de que es adecuado a los fines que se ha propuesto, poniendo en valor aspectos pedagógicos y prácticos.

En efecto, al hablar del marco conceptual, indica que

Si bien es cierto que en una investigación de tipo cualitativo ciertos conceptos se pueden tener por conocidos y pueden no ser definidos (...), a lo largo de la presente investigación se desarrollarán una serie de nociones relevantes, sobre la base de la bibliografía seleccionada y el tema abordado, con la finalidad de generar herramientas de análisis.

A considerar por el resultado, logra hacer de aquello que la doctrina científica sugiere omitir una de las principales virtudes de su obra. Su lectura resulta ineludible no solo para ámbitos académicos que se encuentren ávidos de textos de calidad, sino también para sectores políticos, sociales y estatales que pretendan debatir sobre la temática.

El objeto principal de la obra es proponer lineamientos para construir un sistema eficaz de implementación y ejecución de las sentencias de la Corte IDH.

La primera parte consta de un capítulo único dedicado a detallar el marco teórico, conceptual, situacional, legal y jurisprudencial de la obra, así como a poner de relieve las cuestiones relativas al trabajo científico previo del que fuere producto la obra, expresando las hipótesis formuladas, problema planteado, el estado de la cuestión, los objetivos propuestos y, finalmente, la metodología utilizada.

Por su parte, la segunda parte consta de tres capítulos. En general, analiza lo relativo al deber de reparar en el ámbito del derecho internacional, las características del sistema reparatorio del SIDH, y las particularidades del derecho argentino como caso testigo.

En particular, el primer capítulo refiere a cuestiones básicas del derecho internacional de los derechos humanos, pero cuyo conocimiento resulta necesario para ordenar adecuadamente los elementos de análisis posterior.

Se destaca el desarrollo que realiza de lo que entiende “principales ejes de cambio” para consolidar la realidad internacional en materia de derechos humanos: la aceptación de la especial naturaleza que tienen los tratados internacionales, el nuevo rol de los Estados en las relaciones emergentes de dichos instrumentos y la comprensión del especial papel que cumplen las víctimas en este tipo de procesos.

Además, cabe subrayar el vínculo que plantea entre el ordenamiento jurídico internacional y el ámbito interno de los Estados a través de los medios de incorporación que considera “dos puentes centrales de comunicación”: por vía legal o por vía jurisprudencial –donde incluye el control de convencionalidad–.

El capítulo II tiene como expreso propósito abordar los criterios generales esgrimidos previamente desde la óptica del marco interno, haciendo especial referencia al sistema constitucional argentino.

Al desarrollar la norma argentina propone su visión fundada en relación a las diferentes formas de interpretar los extremos del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional que mayor polémica han generado a nivel nacional, aportando una mirada desde el DIDH.

Se destaca su opinión crítica acerca de argumentos históricamente debatidos, como el de “vigencia” como elemento de categorización y el de “la primacía absoluta de la Constitución Nacional sobre el tratado de igual jerarquía”, y comienza a detallar los principales casos jurisprudenciales del máximo tribunal nacional referido a la cuestión.

Por otra parte, merece la pena su afirmación acerca de la “ubicación de los tratados sobre derechos humanos”. Sostiene que los tratados internacionales sobre derechos humanos “no forman parte de la CN, no han sido incorporados a la misma, pero no caben dudas de que forman parte del bloque de constitucionalidad federal y, por ende –con la jerarquía que ostentan–, son plenamente exigibles”.

Lo anterior es muy importante porque, al margen de sus sólidos argumentos para sostener el impacto que deberían generar las decisiones de organismos internacionales en materia de derechos humanos aun cuando no sean jurisdiccionales, resalta que en Argentina se da esta particularidad que los coloca en una situación de exigibilidad notable.

A continuación, refiere a los tratados sobre derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, examinando en forma resumida 12 casos relevantes que permiten conocer los vaivenes que ha tenido la CSJN en el tema, incluyendo el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto *s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’* por la Corte IDH”, generador de gran debate doctrinal.

Entiende que el fallo puede ser objetado por varias cuestiones que enumera y detalla, entre ellas: desconocer la integralidad de la obligación internacional asumida por imperio del artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); olvidar que la constante referencia al artículo 27 de la CN no puede ser invocada en el ámbito internacional por expreso mandato del artículo 27 de las Convención de Viena de 1969; la responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos comprende a todos los órganos del poder; no es aplicable la referencia al principio de subsidiariedad o lo relativo a la “cuarta instancia” en cuanto constituyen presupuestos del acceso al sistema, no objetados por el Estado argentino y evidentemente extemporáneo; tampoco proceden argumentos ajenos al SIDH como los relativos al margen de apreciación nacional y de cuestiones de competencia limitada; y omitir que un tribunal local no está facultado para limitar la competencia contenciosa de la Corte IDH sin que ello traiga aparejado severas consecuencias negativas, como es in-

currir en un ilícito internacional por incumplimiento de la normativa internacional, o el surgimiento de nuevas violaciones a la CADH por incumplimiento de lo resuelto por el Tribunal regional.

El capítulo III brinda precisiones metodológicas, delimita conceptos y nociones básicas vinculados con la temática de las reparaciones por violaciones a los derechos humanos desde la óptica del derecho internacional general y del derecho internacional de los derechos humanos.

Se destaca su opinión acerca del concepto de reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo estudio encuentra especialmente relevante. Propone un concepto que comprenda que la conducta ilícita del Estado trasciende las fronteras de la persona y hiere a la sociedad en la que se inserta. Toma como punto de partida un concepto de “reparación integral” cuyo eje se construya desde la premisa de que el pleno restablecimiento de las obligaciones de respeto y garantía requiere medidas de reparación que tiendan no solo a borrar las huellas que la conducta ilícita del Estado ha generado, sino también a evitar su repetición. No solo deben perseguir como principal objetivo las consecuencias patrimoniales, sino, además, trabajar en las medidas extrapatrimoniales, con especial énfasis en aquellas que trascienden a la víctima para reparar el daño causado en el entramado social en el que se inserta, por lo que será esencial contar con la activa participación de la misma a tales fines.

Por otra parte, merece la pena el análisis que realiza sobre la extensión del daño y la efectividad de la reparación del daño causado, sintetizando años de jurisprudencia y demostrando sus conclusiones con cuadros que permiten graficarlas.

En este capítulo también estudia el alcance y contenido de los rubros indemnizatorios que concurren a conformar el concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte IDH, y luego ensaya el esquema reparatorio que considera adecuado.

Finalmente, incorpora las modalidades de cumplimiento que se estipulan en las sentencias de la Corte IDH a partir de sostener que las medidas ordenadas requieren reglas claras para su correcta implementación o eventual ejecución.

La tercera y última parte de la obra cuenta con cuatro capítulos, dedicados a cuestiones generales sobre cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte IDH, con énfasis en las distintas etapas que atraviesa ese fenómeno y los problemas que enfrenta tanto en el ámbito interno como en el internacional, para finalmente examinar la opción de la ejecución forzada de sentencias del tribunal interamericano.

El capítulo IV quizás sea –junto con el V– el capítulo más importante del trabajo, por dos motivos: primero, porque caracteriza las sentencias de la Corte IDH, esboza argumentos en referencia a las consecuencias de su incumplimiento y adopta definiciones relacionadas con la discusión doctrinal en torno a la consideración o no de aquella como título ejecutorio y ejecutivo, y segundo, porque nuclea el diagnóstico que el autor realiza sobre los inconvenientes en torno a la ejecución de las sentencias.

Así, con base en la idea de que resulta necesario comprender que el cumplimiento de una sentencia internacional es un acto complejo de competencias concurrentes que implica la interacción de dos ámbitos jurídicos diferentes –nacional e internacional–, pero interconectados, comienza a introducir-

se en los temas que dieron origen a su investigación, como, por ejemplo, resolver quién y cómo asume la responsabilidad de supervisar el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH.

