

La jurisprudencia de la Corte IDH en los casos contra la República Argentina

La mirada de sus protagonistas



La jurisprudencia de la Corte IDH en los casos contra la República Argentina

La mirada de sus protagonistas

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

ISBN en trámite.

La jurisprudencia de la Corte IDH en los casos contra la República Argentina.

La mirada de sus protagonistas

1ra. edición - noviembre 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,

C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gov.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

PRÓLOGO

SEBASTIÁN ALEJANDRO REY



Cuando desde la Dirección Nacional de Cooperación Internacional Jurídica y en Sistemas Judiciales comenzamos a pensar la idea de organizar un seminario sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos contra la República Argentina, notamos entusiasmo y, al mismo tiempo, sorpresa en nuestros interlocutores.

Les sorprendió, en efecto, advertir que en un país en el que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos es ampliamente conocido y utilizado y en el que hay una rica tradición de análisis y debate sobre las sentencias del tribunal interamericano, no se hubiera organizado antes una jornada para abordar, todas juntas, las sentencias en los casos contra la Argentina.

A la idea original de discusión de los casos le agregamos un condimento más que, sorprendentemente también, no había sido ensayado antes: escuchar la voz de los protagonistas de los casos, tanto las presuntas víctimas y/o sus representantes legales, como los agentes del Estado argentino.

Como las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos están publicadas en internet nos interesaba que los protagonistas socialicen aquellas cosas que las sentencias, en su inevitable recorte, no dicen. Se trató, en definitiva, de una invitación a navegar por los pliegues de la jurisprudencia, compartiendo estrategias, reflexiones, anécdotas, expectativas satisfechas y frustradas y los desafíos pendientes.

De la amalgama de esas ideas nació el seminario “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos contra la República Argentina: la mirada de sus protagonistas”, que tuvo lugar los días 19 y 20 de mayo de 2015 en la Escuela del Servicio de Justicia.

Restaba definir quiénes serían los destinatarios del seminario, y fue así que decidimos que fueran, en primer término, los magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial y de los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa.

La elección resultó sencilla: una recorrida por las sentencias de la Corte Interamericana en los casos contra la República Argentina permite constatar que, en todos los casos, hubo acciones u omisiones del Poder Judicial que constituyeron violaciones a los derechos humanos o, en otros, ese Poder no estuvo a la altura de su obligación de garantizar los derechos humanos, es decir, no investigó, no sancionó o no reparó adecuadamente las violaciones de derechos humanos que habían tenido lugar. Claro está que en algunas oportunidades la responsabilidad internacional se originó por actos de particulares u otros órganos del Estado nacional o de las provincias, pero en todos en algún momento intervinieron los órganos encargados de la administración de justicia.

La obra que aquí presentamos reúne los testimonios de los protagonistas. Naturalmente las suyas no son las únicas voces: no son los únicos actores de los casos. Por ese motivo, esta publicación es también una invitación a esos otros actores, voces y protagonistas, a dar su testimonio. Un llamado a seguir dialogando, debatiendo y reflexionando sobre las violaciones de derechos humanos expresadas en esas sentencias.

Quisiera agradecer a Román De Antoni, Marcos Filardi, Dana Kaufmann, Pablo González, Florencia Pereyra Orbe, Alejandra Lannutti, Marina Chertcoff y Rodrigo Robles Tristán, por la excelente organización del Seminario y la compilación de esta obra y a los disertantes por aceptar la propuesta y por compartir y permitir la publicación de sus reflexiones.

Una palabra de agradecimiento también para la Escuela del Servicio de Justicia, por su habitual predisposición y apoyo para contribuir a la formación de operadores jurídicos comprometidos con la defensa y protección de los derechos humanos.

Y, por último, para Infojus, por publicar esta obra y, al hacerlo, dar un paso más hacia una mayor democratización en el acceso a la información jurídica.



ÍNDICE



Tortura y desaparición forzadas

Ponencia de Pablo Salinas	p. 3
Ponencia de Jorge Nelson Cardozo	p. 31
Ponencia de Verónica Heredia	p. 41

Derechos de los niños, niñas y adolescentes

Ponencia de Stella Maris Martínez.....	p. 49
Ponencia de Marisa Graham	p. 57
Ponencia de María Fernanda López Puleio	p. 65

Garantías judiciales y debido proceso

Ponencia de Gustavo L. Vitale	p. 79
Ponencia de Alberto Javier Salgado	p. 91
Ponencia de Christian G. Sommer.....	p. 101

Libertad de expresión

Ponencia de Damián Loreti p. 117

Ponencia de Eduardo Bertoni..... p. 123

Ponencia de Pablo Carlos Mémoli p. 133

Bibliografía p. 139





Comunicamos al lector que los textos publicados
en el presente volumen provienen de conferencias desgrabadas,
cuyo tono coloquial ha sido respetado íntegramente en la edición



Tortura y desaparición forzadas



PABLO SALINAS⁽¹⁾



El caso penitenciarías de Mendoza

1. Antecedentes

1.1. Intervención de la justicia local

Desde mediados de los años 90 se presentaron reclamos ante las autoridades del poder judicial por las condiciones de detención en la penitenciaría de Mendoza, un establecimiento construido en 1904.

En 1999 el flamante juez de ejecución penal realizó una constatación documentada.

En marzo de 2000 se produjo el llamado “motín vendimial” durante el cual se provocaron grandes destrozos en el interior de la penitenciaría.

Endurecimiento de las medidas de seguridad. Procedimientos con personal encapuchado acompañado por perros.

Durante todo ese año 2000 se presentó un gran número de *habeas corpus* por agravamiento ilegítimo en la forma y condiciones libertad (art. 3º.2 ley 23.098 y 440 CPP).

Se realizaron innumerables visitas judiciales que constataron las denuncias.

En septiembre del 2003 el grupo de trabajo de la ONU sobre detención arbitraria visitó los establecimientos carcelarios de Mendoza.

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Abogado de la Asociación Xumek y Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos. Representante de las víctimas en el caso de las penitenciarías de Mendoza.

1.2. Intervención de la CIDH

En mayo de 2003 la CIDH recibe varias denuncias formuladas por internos de la penitenciaría provincial.

El 1° de mayo de 2004 se produce un incendio en la Colonia Penal Gustavo André en el que murieron 6 internos producto de asfixia y quemaduras de diferentes consideraciones.

Se incrementa la violencia (en total, mueren 13 internos entre marzo y julio de 2004).

Por la gravedad y urgencia, en julio de 2004 se solicitan medidas cautelares a la CIDH. Fueron concedidas el 3 de agosto de ese año (art. 25 R CIDH).

Acumulación en Petición 123/04.

Entre agosto y diciembre de 2004 otros 5 internos son asesinados.

Informe de admisibilidad 70/05 (13/10/2005). Violación a arts. 1°.1, 2°, 4°, 5°, 7° y 25 CADH.

1.3. Intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 14 de octubre de 2004 la CIDH solicita a Corte IDH MP (arts. 63.2 CADH, 25 R Corte IDH y 74 R CIDH: extrema G y U, para evitar DIP).

El 26 de octubre de 2004 la CIDH visitó las cárceles mendocinas.

El 24 de noviembre del mismo año la Corte IDH hizo lugar a las MP.

El 14 de julio de 2005 el juez de ejecución realiza una nueva inspección y concluye que la situación ha empeorado en los últimos 5 años.

Se repite la violencia y continúa la impunidad. Entre marzo de 2005 y diciembre de 2006 otros 7 internos murieron en hechos violentos.

1.4. Intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Dada la cantidad de muertes violentas que ocurrían en la cárcel de Mendoza, más que una cárcel era una morgue, tal como publicó el diario *Página/12*.⁽²⁾

El 6 de setiembre de 2006 la CSJN declaró el carácter obligatorio de las MP.⁽³⁾

(2) H. C., "Más que cárcel, una morgue", en *Página/12*, 19/06/2006.

(3) CSJN, "Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza", 06/09/2006.

El 13 de febrero de 2007 la CSJN emplazó al PEN para que en 15 días cumpla las recomendaciones de la Corte IDH e instruyó a la SCJMendoza y otros tribunales para que hagan cesar el agravamiento en las condiciones de detención. Informe del PE cada 20 días.

2. Efectos inmediatos producidos por la intervención del sistema internacional de protección de derechos humanos

Se produjo la intervención del Servicio Penitenciario provincial.

Reparaciones en varios pabellones en Boulogne Sur Mer, San Felipe y Gustavo André.

Construcción del complejo Almafuerde, inaugurado en noviembre de 2007.

Convenio para construir un establecimiento para detenidos por la justicia federal.

3. Acuerdo de solución amistosa

El 28 de agosto de 2007, se firmó con el Gobernador un acuerdo de solución amistosa. Reconocimiento de responsabilidad, conformación de tribunal arbitral, plan de acción.⁽⁴⁾

3.1. Ley 7930 del 16 de setiembre de 2008

Medidas de reparación pecuniarias: conformación de un tribunal arbitral.

Medidas no pecuniarias: procurador penitenciario, mecanismo provincial de prevención, defensor de los condenados, defensor del pueblo, gestiones para esclarecimiento, placa recordatoria.

4. Encuesta por los peticionarios

Junto con los Dres. Diego Jorge Lavado, Alfredo Ramón Guevara y Carlos Varela Alvarez realizamos una encuesta a las personas privadas de libertad.

Los datos contenidos que se expresan a continuación surgen de información oficial, una encuesta realizada en la penitenciaría de Boulogne Sur Mer, los días 20 y 21 de noviembre de 2008, a 398 internos de distintos pabellones sobre una población total de 911.

(4) Decreto 2740, 12/10/2007.

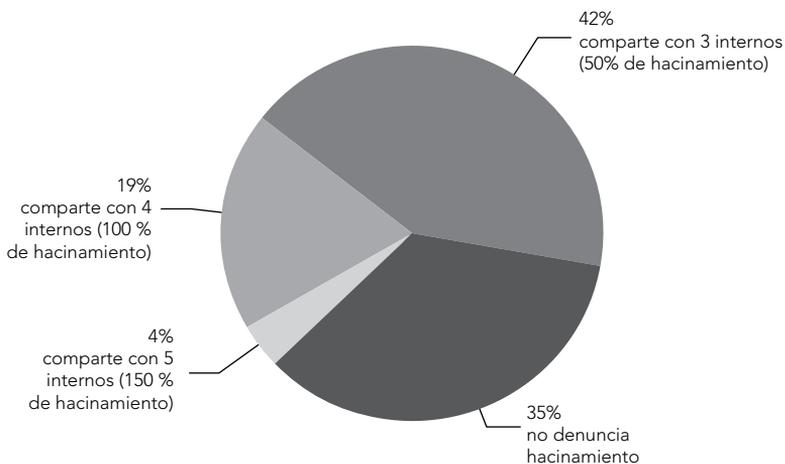
4.1. Sobre el hacinamiento

Más del 75% de los encuestados denunciaron hacinamiento, en muchos casos se encuentran encerrados hasta 5 personas en celdas destinadas para 2.

TABLA 1. HACINAMIENTO PENITENCIARIO DURANTE LOS AÑOS 2008 Y 2009

Establecimiento	Capacidad	Población 08	Población 09	Déficit 09
Boulongne Sur Mer	450	981	936	- 486
San Felipe	760	561	620	+ 140
Almafuerte	420	369	642	- 222
DINAF	20	22	24	- 004
Borbollón	80	65	69	+ 011
San Rafael	339	336	384	- 045
Colonia S. R.	50	55	59	- 009
Total	2119	2389	2734	- 615

GRÁFICO 1. HACINAMIENTO



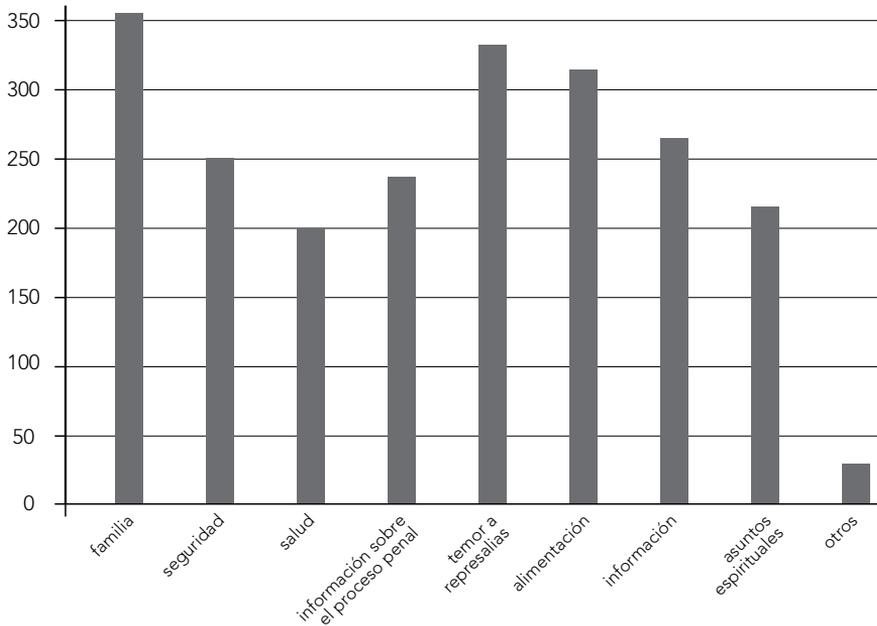
4.2. Sobre los temas centrales que preocupan a las personas privadas de la libertad. Salud, seguridad, información de sus causas judiciales

La seguridad, temor a represalias y alimentación son también señaladas por los internos como preocupantes.

A pesar de la vigencia de las medidas provisionales, el derecho a la vida e integridad física sigue vulnerándose en las cárceles de Mendoza.

La salud es otra gran preocupación de los internos.

GRÁFICO 2. PRINCIPALES PREOCUPACIONES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD DURANTE SU DETENCIÓN

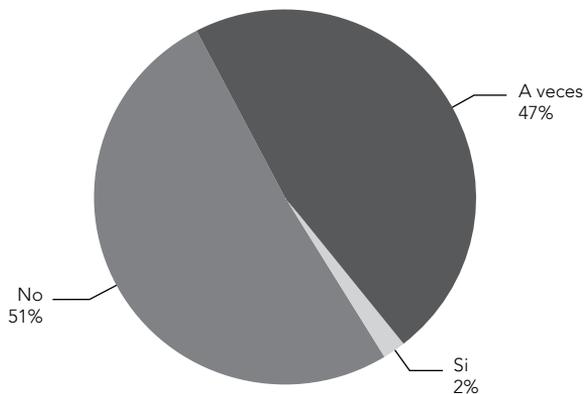


4.3. Atención médica

El 98% de los encuestados manifiesta que no recibe atención médica adecuada.

Muchos internos denuncian que no son llevados a enfermería cuando lo solicitan. Algunos se autolesionan para lograr que sean atendidos.

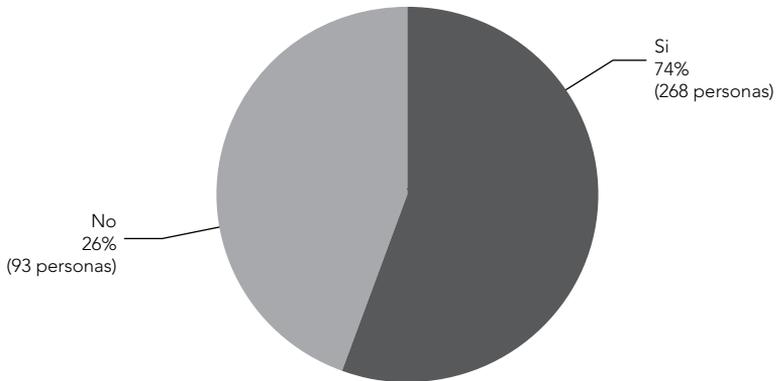
GRÁFICO 3. ATENCIÓN MÉDICA



4.4. Torturas y vejámenes

El 74% de los encuestados denuncia haber sido víctima de vejámenes, amenazas y torturas por parte de personal penitenciario.

GRÁFICO 4. ¿HA SUFRIDO UD. VEJÁMENES, AMENAZAS O TORTURAS DE PARTE DEL PERSONAL PENITENCIARIO?



4.5. Peleas entre internos

Las peleas entre internos con elementos punzo cortantes siguen dejando un alto número de muertos y heridos.

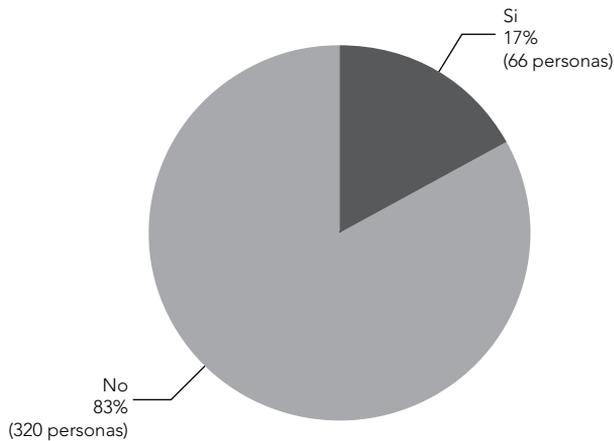
IMAGEN 1. LESIONES POR PELEAS ENTRE INTERNOS



4.6. Imposibilidad de identificar agresores

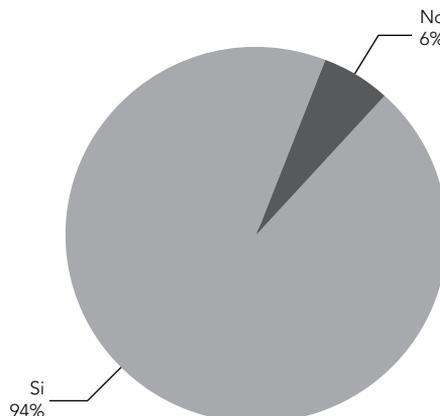
Los encuestados manifestaron que no pueden identificar a sus agresores cuando son víctimas de violencia por parte del personal penitenciario, porque ingresan encapuchados, en franca violación al Acta de Paraguay, de 2005.

GRÁFICO 5. ¿PUEDE IDENTIFICAR AL PERSONAL QUE LO AGREDE SEGÚN SU NOMBRE Y RANGO?



El Estado no cumple con el compromiso de eliminar el personal encapuchado de los grupos especiales que en forma habitual ingresan en forma violenta a los pabellones. Violación del Acta de Paraguay, de 2005.

GRÁFICO 6. ¿EL PERSONAL TIENE SECTORES ENCAPUCHADOS?