En esa línea, detecta dos niveles de problemas según la disfunción provenga de la norma y su eventual interpretación o de la estructura institucional encargada de aplicar o interpretarla:

i.a) **Problemas normativos en el derecho internacional:** las lagunas existentes en materia de implementación de sentencias de la Corte IDH. Específicamente destaca dos grandes vacíos normativos: a) La regulación parcial en materia de ejecución de medidas de reparación y la consiguiente falta de ajuste de la norma con la práctica de la Corte IDH, que transforma esta laguna en un verdadero problema de cumplimiento; b) La ausencia de un mecanismo legal específico de implementación o ejecución similar al previsto por el CEDH.

i.b) **Problemas normativos en el derecho interno argentino:** la falta de un mecanismo legal de implementación de las sentencias de la Corte IDH. Si bien reconoce que no es un requisito de procedencia para el cumplimiento de la sentencia, sostiene que sin dudas despejaría los inconvenientes que suelen plantearse desde la óptica estructural-institucional.

ii.a) **Problemas estructurales-institucionales en el derecho internacional:** advierte tres situaciones específicas que suelen traducirse en dificultades: a) La forma ambigua en la que se formulan las medidas concretas en la sentencia; b) La errónea utilización del marco normativo existente, en virtud del cual se le da intervención a la Asamblea General de la OEA; y c) La falta de periodicidad o de criterios metodológicos para la supervisión de la sentencia por parte de la propia Corte IDH que, en ocasiones, se reflejan en un dispendio de tiempo y de recursos notoriamente antieconómico desde lo procesal y lo presupuestario.

ii.b) **Problemas estructurales-institucionales en el derecho interno argentino:** considera que el principal problema, compartido con la totalidad de los Estados que conforman el SIDH, se encuentra vinculado con el desconocimiento sobre el derecho internacional, específicamente en materia de derechos humanos. Inconveniente de base que desencadena otras dos grandes causas de cumplimiento deficitario de las medidas dictadas por la Corte IDH en un caso concreto: la falta de debate previo sobre implementación de sentencias de la Corte IDH y una deficiente predisposición de los agentes públicos a su cumplimiento.

Finaliza el capítulo enumerando detalladamente el nivel de cumplimiento de los casos argentinos a través de resoluciones sobre supervisión y extrae conclusiones en un cuadro sobre reparaciones y problema de cumplimiento.

En el capítulo V analiza diversas soluciones desde el derecho interno y del derecho internacional tendientes a la eliminación paulatina de problemas normativos y estructurales advertidos en el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.

En este sentido, aprovechando las instituciones que rigen en el ámbito del SIDH y el desarrollo que ha hecho la doctrina, explora soluciones desde la perspectiva del DIDH:

- a) Modificación de los artículos 63, 68 y 65 de la CADH para adaptarlos a la actualidad conceptual en materia de reparaciones.
- b) Sanción de un protocolo facultativo a la CADH en materia de cumplimiento de medidas de reparación ordenadas en las sentencias de la Corte IDH para modificación o aplicación efectiva de normas de la CADH ya vigentes.
- c) Creación de un órgano específico en el seno de la OEA en virtud de que la relación que existe entre los órganos de protección de derechos humanos (CIDH y Corte IDH) y el órgano político de la OEA en la práctica es infructuosa en términos de efectividad del sistema.
- d) Declaración de principios.

Empero, el autor es consciente de la escasa viabilidad de las soluciones propuestas en tanto no se cuenta con el consenso necesario entre los Estados para proceder a la modificación normativa que permita solucionar desde el ámbito del DIDH los problemas de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.

Consecuencia de lo anterior, considera que las soluciones deberían buscarse por otro lado, tomando con fuerza las vías de acción que propone desde la perspectiva del derecho interno de los Estados. Sostiene que cuentan con más posibilidades de presentar resultados favorables a corto y mediano plazo, dado que no necesariamente se requiere legislación nueva para hacer plenamente efectivo el fallo de la Corte IDH, pudiéndose diseñar mecanismos que, sin eliminar los problemas estructurales institucionales, tiendan a “inducir” a los Estados a cumplir.

En esta línea argumental analiza leyes y decretos de Estados del SIDH y los proyectos de ley que se han presentado en los últimos años en Argentina para extraer elementos que le permitan elaborar un proyecto de ley compatible con las finalidades de su tesis.

En el capítulo VI el autor se sumerge en la búsqueda de respuestas prácticas inmediatas, a corto plazo, con las normas y estructuras institucionales actuales. Para lograrlo comienza efectuando consideraciones previas –vinculadas a las particularidades de la ejecución de sentencias en materia de derechos humanos y de sentencias contra el Estado en sistemas que involucran a dos poderes del Estado– y luego analiza las normas sobre ejecución de sentencias de la Corte IDH, tanto desde la perspectiva del DIDH, como del derecho argentino.

En referencia al derecho interno, el punto central de su análisis es posible encontrarlo en el apartado dedicado al órgano competente para la ejecución forzada de la sentencia de la Corte IDH. Señala tres posibilidades según el ámbito y la normativa que regirá tal ejecución. Según su perspectiva, el procedimiento puede ser: a) administrativo (entendido en el sentido de que la persona acuda a la administración y lleve a cabo algún tipo de reclamo de lo que le es debido), b) judicial o c) mixto o *ad-hoc*.

Basado en la experiencia nacional (donde se promedian más de 10 años las gestiones para cumplir las sentencias de la Corte IDH) y en un razonamiento lógico respecto a que es precisamente el incumpli-

miento de la administración el que genera esta instancia de ejecución, no considera que la vía administrativa pueda cumplir eficazmente con la función a la que se refiere el artículo 68.2 de la CADH.

En relación al sistema judicial indica que, si bien en el derecho argentino la ejecución de la sentencia es una cuestión de índole jurisdiccional, el hecho de no estar frente a una clásica relación del derecho privado impide aplicar sin dificultades las normas procesales. Encuentra dos cuestiones que lo obstaculizan: a) la calidad del sujeto demandado y b) la naturaleza del título que se invoca para la ejecución.

En virtud de las falencias apuntadas sostiene la necesidad de crear un sistema mixto mediante un mecanismo legal específico para lograr la eficaz ejecución de las sentencias de la Corte IDH, a objeto de superar la mayor cantidad de problemas estructurales institucionales.

Concluye el capítulo sintetizando las cuestiones que considera más relevantes:

- a) De lege data la normativa aplicable a la ejecución de sentencias de la Corte IDH es el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con excepciones a las prerrogativas estatales y sin que se pretenda el exequátur de la sentencia supraestatal.
- b) De lege ferenda, apunta en dos sentidos: regulando el tópico en una norma especial mediante un mecanismo interno de cumplimiento o a través de reformas específicas en la ley procesal, por ejemplo, incorporando expresamente las excepciones que permitan la correcta, pronta y eficaz ejecución de lo que es debido por el Estado y explicitando la naturaleza supraestatal de la resolución a objeto de que no pueda verse comparada, por ejemplo, con una sentencia extranjera.
- c) El tribunal competente para iniciar la ejecución de la sentencia de la Corte IDH es de competencia nacional, es decir, del fuero federal, pudiendo plantearse diversas opciones hasta tanto no se regule específicamente o se contemple expresamente en la ley procesal cuál es el juez federal competente. Así, una opción puede ser la competencia del juez del domicilio del demandante o del juez federal del lugar donde se produjo el hecho.
- d) También es relevante determinar el plazo que debe tenerse en cuenta para la procedencia de la vía ejecutiva.
- e) Independientemente de que se aplique el código de procedimiento, se rige en todos sus extremos por el DIDH, adquiriendo un peso relevante en cualquier conflicto que se plantee durante el trámite ejecutorio.

En el capítulo VII aporta propuestas de *lege ferenda* que entiendo conducentes a un progreso en la etapa de consolidación real del SIDH. Durante su desarrollo afirma que es indiscutible que una sentencia de la Corte IDH dictada en el marco de su competencia contenciosa es de tipo declarativa, constitutiva y condenatoria y que, además, dicha sentencia es definitiva, inapelable, obligatoria y ejecutable.

Pero, aun tomando en cuenta lo anterior, indefectiblemente no ha sido posible avanzar dentro de la consolidación real del SIDH y ello se debe en gran medida a la conducta de los Estados luego del dictado de las sentencias de la Corte IDH.

En efecto, indica como una verdad irrefutable que la totalidad de los problemas de cumplimiento se deben a decisiones político-jurídicas de los Estados. Ya sea que se amparen en la ausencia de normas (problemas normativos), en la falta de discusión necesaria de cómo debe procederse para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH, la nula capacitación de los operadores o la decisión deliberada de desconocer en ocasiones las obligaciones internacionales a su cargo (estructurales institucionales).

La observación final en la cual deriva su investigación se resume en que la etapa de la consolidación real del SIDH va a comenzar a transitarse cuando los Estados adopten medidas tendientes a colaborar con el propósito de la jurisdicción internacional sobre derechos humanos en cuanto aspira a restablecer el orden jurídico vulnerado por la violación cometida, y recién cuando todas las acciones confluyan en conseguir estos postulados y las nociones del DIDH sean parte del vocabulario cotidiano y natural de los agentes estatales, estaremos en condiciones de poder olvidar estas páginas.

Los tres anexos que acompañan el texto son de gran utilidad práctica. Dos cuadros comparativos, cuya información surge de la lectura del total de las sentencias emitidas por la Corte IDH desde el año 1989 hasta el 2016. El primero de ellos compara las medidas de reparación ordenadas caso por caso y en forma cronológica, y el segundo lleva adelante un seguimiento sobre el nivel de acatamiento de estas por país.

Finalmente, se agrega un proyecto de ley, regulador de un mecanismo de implementación y ejecución de sentencia de la Corte IDH.

En síntesis, la obra tiene varias virtudes que la hacen esencial para una comprensión cabal de la importancia de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

Evidencia un trabajo exhaustivo, doctrinal y jurisprudencialmente completo, con datos estadísticos y revisión de la legislación comparada. Quizás la abundancia de información haga que su lectura merezca una gran cuota de atención. Sin embargo, la calidad de su contenido permite concluir que el tiempo que ella supone es un tiempo excelentemente invertido.

La profunda investigación de parte del autor la hace doblemente atractiva, en tanto aporta gran cantidad de argumentos para aquella persona que precise interpretaciones fundadas y también facilita el trabajo al lector en búsqueda de información objetiva para realizar sus propios análisis, sirviéndole como una recopilación completa y actualizada.

En cuanto a lo sustancial, define con precisión los conceptos y nociones claves, identifica adecuadamente problemas y aportes provenientes de la jurisprudencia de la Corte IDH y desarrolla soluciones viables.

Otro de los puntos altos es el énfasis en el rol de la víctima y la importancia que sobre el tema imprime el autor. La función de la víctima en el SIDH ha ido evolucionando y esa evolución es posible advertirla en el texto.

Metodológicamente, es un acierto el uso de recursos como cuadros comparativos y situaciones hipotéticas.

Tomando en cuenta los objetivos propuestos, es un acierto el hecho de trabajar con obras de las personas que han sido miembros del tribunal cuya jurisprudencia se encuentra bajo análisis, que han for-

mado parte de la CIDH o que son reconocidos usuarios del SIDH. La idea de estudiar analíticamente la casuística de la Corte IDH se ve reforzada por el complemento que representan.

En resumidas cuentas, la obra no se queda en una mera descripción de la actualidad, ni de la doctrina e interpretaciones que han realizado los organismos internacionales y tribunales nacionales argentinos, sino que va más allá, desarrolla y expone conceptos, analiza y critica el estado de la cuestión, y propone teórica y prácticamente soluciones asequibles que invitan a debatir sobre cada cuestión.

Reseña de la obra *El delito de la desaparición forzada en la Argentina entre 1976 y 1983*

Salinas, P. G. y Beigel, V. L. (2018). *El delito de la desaparición forzada en la Argentina entre 1976 y 1983*. Quilmes: Universidad Nacional de Quilmes.

Por Gabriel F. Bicinskas¹

La obra reseñada, cuyas 146 páginas forman parte de la Colección Derechos Humanos, es el producto del esfuerzo de dos reconocidos litigantes en derechos humanos como son Viviana Beigel y Pablo Salinas. El texto comienza con un valioso prólogo del jurista español Baltazar Garzón, quien dirige la colección junto a María Sonderéguer. Continúa con un relato testimonial sobre el impacto familiar de la desaparición forzada de Gisela Tenembaum realizado por Gabriela Mussuto, que da paso a la introducción, donde se explica el contenido de la obra y la metodología aplicada. El texto luego se desarrolla a lo largo de cuatro capítulos y concluye con unas consideraciones finales, además de un anexo con la sentencia a prisión perpetua de ex magistrados federales mendocinos por crímenes cometidos durante la última dictadura cívico-militar.

Baltazar Garzón prologa el libro ilustrando sobre la definición del concepto de desaparición forzada, abarcando su mirada a la situación en general de ese delito en países como Camboya, España, México y, por supuesto, la Argentina, pasando desde los hechos criminales de la última dictadura cívico-militar hasta el caso de Santiago Maldonado.

¹ Abogado (UBA). Docente de Derechos Humanos y Garantías (UNPAZ) y Derechos Humanos y Terrorismo de Estado y Delitos de Lesa Humanidad (UNDAV).

En el primer capítulo Beigel y Salinas se abocan a un repaso histórico documental para rastrear los orígenes de la desaparición forzada como estrategia de terrorismo estatal. Comienzan con la Segunda Guerra Mundial y las aplicaciones de desapariciones forzadas por parte del nazismo, tanto en los territorios ocupados especialmente en parte de la ex Unión Soviética y Polonia como contra el pueblo judío en la propia Alemania. Se analizan distintos decretos de ese período, que muestran algunos caracteres particulares de las prácticas alemanas y que hoy día constituyen partes esenciales en la definición del concepto de *desaparición forzada*.

Un fragmento central de dicho capítulo es dedicado a los “aportes” de Francia a la aplicación de la desaparición forzada. Se mencionan documentos y hechos que demuestran la forma en que las fuerzas francesas aplicaban la desaparición forzada y la tortura en la lucha contra las organizaciones independentistas de Argelia, y cómo esas experiencias y métodos fueron transmitidos a los futuros genocidas de la Argentina. Se concluye el capítulo abordando una de las fuentes principales de formación en tortura y desaparición forzada de personas que es la Doctrina de la Seguridad Nacional, grabada en las más altas esferas militares latinoamericanas en la Escuela de las Américas por parte de Estados Unidos. Allí también se abordan las condenables políticas aplicadas en la región por parte del Premio Nobel de la Paz de 1973, Henri Kissinger.

Beigel y Salinas muestran cómo todos estos hechos aportan y confluyen al llamado Proceso de Reorganización Nacional. Prácticas llevadas adelante por el régimen nazi, perfeccionadas por Francia en Argelia, y fomentadas en la educación de las elites militares en la Escuela de las Américas por parte de Estados Unidos, encontraron en la Argentina de la última dictadura militar la aplicación perfeccionada y atroz del terrorismo de Estado que llevó la práctica de las desapariciones forzadas a un nivel desconocido hasta el momento por la humanidad.

En el capítulo II se estudian los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que abordan el problema de las desapariciones forzadas de personas. Desde la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, pasando por la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma, hasta la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. También se enumera y analiza jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia.