4.7. Ácaros, pulgas, situaciones insalubres

IMAGEN 2. LESIONES A CAUSA DE SITUACIONES INSALUBRES



GRÁFICO 7. LE PROPORCIONAN ELEMENTOS DE HIGIENE PARA EL PABELLÓN

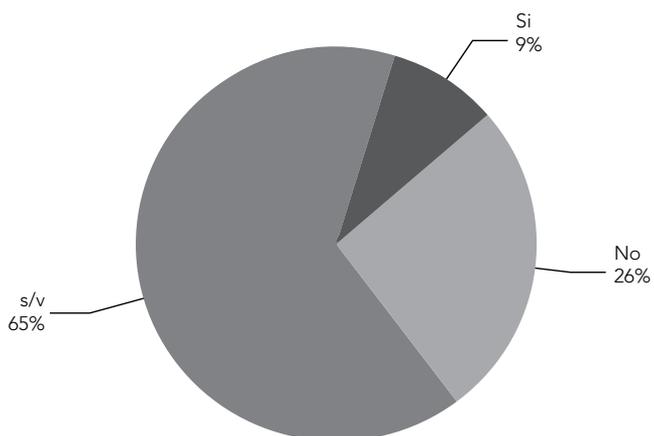
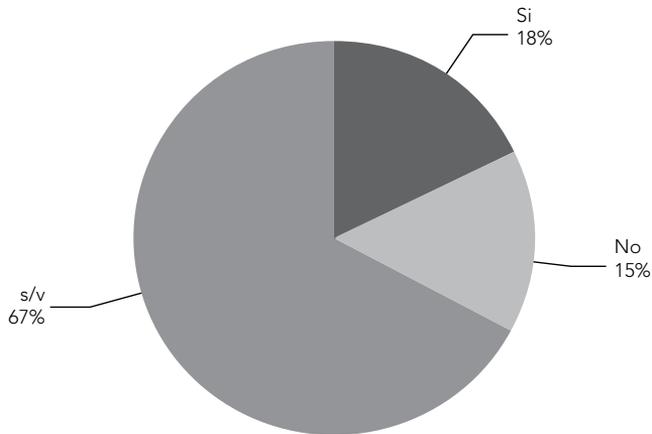
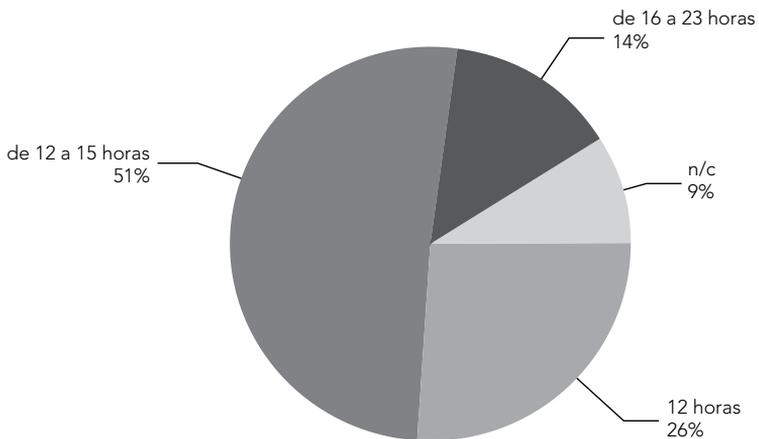


GRÁFICO 8. LE PROPORCIONAN ELEMENTOS DE HIGIENE PERSONAL

4.8. Encierros prolongados

El 40% de la población penitenciaria vive “aislada” porque considera que se encuentra en peligro su vida e integridad física.

Todos los internos sufren encierros superiores a las 12 horas. Muchos tienen encierros de 23 horas por día.

GRÁFICO 9. ENCIERROS PROLONGADOS

Los encierros prolongados en celdas superpobladas afectan la dignidad y la salud mental de los internos

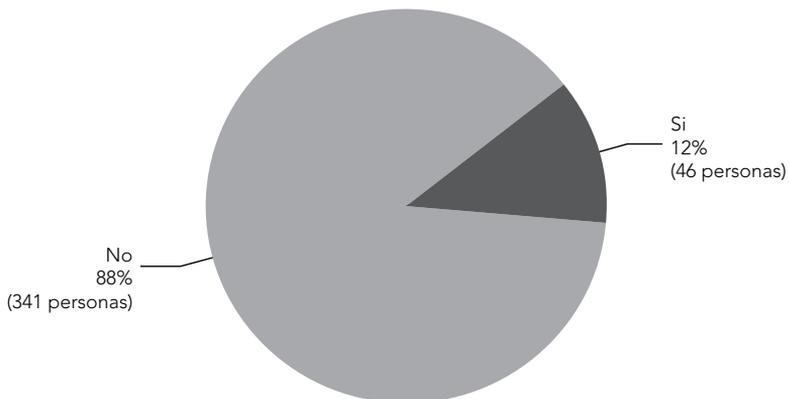
IMAGEN 3.



4.9. Falta de baños

El 88% manifestó que en su celda no posee baño, por lo que se ven obligados a defecar en bolsas de nylon.

GRÁFICO 10. ¿POSEE BAÑO EN SU CELDA?



En Boulogne Sur Mer las condiciones de higiene no han mejorado.

La mayoría de los sanitarios están destruidos y fuera de servicio.

Por lo tanto los internos continúan haciendo sus necesidades en bolsas de nylon y botellas de plástico.

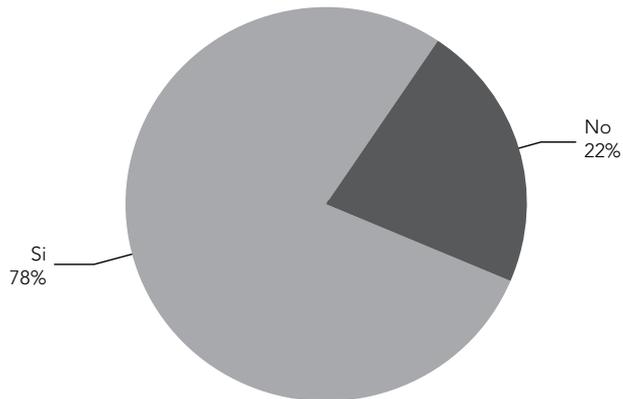
IMAGEN 4.



4.10. Falta de protección contra el frío y bajas temperaturas de Mendoza

Muchos no cuentan con colchones ni frazadas para protegerse de las bajas temperaturas en la época invernal.

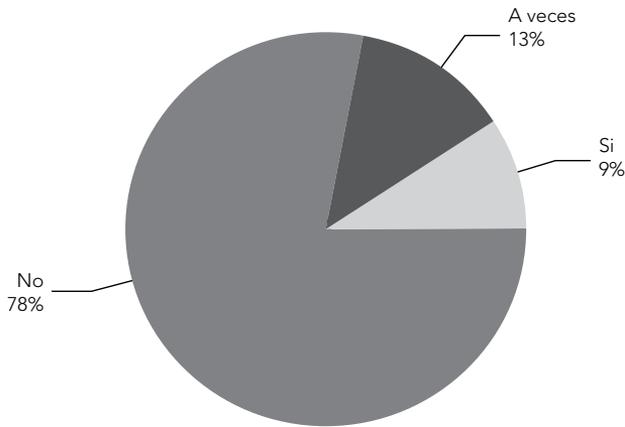
GRÁFICO 11. ¿TIENE COLCHONES, MANTAS?



4.11. Falta de trabajo y educación

Las condiciones de encierro se agravan por la falta de actividades. El 78% no tiene acceso a educación ni a trabajo.

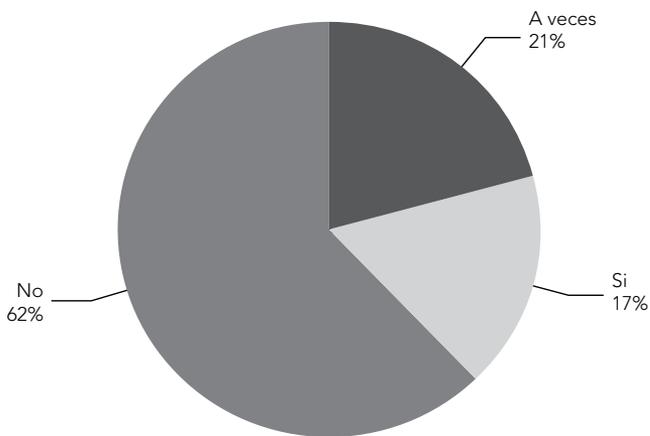
GRÁFICO 12. ¿TIENE ACCESO A EDUCACIÓN, TRABAJO?



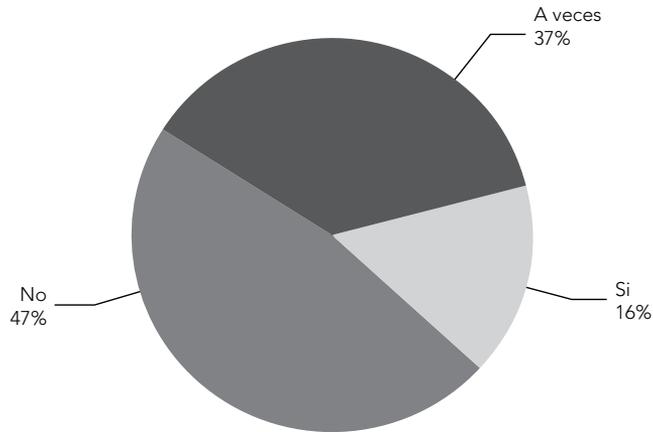
4.12. Falta de información sobre causas judiciales y negativa a dar trámites a las peticiones de las personas privadas de libertad

La mayoría de los internos carece de información respecto de su causa penal; las defensorías carecen de recursos humanos y materiales para asistirlos.

GRÁFICO 13. ¿TIENE INFORMACIÓN SOBRE SU CAUSA PENAL?



Los internos, además, denuncian que en muchas oportunidades el personal penitenciario se niega a dar trámites a sus peticiones

GRÁFICO 14. ¿EL PERSONAL ACEPTA TRAMITAR SUS PETICIONES?

5. Abuso de la prisión preventiva

El Estado nacional y el provincial se comprometieron en la audiencia celebrada ante la Corte IDH el 11 de mayo de 2005 en Asunción, Paraguay, a disminuir el hacinamiento mediante la reducción de la cantidad de personas encarceladas en prisión preventiva.

Sin embargo el 16 de septiembre del 2008, a iniciativa del Poder Ejecutivo, se sancionó la ley 7929 violando las obligaciones contraídas ante la Corte IDH. En dicha ley se dispuso la reducción de la excarcelación cuando la persona cuente con tres causas penales.

La ley fue aprobada por unanimidad. En ese día, la clase dirigente mendocina sentó su posición respecto de la vigencia de los derechos humanos: "La reforma constitucional de 1994 que introdujo los Tratados de Derechos Humanos lo único que nos ha dejado a los mendocinos es más inseguridad".

El entonces gobernador de la provincia, Celso Jaque, manifestó a los periodistas que si la cárcel colapsaba podían utilizar carpas de campaña para alojar internos, como lo hicieron algunos estados republicanos de Estados Unidos.

El Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS se pronunció en contra:

La reciente sanción que obtuviera un proyecto de reforma legislativa en la Provincia de Mendoza destinado a limitar las excarcelaciones desconoce el compromiso asumido por el Estado

Argentino en el Caso Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto de la Argentina, en trámite ante el sistema interamericano de Derechos Humanos, así como lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Lavado” y “Verbitski”.⁽⁵⁾

5.1. Acordada de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza

La acordada 26.208 de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza del 21 de noviembre de 2014, firmada por su presidente, Pedro José Llorente, y otros dos miembros, Carlos Bohm y Omar Palermo, dispuso, en cumplimiento de los fallos de la Corte IDH y de la CSJN, la visita por parte de los jueces de las cárceles mendocinas. La acordada expresa que se está “transitando hacia un nuevo modelo de Poder Judicial” y hace referencia a la necesidad de superar “obstáculos materiales y culturales” en ese camino. Invoca a la Corte IDH y su directiva de que los jueces visiten periódicamente los penales como mecanismo de prevención de la práctica de malos tratos y torturas

Esto produjo la resistencia de los jueces de primer y segundo grado que publicaron sus quejas en una nota de *Infobae*, observable en los argumentos vertidos por el Camarista José Valerio en la entrevista con dicho diario web⁽⁶⁾

... el juez Valerio está convencido de que se busca el quiebre del sistema penal y penitenciario y que las motivaciones son ideológicas. Recuerda a un autor marxista muy en boga en los años 70, Nikos Poulantzas, y su crítica al derecho “capitalista” porque niega lo colectivo. Por caso, un juicio de desalojo es tratado por esta justicia burguesa como un conflicto entre dos individuos, el que ocupa y el que reclama la propiedad. Pero esto, según Poulantzas, tapa el verdadero conflicto, que es la lucha de clases. Por lo tanto, los procesos deben ser colectivos. Y de ahí a ver en todo delincuente un luchador social, hay un paso. “Lo llamativo, dice José Valerio, es que el lenguaje de aquellos teóricos vuelve a aparecer en los escritos de los jueces

(5) Extracto de la carta del CELS dirigida a la presidenta de la Nación Cristina Fernández el 9 de septiembre de 2008.

(6) [En línea] <http://www.infobae.com/2014/12/13/1614962-en-mendoza-ordenan-los-jueces-visitar-los-presos-cada-3-meses-empatizar-ellos>

zaffaronianos de hoy; yo me decía ‘esto me suena...’; y recordé a Poulantzas que había leído en otros tiempos, y ahí están muchos de los fundamentos de esto que para mí no es garantismo a sino anarco-garantismo”.

La resistencia de los jueces mendocinos a visitar las cárceles y los argumentos vertidos por ellos en estas entrevistas demuestran que el cumplimiento de las resoluciones de la Corte IDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resulta muy difícil en la provincia de Mendoza.

Incluso, la dificultad la tiene en estos momentos la Suprema Corte de Mendoza, que elaboró la acordada para que los jueces visiten las cárceles y la ratificó ante la resistencia de los jueces, situación que resulta digna de destacar.

No solo nos encontramos con las dificultades propias de hacer cumplir fallos del sistema interamericano, sino que resulta difícil que se cumplan las acordadas de nuestra Corte de Mendoza cuando no se comprende por parte de los operadores judiciales la importancia del control de las condiciones carcelarias.

No se trata de anarco-garantismo ni de empatizar con las personas privadas de libertad, como interpretan algunos, sino que se trata de ejercer el debido control de constitucionalidad y de convencionalidad que le es inherente al poder judicial.

6. Resoluciones de la CIDH y de la Corte IDH en el caso penitenciarias de Mendoza

6.1. Introducción

En primer lugar se describirán las resoluciones y su alcance, en segundo lugar se transcriben los votos concurrentes de los jueces Sergio García Ramírez y Antonio Cançado Trindade, y luego se resalta lo que, a la luz de los peticionarios, resulta novedoso e importante.

La CIDH en su resolución de admisibilidad, y la Corte IDH en sus diversas resoluciones de medidas provisionales, tenían como principal objetivo la reducción de las muertes violentas y, por supuesto, la adaptación del régimen carcelario mendocino a los estándares convencionales, es decir, a los instrumentos que en materia de derechos humanos deben aplicarse.

En su resolución de medidas provisionales del 18 de junio de 2005, la Corte IDH dispuso mantener las medidas dispuestas a fines del 2004.

En efecto, de conformidad con los arts. 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), 25 del Reglamento de la Corte IDH y 74 del Reglamento de la CIDH, se dispusieron las medidas con el propósito de que el Estado argentino protegiera la vida e integridad personal “de las personas reclusas en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como las de todas las personas que ingresen a tales centros carcelarios, entre ellas los empleados y funcionarios que presten sus servicios en dichos lugares”.

La protección de la vida era el elemento central del pedido de medidas provisionales realizado por la Comisión a la Corte, y fue el elemento determinante en la resolución de medidas provisionales.

La Comisión había solicitado a la Corte que, con base en el art. 63.2 de la CADH, requiriera al Estado:

- a. que adopte sin dilación todas las medidas de seguridad y control que sean necesarias para preservar la vida e integridad personal de las personas reclusas en la Penitenciaría de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como las de todas las personas que ingresen a tales centros carcelarios, entre ellas los empleados y funcionarios que prestan sus servicios en dichos lugares;
- b. que adopte medidas inmediatas conducentes a la separación de los internos encausados y los condenados, en cumplimiento de las condiciones exigibles bajo los estándares internacionales aplicables a la materia;
- c. que lleve a cabo investigaciones serias, completas y ágiles en relación con los actos de violencia ocurridos al interior de la Penitenciaría de Mendoza y la unidad Gustavo André; individualice a los responsables y les imponga las sanciones correspondientes, como mecanismo de prevención para impedir la recurrencia de nuevos hechos de violencia;
- d. que dentro de un plazo razonable presente a consideración del Tribunal un plan para la reubicación de los internos que alberga en exceso la Penitenciaría de Mendoza y la unidad Gustavo André, respetando su capacidad máxima y las necesidades en materia de recursos humanos, pero sin generar un nuevo problema de hacinamiento en otros establecimientos carcelarios y
- e. que dentro de un plazo razonable proceda a la readecuación de las instalaciones de la Penitenciaría de Mendoza y la unidad Gustavo André a fin de que presten las condiciones mínimas sanitarias, de espacio y dignidad necesarias para albergar a los internos.

La Corte IDH, en uso de las atribuciones que le confieren el art. 63.2 de la CADH, y los artículos 25 y 29 de su Reglamento, resolvió:

1. Reiterar al Estado que mantenga las medidas provisionales adoptadas en los términos de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004 y disponga, en forma inmediata, las que sean necesarias para proteger eficazmente la vida e integridad de todas las personas privadas de libertad en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como de todas las personas que se encuentren en el interior de éstas. Entre las medidas que el Estado debe adoptar figuran las contenidas en el acuerdo suscrito por la Comisión Interamericana, los representantes de los beneficiarios de las medidas y el Estado (supra).
2. Requerir al Estado que continúe informando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada dos meses a partir de su último informe, sobre las providencias adoptadas para cumplir con todo lo ordenado por la Corte Interamericana, y requerir a los representantes de los beneficiarios de las medidas provisionales ordenadas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten sus observaciones a dichos informes del Estado en un plazo de cuatro y seis semanas, respectivamente, contadas a partir de la recepción de los referidos informes del Estado.

Los jueces Sergio García Ramírez y Antonio Cançado Trindade hicieron conocer a la CIDH sus votos concurrentes.