En el capítulo III se profundiza en el contexto histórico en el que se produjeron las prácticas sistemáticas y generalizadas de desaparición forzada de personas en la Argentina, señalando cómo el concepto de subversión fue llevado al campo delictual y en él se consideró tanto a la utilización de la fuerza como a la utilización de las ideas que pudieran alterar el orden occidental y cristiano defendido por los genocidas.

Se señala también cómo la desaparición forzada de personas tuvo a sus víctimas premeditadamente elegidas, a la vez que se buscaba con dicha práctica garantizar la impunidad de sus crímenes al mismo tiempo que la difusión del terror y el horror.

Continúa este capítulo enumerando algunos de los cientos de casos sobre desapariciones forzadas en la última dictadura cívico-militar-eclesiástica ocurridos en la provincia de Mendoza. Entre ellos,

los casos de María Cristina Lillo y Mercedes Vega, en cuyas investigaciones por las responsabilidades penales por su desaparición fueron querellantes representando al MEDH tanto Beigel como Salinas.

Los relatos ponen el acento en cómo las autoridades tornaron ineficaces los recursos judiciales intentados, subrayando las complicidades necesarias de la Justicia Federal de Mendoza para que las desapariciones forzadas se hubieran llevado a cabo con total impunidad.

En el último capítulo se abordan aspectos jurídicos de las investigaciones penales en Mendoza que siguieron a la caída de las leyes de impunidad en la Argentina.

La autora y el autor sostienen serias objeciones respecto a la labor de los jueces en las primeras etapas de la investigación, quienes tipificaban la conducta como privación de la libertad en forma agravada, dado que no estaba tipificado el tipo penal de desaparición forzada de personas, sosteniendo que dicha tipificación no describe con total desarrollo la conducta típica realizada y que lleva a minimizar los hechos y también a formas solapadas de impunidad.

Describen el modo en que esas objeciones fueron recogidas por la Fiscalía Federal de Mendoza y las querellas en las etapas de juicio oral, lo que dio lugar al pedido de recalificación a partir de los cuales se juzgaron como homicidios calificados. Se analizan también los criterios utilizados para abordar la investigación de los delitos cometidos durante la última dictadura y distinguir entre los autores de los gravísimos hechos y los cómplices y partícipes, haciéndose de los desarrollos de Hans Welzel y Claus Roxin respecto de la autoría mediata.

Por último, en este capítulo se analizan los desarrollos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los deberes de prevenir, investigar y sancionar la desaparición forzada de personas y que se derivan de la obligación general de garantía de los derechos humanos que le impone a los Estados la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos y las obligaciones que surgen de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

En las consideraciones finales se realiza un repaso de los conceptos abordados más relevantes. Se analiza, también, el aporte realizado en la protección de los derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Velázquez Rodríguez c. Honduras*, que resultaron en conceptos luego recogidos por las sentencias de los tribunales mendocinos que condenaron a los integrantes de la Justicia Federal de Mendoza.

Sobre el final del libro se agrega un anexo en donde es posible leer dicha sentencia condenatoria contra quienes aseguraron impunidad durante la dictadura cívico-militar y permitieron de ese modo la comisión de los gravísimos hechos que terminaron “perfeccionando” la “desaparición forzada de personas” por su aplicación sistemática y generalizada, idea central de la obra.

En síntesis, nos encontramos frente a un trabajo metódico en lo histórico-jurídico que va desde los conceptos generales sobre desaparición forzada de personas y su génesis histórica, hasta su aplicación como herramienta de terror e impunidad en Argentina, abarcando los desafíos jurídicos que implicaron el fin de la impunidad en casos concretos de la provincia de Mendoza.

Reseña de la obra *Derecho Internacional Público*

Armagnague, J. F. (2018). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Astrea

Por Leopoldo M. A. Godio¹

La aparición de un texto que abarque los aspectos generales del derecho internacional público constituye un entusiasmo para quienes se dedican a la enseñanza de la especialidad y siguen con atención permanente el desarrollo de las relaciones internacionales, especialmente por las características dinámicas que exigen periódica actualización.

Se trata de una obra teórica y doctrinaria del jurista mendocino Juan Fernando Armagnague –prologada por Juan Archibaldo Lanús–, que analiza los temas obligados para la enseñanza de la asignatura y en los cuales el autor se propone adoptar una posición personal que sea respetuosa de las ideas contrarias –cita para ello una frase atribuida a François-Marie Arouet– con el objeto de fomentar, en las palabras preliminares del autor, el “deseo de completar o profundizar, mediante el propio esfuerzo de la búsqueda personal, el conocimiento de las relaciones internacionales”.

Nada más leer el índice se advierte la estructura poco habitual en su organización, que creemos que el autor debió aclarar en cuanto las razones que le motivaron para disponer su secuencia, sin perjuicio

¹ Abogado y Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Profesor de Derecho Internacional Público (UBA-UCA-UP). Investigador Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”. Miembro Titular de la AADI. Miembro del Instituto de Derecho Internacional del CARI, y Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, entre otras instituciones.

de considerarla, en nuestra opinión, por demás dificultosa para quienes realicen sus primeras lecturas en la materia, por las razones que señalaremos superficial y sintéticamente.

Creemos que la organización estructural del texto es cuestionable –aunque reiteramos que el autor podría, bien justificar su elección en una segunda edición de la obra, o bien modificar en el futuro la aquí analizada–, ya que no se observa un criterio claro al alternar los sujetos con los actos ilícitos y la responsabilidad internacional, para luego retomar los elementos de un sujeto en particular (el Estado) y luego dedicar capítulo previsto para la República Argentina y allí incluir el estudio del derecho internacional del ambiente; continuado por algunos aspectos clásicos del derecho del mar, que es un verdadero acuerdo global; y prosigue con los sujetos a través de las organizaciones internacionales, los órganos del Estado, el individuo (limitado a las personas físicas), el derecho de la integración y el derecho comunitario; continúa con una unidad dedicada al estudio de una de las fuentes (los tratados), la solución pacífica de controversias, las situaciones de quebrantamiento de la paz y finaliza con un “Derecho Humanitario Internacional” que retoma en su desarrollo el derecho internacional ambiental.

Aclarada esta observación, merecen destacarse algunas consideraciones en cuanto al contenido de los distintos capítulos. En el primer capítulo, dedicado a la comunidad internacional en general y sus caracteres, el autor señala una breve distinción entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado para luego, con acierto, recordar que el “Derecho natural y de gentes” fue conceptualizado como “Derecho Internacional” por Bentham, en el siglo XVIII y posteriormente señalar algunas definiciones conceptualizadas por prestigiosos especialistas como Díez de Velasco Vallejo, Verdross o Barboza, entre otros, e identifica su nacimiento a partir de la denominada Paz de Westfalia de 1648.

En el mismo tenor de análisis, el autor sintetiza los acontecimientos históricos más relevantes que habilitaron la gestación y consolidación de los principios elementales del derecho internacional público, la posterior aparición de la Sociedad de las Naciones, el sistema de Naciones Unidas y la organización de la comunidad internacional contemporánea hasta la caída del muro de Berlín en 1989, al que adiciona una breve referencia a la situación luego del 11-S, en 2001.

En cuanto al examen del derecho internacional y sus caracteres, se destaca el desarrollo realizado por el autor respecto del monismo internacionalista como teoría imperante y los presupuestos histórico-sociológicos, pero aquel lúcido desarrollo contrasta con la extensión y profundidad en materia de fuentes, que juzgamos insuficiente por la importancia que exige su explicación.

El segundo capítulo inicia con una caracterización general de los sujetos, para luego referirse a los Estados y es completado por situaciones denominadas por el autor como “casos especiales”. Lamentablemente, aquí no coincidimos con el autor en la elección, estrategia y desarrollo de la unidad, ya que un lector no avezado en la especialidad podría desarrollar errores u omisiones significativas, especialmente respecto de las diferencias entre la Santa Sede y el Estado-Ciudad del Vaticano, la comunidad beligerante y su diferencia con los insurgentes –que no son sujetos del derecho internacional y a cuyo respecto el autor no adopta posición– al tiempo que omite referirse a la subjetividad de la Soberana

Militar Orden de Malta, el Comité Internacional de la Cruz Roja y el individuo en forma integral, ya que solo se dedica a desarrollar la subjetividad de las personas físicas (capítulo IX).

Asimismo, mayor confusión agrega al incluir –sin justificación sobre la ubicación en este sector de la obra– el régimen de mandatos y fideicomisos, al tiempo que omite a las organizaciones internacionales, a la cuales dedica el capítulo X.

El tercer capítulo se encuentra dedicado al Estado, sus elementos, el reconocimiento de aquellos y su sucesión (sin aclarar si existen normas convencionales en vigor o no) para luego analizar su extinción y el reconocimiento de los gobiernos. En el mismo capítulo incluye los principales derechos y deberes de los Estados, junto a la evolución y desarrollo del principio de no intervención codificado en la Carta de la ONU.

El capítulo IV prosigue un análisis de la responsabilidad internacional de los Estados, con una breve referencia a las organizaciones internacionales. Al respecto, consideramos adecuado el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad internacional e incluso de la síntesis respecto de los distintos hechos que acarrearán responsabilidad internacional –con fundamento en la costumbre, gran parte codificada luego en la Resolución 56/83 de la Asamblea General, del 12 de diciembre de 2001 que el autor debería considerar, especialmente al final del punto 24, entre páginas 83 a 85– aunque creemos que la inclusión de la “doctrina Tejedor” sería más apropiada junto con el desarrollo del instituto de la protección diplomática, desarrollada en el punto siguiente y respecto del cual se omite a la famosa doctrina de la “Comunidad de Fortuna”, ideada por Podestá Costa y destacada recientemente por Piombo en un texto referenciado como bibliografía consultada en la obra aquí reseñada.

El quinto capítulo analiza las competencias territoriales del Estado y sus teorías, se dedica al estudio del régimen fluvial interno y al sistema de recursos compartidos y sus principios, con especial referencia a la controversia sobre las plantas de celulosa en el Río Uruguay, aunque su final es erróneo, ya que afirma el inicio de un nuevo procedimiento iniciado ante la Corte Internacional de Justicia en el año 2013, pendiente de resolución, situación que no se ha presentado. En este mismo punto incluye a los canales internacionales y los estrechos internacionales –refiriéndose a doctrina superada por el derecho internacional vigente–.

El capítulo VI inicia con una síntesis del problema más importante de la historia de la política exterior argentina: la Cuestión Malvinas. La síntesis del autor es un trabajo logrado y se destaca la referencia al famoso “Alegato Ruda”, que originó la Resolución 2065 de la Asamblea General, en 1965, clave para la posición jurídica argentina y los progresos realizados en su consecuencia hasta el conflicto bélico de 1982. En este punto, el autor también se refiere al establecimiento del límite exterior de la plataforma continental argentina y su relación con la Cuestión Malvinas, aunque consideramos que aquel debía ser mencionado en el capítulo dedicado al derecho del mar. En el mismo capítulo VI el autor se dedica al derecho internacional ambiental y su protección, aspecto que luego retoma en el capítulo XVI de la obra.

El derecho del mar es el objeto de estudio en el capítulo VII. El autor sintetiza los principales debates desde la I Conferencia Codificadora de la Haya de 1930 (omitiendo todos los importantes debates

respecto de la libertad de los mares que dominaron el tema desde el siglo XVII) y no logra sintetizar correctamente la importancia de las dos primeras conferencias de Ginebra, de 1958 y 1960, respectivamente. El resto del capítulo comprende una mera descripción de los espacios marítimos proyectados a partir de las líneas de base, omitiendo toda referencia a las restantes e importantes regulaciones sobre los usos de los mares y océanos dispuestas en la Convemar, así como su sistema de solución de controversias y la importancia de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, que menciona, pero no explica su importancia al administrar el patrimonio común de la humanidad.

Al capítulo siguiente, el VIII, se corresponde el estudio de las organizaciones internacionales –que creemos debió comprenderse junto con la sección dedicada a los sujetos– para más adelante analizar, parcialmente, a la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, junto a los antecedentes y órganos que la componen.

Los órganos estatales son analizados en el capítulo IX, al tiempo que dedica el estudio del individuo desde la perspectiva de los derechos humanos –y su internacionalización– en el capítulo siguiente, con un desarrollo notable del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que cumple las expectativas necesarias. En el mismo capítulo incluye los “delitos contra la persona humana” y desarrolla un punto que comprende unificadamente a los “crímenes y delitos internacionales” en un criterio metodológico que no compartimos y merecería justificaciones al respecto, debido a la diferencia que presentan ambos conceptos.

La solvencia y acierto del autor se advierte claramente en los capítulos XI y XII, que explican con gran síntesis las experiencias de integración en América y Europa. Se trata de una lectura amena a pesar de la complejidad que poseen estos sistemas, especialmente la experiencia de la Unión Europea. Sin embargo, habría sido deseable la inclusión de los progresos más actuales del proceso europeo, especialmente luego de la firma del Tratado de Lisboa en 2007 y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El último capítulo comprende una referencia al funcionamiento del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y las influencias del GATT, la OMC y el Consenso de Washington. Quizás el autor podría haber sistematizado los dos capítulos en uno, dedicado al comercio internacional y los esquemas de integración.

El capítulo XIII se concentra en el derecho de los tratados, logrando una clara explicación respecto de las etapas que corresponden a la celebración de tratados celebrados en buena y debida forma.

El siguiente capítulo titulado “Conflictos internacionales” cita a Moreno Quintana para justificar la utilización del término “conflicto”, cuestión ampliamente superada por la doctrina especializada contemporánea que considera “conflicto” a las situaciones que revisten conflictos armados regidos por el derecho internacional humanitario y denomina “controversia” a las disputas o diferencias sobre aspectos de hecho o de derecho entre dos o más Estados, tal como señalase la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Mavrommatis*, que el autor conoce y menciona correctamente en su desarrollo. Asimismo, el autor incluye “Las luchas civiles” según la concepción de Moreno Quintana y el uso de la fuerza según la Carta, para finalizar el capítulo con consideraciones respecto de los medios coercitivos.

Finalmente, la obra culmina con dos capítulos denominados “Guerra, neutralidad y seguridad colectiva” y “Derecho Humanitario Internacional” que resultan de utilidad para recordar (o profundizar, según el caso) algunas cuestiones analizadas transversalmente en páginas previas.

Entre los aspectos críticos, creemos que el autor debió adoptar mayores recaudos en materia de fuentes, ya que se infiere la opinión de distintos especialistas o disposiciones convencionales, pero luego omite incluir la referencia pertinente o bien, recurre a fuentes indirectas para citar a los clásicos, como Grotius, de Vitoria, Suárez, Vattel y Jellinek (referido al inicio de los capítulos III y V, pero no incluido en la bibliografía final), entre otros.

No obstante, el verdadero valor de la obra se encuentra en la síntesis que logra realizar el autor respecto de temas extensos y sin omitir los principales acontecimientos históricos que contextualizan el estudio analítico de las instituciones del derecho internacional público. Asimismo, el texto resulta una invitación para que los estudiantes y noveles juristas realicen sus propias indagaciones e investigaciones a partir de las reflexiones del autor –siempre bienvenidas–, especialmente a partir de la correcta vinculación entre los puntos tratados y la referencia a la casuística, principalmente respecto de las controversias decididas por la Corte Internacional de Justicia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina.