6.2. Votos concurrentes de los jueces Sergio García Ramírez y Antonio Cançado Trindade

Las medidas provisionales dispuestas a pedido de la Comisión para proteger la vida contaron con el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez quien entre sus considerandos dijo

1. Con creciente frecuencia y con características invariablemente graves —que llegan a ser catastróficas— se presentan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos problemas relacionados con la vida carcelaria. Los reclusos —“pobres entre los pobres”, que dijo Francesco Carnelutti— se hallan sujetos a los mayores riesgos y daños: sobre ellos se vuelca, como sobre ningún otro grupo humano, el aparato punitivo del Estado.

En primer lugar se pone de manifiesto la gravedad y persistencia de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el interior de los establecimientos carcelarios latinoamericanos en dos aspectos: uno, la frecuencia de las denuncias realizadas ante el sistema interamericano de derechos humanos por ataques a la integridad personal a la vida a los derechos

fundamentales de las personas privadas de libertad; y otro la gravedad de los hechos que implican muertes, torturas, vejaciones, severidades, apremios ocurridos dentro de los mismos.

Continua en su voto concurrente el juez Sergio García resaltando otros dos aspectos: el abuso y sobreutilización de la prisión preventiva y la "mano dura" o pretensión punitiva extremada, que implica que se ha producido en toda América Latina una inflación penal y una pretensión de resolver todos los problemas sociales acudiendo a la pena y a la tipificación penal, de manera tal que se agravan penas y se pretende castigar penalmente en esta última década miles de conductas que antes no constituían delito penal.

El abuso de la prisión preventiva, la inflación penal y el carácter punitivista de las legislaturas latinoamericanas llevan al colapso del sistema penal.

El juez García Ramírez luego habla de las características del cautiverio y de la calidad de garante por parte del Estado, y dice que

... *la existencia de los reclusos se halla minuciosamente subordinada a las exigencias del cautiverio; exigencias arbitrarias, ilimitadas, inagotables, que suelen quedar fuera del control inmediato —pero no de la inmediata responsabilidad— de los funcionarios a cargo de la prisión y del Estado en cuyo nombre actúan —u omiten— éstos.*

2. De ahí que en el mismo Tribunal Interamericano se haya puesto el acento sobre lo que llamamos la calidad de garante del Estado, una expresión generalmente utilizada —si se atiende al diccionario de las voces penales— para referirse a la comisión por omisión: calidad de quien debe responder por ciertos resultados, en virtud de las obligaciones de custodia que asume o se le atribuyen en forma vinculante. Este es el caso, precisamente, cuando se trata del Estado carcelero: el interno, como se suele denominar al prisionero, con lujo de eufemismo, queda a merced del custodio —lato sensu—, en cuanto sus derechos se hallan diluidos, suprimidos, enrarecidos de facto. Carece de los medios para hacerlos valer. Depende de la voluntad del funcionario, que puede ser benévolo o tiránico; o bien, queda a merced de las circunstancias en el frecuente supuesto de que el custodio abdique de sus atribuciones como autoridad

del encierro y permita que las cosas sucedan como la fortuna lo disponga.⁽⁷⁾

Luego se hace referencia a las resoluciones de la Corte IDH con respecto al problema carcelario y se destaca la tomada sobre medidas provisionales en relación a la prisión de Urso Branco, Estado de Rondônia, Brasil, el 7 de julio de 2004. En ese lugar se habían presentado acciones desbordantes y reiteradas que costaron la vida a numerosos reclusos. Sucedió en diversas ocasiones, sin que hubiese poder —el “poder del Estado”— que lo evitara. Para enfrentar estos problemas, y otros más que se producían sistemáticamente, se planteó un proyecto de reforma extensa importante y necesaria. Según sostiene García Ramírez, era

... indispensable, sin embargo, que las autoridades pusieran su mayor empeño, verdaderamente, en la preservación inmediata y franca de la vida y la integridad de los reclusos y de otras personas en el interior de la cárcel. La satisfacción de esta exigencia no admitía demora alguna. Así lo señalé —sin perjuicio de ponderar otras medidas de mediano o largo plazo— al cabo de la correspondiente audiencia pública, que presidí.

La protección de la vida no puede demorarse y no puede cumplirse en modo progresivo puesto que la protección del derecho fundamental contenido en nuestra CADH no es un derecho progresivo o de cumplimiento progresivo, es un imperativo categórico del *ius cogens*, es “no mataras” e “impedirás que ocurran muertes en el centro carcelario”, porque el Estado cuenta con el poder como garante para garantizar la vida y porque el Estado puede privar de la libertad pero no de la vida, la pena de muerte esta abolida en los países que ratificaron el Pacto de San José de Costa Rica.

Sergio García dijo en *in re* Urso Branco que

Bien que haya reforma penitenciaria, se expida una nueva legislación de la materia, se provea a la clasificación de los internos, se modernicen las instituciones penitenciarias, se haga un cuidadoso reclutamiento de los funcionarios encargados de la custodia y ejecución de penas, existan sustitutivos adecuados para la pena de prisión, se franquee la visita a los presos en condiciones dignas, haya servicio médico que preserve la salud de los

(7) CORTE IDH, “Caso de las penitenciarías de Mendoza”, Medidas provisionales, 18/06/2005, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez.

reclusos, se establezcan centros escolares, talleres y unidades de trabajo. Todo eso, y más todavía, es absolutamente indispensable, porque refleja los estándares actuales en materia de privación de la libertad, cautelar o penal, medida severamente cuestionada en la actualidad. Pero nada de eso, que es preciso realizar cuanto antes, puede suplir la inmediata adopción de las medidas necesarias para evitar que se presente una sola muerte más en la Cárcel de Urso Branco.

Esta protección de la vida en la cárcel de Urso Branco le fue aplicable a las penitenciarias de Mendoza,

En las prisiones de Mendoza, a las que se refiere el caso de medidas provisionales clasificado con ese nombre, han ocurrido hechos similares a los que observamos en Urso Branco. De ahí la celebración de una audiencia pública de la Corte Interamericana el 11 de mayo de 2005, en Asunción, Paraguay, para examinar este punto, y de ahí la nueva resolución, a la que agrego este Voto, que confirma las medidas provisionales adoptadas previamente y otras varias que fueron materia de acuerdo entre el Estado —federal y provincial—, la Comisión Interamericana y los representantes de los destinatarios de las medidas.

La semilla de la solución amistosa ocurrió ante el acuerdo de las partes para encarar el problema, el acuerdo entre el Estado y los peticionarios que era puesto de manifiesto en el voto concurrente:

6. En este caso, conviene recordar —como se hace en el cuerpo de la resolución del 18 de junio de 2005— que en el curso de la audiencia pública se presentó una saludable convergencia de los participantes en torno al diagnóstico sombrío y a la necesidad de actuar de consuno para evitar nuevas desgracias y reformar, de veras y a fondo, el sistema carcelario en Mendoza. Esta coincidencia significó un viento fresco en el tratamiento del problema y puede representar, si se traduce en hechos concretos y constantes y no declina, el principio de una solución genuina.

7. Tras escuchar las alegaciones de los participantes, estimé conveniente abrir un receso y dejar que aquéllos mismos examinaran y propusieran medidas que pudiera adoptar la Corte.

“Debo destacar —observé— que no hay diferencias profundas y ni siquiera importantes en cuanto al diagnóstico de la situación, a la apreciación de los hechos, de sus características y de su extraordinaria gravedad, que ha sido ponderada por todas las partes. Tampoco parece haber (...) diferencia mayor en cuanto a los propósitos a los que debiéramos atender dentro de esto que se ha llamado un equipo de trabajo y, en todo caso, un grupo de instituciones preocupadas por alcanzar un mismo objetivo”.

8. Así las cosas, y sin perjuicio de examinar la adecuada especificidad de las medidas que adoptaría la Corte, como requirieron algunos participantes, me pareció pertinente exhortarlos —cosa infrecuente en estas diligencias, pero indispensable, a mi juicio, en este caso— a sugerir un acuerdo y poner manos a la obra, ellas mismas: “Escuchemos qué es lo que proponen las partes, en la inteligencia de que (...) entendemos todos que no puede haber una sola muerte más, una sola afectación más a la integridad física, psíquica o moral de ningún recluso en las prisiones de las que nos hemos ocupado. Esto debiera enfrentarse y resolverse de una manera inmediata y terminante. Otras cosas pueden aceptar cierto iter, ciertos tiempos, cierta progresión (...)”; ésta no. Fueron los mismos términos, pues, de mi requerimiento en la audiencia de Urso Branco.

9. He invocado el antecedente de la prisión brasileña y las expresiones vertidas en la diligencia sobre los reclusorios de Mendoza, porque estimo que ahí se halla la primera, más urgente, necesaria, indiferible medida provisional a cargo del Estado, impuesta por la resolución de la Corte: ni una muerte más, ni una lesión más. Esta obligación es inmediata y terminante. No admite excusa ni demora. Otras pueden cumplirse en determinado plazo, siempre con diligencia, mediante acciones sucesivas; producirán resultados graduales, paulatinos. Lo entiendo, por las características de estas otras medidas. **Pero no podrá haber espera alguna en la tutela de la vida y la integridad. Este deber no acepta cumplimiento progresivo.**⁽⁸⁾

(8) CORTE IDH, “Caso de las penitenciarías de Mendoza”, cit., voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, el subrayado es mío.

Se buscan soluciones para iniciar una nueva etapa en el problema carcelario diferente a la triste historia que nos precede y que nos impide avanzar, no solo para Mendoza sino para toda Latinoamérica.

Después de proteger la vida y la integridad hay que ocuparse de establecer “nuevas condiciones de vida en prisión”.

6.3. El problema carcelario

Las cárceles y sus problemáticas corresponden a toda la comunidad internacional y no solo a un determinado Estado, todos los estados deben afrontar esta problemática y como sostiene el juez Sergio García Ramírez:

... el drama carcelario no es un drama de Mendoza o de Argentina, ni siquiera un drama de América Latina; es un problema universal que reviste características específicas en distintos países y en diversos continentes, (y) debiera preocupar —mucho, por cierto— a todas las mujeres y los hombres en el mundo entero.

12. A veces, de profundas crisis —como la que hemos contemplado en estas prisiones— pueden surgir iniciativas y remedios valiosos. Argentina ha sido, por lo demás, un país de avanzada en muchas iniciativas plausibles. **Aunque se trate de un asunto de otro orden, estaba yo pensando en que hace muchos años ante una grave tensión estudiantil, una ciudad argentina generó las condiciones para una magna reforma universitaria que se expandió por (...) América Latina.**

13. ¿Por qué no pensar que esta crisis carcelaria (...) tan profunda, que Argentina comparte con otros países, puede dar lugar a una también profunda reforma penitenciaria? ¿Por qué no pensar, con gran ambición —y quizá con visión— que a partir de la experiencia que aquí estamos viviendo y compartiendo, se puede generar una iniciativa plausible que agite las conciencias en toda América, como alguna vez las agitaron los estudiantes argentinos; que recupere el viejo espíritu penitenciarista de la Argentina, el espíritu de José Ingenieros, y que introduzca, establezca, caminos de renovación para las cárceles de América?⁽⁹⁾

(9) *Ibid.*, el subrayado es mío.

La reforma penitenciaria fue el sueño de los peticionarios, de los agentes del Estado y también de los jueces de la Corte IDH y me arriesgo a decir que es el sueño de todos nosotros, que nuestro “Caso penitenciarías de Mendoza” aporte el puntapié inicial para avanzar en un nuevo régimen penitenciario, en un cambio de paradigma y de horizonte en los sistemas penitenciarios latinoamericanos, horizonte que debe desplazarse de la seguridad interna y del prisma de evitar fugas al prisma del hombre, de su dignidad y del cumplimiento de los estándares internacionales en la materia.

6.4. Voto concurrente de Antonio Cançado Trindade

6.4.1. Las obligaciones erga omnes de protección bajo la CADH

También en forma concurrente se pronunció el juez A. Cançado Trindade quien realizó una construcción conceptual en torno a las obligaciones *erga omnes* de protección bajo la CADH, construcción que puede cotejarse en los siguientes precedentes, incluido el caso penitenciarías de Mendoza y en los casos de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó (del 18/06/2002 y 15/03/2005), de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó (del 06/03/2003 y 15/03/2005), del Pueblo Indígena Kankuamo (del 05/07/2004), del Pueblo Indígena de Sarayaku (del 06/07/2004 y del 17/06/2005), y del Cárcel de Urso Branco (del 07/07/2004).

Luego podemos señalar los puntos centrales de las reflexiones del juez, quien expresa que las mismas tienen el objetivo de “asegurar la protección eficaz de los derechos humanos en una situación compleja como la del presente caso de las personas reclusas en las penitenciarías de Mendoza”.

El juez habla de la construcción conceptual de garantía donde manifiesta la apremiante:

... necesidad de la promoción del desarrollo doctrinal y jurisprudencial del régimen jurídico de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana (v.g., en mis Votos Razonados en las Sentencias sobre el fondo, del 24.01.1998, párr. 28, y sobre reparaciones, del 22/01/1999, párr. 40, en el caso Blake versus Guatemala). Y en mi Voto Razonado en el caso Las Palmeras (Sentencia sobre excepciones preliminares, del 04/02/2000), referente a Colombia, **ponderé que el correcto entendimiento del amplio alcance de la obligación general de garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, estipulada en su artículo 1(1), puede**

contribuir a la realización del propósito del desarrollo de las obligaciones *erga omnes* de protección (párrs. 2 y 6-7).

3. Dicha obligación general de garantía, —agregué en mi citado Voto en el caso Las Palmeras—, se impone a cada Estado Parte individualmente y a todos ellos en conjunto (obligación *erga omnes partes* —párrs. 11-12). Así siendo, “difícilmente podría haber mejores ejemplos de mecanismo para aplicación de las obligaciones *erga omnes* de protección (...) que los métodos de supervisión previstos en los propios tratados de derechos humanos, para el ejercicio de la garantía colectiva de los derechos protegidos. (...) Los mecanismos para aplicación de las obligaciones *erga omnes partes* de protección ya existen, y lo que urge es desarrollar su régimen jurídico, con atención especial a las obligaciones positivas y las consecuencias jurídicas de las violaciones de tales obligaciones” (párr. 14).

4. La obligación general de garantía abarca la aplicación de las medidas provisionales de protección bajo la Convención Americana. En mi Voto Concurrente en el caso de los Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana (Resolución del 18/08/2000), me permití destacar el cambio operado tanto en el propio *rationale* como en el objeto de las medidas provisionales de protección (trasladadas originalmente, en su trayectoria histórica, del derecho procesal civil al derecho internacional público), con el impacto de su aplicación en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (párrs. 17 y 23): en el universo conceptual de este último, las referidas medidas pasan a salvaguardar, más que la eficacia de la función jurisdiccional, los propios derechos fundamentales de la persona humana, revistiéndose, así, de un carácter verdaderamente tutelar, más que cautelar.

5. Para esto ha contribuido decisivamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia, más que la de cualquier otro tribunal internacional hasta la fecha. Su construcción jurisprudencial al respecto, dotada de una base convencional, es verdaderamente ejemplar, sin paralelos —en cuanto a su amplio alcance— en la jurisprudencia internacional contemporánea, habiendo, en los últimos años y

hasta el presente, explorado debidamente todo el potencial de protección —por medio de la prevención— que se desprende de los términos del art. 63 (2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁽¹⁰⁾

6.4.2. Medidas para disminuir la violencia y el abuso de la prisión preventiva

En primer lugar, en la audiencia pública por el caso penitenciarias de Mendoza realizada el 11 de mayo de 2005 en Asunción, Paraguay, el juez reconoce ante la Corte que todos los delegados de la Comisión Interamericana, como el agente del Estado y los peticionarios, actúan con un espíritu de colaboración y coinciden en la prioridad de tomar medidas para disminuir los niveles de violencia.

23. Entre tales medidas, los referidos representantes de los beneficiarios, por ejemplo, hicieron mención expresa del **“principio de la excepcionalidad de la prisión preventiva”**, y de **providencias inmediatas para disminuir los niveles de violencia y mejorar las condiciones de detención (v.g., para combatir la corrupción, y la posesión y el tráfico de armas y de drogas)**.⁽¹¹⁾

6.4.3. Medidas de protección de la dignidad de las personas privadas de libertad

Sostiene el juez en su voto concurrente que “La Corte Interamericana ha advertido, al respecto, que ‘toda persona privada de libertad 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’”. Y la Corte IDH sostiene que

... el poder del Estado de mantener el orden público “no es ilimitado”, por cuanto “tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción. (...) **Si una persona fuera detenida en buen estado de salud, y posteriormente muriera, recae en el Estado la obligación de proveer (...) la información y las pruebas relacionadas con el destino que ha tenido la persona detenida**”.

(10) CORTE IDH, “Caso de las penitenciarías de Mendoza”, Medidas provisionales, 18/06/2005, voto concurrente del juez A. Cançado Trindade, el subrayado es mío.

(11) CORTE IDH, “Caso de las penitenciarías de Mendoza”, cit., voto concurrente del juez A. Cançado Trindade

La aplicación de la ley y de los estándares de derechos humanos es central y es una falencia de las penitenciarías Latinoamericanas. La falta de información posterior hace aún más complejo el problema, a lo que se debe agregar que no solo existe falta de información posterior sino previa.

6.4.4. La estructura federal como elemento para intentar eludir la responsabilidad internacional

La Corte IDH, invocó una “**jurisprudencia centenaria**”, que hasta el presente no ha variado, en el sentido de que “**un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional**”.⁽¹²⁾ El juez Cançado Trindade, en su voto concurrente en el caso penitenciarías de Mendoza sostuvo que:

Esa ponderación de la Corte es válida para todos los Estados Partes en la Convención Americana que tienen una estructura federal.

Asimismo, en su célebre Opinión Consultiva n. 16 (del 01/10/1999), sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, —verdaderamente pionera e histórica, y que ha servido de fuente de inspiración para la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre la materia—, la Corte Interamericana determinó, sobre este punto específico, que las obligaciones convencionales deben ser cumplidas por los Estados, “independientemente de su estructura federal o unitaria”.⁽¹³⁾

7. Consideraciones finales

A lo largo de este trabajo pudimos recorrer los antecedentes de la intervención del sistema judicial local, luego de la CIDH, de la Corte IDH, de la CSJN en *in re* “Lavado Diego Jorge p/declarativa de certeza”, y los efectos producidos por la actuación del sistema interamericano que motivó la intervención con autoridades federales en la cárcel de Mendoza y la construcción de un nuevo penal en la montaña llamado Almafuerde.