Como consideración final, se puede destacar que el libro reseñado resulta didáctico al sintetizar conceptos esenciales del derecho internacional público –cuestión que no es sencilla– y lo transmite en un nivel apto para su utilización en las universidades con el objeto de fomentar el desarrollo de ideas personales a través del estudio personal, tal como lo señala el autor en su introducción.

Reseña de la obra *Tutela judicial de los derechos humanos*

Dietz, M. F. (2018). *Tutela judicial de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea

Por Romina G. Peñaloza¹

En la obra que se reseña a continuación, es necesario destacar cómo la autora ofrece al lector un estudio metódico, completo y a la vez claro acerca de la tutela judicial de los derechos humanos.

Dietz no solo hace una descripción del escenario actual del sistema interamericano de protección y su tutela judicial a nivel doméstico, sino también cuenta la evolución del constitucionalismo empleando para ello corrientes doctrinarias y jurisprudencia. Esta última es abordada de forma cronológica permitiendo un mayor entendimiento de cómo se ha llevado adelante la protección de los derechos fundamentales reconocidos tanto en la Constitución Nacional como en los instrumentos internacionales por parte del poder judicial.

La autora propone una mirada de la Constitución Nacional, ya no en forma aislada sino también en clave convencional, puesto que a partir de la reforma constitucional de 1994 la importancia de los tratados internacionales en el orden jurídico interno ha cambiado completamente.

¹ Estudiante de Abogacía (UNPAZ). Integrante del Proyecto de Investigación y Desarrollo en Formación de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de José C. Paz "El rol de la víctima en los casos argentinos ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos".

Para ello, Dietz en los primeros capítulos realiza una recopilación muy ilustrativa de esta evolución, así como sus antecedentes en materia de control judicial de constitucionalidad pretoriano, que tuvo como influencia el “constitucionalismo estadounidense”. Además, señala la evolución del derecho constitucional desde fines del siglo XX y principios del siglo XXI y la apertura de nuestro ordenamiento jurídico interno hacia el derecho internacional, que ha tenido como objeto garantizar la vigencia de la Constitución efectivizando así los principios y derechos que ella consagra.

Afirma, por lo tanto, que el constitucionalismo ha buscado desde sus orígenes tutelar los derechos humanos en virtud de que estos son preexistentes a la creación de cualquier norma o tratado, por ser atributos esenciales del ser humano.

Especial hincapié hace en el análisis de la reforma constitucional del año 1994, en particular de su artículo 75, inciso 22 cuando otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales con carácter de complementariedad a los derechos y garantías ya reconocidos en nuestra carta fundamental, integrando el denominado “Bloque Federal de Constitucionalidad”.

La autora destina un capítulo entero a aspectos tales como los antecedentes de este término en la Constitución, su definición, su fuente normativa y cómo ha sido abordado en la doctrina en nuestro país para resolver las posibles colisiones normativas que se presentan dentro del mencionado bloque.

A partir de dicha reforma se plantean nuevas perspectivas y cambios estructurales creando así un nuevo sistema de fuentes del derecho, que genera la problemática planteada en el presente trabajo en cuanto a determinar si la supremacía constitucional se ha desvanecido ante la supremacía convencional.

Dietz sostiene que en caso de conflicto normativo debe prevalecer la norma que sea más favorable a la persona, es decir, que rige una regla hermenéutica de *pro hominis*.

Además señala con énfasis que la Constitución Nacional no deja de ser suprema, puesto que es ella misma la que le otorga igual jerarquía a los tratados y, por consiguiente, continúa siendo la norma fundante del sistema; pero ante la aceptación de la competencia de órganos supraestatales, estos pueden enjuiciar en caso de incumplimiento al Estado, dado que los derechos que fueron reconocidos son operativos, de aplicación inmediata y los gobiernos están obligados a observarlos y garantizar su cumplimiento.

Para arribar a esta conclusión, Dietz realiza un análisis minucioso del “control de convencionalidad”, tanto en la jurisprudencia de la Corte IDH como de la Corte Suprema doméstica en cuanto a sus orígenes, objeto sobre el cual se practica, sus efectos, así como los sujetos que lo ejercen, concluyendo que dicho control complementa la supremacía constitucional.

Seguidamente, examina el valor que la jurisprudencia –internacional como local– y la doctrina –nacional como extranjera– otorgan a las recomendaciones emitidas por la Comisión IDH.

Por último, tratará la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte IDH, cómo se entiende que estas deben ser ejecutadas, sus efectos y la supervisión del acatamiento por parte de los Estados parte.

Dietz va a señalar, con sustento en dichos argumentos que, si bien son consideradas obligatorias las sentencias de la Corte IDH, también lo son las recomendaciones emitidas por la Comisión IDH, dado que los actos emanados de ambos órganos supranacionales forman parte del *corpus iuris* que constituye el Bloque Federal de Constitucionalidad, dentro del cual va a prevalecer el principio *pro homine* anteriormente mencionado.

De esta manera, la autora resuelve el eje central del que parte su labor y afirma que no es posible hablar de un enfrentamiento entre la supremacía constitucional y la supremacía convencional. Concluye que tanto el control de constitucionalidad como de convencionalidad convergen y, de modo coordinado y complementario, procurarán su objetivo máximo que es lograr una mayor tutela efectiva de los derechos humanos.

En síntesis, considero que la obra reseñada resulta un material que ilustra al lector de modo práctico y completo el escenario actual del sistema interamericano de derechos humanos y cómo este es aplicado en nuestro ordenamiento jurídico interno para hacer efectivo el ejercicio de estos derechos internacionalmente reconocidos.

Reseña de la obra *Incumplimiento de sentencias internacionales. Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

Albanese, S. (coord.) (2018). *Incumplimiento de sentencias internacionales. Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediar

Por María Laura Olivera¹

La obra reseñada incluye en el comienzo un ensayo, a modo de introducción, realizado por su coordinadora, Susana Albanese, donde establece los alcances del libro y su enfoque, dentro del cual se destaca el estudio sobre las decisiones dictadas en el marco de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH–. Luego, en la parte central del libro, se analizan la efectividad de las sentencias internacionales y el incumplimiento de las mismas, tanto en forma total como parcial.

El estudio está compuesto por 22 capítulos donde se analizan a los correspondientes Estados, cada uno tratado por diferentes autores, y se presenta como una conjunción de voluntades de quienes la componen, destinada a presentar la función desplegada de la competencia contenciosa de la Corte IDH, la cual segrega la fase de supervisión de cumplimiento de sentencias, a causa de los reiterados incumplimientos de las sentencias que se han ido dando a lo largo de los años.

¹ Estudiante de Abogacía (UNPAZ). Integrante del Proyecto de Investigación y Desarrollo en Formación de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de José C. Paz “El rol de la víctima en los casos argentinos ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.

Partiendo de un exhaustivo análisis de los casos que han llegado a dicho tribunal, desde su constitución hasta la actualidad, respecto de la previamente mencionada faz contenciosa que han sido más de doscientos y han motivado diversas decisiones, indemnizaciones compensatorias y reparaciones, entre otras medidas de reparación, se detectó que la gran mayoría de las violaciones por parte de los estados se centró, en primer lugar, en las garantías judiciales (art. 8 de la CADH), en segundo lugar, la protección judicial (art. 25 de la CADH) y, en menor frecuencia, el derecho a la integridad, derecho a la libertad personal y el derecho a la vida (arts. 5, 7 y 4, respectivamente).

En relación con el esquema seleccionado, se incluyen datos extraídos de las sentencias de la Corte IDH con relación a cada uno de los Estados Parte de la CADH, que han reconocido la competencia de la Corte IDH, tal como establece el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El estudio de cada uno de los Estados se ha esquematizado de manera uniforme, todos comienzan con el nombre del caso y la sentencia de fondo de la Corte IDH, un detalle sucinto de los hechos, así como también de los derechos violados, las reparaciones ordenadas y el estado de cumplimiento o no de las mismas. Se incluyen, además, algunas fechas importantes y, por último, se incorporan reflexiones finales o comparaciones entre los distintos casos.

Volviendo al eje central de la obra, es decir, el elevado porcentaje de incumplimiento de las sentencias internacionales, es importante señalar que el cumplimiento de estas es una obligación que adquieren los Estados al aceptar la competencia de la Corte. El cumplimiento de las reparaciones constituye una parte de la jurisdicción internacional, la cual comprende la facultad de administrar justicia y tiene en cuenta tanto las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos como las normas procesales. Es decir, el cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte debe realizarse en un plazo razonable –principio que deriva de la jurisprudencia de la Corte IDH–. El plazo se evaluará desde el momento en que se presenta la petición ante la CIDH hasta que se cumpla con la sentencia emanada del mismo órgano en su totalidad. Una vez cumplida la sentencia en su totalidad, la causa será archivada.

Las causas que llevan a los Estados a no realizar las medidas de reparación que establece el Tribunal, se cree, son complejas y, por este motivo, resulta dificultoso categorizarlas. Incluso esta cuestión es objeto de numerosas investigaciones, de las que ha derivado que el problema principal suele ser que los Estados Parte aún no poseen el compromiso suficiente con las cuestiones relacionadas a la protección internacional de los derechos humanos, pese a haber ratificado la CADH. También se alude a la falta de un marco regulatorio general y comprensivo de las situaciones que se generan a raíz de decisiones de los tribunales internacionales. Teniendo en cuenta este supuesto es que se han creado los mecanismos de control y supervisión del estado de cumplimiento de las sentencias previamente mencionados.

Por último, se destaca el capítulo donde se analiza la situación de nuestro país. En la introducción del capítulo, Facundo Capurro Robles establece que, de acuerdo al último informe anual de la Corte IDH, son once los casos que aún continúan abiertos y bajo la supervisión de dicho órgano, de los diecisiete que han arribado al tribunal.

Los casos contenciosos en los cuales la Corte ha determinado la responsabilidad internacional del Estado argentino se caracterizan por coincidir, en su mayoría, en la violación al derecho a las garantías judiciales, a la integridad personal, a la libertad personal y al derecho a gozar de la protección judicial. En menor medida podemos remitirnos a la protección de los/as niños/as y el derecho a la protección de la familia, y a la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno.

A modo de conclusión, luego de recorrer las páginas de la obra, se puede afirmar que es de suma urgencia la creación de un sistema regulatorio que brinde certeza a las víctimas para lograr así que cada uno de los Estados pueda saldar las deudas pendientes y evitar que sigan ocurriendo violaciones de derechos humanos.

Cada uno de los Estados Parte debe tener conciencia sobre la importancia del cumplimiento de las sentencias emanadas de la Corte IDH, además del compromiso con dicho órgano. En principio, deben reconocer el problema existente entre el dictado de las sentencias y su ejecución, para así poder cumplirlas y garantizar a cada una de las víctimas y sus familias el respeto y reconocimiento de los derechos humanos que han sido violentados. El retraso en el cumplimiento no es más que la negación del derecho a obtener justicia por parte de los Estados.

En síntesis, la obra es valiosa puesto que sistematiza la información existente con relación a las sentencias dictadas por la Corte IDH.

Reseña del libro *Género e Identidad de Género: regulación y perspectivas*, dirigido por Laura M. Giosa y Guillermina Zabalza

Giosa, L. M. y Zabalza, G. (dirs.) (2018). *Género e Identidad de Género: regulación y perspectivas*. Buenos Aires: La Ley.

Por Julieta Daniela Velardez¹

La obra *Género e Identidad de Género: regulación y perspectivas*, dirigida por Laura Giosa y Guillermina Zabalza, en colaboración con diferentes académicos especialistas en la materia, logra un análisis lo más integral posible de la temática dentro del actual marco jurídico.

El libro se compone de tres capítulos: Análisis y reflexión sobre la Ley N° 26743 –sancionada en 2012–; Derecho internacional de los derechos humanos y derecho comparado; e Identidad de género, infancia y adolescencia, junto a un anexo documental.

El capítulo I está compuesto por dos artículos. En el primero, “La identidad de género en la Argentina. Realidades y proyecciones”, Laura Giosa y María Shiro abordan, a nivel nacional, el impacto jurídico y estatal de la Ley N° 26743 de Identidad de Género. Las autoras entienden que su sanción representó un cambio de paradigma que dejó de lado el modelo de la patologización de la identidad de género, para pasar a una visión fundada en el respeto de los derechos humanos. Se destaca el concepto de “evolución”, marcando tres momentos en la jurisprudencia local: el rechazo mayoritario al reconocimiento judicial del cambio de sexo, la admisión del cambio de sexo solo en supuestos de intersexualidad, y, por último, la receptividad ante casos de transexualidad y cambio de género.

¹ Estudiante de Abogacía (UNPAZ). Se desempeña en la Defensoría Pública Oficial N° 4 ante el Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

Sobre la operatividad de la ley en el plano administrativo local, las autoras comentan las gestiones previstas en el ámbito registral y documental, en el ámbito de la salud, y las consideraciones con menores de edad y extranjeros, a los fines de evitar la mayor judicialización de casos. Un caso aparte es la consideración de niños, niñas y adolescentes que pretendan acceder al cambio de género, ante los cuales se tendrá especialmente en cuenta el interés superior del niño y su capacidad progresiva. Este será un tema recurrente en todos los autores que abordan la temática niñez y género.

Por último, en el plano jurídico, Gioza y Shiro destacan la oponibilidad a terceros del derecho a la identidad de género, situación que no modifica titularidad de derechos y obligaciones, pero sí faculta al individuo que haya modificado su género frente a la realidad, brindándole reconocimiento y amparo legal.

En el segundo texto, “Derecho y cultura: hacia una antropología jurídica del derecho a la identidad de género”, Eduardo Arrubia propone un análisis que parte desde una visión antropológica. El autor aborda el concepto de sexualidad como una construcción social que evoluciona en el devenir del tiempo, proponiendo un enfoque binario y heteronormado. Como respuesta a ello surge un movimiento político que se opone a las concepciones más arcaicas y biologicistas, transformando los estándares médicos de antaño. A través de la introducción de la noción de género en el terreno jurídico Arrubia explica, muy acertadamente, que la identidad de género exige el reconocimiento legal y normativo para poder brindar a los individuos la capacidad de goce y ejercicio de sus derechos. Para ello, relaciona el principio de libertad con el derecho a la identidad y trae a colación los Principios de Yogyakarta.

Para la articulación de este entramado, Arrubia considera necesario un cambio cultural, entendiendo a la cultura como el mecanismo por el cual el ser humano “puede adaptarse rápidamente a los cambios de su entorno o mejorar su capacidad para utilizar un entorno existente”, siendo para ello necesario un abordaje multidisciplinario.

El capítulo II se compone de tres apartados. El primero, “Evolución de los principios de igualdad y no discriminación como protectorios de las diversidades sexuales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, elaborado por Gerardo Cerabona, asocia los principios de igualdad y no discriminación a la cuestión de género. Frente a la no discriminación por razones de sexo o género y el principio de igualdad, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha pronunciado para reforzar su tutela a través de instrumentos internacionales tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, entre otros.

El autor indica que el colectivo LGTBIQ ha suscitado una ocupación tardía por el Sistema Internacional de los Derechos Humanos. Empero, el Sistema Interamericano se ha preocupado y ocupado de la temática con más premura que el resto de los sistemas de protección. Así, realiza un valioso recorrido por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación con la identidad de género.