(12) CORTE IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Reparaciones, 27/08/1998, párr. 46, el subrayado es mío.

(13) CORTE IDH, “Caso de las penitenciarías de Mendoza”, cit., voto concurrente del juez A. Cançado Trindade

Observamos la solución amistosa a la que se llegó entre el gobierno nacional, el provincial y los peticionarios por la que el Estado se comprometió a crear la figura del Procurador Penitenciario del Comité contra la Tortura, un tribunal arbitral para establecer indemnizaciones a las víctimas, y un defensor del pueblo. Ese compromiso que hoy se encuentra a medio cumplir y que se está exigiendo su cumplimiento a la provincia de Mendoza.

Luego de la solución amistosa y de sus efectos, continuamos con una encuesta realizada por los peticionarios durante los años 2008 y 2009 y cuyos resultados son aplicables perfectamente a la realidad actual, puesto que las condiciones no han mejorado para las personas privadas de libertad.

Finalmente, se aborda el abuso de la prisión preventiva y los votos concurrentes de los jueces de la Corte IDH en la resolución de medidas provisionales del año 2005, de absoluta actualidad.

Podemos concluir diciendo que, en muchos aspectos, sentimos que hemos arado en el mar. Pero así y todo no vamos a bajar los brazos en nuestro intento de —como sostiene la Corte IDH a partir del “Caso penitenciarias de Mendoza”— intentar una reforma en todo el sistema carcelario latinoamericano, convencidos de lo que dijo Nelson Mandela en cuanto a que “no puede juzgarse a una nación por la manera en que trata a sus ciudadanos más ilustres, sino por el dispensado a los más marginados: sus presos”.



JORGE NELSON CARDOZO⁽¹⁾



Buenas tardes a todos. Muchas gracias a los organizadores por esta invitación que me han hecho, por permitirme volver a encontrarme con los colegas con los que hemos transitado numerosas causas. Como dijo Sebastián, parece un *revival* de amigos del secundario que se vuelvan a encontrar. Y con las mañas de siempre. En la media hora que tengo voy a tratar de explicar lo que no se puede leer en las páginas de internet de la Corte, voy a intentar exponer acerca de lo que no se puede encontrar en la web y compartir mi experiencia como funcionario de Cancillería, como funcionario del Estado argentino; dar cuenta de lo que hemos luchado y lo que hemos tenido que trabajar en cada uno de los casos con el objetivo de cumplir con los derechos humanos reconocidos en la Convención —objetivo permanente del Estado argentino, al menos desde que empecé a participar en funciones de gobierno—. En la intervención anterior, Pablo [Salinas] introdujo el tema de nuestro sistema federal de gobierno. El sistema federal es realmente una complicación en la práctica, ya lo van a ver durante el transcurso de mi exposición: en los casos en los que se denuncia una violación acaecida en una provincia autónoma, generalmente el gobierno nacional no cuenta con los elementos y las herramientas para resolver. Tales elementos deben ser accionados por la provincia donde sucedió la supuesta violación, pero generalmente estas son reacias a dar información y aun más a reconocer responsabilidad en los hechos, sobre todo cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos. Es por ello que la Cancillería siempre procura explicar a la Corte IDH sus dificultades en las investigaciones y, en su caso, en lograr que se reconozcan los hechos o la responsabilidad frente a los mismos, lo cual no debe interpretarse de ninguna manera como pretexto, sino como lo que es: la exposición de las dificultades en llevar adelante la investigación y

(1) Agente del Estado en los casos Garrido y Baigorria y Bayarri.

lograr la solución de los casos. Es decir, la ardua tarea de cumplir con las normas internacionales en un Estado federal donde las provincias tienen autonomía.

Voy a analizar los casos en tres etapas:

- a. Denuncia presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- b. Proceso propiamente dicho.
- c. Cumplimiento de sentencia —etapa complicada—.

¿Cómo llegan los casos a Cancillería?

Comenzaré hablando del caso Penitenciarías de Mendoza. Después de que Diego, Pablo, Carlos Varela y Verónica (peticionarios) intentan en vano luchar para resolver los casos en el ámbito interno llegan al sistema interamericano. Lamentablemente, a veces pasa mucho tiempo —años— entre la denuncia hecha por los petitionarios y la comunicación por parte de la CIDH al Estado.

Una vez que el Estado es notificado de una denuncia, debe comenzar a investigar, a verificar si los hechos planteados son reales, son graves o no, y a determinar cuáles son las circunstancias. Cuando los hechos planteados se producen en las provincias, como en el presente caso o en el caso “Garrido y Baigorria” —que también se produjo en Mendoza—, las tareas se complican ya que hay que viajar a la provincia, solicitar causas al Poder Judicial local, comunicar al Poder Ejecutivo, y buscar pruebas y demás elementos necesarios para comprender el caso.

Garrido y Baigorria fue un caso contundente, con mucha participación del Poder Judicial local; voy a referirme a él porque creo que puede ser mejor aprovechado por este auditorio que cuenta con participación mayoritaria de funcionarios del sistema judicial.

En esta sala curiosamente está representado el Estado nacional (por Cancillería) y el Poder Judicial (por el público presente). Podríamos afirmar que solamente falta la representación de la Corte, porque están los abogados demandantes del caso.

No todos los Estados funcionan de igual manera frente a una petición. En Argentina, la política es que las denuncias se analizan con compromiso ni bien llegan, lo que realmente nos sirve como un alerta temprano. Si la denuncia se repite, estamos en graves problemas. Así sucedió en uno de

los primeros casos que tuvimos, “Birt y otros”, que fue resuelto por vía de la solución amistosa. Ese caso fue presentado por aquellas personas que habían sido privadas de la libertad durante el proceso, que pidieron una reparación en sede interna —la cual fue rechazada por el principio de la prescripción— y luego acudieron al sistema interamericano. Los actores ante el sistema interamericano eran relativamente pocos, pero si reclamaban la misma pretensión podían generar un efecto cascada. Fue así que, luego de analizar la situación de causas similares en Argentina, comprobamos que podían acumularse en la misma petición, lo cual nos llevó a plantear una solución amistosa que abarcara todas las causas. Tal fue la génesis de la primera ley de reparación a presos políticos.

Volviendo al caso “Garrido y Baigorria”, el tema fue mucho más complicado. Si bien hacía años que estábamos en democracia, no entendíamos desde Cancillería que hubiese desaparecidos nuevos, pero realmente los había. Lo más difícil fue luchar contra el Poder Judicial mendocino. Ante una petición, nos dirigimos al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial locales —en este caso, principalmente al Poder Judicial porque había una causa que hacía cinco años estaba tramitando en sede penal— y pedimos información de la causa. El primer pedido de información surgió de la Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería, como es habitual. Y, ante reiterados pedidos, la respuesta del Poder Judicial siempre fue la misma: que la causa estaba bajo secreto de sumario. Yo nunca entendí cómo puede ser que el secreto de sumario fuera para el Estado, pero estaba bajo secreto de sumario para el Estado también, no para garantizar la investigación, sino para garantizar la impunidad. Luego, la solicitud pasó a ser ya no de la Dirección sino que se subió de rango: la realizó la Secretaría de Estado. Fuimos a la Secretaría de Estado, recurrimos al Viceministro de Relaciones Exteriores, y solicitamos que el señor Secretario dirigiera nota al Poder Judicial y al Poder Ejecutivo de la provincia para obtener una respuesta que arrojará luz a la causa. La respuesta fue la misma: secreto de sumario.

La situación se agravaba: la CIDH reclamaba respuestas y nosotros pedíamos prórrogas porque nos era imposible darlas; ni siquiera teníamos un expediente para dar una respuesta. O sea, un horror, una inminente condena al Estado nacional. Así las cosas, llegamos al máximo nivel, al Canciller, quien elevó una nota al Poder Ejecutivo, al gobernador, y otra al presidente del Superior Tribunal de la provincia.

Recién ahí tuvimos una respuesta, permitiéndose que la Corte de la provincia de Mendoza autorizara a que se abra el secreto de sumario para que nos den el expediente. A estas dificultades propias de un sistema federal de gobierno me referí al principio de mi exposición.

Finalmente logramos dar con los expedientes que iban por separado: por un lado, Garrido y Baigorria; por el otro, Guardati, otro desaparecido en democracia.

Nos encontramos con la sorpresa de que el de Garrido y Baigorria era un legajo pequeño, de pocas fojas, no llegaba ni a un cuerpo. En base a ese cuerpo pudimos ver cuáles fueron las primeras medidas judiciales. Como no sé si todos conocen el hecho, lo voy a referir brevemente, en razón del escaso tiempo.

Garrido y Baigorria venían de jugar al fútbol en el parque General San Martín. Era un partido de fútbol muy popular y entre compañeros. Es más, casi todos los jugadores iban arriba de un camión, en la parte de atrás del camión —la caja—, cuando todavía se permitía circular de esa forma. Garrido y Baigorria se trasladaban en un Fiat 1500, que circulaba delante del camión que transportaba ambos equipos de futbol. El chofer del camión ve cómo la unidad de investigaciones estaba deteniendo a Garrido y Baigorria. Baigorria no tenía antecedentes. Lo primero que hace uno de los integrantes del equipo de fútbol cuando llega a la casa es llamar a la hermana de Garrido para decirle que lo habían detenido. La hermana automáticamente se va a la unidad de investigaciones y allí se encuentra con que estaba el auto, pero no estaba el hermano. Tampoco estaba en otra unidad policial. Era fin de semana; imagínense todo lo que pudo haber podido pasar ese fin de semana, sin contacto con un abogado defensor.

La cuestión es que empezamos a ver el expediente y de allí surge que la primera medida del juez fue ordenar la captura de los imputados, Garrido y Baigorria. O sea, de acuerdo a la denuncia realizada en sede judicial por la hermana de Garrido, los desaparecidos pasaron a ser imputados. La segunda medida fue el allanamiento en la casa de los testigos, que expresamente debía hacerse en horas de la noche. Por supuesto que no hubo ni un testigo que haya visto algo: ante la presencia policial, ninguno de los 22 testigos había visto la desaparición de Garrido y Baigorria, ninguno recordó que la policía los había detenido.

A este proceso que comenzó así pronto hubo que sumarle la presión internacional, la inminencia de una condena y la inminencia de que el caso sea llevado a la Corte. Porque esto llevó dos años; dos años nos llevó lograr abrir el expediente. Y cuando lo logramos, el caso ya había sido remitido a la Corte. En la Corte, por suerte, los procesos son más rápidos, más ágiles, y para ese entonces las autoridades provinciales ya eran más conscientes de que se trataba de un caso de importancia que podía tener repercusiones internacionales, es decir, que el Estado argentino podía ser condenado.

Una vez en la Corte, con la presencia de un Estado argentino —que siempre quiso resolver y siempre quiso reparar—, lo primero que se hizo fue crear dos comisiones: una comisión *ad hoc* de investigación y una comisión para la reparación. La comisión de investigación fue muy interesante porque se propusieron cinco miembros —dos por las partes, los peticionarios y la comisión; dos por la provincia; y uno por el Estado—. Yo fui el representante por parte del Estado. Por la provincia quedó el Dr. Luis Marcó del Pont, ya fallecido, penalista muy reconocido de Córdoba.

En la comisión de investigación lo primero que tuvimos que lograr fue que la Corte provincial hiciera una acordada y nos otorgara autoridad suficiente como para investigar, para que la investigación surgida de ahí sirva para luego continuar con posibles condenas o posibles juicios.

Por otro lado, estaba la causa Guardati. Guardati también había desaparecido, pero su causa tenía más de 15 cuerpos. La madre de Guardati —ustedes la habrán oído alguna vez— había movido cielo y tierra. Por eso había habido una investigación que, si bien no puedo decir fuera excelente, había movido la causa. Pero, dentro de tal movimiento había habido cosas como llamados anónimos informando que Guardati, supuestamente, se encontraba en Chile. Entonces, se enviaba una comisión policial a Chile, cuando los principales sospechosos eran los policías. Lo mismo sucedió en el caso Garrido y Baigorria. Se adujo: “sospechamos que se fueron a Chile”. El modo fue el mismo. Entonces hubo que tramitar y pagar autorizaciones de viáticos, pasajes, desplazamientos de los funcionarios policiales que casualmente eran los mismos de la unidad de investigación con asiento donde estaba el auto secuestrado, es decir, que era el principal lugar de sospecha.

Para hacerla corta, a la unidad de investigación creada —la comisión *ad hoc* de investigación— se le dio primero un plazo de 30 días y luego la Corte le otorgó otro plazo de 15 días más. En esos 45 días encontramos

graves, gravísimas, situaciones que llevaron a reformar el Código Procesal Penal de la provincia y a modificar lo establecido respecto del plazo razonable para el secreto sumario. ¡Para la provincia era *sine die*! Asimismo, se crearon organismos de protección de derechos humanos. Nuestra comisión funcionó en sede del palacio judicial (no me lo voy a olvidar nunca porque pasé mi cumpleaños comiendo pizzas en el subsuelo de tribunales de la provincia de Mendoza, que no es de los lugares más lindos, les puedo asegurar). Otro tema fue que nos resultó muy difícil hacer que los mendocinos trabajen durante las horas de la siesta, pero bueno, después de arduas discusiones, logramos que lo hagan... imaginensé que teníamos solo 45 días para investigar lo que no se había investigado en cinco años. Se tomaron algo así como 600 testimonios.

¿Cuál fue el modo de operar de esta comisión creada en el marco de la solución amistosa, con el aval de la Corte Interamericana y de la Corte provincial? Agarrar el expediente y citar a las personas que habían estado detenidas esos días. Encontramos que había habido personas detenidas que no habían sido declaradas en los libros de guardia. Citamos a seis personas que nos dijeron: “¿Por qué no citan a fulano?”. Y, nosotros, “Pero si en el libro de guardia no hay ninguna persona detenida con ese nombre...”. Bueno, nos encontramos con que había muchas personas que habían estado detenidas y ni siquiera figuraban en el libro de guardia. Irregularidades como esa fuimos encontrando muchas, pero en el término de 45 días determinamos qué había pasado con Guardati, sin poder encontrar nunca su cuerpo. Respecto de Garrido y Baigorria, por supuesto tampoco se encontraron sus cuerpos y —lo más duro— no se tuvo la posibilidad de condenar a las personas que habían ejecutado esos actos, aunque logramos determinar quiénes habían sido. Pero en el aquel momento, lamentablemente, no existía la figura de desaparición forzada de personas como delito así que los autores de los hechos simplemente fueron sancionados.

Aquí surge la tercera dificultad o tercer etapa que me propuse analizar en esta presentación: el cumplimiento de la sentencia. Porque la Corte IDH pide reparaciones: investigación y sanción. Además de que siempre hay discusiones respecto de los montos reparatorios, las sanciones son difíciles de cumplir si ello depende del Poder Ejecutivo provincial o del Poder Ejecutivo nacional. Lo único que puede hacer el Estado federal es recomendar a la provincia solucionar el problema y apoyarla en ello. En este caso era tan grave la situación de las penitenciarías de Mendoza que no

había muchas opciones. Llegamos a hablar de una posible intervención, pero era jurídica y políticamente complicado intervenir la provincia por sus penitenciarías. Les recuerdo que el gobernador era Don Julio Cleto Cobos, que inclusive se nombraba como posible candidato a vicepresidente en aquel momento. Así que en el caso gravitaba lo político, lo institucional, lo judicial: una mezcla de elementos que nos hacía cada vez difícil lograr una solución.

Valga el caso Penitenciarías de Mendoza para dar cuenta de que el cumplimiento de la sentencia siempre es el aspecto más complicado. Cuando se trata de reparaciones económicas no es tan difícil: se discute monto y formas de pago. Pero cuando esta tiene que ver con cambios legislativos, normativos, estamos en un problema. Y cuando demanda sanciones de responsables estamos en un problema más grave aún.

En el caso Bayarri esto queda más claro. El caso Bayarri es un caso muy simple que todavía no está cerrado. Todavía seguimos con solicitudes de la Corte para ver qué paso con los responsables. No sé si recuerdan quién era Bayarri. Bayarri estaba imputado por ser el autor del secuestro de Maccari. Pero pasó que fue detenido en horas de la noche junto a su padre y que sus declaraciones fueron tomadas bajo torturas. Cuando empezamos a investigar la causa sabíamos que esta iba a ser nula en algún momento. El tema era cómo explicarle al Poder Judicial que esa causa iba a ser nula y cómo solicitarle que, por favor, investigue las torturas. Porque se iniciaron dos investigaciones: una con Bayarri preso, la del secuestro propiamente dicho; y la otra consistente en la acusación de Bayarri hacia sus torturadores, que fueron por vías separadas, por supuesto. Bueno, esa línea todavía sigue abierta. Porque para cuando llegamos a la Corte, Bayarri ya había estado 15 años preso con prisión preventiva. Acá volvemos a lo que decía Pablo [Salinas]: el abuso de la prisión preventiva. Si ustedes leen el caso de Bayarri en la Corte, en cada momento, en cada párrafo, van a encontrar algo sobre la prisión preventiva, sobre el abuso de la prisión preventiva, y la recomendación que la Corte le hace al gobierno de Argentina de que tome medidas para que el abuso de la prisión preventiva no exista más. Pero, bueno, en el caso Bayarri, hubo 15 años de demora, una demora que también fue de la Comisión Interamericana porque la causa estuvo más de ocho años allí. Los procesos en la Corte son breves y contundentes —estamos un año, un año y dos meses, un año y tres meses—, pero en la Comisión podemos estar siete, ocho, nueve años. Entonces, cuando la Comisión decide mandar el caso a la Corte, Bayarri ya había sido absuelto.

Si el caso fue a la Corte de todas maneras, fue porque hubo un problema: el caso ya estaba en la Corte cuando Bayarri fue absuelto. Pero no fue absuelto de casualidad; fue absuelto porque nos cansamos de visitar a las autoridades judiciales para solicitarles que sí o sí dicten sentencia en forma urgente porque, de lo contrario, íbamos a tener una condena internacional. Bueno, la condena la tuvimos: se llegó con el caso a la Corte y en la Corte empezamos a tener otro problema: que nosotros no tenemos un proceso de implementación de decisiones de la Corte o un proceso de implementación de soluciones amistosas. Entonces hay que inventar sobre la marcha. Nos hemos encontrado con problemas tales como que Bayarri había sido citado en la primera audiencia del caso y no podía salir del país porque tenía antecedentes policiales, y la Policía Federal —que era la que lo tenía preso— se negaba a darnos su pasaporte. Entonces, el tema llegó al grado de tener que discutir con jurídicos de Policía Federal para que se le diera un pasaporte para que el testigo pudiese estar presente en la audiencia a llevarse a cabo en Costa Rica. Imagínense un caso en la Corte donde no podemos tener la presencia de la víctima. Cosas como esas nos pasan todos los días. Nos pasaron siempre y nos siguen pasando porque no tenemos un proceso, no tenemos un sistema regularizado, no tenemos un sistema legislado. Hubo varios intentos, pero nunca lo logramos, no es fácil.

Otros problemas que hemos tenido: Bayarri denunciaba torturas, denunciaba daños, denunciaba que tenía secuelas del daño. Había un peritaje por parte de Bayarri, pero necesitábamos un peritaje por parte del Estado argentino. Ni en Cancillería ni en Justicia tenemos peritos y tampoco pueden ser peritos del Estado. Entonces, el tema era de dónde sacamos los fondos para que un perito que no fuese del Estado dictaminase y nos diera información sobre la situación real de Bayarri. No hay en el presupuesto de los ministerios fondos que lo contemplen.

Pero, bueno, en Bayarri hubo abuso de la prisión preventiva. En Garrido y Baigorria hubo desapariciones forzadas muy claras, concretas. En Guardati también. Como dije, en Guardati llegamos a determinar qué había pasado, pero no tuvimos elementos suficientes para imputar al autor. La investigación de Guardati fue mucho más “frugal” que la de Garrido y Biagorria porque Guardati era un chico de veintipico de años, joven, audaz. Venía a la noche de bailar y tuvo la mala suerte de encontrarse con un policía mientras venía haciendo destrozos en la vía pública. El policía lo detiene, hace

lo correcto, llama por radio e informa que tiene un detenido y da el nombre del detenido. Era una radio que tenía canal abierto a toda la Policía. Uno de los que estaba escuchando era el Jefe de la Policía, que estaba en la casa de una pareja, de una amante, en horas de la madrugada. Escucha que Guardati había sido detenido y resulta que Guardati había tenido una relación con su hija, entonces aprovecha el momento para hacerse cargo de lo que no le había gustado: el noviazgo de su hija con Guardati y las consecuencias que eso había traído. Eso es lo que llegamos a determinar, pero no tuvimos elementos de prueba suficiente como en el caso de Garrido y Baigorria para determinar responsabilidad de nadie. Insisto: agradezco que están acá miembros del Poder Judicial porque litigar desde el Estado y encontrarse con esto es muy difícil. Por suerte, en el caso de Garrido y Baigorria hemos llegado a la destitución del juez Knoll, que era el juez que estaba a cargo de la causa. Pero era un sistema que estaba aprobado, que era conocido: la Policía determinaba quiénes eran los malos, quiénes eran los buenos y sabían qué juez iba a cajonear años la causa para que no se la investigue. Los peticionarios hicieron un *jury* de enjuiciamiento a Knoll en el que los que participamos en la comisión de investigación fuimos citados como testigos. Lo que declaramos fue simplemente lo que encontramos dentro de la causa. Y eso terminó con la destitución del juez Knoll. Como dijo Pablo [Salinas], las reparaciones han sido pagadas; si bien siempre hay discusiones acerca de los montos, nunca tenemos mayores problemas. Se manda a Economía y, en Finanzas, se determina cuándo y cómo se paga. Y se paga. Puede haber discusiones respecto de si se paga en pesos, en qué banco, si de ese monto se cobra o no impuesto a las ganancias, pero finalmente la Corte determina que no se cobre ningún impuesto sobre lo que se va a recibir en concepto de reparación. Pero lo que nunca logramos cerrar son las investigaciones judiciales, como en el caso de quienes torturaron a Bayarri.

En primer lugar, cuando se cerró el caso en la Corte o cuando la Corte dictó sentencia, las causas de los torturadores de Bayarri habían prescrito. ¿Cómo hacer para que en el sistema judicial local se condene a quien ya tiene una prescripción favorable? Y, de hecho, la Corte IDH no se olvida de los casos y hasta este año ha seguido pidiendo información acerca de cada una de las causas que tienen sentencia y de las que falta investigación. Por supuesto, como decía Pablo [Salinas], de lo que se trata es de lograr, desde el gobierno, modificaciones legislativas, para lo cual también hay que trabajar con los poderes legislativos. Muchas veces se han

logrado soluciones amistosas que van mucho más allá de lo que esperaban los peticionarios de los respectivos casos —siempre hablando en materia no reparatoria sino en materia legislativa, de mejora de sistema—. Así que, bueno, eso todo lo que tengo para contarles. Muchas gracias por escucharme.



VERÓNICA HEREDIA⁽¹⁾



Muchas gracias por la invitación.

El caso “Torres Millacura y otros vs. Argentina”⁽²⁾ se relaciona con la detención ilegal, tortura y desaparición forzada de Iván Eladio Torres Millacura, un muchacho de 26 años de edad, chileno, quien vivía al 2 de octubre de 2003 en la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut. El caso lo iniciamos con la abogada Silvia de los Santos; ella iba en auto junto a su marido y escucha en la radio comunitaria FM “El Chenque” de la Asociación Civil Grupo Pro Derechos de los Niños a Valeria Torres, hermana de Iván, y a sus amigos Gerardo Colín y Patricio Oliva. Denunciaban que hacía días que no veían a Iván, que la última vez había sido en la noche del 2 de octubre luego de que pasara el patrullero 469 de la Comisaría Primera de la Policía del Chubut en la Plaza Bitto, en el centro de la ciudad de Comodoro Rivadavia. También denunciaban que Iván era permanentemente detenido por la policía, que lo llevaban a la Comisaría y a los días lo “largaban”; que un mes antes la policía lo había detenido, trasladado en el patrullero hasta el km 8,⁽³⁾ que mientras él se arrastraba entre las matas fue sometido a un simulacro de fusilamiento. Silvia fue pasante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y trabajó en el caso “Villagrán Morales”,⁽⁴⁾ por eso entendió lo que escuchaba, sabía que esto era posible. Le pidió a su marido que la llevara hasta la radio y al día siguiente presentó junto a Valeria un *habeas corpus* a favor de Iván

(1) Abogada de la Asociación Gremial de Abogados. Representante de las víctimas en el caso “Torres Millacura y otros”.

(2) CORTE IDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), 26/08/2011, Serie C N° 229.

(3) Sector despoblado y alejado del centro de la ciudad de Comodoro Rivadavia.

(4) CORTE IDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, (Reparaciones y Costas), 26/05/2001, Serie C N° 77.

e invocó, además de la ley 23.098, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (en adelante, CISDF).⁽⁵⁾

Mientras tanto, Andrés Acevedo, periodista amigo, luego de entrevistar a la señora María Millacura, madre de Iván, me pidió que la asesorara. La señora María vino a mi estudio, se sentó y me dijo: “Yo de acá me voy a la Comisaría primera, me voy a encadenar y me voy a prender fuego si no me devuelven a mi hijo”. Inmediatamente nos presentamos como querellantes en la causa penal que tramitaba como “averiguación de paradero” en el juzgado de instrucción provincial e invoqué la CISDF. Aún no se había tipificado el delito de desaparición forzada a pesar de la condena al Estado argentino en el caso “Garrido y Baigorria”.⁽⁶⁾

El *habeas corpus* no daba ninguna respuesta, ya que ni siquiera se libraban los oficios requeridos; incluso era el mismo juez ante quien tramitaba la causa penal que continuaba caratulada “averiguación de paradero”. Solicitamos las testimoniales de las personas detenidas en la Comisaría Primera el 2 de octubre de 2003 porque la señora María escuchó a Iván gritar desde el sector de los calabozos. Las audiencias se realizaban sin notificación previa y después del horario de atención en Tribunales. Con Silvia prácticamente estábamos todo el día en el edificio de Tribunales, haciendo guardia para poder participar en las audiencias. A la tarde, cuando el edificio quedaba vacío, el juez citaba como testigos al personal policial y tomaba junto a sus empleados cuatro o cinco audiencias al mismo tiempo, en diferentes despachos. Corríamos de un despacho al otro para escuchar qué decían los policías.

Frente a este panorama, el 14 de noviembre de 2003 recurrimos ante el sistema interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) habilitadas por el art. 14⁽⁷⁾ CISDF, que permite realizar una petición directamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH)

(5) Aprobada por ley 24.556 y constitucionalizada por ley 24.820.

(6) CORTE IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina” (Reparaciones y Costas), 27/08/1998, Serie C N° 39.

(7) Art. 14 CISDF: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reciba una petición o comunicación sobre una supuesta desaparición forzada se dirigirá, por medio de su Secretaría Ejecutiva, en forma urgente y confidencial, al correspondiente gobierno solicitándole que proporcione a la brevedad posible la información sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida y demás información que estime pertinente, sin que esta solicitud prejuzgue la admisibilidad de la petición”.

cuando se denuncia una desaparición forzada. El art. 13⁽⁸⁾ CISDF otorga competencia al SIPDH ante estas denuncias y prevé el mismo trámite, pero específicamente el art. 14 indica que la CIDH, mediante la Secretaría Ejecutiva, debe comunicarse de manera confidencial con el Estado denunciado solicitando información. Además tuvimos en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH que establece que el recurso eficaz ante una desaparición forzada es el *habeas corpus*.

El *habeas corpus* presentado a favor de Iván no funcionaba, no era eficaz, no había respuesta y entonces recurrimos a la CIDH, para lo cual llenamos el formulario de la página web. El 4 de diciembre del año 2003 la CIDH nos solicita información en relación a si contábamos con testigos, el estado de la causa y del *habeas corpus*. En ese momento, con Silvia sentíamos que habíamos tocado el cielo con las manos: la CIDH nos pedía información; inmediatamente remitimos toda la información requerida. Al día siguiente nos presentamos en Tribunales y mirábamos a todos como diciendo: “ya van a ver lo que les pasa, no saben quién nos contestó”. Nada. No le pasó nada a nadie, a nadie. Todos están ocupando cargos públicos, excepto los que se murieron o se jubilaron. Algunos que estaban en el Poder Judicial de la provincia ahora están en el Poder Judicial federal. Entonces, cuando la causa pasó a la justicia federal por decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁹⁾ ante nuestra petición de declinatoria de competencia, volvimos a encontrarnos con quienes habíamos denunciado en la justicia provincial. Todos los policías que estaban el 2 de octubre del año 2003 en la comisaría 1ª. —y que denunciaron Valeria, Patricio y Gerardo—, que habían detenido a Iván y lo habían sometido a un simulacro de fusilamiento siguen ejerciendo como policías en la Provincia de Chubut. A tal punto que me los encuentro en otras causas como, por ejemplo, la desaparición forzada de un chico en la ciudad de Trelew el 27 de mayo del año 2013.⁽¹⁰⁾ Uno de los policías que participó en el supuesto rastillaje en su búsqueda

(8) Art. 13 CISDF: “Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares”.

(9) CSJN, “Millacura Llaipén María Leontina s/ Inc. declinatoria de competencia”, 13/03/2007, C. 349 XLII.

(10) CFED. CAS. PENAL, Sala IV, “Monsalvez, Cintia Verónica s/ Recurso de casación”, 22/04/2014, Registro N° 635/14.

es uno de los policías denunciados. Igual pasa en el sistema político: el que era gobernador ahora será diputado, el que era diputado ahora estará como juez. Todo el sistema judicial-político-policial del 2003 sigue estando hoy en el 2015.

Tanto en el *habeas corpus* como en la petición de constitución de querrelante invocamos la CISFD y discutimos si plantear en ese momento la competencia federal, si bien aún no estaba tipificado el delito de desaparición forzada; recién se tipificó un mes antes de que comenzara el juicio ante la Corte IDH por el caso Iván Eladio Torres,⁽¹¹⁾ por ley 26.679 que incorpora el art. 142 ter al CP. En noviembre del año 2003 evaluamos que no teníamos tiempo para discutir esta cuestión, que sabíamos que sería ardua. Cuando la CIDH, en febrero de 2004, le dio un plazo de dos meses al Estado para contestar nuestra denuncia advertimos que el SIDH no nos daría la respuesta que habíamos pensado. Frente a esta realidad optamos por plantear en septiembre del año 2004 la declinatoria de competencia que resolvió la Corte Suprema de Justicia el 13 de marzo de 2007 a favor de la justicia federal. Cuando la comisionada Luz Patricia Mejías presenta el caso ante la Corte IDH⁽¹²⁾ sostuvo que en este caso se verificaban las dificultades de los Estados federados, como por ejemplo México. Nosotras sostuvimos que, por lo menos en este caso, el sistema federal argentino no había tenido relevancia precisamente porque el 14 de noviembre del año 2003 ya habíamos recurrido ante el SIDH y este pudo comunicarse con el Estado nacional. Además, la causa estuvo ante la justicia federal desde marzo de 2007.

Otra de las cuestiones que planteamos es el costo del SIDH. La señora María Millacura es una persona indigente y con Silvia ejercíamos la profesión de abogadas. Nos encontramos con las mismas dificultades para el acceso a la justicia que en el ámbito interno, en especial cuando no se forma parte de alguna ONG. Tuvimos como referencia a “los abogados de Mendoza” del caso “Garrido y Baigorria”. En el 2008 la Asamblea General

(11) HEREDIA, VERÓNICA y HEREDIA, JOSÉ R., “El delito de desaparición forzada” en *Código Penal Comentado*, 2012, [en línea] <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpccomentado/cpc37756.pdf>

(12) Según art. 72.9 del reglamento aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, del 16 al 28 de noviembre de 2009: “[c]uando la Comisión hubiese adoptado el informe al que se refiere el art. 50 de la Convención con anterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento, la presentación del caso ante la Corte se registrará por los arts. 33 y 34 del Reglamento anteriormente vigente. En lo que respecta a la recepción de declaraciones se aplicarán las disposiciones del presente Reglamento”.

de la OEA creó el Fondo de Asistencia Legal del SIDH, con el “objeto [de] facilitar [el] acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema”.⁽¹³⁾ Este fue el primer caso que accedió al Fondo.

Muchas fueron las dificultades que debimos sortear pero la señora María Millacura nos dio las fuerzas necesarias, ella es una mujer incansable; trabajar a su lado todos esos años fue realmente increíble. Como abogada no pienso renunciar nunca a estar al lado de las víctimas y familiares a quienes una debe escuchar porque ellos te van enseñando y marcando el camino de lo que hay que hacer. A la fecha, la condena de la Corte IDH no fue cumplida por el Estado en ninguno de sus puntos, excepto el reintegro al Fondo de Asistencia Legal al SIDH. Incluso ahora se llevará adelante un juicio contra los policías involucrados por el delito de privación ilegítima de la libertad y no por desaparición forzada como fue condenada Argentina.

Pensando en la propuesta de Sebastián Alejandro Rey, en cuanto a identificar esas dificultades internas que encontramos en el trayecto del caso, nosotras identificamos a la Defensa Pública. Iván Torres fue muchas veces detenido por el personal policial; en algunas de las detenciones se formaron causas judiciales e intervino la Defensa Pública; consta en esos expedientes la ausencia de defensa técnica, que se limitó a solicitar suspensión de juicio a prueba. La Defensa Pública es el primer eslabón de todo el sistema con el que se encuentran los chicos luego de la policía. Estos jóvenes como Walter Bulacio, Luciano Arruga, ingresan al sistema a través de la Defensa Pública y terminan en una ejecución, en “gatillo fácil”, en tortura o desaparición forzada. Esto no desconoce todas las buenas personas que las integran como los buenos proyectos que existen en las provincias y también a nivel nacional. Pero luego, paradójicamente, a mi entender, se constituyen como querellantes cuando claramente son víctimas.

Esto es lo que quería compartir con ustedes. Muchas gracias.



(13) “Creación del Fondo de Asistencia Legal del sistema interamericano de Derechos Humanos”, resolución AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08), adoptada por la Asamblea General de la OEA durante la celebración del XXXVIII Período Ordinario de Sesiones de la OEA, en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, párrafo dispositivo 2.a; y art. 1.1 de la resolución CP/RES. 963 (1728/09).

Derechos de los niños, niñas y adolescentes



STELLA MARIS MARTÍNEZ⁽¹⁾



Muy buenas tardes.

Pese a lo que dijo el Dr. Abramovich, no voy a hablar del caso “penitenciarías de Mendoza”, sino de aquel sobre perpetuas a menores que también se llama “Mendoza”. Voy a tratar de ser muy rápida, dado el escaso tiempo que tenemos, por lo que resaltaré los aspectos más salientes y, sobre todo, contaré cuál fue la realidad, por qué nos encontramos ante este caso y cómo llegamos ante el sistema interamericano.

Este es un caso claramente de derecho interno, en el que los Tribunales Orales de Menores aplican prisión perpetua a jóvenes que habían delinquido teniendo 16 años de edad. Durante los años 1997 y 2003, se aplicaron trece condenas a prisión perpetua a menores en distintas jurisdicciones de todo el país. Nosotros entendíamos que esto violaba la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), que había adquirido jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994. Por lo cual, era claro que esto no resistía un análisis serio desde la óptica de los instrumentos de derechos humanos.

A raíz de esta situación, los distintos defensores interpusieron sendos recursos de casación. En ese momento, la casación operaba bajo el paradigma de casación ficta, esto es, no analizaba el fondo del asunto por lo que no garantizaba un verdadero derecho al recurso. Frente a ello, se presentaban recursos extraordinarios ante la CSJN señalando la contradicción entre las decisiones judiciales y la CDN. Sin embargo, la CSJN desestimaba los planteos *in limine* utilizando las facultades previstas por el art. 280 CPCCN. Entiendo que esta facultad es inconstitucional al habilitar al máximo Tribunal a un ejercicio totalmente arbitrario del poder, ya que es la única institución de la democracia que puede decirle a un ciudadano

(1) Defensora General de la Nación. Representante ante la Corte IDH de las víctimas en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina”.

que no va a estudiar su caso y sin necesidad de explicar por qué, con la mera cita del artículo. En el fondo, la CSJN dice al ciudadano que su caso no le importa por razones que no debe explicitar, basta con que cite el art. 280 CPCCN.

A raíz de ello, decimos a los defensores de menores que le pidan al Defensor General de la Nación —en ese entonces yo ejercía como Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal— que lleve el caso al sistema interamericano. Hasta ese momento, ningún caso federal de la República Argentina había llegado al sistema. Sin embargo, pasaba el tiempo y el Defensor General no hacía nada. Cuando juro en el cargo de Defensora Oficial ante la Corte obtengo su autorización para realizar la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto a alguno de estos casos porque, claro, no pudimos llegar a los trece.