En “La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: limitaciones impuestas por el margen de apreciación de los Estados”, Mariana Brocca nos muestra las limitaciones en materia de identidad de género y matrimonio igualitario que se reflejan en la jurisprudencia del sistema europeo

de derechos humanos. A partir de la distinción de dos etapas, se puede observar cómo se produjo una transición desde una postura más restrictiva, con un gran margen de apreciación e interpretación por parte de los Estados europeos, a una interpretación más evolutiva, a través de la cual el TEDH concede un alcance superior al derecho a la identidad de género en el fallo “Goodwin vs. Reino Unido”.

Si bien esta evolución representa ganar campo en materia de derechos, el TEDH no responde de la misma manera cuando se trata de casos en materia de matrimonio igualitario –“Hämäläinen vs. Finlandia”– toda vez que considera la institución del matrimonio como un tema controversial, sobre el cual los diferentes Estados tienen criterios ampliamente disímiles.

El último texto de este capítulo, “El cambio de nombre por reasignación de género en El Salvador”, elaborado por Karla Marina Criollo Mendoza, aborda en el plano nacional los serios obstáculos legislativos que surgen en materia de identidad de género en aquel país, pese a que ha suscripto diversos instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos. La autora denota el incumplimiento por parte del Estado pese a la tarea de los movimientos sociales que pugnan por una ley de identidad de género y las recomendaciones y observaciones emitidas por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Describe tres casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia del país, donde el criterio del máximo tribunal varió de una postura a la otra. En el primer fallo, reconoció la readecuación en documentos y nombre de una persona que había cambiado de sexo en el extranjero dando por resultado una contradicción en su país de origen. En el segundo fallo, denegó el cambio de nombre de un caso similar al primero por disforia de género. En el tercero, vuelve a otorgar el cambio de nombre basándose en el derecho a la identidad como un derecho fundamental, pero al mismo tiempo indicó la colocación de una nota marginal en la partida de nacimiento, avasallando así el derecho a la intimidad. De este modo, la autora demuestra que sigue habiendo un vacío legal respecto a la temática que implica que, si bien los casos tienen posibilidad de resolución mediante instancia judicial, el resultado no será siempre satisfactorio.

El capítulo III se compone de cuatro artículos, siendo el primero “Niños, niñas y adolescentes: determinación de sexo, atribución e identidad de género”. La autora, María Florencia Calá, examina la temática desde la idea del “dogma de la dicotomía anatómica”, la cual postula la existencia de dos sexos y que todo lo que sea diferente a ellos, biológicamente, será visto como patológico, desviado. Empero, denota que este dogma es una lectura ideológica y expone el uso de la medicina como la herramienta para la transformación de las sexualidades, a fin de hacerlas encajar en el modelo dicotómico.

El texto indica que estamos frente a un proceso de crisis del paradigma hegemónico, de deconstrucción y reconstrucción. Calá analiza el impacto de la Ley N° 26743, en especial, desarrolla cómo la ley opera sobre aquellas personas menores de edad en el ámbito administrativo y judicial. Destaca, además, la importancia del abogado del niño, y la primacía de la capacidad progresiva e interés superior del niño.

El segundo apartado recibe el nombre de “Identidad de género y niños y adolescentes: cuando el entrecruzamiento de vulnerabilidades sociales exige el pleno goce de los derechos humanos al orden instituido. Con motivo de la sanción de la Ley nacional N° 26743 en la Argentina”, escrito por Mar-

tina Salituri Amezcua. En un extenso artículo, la autora busca analizar la identidad de género desde la subjetividad de niños y adolescentes dentro de la República Argentina. Para ello, desarrolla la doble vulnerabilidad a la que se encuentran sometidos los niños o adolescentes transgénero, en razón de su condición de menores y su condición de personas transexuales. Respecto del plano regional, la autora aborda la Ley Nacional sobre Identidad de Género y su influencia respecto de niños, niñas y adolescentes, menciona un caso emblemático en materia de cambio de sexo de un menor y destaca el reconocimiento por parte de la Corte Suprema, de la personería jurídica de la Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual.

La autora retoma el carácter dicotómico, pero a los fines de aplicarlo a la Ley de Identidad de Género; nos habla de “desjudicialización” en cuanto a las identidades en su reconocimiento y “despatologización” de todo lo relativo a la identidad de género, o sea, habilitación de la vía administrativa para la modificación de la identidad de género y prescindencia de tratamientos médicos a los fines de readecuar el sexo biológico de una persona que así lo requiera.

En “Horizontes de la identidad de género en NNA”, Guillermina Zabalza y María Victoria Schiro ponen el foco en el derecho a la sexualidad y la protección de sus más variados aspectos: identidad sexual, orientación sexual, elección de pareja y ausencia de actividad sexual coercitiva, a lo cual se le suma en el último tiempo la noción de no discriminación por orientación sexual. Las autoras analizan la interacción de la ley de Identidad de Género con el Código Civil y Comercial de la Nación, en relación con niños, niñas y adolescentes. En este sentido, destacan la importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño y retoman el principio de autonomía progresiva, el cual se refleja en el artículo 26 del CCCN, intentando así procurar una noción paternalista por parte del Estado y el gradual empoderamiento de los niños, niñas y adolescentes.

A su vez, desarrollan el concepto de consentimiento informado (presente en la Ley N° 26529) y lo vinculan con la ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26061) a los fines de propugnar por la participación y decisión de los niños, niñas y adolescentes en las terapias y tratamientos médicos a los cuales se vean sometidos.

Sin perjuicio de lo anterior, encuentran una limitación en la Ley de Identidad de Género cuando analizan el artículo 5°: entienden que se presenta una restricción al solicitar la intervención de tutores legales del niño/a/adolescente en el caso de requerir la rectificación del género, apartándose así del principio de autonomía progresiva. Lo mismo en el caso de requerir intervención quirúrgica de reasignación para un menor, poniendo como requisito la intervención de autoridad judicial, que promueve el trato desigual violando el principio de igualdad y no discriminación.

El último apartado de este capítulo recibe el nombre de “La necesaria protección estatal de las niñas y niños cuyos cuerpos difieren de la corporalidad promedio”, y su autora es Carolina Grafeuilly, quien explica la construcción binaria de un sistema, materializado en legislación que obliga a un alineamiento forzoso entre identidad de género y genitalidad, y que margina a las disidencias y mutila para readecuar aquellos cuerpos que no cumplen con el binarismo (utilización de cirugías correctivas).

La autora entiende que, si el Derecho se para desde esta teoría, dejará “sin existencia jurídica” muchas realidades diferentes. Llevado al plano de niños y niñas intersex, los preceptos jurídicos entrarían en contradicción con los principios de igualdad, libertad y dignidad. En virtud de ello, es importante el rol del Estado a los fines de ocuparse de velar porque los seres humanos puedan concretar su existencia “sin prejuicios anacrónicos”, impidiendo las intervenciones quirúrgicas que operen sobre la genitalidad disidente, sin el consentimiento pleno, libre e informado de los individuos. El Estado será el encargado de adoptar medidas positivas para que los niños y niñas intersex puedan gozar de sus derechos y contar con su tutela.

Finalmente, el libro concluye con la presentación un *amicus curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizada por el Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UNICEN y por la Carrera de Especialización en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la misma casa de estudios, en el marco de la solicitud de Opinión Consultiva N° 24.

En síntesis, considero que esta obra sirve como puntapié inicial para abordar la temática sobre género e identidad de género. Si bien los temas abordados se repiten, cada autor otorga su visión personal aportando múltiples enfoques a los fines de comprender la complejidad que supone el ejercicio de los derechos de la comunidad LGBTIQ, una lucha de décadas de un colectivo que ha intentado ganar su lugar en la sociedad, combatiendo la discriminación, la falta de oportunidades y la desigualdad. En nuestro país, pese al avance de la legislación y el cambio de paradigma, aún nos falta mucho por recorrer, un camino que debe ser impulsado por el Estado y acompañado por la sociedad en su conjunto.