En un principio, hubo una discusión en el sistema interamericano respecto a si la Defensa Pública de la República Argentina, integrada por funcionarios públicos remunerados por el Estado, podía o no denunciar y litigar contra el Estado en el ámbito internacional. En algunos casos se dudaba de nuestro absoluto compromiso, frente al temor de que en determinado momento pudiéramos llegar a ser presionados por el Estado para no seguir litigando.

Cierto es que nosotros, al principio, intentamos que alguna ONG se hiciera cargo de los casos. Ustedes saben que, en ese momento, lo que llegaba masivamente al sistema era llevado por estas organizaciones. Sin embargo, eran hechos muy violentos porque los jóvenes por los cuales nosotros actuábamos habían cometido delitos muy graves, uno de ellos incluso acusado de varios homicidios, no se trataba del típico caso de violencia institucional. Eran casos en los que había que reivindicar una figura que no era aceptada por todo el mundo, y que no eran políticamente correctos para ciertas ONG. Pero claro, eso puede valer para una organización civil, que puede elegir sus casos, pero no para nosotros. Si un defendido nuestro quiere que llevemos el caso al sistema, y su solicitud se ajusta a ciertos requisitos y estándares, entonces nosotros tenemos la obligación de hacerlo. La Defensa Pública no puede elegir a quién defiende.

A partir de que presentamos el caso ante la Comisión el trámite fue muy lento. Además, es fundamental ir, procurar y litigar en la sede del organismo interamericano. Hay tanto trabajo, tantas denuncias, que no es lo mismo el que va, pregunta por su caso, habla con las autoridades, que el que no va. En el año 2005 asumo como Defensora General de la Nación

y lo primero que hacemos con la Dra. María Fernanda López Puleio, y otras personas que colaboraban, es empezar a hacer algo que instauramos como práctica: trabajar nuestros casos en la Comisión.

Ya existía desde ese momento lo que señalaban antes, lo que yo llamo “la esquizofrenia nacional”. Todo el mundo nos decía “qué disparate las perpetuas a menores”, “qué vergüenza, qué escándalo”, “por supuesto que son inconstitucionales”, “por supuesto que violan la Convención”, pero nadie hacía absolutamente nada. Es decir, ¿esto a qué hubiera conducido?, obviamente a una conmutación de pena. El único que sí hizo esto fue Néstor Kirchner como gobernador de Santa Cruz. La primera perpetua la dictó un juez de esa provincia y la confirmó el Superior Tribunal de Santa Cruz, entonces presidido por el Dr. Carlos Zannini. Un tiempo después el Dr. Kirchner conmutó la pena a 25 años. O sea, bastaba con que hubieran conmutado la pena a 25 años y yo me quedaba sin argumentos.

Sin embargo, había un temor reverencial, el mismo temor que hace que hoy, pese a que la Corte ordenó que se modifique, la legislación de menores no se modifica. Entonces nos encontramos en una situación en la que todos nos decían “tienen razón” pero mis defendidos seguían presos y nadie hacía nada para modificarlo. El Poder Judicial, que ya había hecho todo el mal que podía, no hacía nada para modificarlo. Por ende, tenía que ser el poder político. Pero nunca se abrió siquiera la menor posibilidad de que se firmara una conmutación. Más aún, uno de los chicos tenía una grave lesión ocular, estaba casi ciego. Entonces tratamos de explorar por ese camino: intentar una conmutación por razones humanitarias. Nos dijeron que sí en una reunión que se hizo en Washington, pero cuando volvimos la respuesta fue no.

Así las cosas, seguimos avanzando y finalmente llegamos. La denuncia se había hecho en 2003 y recién en el año 2010 se obtuvo el informe de admisibilidad. En todo ese tiempo, vivimos muy angustiados porque los chicos seguían presos y nos preguntábamos: ¿por qué el Estado argentino, con un gobierno respetuoso de los derechos humanos, no soluciona este problema internamente? Pero cada vez que abríamos un espacio de solución amistosa, cabe destacar que el sistema interamericano prefiere que se llegue a este tipo de acuerdo, los problemas se acrecentaban. La sentencia contra el Estado argentino sigue creando problemas porque ese mismo Estado, que no tuvo voluntad de negociar antes, hace muy difícil cumplir con la totalidad de la sentencia.

En el año 2010, la CIDH dicta un excelente informe de admisibilidad en el que señala la vulneración del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal y de los derechos del niño, esto es, violaciones concretas a la Convención Americana de Derechos de Humanos. Con este documento nosotros ya estábamos mucho más seguros. Con este informe tan concreto que señala que se violó el derecho al recurso porque no se revisó la condena, y que existieron apremios contra los jóvenes, seguramente íbamos a poder negociar. Sin embargo, más allá de varios acercamientos, nunca llegamos a nada.

Finalmente, esto termina ante la Corte IDH con una sentencia que es muy dura para la República Argentina. No obstante ello, hay algo que no nos cierra porque nuestro país que efectivamente, como dijo hoy la presidenta, es un modelo en el mundo respecto a la vigencia de los derechos humanos, ¿por qué tiene ese trauma con los menores en conflicto con la ley penal? Yo realmente pienso que tuvimos que llevar el caso ante la Corte y ni aun así logramos otorgar un blindaje a las autoridades políticas para que se animen a aplicar los postulados que establece el fallo, esto es, que los niños tienen una protección especial. Si bien cuando los menores delinquen cometen los mismo delitos que los adultos, hay que tratarlos privilegiadamente, de forma diferente, de manera más benigna. Y esto no es discriminar a los mayores porque se basa en la necesidad de preservar a ese menor para que no se convierta en un adulto que repite las conductas delictivas y se convierta en alguien irrecuperable para la sociedad. En este sentido, por la sociedad, hay que proteger especialmente a los menores.

Sin embargo, en nuestro país seguimos teniendo un engendro jurídico, producto de la última dictadura militar, que es la normativa que permitió a los jueces aplicar condenas a perpetuidad. Aunque la ley civil haya erradicado el paradigma del patronato, la ley penal sigue aplicando esta ideología que irroga a los jueces una capacidad para decidir de manera casi mágica los destinos del niño. Es un muy interesante uno de los casos relevados por este fallo, respecto a una sentencia dictada por Tribunal Oral de Menores de la Capital Federal. Si bien el niño había cometido un delito grave, lo cierto es que en el instituto donde estaba alojado había tenido un pronóstico muy bueno. Era un chico, además, que tenía una historia terrible que había comenzado cuando mató a su papá, policía de la provincia de San Luis, al encontrarlo violando a su hermana de nueve años. Él le saca el arma a su papa y lo mata. Ahí lo toma el Estado y ¿qué hace con él? Nada. Aparentemente su hermano mayor paga al instituto

donde estaba internado para que lo deje salir y luego reaparece integrando una de las grandes bandas que asoló la ciudad. ¿Qué hacía el chico? Observen, esto es para psicólogos. ¿A quién mataba? A todo el que veía con uniforme. Entonces mata a un pobre policía, un padre de familia, a dos guardias uniformados, sin justificativo.

Claro había mucho para trabajar en este caso desde el poder jurisdiccional. Pero los jueces, cuando cumple dieciocho años, deciden que no le van a prorrogar la tutela, cosa que podían hacer hasta que cumpliera veintiún años. Es decir, observar si mejora para poder bajarle o incluso eliminar la pena. Frente a ello, ¿qué piensan los jueces? Aunque el joven tenga buen pronóstico, no le prorrogan la tutela porque el delito es muy grave y se le debe imponer la pena máxima. En otras palabras, los magistrados no tienen problema en pasar al desván de los elementos inutilizables toda la doctrina sobre niños, niñas y adolescentes a nivel internacional. Es más, esperaron hasta los 18 años porque la ley los obliga, sino le habrían impuesto la pena máxima a los 16.

¿Qué hace la Corte IDH con esta situación? Destaca que las conductas impugnadas no cumplían con el propósito de reintegración social de los niños porque implicaban su exclusión total de la sociedad resultando meramente retributivas. Esta afirmación justificaría reformar inmediatamente la supuesta “ley de responsabilidad penal juvenil” que nos rige. Además, las sanciones aplicadas, señala la Corte, constituyen tratos crueles e inhumanos en violación al derecho a la integridad personal; es decir, una sanción de prisión perpetua aplicada a una persona que delinquiró siendo menor configura un trato cruel e inhumano y le impone al Estado una serie de medidas de no repetición. Entre otras, el Estado debe ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados en materia de justicia penal juvenil. Esto no se cumplió.

Cada vez que pregunto por qué no se aprueba esta reforma legal, la respuesta política es “porque tenemos miedo de llevarla al recinto y que salga cualquier cosa”. Esta es la verdad, se tiene temor a que, por la presión mediática, lejos de aprobar un buen proyecto como el formulado por la Cámara de Diputados, más allá de que no estoy de acuerdo con disminuir la imputabilidad a catorce años dado que el principio de no regresividad impide retrotraer estándares de derechos humanos. Sin embargo, al parecer, esto es políticamente inviable por este escenario incierto: por ejemplo, se presenta un proyecto y se termina disminuyendo la imputabilidad a

diez años. Por ende, una de las medidas dispuestas por la sentencia de la Corte IDH —esto es, que el Estado debe asegurar que no se vuelva a imponer penas de prisión o reclusión perpetuas a menores—, no se cumple.

Ahora bien, merced a este fallo, pudimos recorrer todo el país, hacer presentaciones y, particularmente, enviar diversos oficios a las jurisdicciones provinciales. Así, los superiores tribunales provinciales realizaron una revisión *sui generis* de las condenas, logrando que, en este momento, no exista un solo niño preso por una condena a perpetuidad en nuestro país. Algunos de estos casos los encontramos de casualidad. Uno de los jóvenes, que estaba detenido en La Pampa, nos dijo que había otro proveniente del Chaco, encarcelado hacía mucho tiempo y que nadie lo iba a visitar. Se trataba de un joven con prisión perpetua que hacía 18 años que estaba preso y ya no lo iba a ver nadie. Por suerte, su situación judicial se solucionó, luego de un arduo trabajo ante la jurisdicción chaqueña. Claro, sería mucho mejor si tuviéramos, como explicó el Dr. Abramovich, una norma que estableciera un supuesto de revisión para los casos en que un órgano internacional señala que una determinada situación jurídica importa una violación de derechos humanos. Sin embargo, no contamos con este instrumento normativo, más allá de que la Corte Suprema de la Nación entienda que los fallos de la Corte IDH son vinculantes.

La sentencia del Tribunal internacional impuso también indemnizaciones a favor de los jóvenes y ordenó al Estado a brindarles tratamiento psicológico y médico. En el transcurso del proceso, uno de los cinco muchachos, que estaba preso en la Penitenciaría de Mendoza, se suicidó. Otro de los niños denunciantes es el único que sigue preso porque se encuentra tan desocializado que todos los esfuerzos para tratar de salvarlo fueron absolutamente en vano. Es más, se vio envuelto en un hecho gravísimo, un homicidio dentro de la cárcel, y continúa encarcelado por este motivo. Esto demuestra cabalmente que ese chico está absolutamente deteriorado por las experiencias de vida que pasó, a raíz de las severas condenas que recibió a tan temprana edad.

La Corte IDH también obliga al Estado argentino a reforzar la formación del personal penitenciario, así como la de jueces con competencia en delitos cometidos por niños, a través de la formación sobre principios y normas de protección de los derechos humanos y de los niños, incluyendo aquellos relacionados con la integridad personal y la tortura. Esto, que yo sepa, no se ha hecho. Es cierto que los jueces, al ser designados en

sus cargos, son renuentes a participar en programas de capacitación obligatorios. Estos cursos deben hacer referencia a la sentencia “Mendoza”, difundir los estándares internacionales sobre derechos de los niños y la jurisprudencia en esta materia. Además, el Estado argentino debe brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad así como a sus familias.

Ahora bien, ¿cómo estamos en la actualidad? Hemos logrado algunas cosas pero todavía nos falta mucho. Debemos encarar una modificación profunda que establezca tribunales de menores que sean realmente especializados en la materia y que cuenten con un enfoque interdisciplinario, a través del trabajo con equipos de psicólogos y trabajadores sociales. Sé que esto cuesta muchísimo. Es que, además, se necesitan magistrados que no sean más duros que los jueces de mayores. Yo les aseguro que la experiencia me demuestra que hay causas que si hubieran tramitado ante tribunales de mayores no hubieran tenido una respuesta punitiva como la que tuvieron. Es muy extraño, nadie entiende por qué es al revés de lo que tendría que ocurrir. Con toda la producción científica en el ámbito del derecho internacional, con todos los derechos consagrados, las reglas y las directrices parece que actuaran exactamente en contra.

Uno de estos casos es paradigmático. Uno de los jóvenes es el que tiene mejor pronóstico y se llama Mendoza, por casualidad dos de los chicos tienen el mismo apellido. Se trata de un chico muy humilde de una villa de emergencia de la ciudad de Buenos Aires. Él había sido captado por el hijo de una psicóloga, que era un chico con muchos problemas de conducta, que había formado una banda para asaltar. Esta banda fue muy famosa porque asaltaba las confiterías que quedaban por Avenida del Libertador. ¿Qué sucedió? Entran a una confitería, Mendoza junto con un cómplice mientras que el líder la banda se queda afuera. En local comercial había un policía, quien saca su arma y dispara al compañero de Mendoza. Éste cuando ve que su amigo cae al suelo herido, lo agarra y todo su aporte al hecho ilícito es arrastrarlo y sacarlo a la calle. Mientras tanto, el jefe de la banda ingresa a la confitería con una ametralladora, mata al policía, a la novia del policía y a la amiga del policía. Este hecho fue un suceso terrible que adquirió mucha transcendencia. Cuando los condenan, todos reciben la misma respuesta punitiva, incluso el niño cuyo aporte a la gravedad del hecho fue sustancialmente menor. A todos impusieron prisión perpetua. Si esta causa hubiera tramitado ante los tribunales de mayores la respuesta a ese chico hubiera sido más beneficiosa. Creo que

por eso el poder jurisdiccional no quiere la cesura. Muchas veces hemos reclamado que dividan los juicios: separar a mayores de menores. Creo que no lo quieren hacer por miedo a que se demuestre que los tribunales de menores son más duros.

Finalmente, en la sentencia se comprobó que agentes del servicio penitenciario impusieron tortura a los chicos. Les aplicaron el denominado "pata-pata", golpearlos con palos en la plantas de los pies. Ahora, se ordenó la reapertura del proceso contra estos agentes, incluso en este momento hay varios integrantes del servicio penitenciario detenidos por estos hechos. Si bien no sabemos cómo va a continuar, y cabe destacar que en su momento no recibió ninguna respuesta por parte de la justicia penal, confiamos en las políticas de la Procuración General contra la violencia institucional.

A modo de cierre, creo que, llegados a esta instancia, esta Argentina, respetuosa de los derechos humanos y comprometida con su defensa, no se merece esta situación. Nosotros no nos merecemos ir a otro país, que alguien lea esta fallo y piense que precisamente no protegemos a los más vulnerables, a los más débiles, a aquellos que debemos privilegiar en el amparo estatal. Por eso, insisto, llevar este caso al sistema interamericano sirvió. Para los chicos sirvió porque obtuvieron la ansiada libertad. Por otra parte, creo que, frente a la fuerte presión interna y mediática, llevar el caso ante un tribunal internacional, lejos de significar ir en contra de las autoridades políticas, sirve para ayudarlas a dar el paso fundamental que falta. Solo cuando se derogue la ley 22.278 y se dicte una ley de responsabilidad penal juvenil, que sea realmente respetuosa de los estándares internacionales de derechos humanos, habremos alcanzado el objetivo.

Muchas gracias.



MARISA GRAHAM



Buenas tardes.

Me voy a referir al caso Fornerón, y quiero hacer dos salvedades. La primera es que la Argentina, sobre todo en estos últimos años, tiene una larga tradición en el acogimiento al sistema interamericano de derechos humanos que no tienen otros países, como por ejemplo EEUU, que no ratificó ni la convención sobre los derechos humanos ni tampoco la Convención sobre los Derechos del Niño a la cual yo voy a tratar de referirme brevemente en el caso Fornerón.

Esta es la primera cuestión que creo debemos tener presente nosotros como país, y también creo —como decía recién la colega— en la República Argentina tenemos una calidad de juristas dedicados a estos temas y una parte del gobierno nacional y del ministerio público abocada a la defensa irrestricta de los derechos humanos, por lo que aquí es mucho más fácil acceder a una representante de la calidad de la Dra. Stella Martínez para ir a litigar a la Corte IDH que en ningún otro país de la región. Me parece que eso habla muy bien de nosotros como país y dentro de nuestro propio gremio o colegio.

Yo me voy a referir al caso Fornerón, cuyos hechos, que viene de muchos años, y siguen durando, voy a referir rápidamente. El caso Fornerón es el caso de una compraventa de una niña recién nacida en Victoria, provincia de Entre Ríos. Un sábado por la tarde, el defensor de menores e incapaces subrogante le entrega a un matrimonio porteño una niña, y a los 15 días aparece el papá biológico, que se entera por la mamá biológica que había hecho esta maniobra, y se presenta a reclamarla. Desde ese momento, junio del 2000, hasta hoy, hasta el año 2012 que salió la sentencia de la Corte, Fornerón sigue peleando. Y digo que es actual porque nosotros ahora somos los encargados de cumplir con la sentencia y sigue peleando por los derechos violentados a él y a su hijita, que hoy tiene 15 años.

La primera cuestión que sucede es que los representantes de Fornerón hacen un planteo al cual el Estado nacional al que yo represento, paradójicamente, porque yo había escrito a favor de Fornerón antes de ser funcionaria, o Subsecretaria de Derechos de niños niñas y adolescentes, yo escribí a favor de Fornerón, yo abogue a favor de Fornerón en la asociación de abogados, en el colegio de abogados, en la propia facultad de derecho, de la cual soy docente, y resulta que después me tocó litigar por el Estado argentino, donde las representantes del señor Fornerón debo decir que han sido muy respetuosas y esgrimían algunas citas de artículos que yo había escrito a favor de Fornerón.

Nosotros estuvimos esperando la posibilidad de un allanamiento que tenía que llegar a presidencia de la nación, pero entonces, en su momento hicimos un reconocimiento de los hechos y nos opusimos a dos cosas. Primero, a las reparaciones, que eran absolutamente abultadísimas, nada sumaban esa reparación que se pedía los últimos diez años de todos los fallos de la corte, era un disparate de imposible cumplimiento, sumaba todos los fallos de reparaciones del continente de los últimos diez años, era disparatada, pero a mí, lo que más me conmovía de ir a litigar en nombre del Estado argentino, era que uno de los planteos de los representantes de Fornerón, juro que no de Fornerón, era que en la argentina había un tráfico de niños y niñas, que ese hábito era sistemático, a lo largo y ancho del país, que el Estado conoce esas situaciones, estoy hablando del año 2012, y que esas situaciones son amparadas por el gobierno nacional y que son asimilables a las apropiaciones ilegal de niños y niñas durante la dictadura militar.

Nosotros fuimos con la firme convicción de no dejar que eso sucediera, y fuimos a por ello y no en relación a restarle ningún derecho a Fornerón que ya bastante mancillado había sido por la justicia entrerriana en su caso.

Por lo cual cuando empieza la sentencia, ustedes van a ver que lo primero que dice la Corte IDH es que "niega la supuesta situación general tolerada desde el aparato del estado con la existencia de una práctica masiva y sistemática y que el caso es en modo alguno asimilable a la apropiación ilegal y sustitución de identidad de niños ocurrida en el marco del gobierno criminal de la última dictadura militar en Argentina".

Nosotros con esto ya nos fuimos muy contentos porque no queríamos que apareciera como un *leading case*, justamente además en estos años en los que el Estado que represento ha hecho bandera del cumplimiento irrestricto de los derechos humanos.

¿Qué nos reprocha la Corte IDH en el caso Fornerón? La violación del art. 8°.1 a las garantías judiciales, 25.1 a la tutela efectiva, a la protección de la familia del 17 y a la protección de los niños del 19 de la CADH. Que además tiene una muy buena definición la sentencia de Fornerón porque el art. 19 no dice casi nada en relación a los derechos del niño y surge a posterior la Convención sobre los Derechos del Niño que es internacional y lo que define en ese fallo la Convención que ya lo había dicho en el caso Atala Riffo contra Chile y en el caso Villagrán Morales, Niños de la Calle Contra Guatemala es que el *corpus iuris* del 19 está contenido en todas las reglas nacionales, regionales e internacionales de derechos humanos de protección especial de niños, niñas y adolescentes por lo cual el art. 19 contiene a la Convención sobre los Derechos del Niño que es una convención internacional.

Otra cuestión interesante, fíjense que la Comisión y la Corte IDH es la primera vez que admiten un caso de derecho de familia y un caso de adopción en particular, por lo cual nosotros íbamos con mucho cuidado. Pero una cosa interesante que dice la Corte IDH porque siempre en general la violación al art. 8° de la Convención siempre se pensó por el lado penal, nunca por el lado civil. Es como si la Convención Americana fuera nada más que patrimonio de los penalistas y de los hechos penales y no de las situaciones jurídicas, y la Corte allí recuerda que el art. 8° última parte dice "...para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

No voy a repetir las violaciones en las cuales incurrimos, en realidad incurre el Poder Judicial del art. 8° y 25.1 porque ya fueron dichos acá por el caso Furlan, es exactamente lo mismo. Pero sí me interesaría hablar del art. 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño. El art. 9° no es casual, es un artículo de la Convención con muy poca prensa. Si ustedes hablan sobre la Convención sobre los Derechos del Niño todo el mundo habla del art. 11, derecho del niño a ser oído, que además hay que ver ¿Qué es el derecho del niño a ser oído? ¿Dónde? ¿Cuándo? Para mí el derecho del niño a ser oído es cuando el niño es parte eficiente y eficaz en un proceso donde va a haber una decisión que lo involucra. El escuchar en los parlamentos de los niños a los ocho años hablando por donde tienen que pasar el cableado eléctrico del barrio a mí no me parece que sea el derecho del niño oído. Me parece que tiene algo más que ver con la legítima defensa que con otra cosa. Está el art. 3° que es el interés superior del niño que también es muy repetido y todo el mundo habla de él. Pero también hay unos

artículos que hablan del derecho del niño a vivir en una familia, pero el art. 9° no es muy conocido, tiene mala prensa, por algo será. El art. 9° es el que plantea que el niño nunca podrá ser separado de sus padres en contra de su voluntad y que, además, si fueran separados, tiene que ser por decisión de una autoridad competente. Y se tiene que aplicar una ley especial y un procedimiento particular para llegar a la medida extrema de la separación del niño de su familia biológica o de su familia de origen. Este art. 9° que habla del derecho, que viene después del 7° y el 8° que son los artículos llamados "argentinos" por el tema del derecho a la identidad y la historia que ha tenido la República Argentina en relación a la apropiación de niños y niñas, a los nietos durante la dictadura militar. Es el bien jurídico que tenemos en la República Argentina y que es lo que el fallo, en este caso de Fornerón, nos ayuda de alguna a manera a confirmar.

El art. 9° habla de la participación de todas las partes interesadas, empezando por los padres biológicos de ese niño o de esa niña. Digo esto porque el art. 9° fue violado o descartado, no tenido en cuenta en absoluto por la justicia entrerriana en aquel momento ("en aquel momento" entre comillas si llego a contar lo que pasa en estos días por ahí entiendan porque pongo las comillas). Algunas definiciones importantes del caso Fornerón en relación a precisar el famoso interés superior del niño del artículo tercero. A los que somos lamentablemente como yo "pre-convención" porque tenemos cierta edad hubiésemos preferido que el art. 3° así como está redactado y el interés superior no hubiese sido incluido en la Convención. ¿Por qué? Porque el interés superior del niño es una definición tan vaga como lo era en su momento, en el tutelarismo clásico, el "abandono moral o material o el peligro moral o material del niño" en aras del cual era privado de su libertad o era separado de sus padres, en general pobre, y eran alojados en hogarcitos, familias de corazón, solidarias, etc. En Fornerón se refuerza el fallo Atala cuando dice que no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. No puede comprender el interés superior del niño demandas cargadas de discriminación, estereotipos y prejuicios que vamos a ver más adelante cómo funcionan. El Poder Judicial de Entre Ríos basó su fallo que otorga la guarda pre-adoptiva y luego la adopción en los dictámenes de psicólogas que dicen más o menos esto: primero que entre los padres biológicos de la niña no existió un noviazgo formal de más de 12 meses sino encuentros

ocasionales. La pregunta es si hubiese sido de 14 meses ¿Qué hubiese pasado? Después dice, esto es textual, estoy leyendo, “el fruto de esa relación no fue el resultado del amor o del deseo de formar una familia”. Primero no es relevante, de ninguna manera relevante y si fuera relevante ¿Cómo lo pruebo? Es la primera cuestión que tendríamos que pensar. Esto es prejuicio, esto es discriminación. La niña no contaría con una familia biológica entendiéndose por tal a la madre y al padre. Parece que una mujer sola o un hombre que queda solo porque la mamá de sus hijos fallece no conforman una familia.

Después reitera la ausencia de la figura materna. Es decir que, si se le restituía la niña a su padre biológico, lo que iba a suceder es que se iba a quedar sin madre, llamémosla guardadora. Sobre esta base es que se sentenció a Fornerón a la separación definitiva de su hija en ese momento.

¿Qué dice la Corte IDH? La primera cosa que dice es que no se puede fundar un fallo en ideas preconcebidas de un hombre y una mujer y las capacidades y habilidades que tienen para criar y dar amor y cuidado a sus hijos. No puede haber nociones basadas en estereotipos que indiquen mayores o menores capacidades. No tiene ninguna importancia las formalidades de la relación, por ejemplo si hay noviazgo formal o no hay una relación formal, el rol que cumple el padre durante el embarazo de la madre, si existió o no existió ese acompañamiento. Esto se parece más a lo que plantea el juez de primera instancia en el caso Fornerón, esa maternidad ideal de propaganda de televisión donde aparece una señora vestida de blanco con su panza maravillosa, sentada detrás de una mecedora, detrás el sol, y el señor que viene, se le acerca y le acaricia la panza para vendernos algún producto. Es cierto, nadie imagina la maternidad o la representación de la maternidad como una nena de doce años llevando un balde de agua desde la canilla hasta su casa en la villa. Efectivamente, no es la representación de lo que la mayoría tenemos sobre la maternidad. Pero tampoco es la que creyó el juzgado de primera instancia y el Superior Tribunal de Entre Ríos en este caso, en el caso Fornerón.

Bien, hay otros disparates, que además son totalmente antijurídicos, que no tienen ninguna base, ni en la normativa interna ni en la normativa internacional, que tampoco se cumplió, porque otra cosa por las que nos condenan es por no haber observado la normativa interna en el caso Fornerón y vamos a ver cuáles son las normas que no se tuvieron en cuenta.

Hay otras definiciones que a mí me interesa recalcar del fallo. Primero, la Corte dice así “La Corte IDH no determina conceptos cerrados de familia y mucho menos protege un modelo de familia. No se pronuncia ni protege un modelo en particular”. Y además, dice que la Corte ya se ha referido en el caso Atala Riffo, si lo recuerdan el caso Atala Riffo de la jueza chilena, que después de divorciarse forma pareja con una mujer, entonces el exmarido le peticiona la tenencia de sus hijos esgrimiendo como causa su homosexualidad. Y ella, la jueza Atala llega hasta la Corte. En ese caso y también en el caso Fornerón y en el caso Loayza contra Perú, la Corte plantea que ha establecido previamente que el término “familia” debe entenderse en un sentido más amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano y con niños, niñas y adolescentes. Después hay otra definición, sólo las menciono sin extenderme porque quiero darle más tiempo a otras definiciones de la Corte, muy importante de la Corte y esto vale mucho para la adopción de personas solas, de mujeres y de hombres solas, que pueblan nuestros registros de aspirantes a la guarda con fines adoptivos, dice que “no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, cariño y sustento a los niños”. Esto apunta al prejuicio que aparece hacia el hombre solo, porque hay muchas mujeres que quedan solas, en la República Argentina y en el mundo, y a nadie se le ocurre quitarle los niños o institucionalizarlos porque están solas.

Respecto al tema del plazo razonable, al que ya se refirieron acá, la Corte IDH dice que la falta de razonabilidad en el plazo es en sí misma una violación de las garantías judiciales, el solo incumplimiento del plazo razonable con los cuatro estándares que hablaba la doctora en relación a la complejidad del caso. En este caso no había ninguna complejidad, hay un señor que a los quince días de nacida va a buscar a su hija y la reconoce, le desconocen ese reconocimiento, se hace un ADN, le da el 99,80% de inclusión y es el padre. Entonces, está claro que en el caso Fornerón también se plantea lo de las autoridades judiciales y sobre todo plantean en el caso Fornerón el matiz de que en particular, cuando están comprometidos los derechos de los niños, y también dice el fallo de la Corte IDH en Fornerón que cuando se trata de la guarda, custodia o adopción de niños pequeños, los plazos deben ser excepcionalmente breves, y ágiles los procedimientos.

Entonces, somos responsables de la violación de derechos y garantías judiciales. Para los arts. 8°.1, 25.1, 17 y 19, de la Convención Americana de Derechos Humanos incumplimos la aplicación del orden interno. Pero cumplimos con todo en la parte dispositiva, incluidas las reparaciones

materiales, salvo a la niña, porque la Corte IDH dice que la niña deberá cobrar cuando los adoptantes no puedan usufructuar ni administrar esa indemnización, esa reparación. Además nos pide tipificar la compra venta de niños como delito, hay varios proyectos en el Congreso y un proyecto presentado por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la Nación, también la realización de cursos obligatorios a los jueces en Entre Ríos, que se han hecho, y con la doctora Stella Maris Martínez se han realizado jornadas de adopción, en particular, y también lo hemos hecho en conjunto con el registro de adoptantes y esta secretaria.

El daño material por supuesto también, pero acá viene la crítica: dos críticas. Primero, ¿cómo falla la Corte? ¿Qué termina diciendo en relación a lo sustantivo? ¿Qué pasa con Milagros y su papá? La Corte IDH dice que correspondería que ese tribunal dejara sin efecto todas las decisiones internas, pero no lo hace, y no lo hace por la misma razón que seguimos fallando en superiores tribunales y la propia CSJN, seguimos fallando, porque como pasó mucho tiempo y se generó un vínculo, no importa de qué clase y qué tipo de vínculo, fundado en qué, (en un ilícito, no importa eso). Tener encerrada a una niña/o en un complejo familiar qué se hizo de ella, de esta manera. Dice "pasó mucho tiempo". Le dice al Estado argentino "Ud. Tiene que tomar todas las medidas judiciales, legales y de cualquier otra índole para remover los obstáculos que existan en esta vinculación progresiva que Ud. tiene que facilitar entre Fornerón y su hija". Y nos dice "remueva los obstáculos". Y punto seguido dice, en particular, que el matrimonio B.Z. que es el matrimonio "adoptante", entre comillas "adoptante", en particular que el matrimonio facilite y ayude a este proceso".

Primero la Corte misma está diciendo que es un obstáculo y en particular, B.Z., entonces está claro cuál es el obstáculo. Es de imposible cumplimiento esta parte de la sentencia. Y la otra es peor aún, nos dice: "haga Ud. un acercamiento que facilite, que genere los espacios, cualquier medida de acercamiento progresivo de manera de construir un vínculo entre padre e hija" y después nos dice: "orientado a que en el futuro puedan cumplir con todos sus derechos, incluso el de vivir juntos como padre e hija". Pero al final nos dice: "Sin que ello suponga un conflicto con la familia adoptante". Es de imposible cumplimiento.

Y para terminar, somos condenados por el tiempo, por haber dejado transcurrir el tiempo, hay alguien que dijo "el tiempo sentencia", y nosotros contestamos, no, el tiempo no sentencia, porque una cosa es que

el tiempo pase, que es inexorable, y otra cosa es dejar pasar el tiempo. Lo que se hizo en el caso Fornerón fue dejar pasar el tiempo. Pero ¿qué pasa con el tiempo en el sistema regional? Y con esto termino, la petición fue presentada por el señor Fornerón el 14 de octubre de 2004 ante la Comisión. En octubre del 2006 la Comisión IDH adopta el informe de admisibilidad número 117. El 13 de julio de 2010 aprobó el informe de fondo 83/10. En febrero de 2011 la Corte informa a las partes, Fornerón y sus representantes y el Estado argentino, sobre el sometimiento del caso a la Corte y la sentencia es el 27 de abril de 2012.

Es decir, el sistema regional se tomó 8 años —¡8 años!— para llegar a la sentencia, es decir que el tema del tiempo no es un tema solamente del Estado argentino, inexcusable, sino que también el sistema regional de derechos humanos. Tendrá que ver cómo resuelve este mismo problema, sobre todo cuando se trata de la apropiación de niños, niñas y adolescentes.

Gracias.



MARÍA FERNANDA LÓPEZ PULEIO⁽¹⁾



Muy buenas tardes y muchas gracias por la invitación. Realmente me pareció una excelente idea la que han tenido los organizadores de este encuentro, enfocado desde el lugar de las vivencias de quienes participamos, desde diversos lugares, en casos del sistema interamericano de Derechos Humanos que han involucrado a la Argentina.

No deja de resultar una paradoja que nuestro país, que avanzó tanto en los últimos años a nivel legislativo para la protección de derechos y el acceso a la justicia y que se ha vanagloriado de ofrecer mecanismos para su efectivización, también haya tenido en estos últimos años una serie de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) que tienen que ver —y de eso da cuenta este panel— en gran medida con la responsabilidad de los operadores de justicia en la desprotección de derechos y en la falta de remoción de obstáculos para el acceso a la justicia.

Por eso, si alguna conclusión puede derivarse de este grupo de sentencias de la Corte IDH que responsabiliza al Estado argentino es que un punto principal del problema está puesto en fallas de los procesos judiciales de ámbitos diversos para cumplir con los objetivos para los cuales fueron establecidos.

En realidad la paradoja se neutraliza en algún sentido, cuando se observa que también el sistema interamericano procesa muchas peticiones contra Argentina porque aquí hay un importante activismo de la sociedad civil y de otros actores, e incluso instituciones que son los que llevan casos al Sistema —por caso, la Defensoría General de la Nación ha presentado cerca de 50 peticiones a la Comisión Interamericana—.

(1) Secretaria General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación. Defensora Interamericana en el caso “Furlán”.

Pero ciertamente, la circunstancia de que se haya diagramado un evento donde se establecieron módulos como este, ligado a violación de derechos de niños, niñas y adolescentes, y que el récord de la Corte IDH en relación con Argentina arroje en los últimos años tantas sentencias como para que sus protagonistas puedan conformar tantos paneles de acuerdo a violaciones diversas, es algo que evidentemente merece una enorme atención. Porque en definitiva todos estamos aquí porque Argentina fue responsabilizada internacionalmente por violaciones convencionales. Con ello estamos diciendo que la paradoja en verdad no puede ser neutralizada, tanto más cuando esas sentencias muestran ciertos patrones en la violación de derechos pasibles de ser replicados en tantos otros procesos domésticos.

En este esquema me han solicitado contar mi experiencia personal, más allá de referencias que haga respecto a los estándares establecidos por la Corte IDH en este caso. La experiencia se relaciona con el rol que me correspondió como representante de lo que procedimentalmente se denomina “presuntas víctimas”; ello hasta que la Corte Interamericana decida en una sentencia si pasan a denominarse víctimas (en lo personal esta terminología ligada al “presunta” me provoca cierta molestia, cuando para llegar a esa instancia estas personas han tenido que recorrer instancias muy prolongadas y de gran sufrimiento, pero así lo establece el reglamento).

Evidentemente el caso “Furlán y Familiares vs. Argentina”, que fue sentenciado el 31 de agosto de 2012, presenta particularidades en más de un sentido. Constituyó “la primera vez” en muchos aspectos ligados a trámites ante la Corte IDH. ¿En qué sentido? Fue la primera vez que intervino un representante de las presuntas víctimas en calidad de defensor interamericano. La idea del defensor interamericano es muy novedosa, tiene muy poquitos años y nace como una preocupación de la Corte Interamericana en casos que llegaban ante la instancia de resolución sin abogados.

Entonces la Corte observaba una desigualdad de armas muy evidente entre los representantes de los Estados —en general gente muy formada en procedimiento internacional— y las presuntas víctimas que suelen ser personas ajenas al derrotero judicial, en general muy vulnerables, y que si lograban superar los tiempos que suele insumir un caso en la Comisión— que como saben es bastante extenso no solamente en tiempo sino en problemáticas—, si no contaban con representación letrada, era evidente que ello

inflúa e influiría no solo en el trámite en sí, sino incluso en la determinación de las violaciones convencionales. Planteada la cuestión en los procesos internacionales, la situación se complejiza porque por más que un tribunal internacional aplica evidentemente derecho internacional, y debe evaluar si hay o no una violación convencional, es obvio que tiene que haber un conocimiento del sistema interno para evaluar el tipo y alcance de la violación internacional; y básicamente en lo que tiene que ver con todo el capítulo de la determinación del carácter de víctimas y sobre todo con sus reparaciones —que tienen que ver preponderantemente con la demostración de un daño—, una presunta víctima sin abogado en el momento oportuno encontrará seguramente debilitados sus planteos y básicamente su forma de acreditarlos.

Cuando se modifica, entonces, el sistema y la Comisión Interamericana pasa a ser un órgano que tiene más que ver con el orden público interamericano —y este es el interés que debe resguardar—, se limita el carácter que venía cumplimentando en relación con las presuntas víctimas y sus necesidades específicas; con lo cual una ausencia de abogado va a repercutir, por ejemplo, en el derecho de la víctima a obtener una mejor reparación, porque para hacerse acreedor de una adecuada reparación deberán demostrarse extremos que tienen que ver con el trabajo en el territorio y demás cuestiones del país que se trate. Entonces, la figura del defensor interamericano y las modificaciones reglamentarias quisieron asegurar la efectivización del derecho de defensa en el ámbito internacional y el aseguramiento de la igualdad en el procedimiento. Los contendientes ahora aparecen de manera bien clara: por un lado, el Estado y, por el otro, las presuntas víctimas.

El primer caso de intervención de la Defensoría Pública Interamericana es el caso “Furlán”. El tándem de defensores interamericanos lo conformamos también con un defensor público de Uruguay, Andrés Mariño. A partir de que el caso es sometido a la Corte IDH nos notifican y empieza a correr el plazo de 60 días para la presentación del escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.

Pero dije que el caso “Furlán” representaba la primera vez en muchos aspectos. Es un caso que se refiere a la no aplicación de derechos básicos de un niño con discapacidad en el ámbito de la justicia en lo civil y comercial federal de la Capital Federal; de una manera grosera en la desatención e indolencia respecto a un niño y su familia porque se

trataba de un accidente sufrido por este niño, perteneciente a una familia pobre de Ciudadela norte, muy cerquita de Fuerte Apache. El niño de 14 años estaba jugando con sus amigos en un predio abandonado del ejército argentino que los vecinos utilizaban como plaza, se cuelga de un travesaño que, oxidado, cede y le produce un traumatismo de cráneo con desprendimiento de masa encefálica, a resultas de lo cual termina con secuelas incapacitantes neurológicas graves. A partir de allí, todos los desatinos que se les pueda ocurrir desde el punto de vista de acciones positivas del Estado y de sus órganos específicos. La sentencia de la Corte IDH es del 2012, y fue bastante breve el lapso que insumió el procedimiento una vez llegado a esa instancia —aunque en la Comisión estuvo casi 10 años—, así que ya se pueden hacer una idea cuál es la violación ligada al plazo razonable cuando el hecho que estamos relatando ocurrió en 1988.

Algunos de esos desatinos están ligados a la falta de atención urgente en salud, a la ausencia de medidas de protección judicial, de orientación o asistencia e, incluso, de seguridad social, pero específicamente a la carencia de toda respuesta judicial ante requirencias desesperadas de una familia sin recursos, que desconoce los mecanismos establecidos por el legislador para un mejor resguardo de sus derechos; lo que muestra de manera patente la relación ínsita entre el derecho a la información y la posibilidad cierta de ejercicio de derechos.

La violación del plazo razonable de un procedimiento adquiere mayor gravedad en situaciones como esta, porque resulta evidente que las necesidades urgentes de salud y el paso del tiempo son inversamente proporcionales; y que las posibilidades de rehabilitación disminuyen cuando más alejado se encuentra el momento en el cual comienzan a ejecutarse, tanto más en una persona en crecimiento y formación.

Cuando luego del accidente Sebastián Furlán supera el mes en coma, empiezan a ser evidentes las primeras omisiones estatales, ya que la estructura hospitalaria no da cobertura idónea a sus necesidades de habilitación y rehabilitación. Pero es la justicia el lugar donde se cristalizan esas desavenencias. Cuando el padre no ve ningún progreso en la situación de su hijo, con desesperación empieza a tocar todas las puertas inimaginables pidiendo ayuda, hasta que un empleado administrativo del mismo Ejército le recomienda que acuda a la justicia “porque si no, nunca va a conseguir el dinero para ninguna rehabilitación”.

Este señor, Danilo Furlán, inicia entonces en representación de su hijo una acción de daños y perjuicios que por competencia le corresponde a la justicia civil y comercial federal de la ciudad de Buenos Aires. La situación es que pasan casi cinco años para que se trabe la *litis* ¿Por qué? Lo vamos a ver después en la sentencia, pero básicamente porque el juez a cargo del proceso entra en una diatriba insólita acerca de cuál es el demandado —lo que aparecía nítido ya en el primer escrito judicial—, estableciendo exigencias inauditas previo a la notificación de la demanda.

El comportamiento de la justicia estuvo signado por el no otorgamiento de ningún diligenciamiento especial a un proceso donde el sujeto principal era triplemente vulnerable y exigía respuestas inmediatas, lo que debió haber redundado en un reforzamiento y no un debilitamiento de garantías.

Este caso es muestrario de la no aplicación de un estándar que surge de la jurisprudencia de la Corte IDH en la relación sectores vulnerables/discriminación/acceso a la justicia, y señala que ante mayor vulnerabilidad, mayor es el deber de diligencia y la necesidad de protección para favorecer el acceso a la justicia. Entonces, si hay menor protección cuando hay mayor vulnerabilidad ello desemboca en discriminación.

De esto trata el caso “Furlán”: de obligaciones de hacer que fueron flagrantemente dejadas de lado, del no actuar del Estado cuando las exigencias tenían que ver con acciones determinantes y urgentes. Por eso es un caso paradigmático que relaciona el (no) acceso a la justicia con la situación de niños con discapacidad de familias desaventajadas.

El caso “Furlán” muestra de una manera feroz la relación entre las necesidades de acceso a la justicia y de extrema vulnerabilidad de quien debiendo estar protegido con medidas especiales de compensación en los trámites judiciales queda librado a su suerte y desguarnecido en la protección de todo derecho.

Ahora bien, lo primero que hace la Corte IDH para evaluar si ha habido o no una violación del plazo razonable del proceso es, como ustedes saben, hacer un paneo de si se cumplimentan sus elementos. El primer elemento es verificar si el proceso era o no complejo. ¿Había complejidad en el caso? No, ya que se trataba de un caso tremendamente sencillo; había que demostrar simplemente el acaecimiento de un daño en la relación con el causante del daño. Y es más, el expediente judicial no superaba los

dos cuerpos. Respecto a la conducta de las partes hubo un ida y vuelta con el Estado argentino, ya que su estrategia era hacer recaer la responsabilidad del tiempo del proceso en la joven abogada de los Furlán. El Estado alegaba que al tratarse de un procedimiento civil era la parte actora la que debía instarlo por el principio dispositivo, intentando correr del eje la conducta del juez, que más que director se había transformado en un espectador, cuando no obstaculizador de la causa. Y acá la Corte IDH pone un énfasis principal: sobre todo en procesos de estas características, por la vulnerabilidad del sujeto, los deberes de diligencia del juez son relevantes. Esta había sido, por otra parte, la postura que tanto la Comisión como nosotros en tanto representantes de las víctimas habíamos impulsado en el caso.

Los deberes de diligencia del juez se imponen independientemente de que el modelo procesal sea dispositivo u oficioso. Y esta es una idea fundamental, primero, porque el Estado nunca puede guarecerse en un eventual deber de las partes para justamente desligarse de la responsabilidad cuando se trata de la función judicial; pero, además, por lo que pasa a ser núcleo principal de la cuestión: estamos hablando de personas con absoluta vulnerabilidad que, por otra parte, se van acumulando: niño, niño con discapacidad, niño con discapacidad en familia pobre. Ergo, tres vulnerabilidades disparan exponencialmente la necesidad de protección especial y debida diligencia.

Pero ¿saben qué? Todos los intervinientes en ese proceso judicial de la Capital Federal de Argentina —y esto se los digo con absoluto convencimiento— nunca se enteraron siquiera de que el sujeto principal del proceso era un niño con discapacidad. ¿Por qué no se enteraron? Porque nunca tuvo la posibilidad de ser oído, entre otras cosas, porque se tardaron esos casi cinco años en trabar la *litis* y en esos cinco años seguía acrecentándose el deber del Estado respecto a necesidades psicofísicas. ¿Y qué pasaba mientras con las rehabilitaciones imprescindibles? Nada.

Pero como si todo eso no fuera suficiente, todavía no me referí a otra violación sustancial a las debidas garantías conforme declaró la Corte IDH, y que tiene que ver con una institución con más de 150 años de historia en el derecho argentino, como es el defensor público “de menores e incapaces”. No deja de resultar otra paradoja que en el primer caso de intervención con defensores interamericanos ante la Corte IDH —que por otra parte se trata de la intervención de una defensora argentina— se alegue

y se sentencie por la Corte que en el derecho doméstico argentino no se respetó la garantía para su intervención obligada. Es decir, una figura pensada como un refuerzo de garantía en todo proceso donde se encuentre en juego el interés de un menor de edad, cuya finalidad es posibilitar, entre otros, el derecho a ser oído, había sido absolutamente ignorada, a punto de no habersele dado intervención ¡sino después de cinco años!

Claro, alguien se percató del “olvido” en dar vista obligada al defensor de menores. Y vuelvo sobre lo mismo; ¿cómo se iban a percatar si no tenían en cuenta que el proceso trataba sobre la situación de un menor de edad?

No hay tiempo aquí para entrar con mayor detalle en algunos temas importantes, pero no quiero dejar de mencionar que ante los intentos de suicidio de Sebastián, tampoco nadie se percató —además de Sebastián Furlán—, de que también su familia necesitaba diversa asistencia y protección, más allá de la dineraria.

Pero volvamos: ¿saben cuándo la justicia se dio cuenta de la omisión en dar intervención al defensor de menores? ¡Cuando Sebastián Furlán ya era mayor de edad! 14 años tenía Sebastián cuando fue el accidente, a los 16 se inicia la acción de daños y perjuicios y recuerden ustedes —por eso digo que el caso “Furlán” planteaba algunas problemáticas muy interesantes— que en esa época (estamos hablando año 1988 el accidente, año 1990 la demanda), el art. 126 CC establecía la mayoría de edad a los 21 años.

Es interesante porque desde el lugar y en relación con la violación de derechos fundamentales que no solamente tienen que ver con las garantías del art. 8.1 de la Convención —acceso a la justicia en plazo razonable en relación también con el art. 25, la tutela judicial efectiva—, sino con el derecho a la integridad personal, el derecho a la salud y a la seguridad social, el derecho de propiedad —todos estos derechos involucrados en el caso— para nosotros era fundamental la determinación de que en el momento en que fueron violentados esos derechos Sebastián era un niño hasta los 21, no hasta los 18. Porque no es lo mismo la violación de esos derechos respecto a un adulto que respecto a un menor sujeto de protección especial por el art. 19 de la Convención.

Entonces, ¿cómo enfocábamos esta cuestión en el procedimiento internacional? Porque, además, lo que quizá muchos de ustedes no conozcan es que cuando la Argentina ratifica la Convención de los Derechos del Niño en 1990, hace una observación al art. 1º en el sentido de que considera,

a los efectos de esa Convención, que niño es el menor de menos de 18 años. Pero en el derecho interno estaba vigente el art. 126 en ese entonces y durante la tramitación del proceso interno sobre daños y perjuicios, que establecía la mayoría de edad a partir de los 21 años. Y acá teníamos el problema. Nuevamente: nunca se había planteado esta situación en casos de Argentina ante la Corte IDH. Lo que hicimos fue invocar el principio *pro homine* (art. 29, inc. b de la Convención), y adujimos que ninguna normativa, aunque haya sido una propia declaración del Estado argentino, podía ir en contra de una mayor protección de derechos en el ámbito doméstico. La Corte Interamericana tomó nuestro criterio y hay que reconocer que en este punto el Estado no contradijo nuestra postura.

Otra cuestión que era la primera vez que se presentaba en casos de Argentina ante el sistema interamericano era la de la vigencia en casos así de un sistema establecido por leyes de emergencia económica a resultas del cual el Estado consolida deudas y difiere su pago. Pero antes debo contar cómo termina la historia de la causa judicial en Buenos Aires. La historia "termina" con que el proceso judicial duró casi 10 años hasta la sentencia de primera instancia —nueve años y medio para ser precisos— donde simplemente se traba la *litis* y se producen dos peritajes y no mucho más. Ello, luego de la confirmación por la Cámara a los dos meses, donde puede vislumbrarse que para la Sala de la Cámara Civil y Comercial Federal la rémora era evidente, porque se apuran a confirmar en lo sustancial la sentencia que condena al Estado a abonar una indemnización a favor de Sebastián Furlán por determinado monto ¿Qué año era esto? Fines del año 2000. Ese dinero era algo así como 30.000 pesos que equivalían a 30.000 dólares en virtud de la ley de convertibilidad. Lo cierto es que por aquella ley especial de consolidación de deudas del Estado, número 23.982, se estableció un sistema de procedimiento administrativo en instancias del Ministerio de Economía, con lo que la ejecución de esa sentencia lleva dos años más. En realidad, dos años y pico más porque solo en marzo de 2003 se depositan los bonos a percibir por Sebastián Furlán, pagaderos en su totalidad ¡recién en el año 2016!

Vamos sumando todo el procedimiento: ya llevamos casi 13 años desde que el padre de Sebastián impulsa su pedido ante la justicia para que le den dinero para la rehabilitación de su hijo. Llegamos al momento de percibir esa suma dineraria... y claro, en el medio la crisis de 2001 y la salida de la convertibilidad y posterior devaluación del peso, y además de todo, el pago en bonos 13 años después de su depósito.

En este esquema, ¿hasta cuándo debe contabilizarse el plazo de la tramitación total del proceso? ¿Todavía más, podría decirse hoy, en 2015, que la ejecución del mismo está definitivamente concluida? Los representantes aducimos esta última circunstancia como hipótesis de máxima, y que como mínimo la Corte IDH debía considerar el 12 de marzo de 2003, cuando se depositan los bonos y se concluye el procedimiento administrativo, para la extensión total que insumió el proceso que había comenzado en diciembre de 1990.

La Corte IDH, para la consideración de la razonabilidad del plazo, no solo evalúa su complejidad, la actividad de las partes, el desempeño de las autoridades judiciales, sino también un cuarto elemento que había sido enunciado ya en su jurisprudencia, en Valle Jaramillo, que es el tema de cuál es la situación jurídica especial del interesado. Los jueces no pueden tramitar el proceso donde hay personas vulnerables con, diría yo, la molición que podría signar otros procesos sin esas personas vulnerables. Lo que la Corte dice es que en esos casos se exige un diligenciamiento especial. Y lo que la Corte IDH hace en "Furlán" es incorporar dentro de la conceptualización de ese cuarto elemento sobre la situación jurídica del interesado la condición de vulnerabilidad de la persona y su relación con el acceso a la justicia.

Pero les decía, relacionado con esta ley especial de consolidación, lo primero que la Corte IDH debía decidir era que esta vía administrativa también era parte de la duración del proceso, lo que efectivamente así resuelve. Ello porque resulta claro que las autoridades administrativas también están obligadas por este deber de reforzamiento del debido diligenciamiento en cuanto a la prontitud y porque para la materialización del derecho (ya que se encuentra involucrada la tutela judicial efectiva del art. 25, inc. 2.c, ligado al cumplimiento de las sentencias), lo que importa es la efectivización de la garantía. Y si hay un proceso administrativo posterior, la resolución judicial todavía está "en veremos" porque no ha sido definitivamente ejecutada.

Para la Corte IDH, si el objetivo del proceso de daños y perjuicios era obtener una indemnización no puede considerarse cumplimentado hasta tanto dicho fin no se materialice, lo que solo ocurre en marzo de 2003.

En el listado de "primera vez" faltaba otra cuestión donde los representantes y el Estado también mantuvimos posturas antagónicas. Sin embargo, en este aspecto la Comisión tampoco acompañó nuestro planteo ligado a que en la causa también se verificaba la violación del derecho de propiedad protegido por el art. 21 de la Convención.

El debut para su consideración por la Corte lo hizo en esta materia la reserva que la República Argentina estableció respecto al art. 21.

La circunstancia del pago en bonos de consolidación, como si se tratara de cualquier caso de responsabilidad del Estado y sin atención a la situación de vulnerabilidad de Furlán, además de significar la violación de la tutela judicial efectiva en relación con la ejecución de una sentencia judicial, provocó otra discusión relevante en el Sistema, que es la referida al ámbito de validez de la reserva. Esa reserva dice que la Corte IDH no tiene competencia *ratione materiae* para evaluar cuestiones de política económica del gobierno o que tengan que ver con resoluciones judiciales ligadas a utilidad pública e interés social.

La descripción por parte del informe de fondo de la Comisión de los hechos constitutivos de violación internacional alcanzaba, en nuestra opinión, para considerar violentado el derecho de propiedad, no estando esa conclusión mermada por el contenido de la reserva establecida.

Es que la reserva realizada por Argentina no tiene que ver con lo que estamos hablando, porque si así fuera cualquier tipo de sentencia judicial podría no ser ejecutada en su totalidad y eso no sería revisable internacionalmente con el argumento de que es materia de política económica del gobierno. Acá la reserva efectuada tiene que ver con otra cosa, se refiere a temas de política económica del gobierno que se trate; y por cierto, el trámite parlamentario no aporta ninguna claridad si se quiere ahondar en mayor nivel del detalle del que pueda surgir de la propia letra del texto. Pero, además, justamente son las sentencias judiciales como las del presente caso las que están excluidas de la reserva, porque por vía de excepción solo se incluye a las que están ligadas a utilidad pública e interés social.

Entonces la Corte Interamericana tuvo que interpretar el contenido de esa reserva del Estado argentino —y lo hizo por primera vez— para decidir si consideraba violentado el derecho de propiedad, y en todo caso cuál era el grado de comprensión de esa violación.

En este ámbito, la Corte IDH recibió también la postura de los representantes, en el sentido de que aquí se constataba una violación del derecho de propiedad al incumplirse el pago ordenado en una sentencia judicial y al no poder superarse el test de razonabilidad que exige especificar razones suficientes para habilitar limitaciones al derecho de propiedad de sujetos vulnerables.

Justamente en aplicación del test, concluye la Corte IDH que la falta de ponderación del grado de vulnerabilidad para aplicar alternativas de ejecución menos lesivas que las que establece la ley 23.982 —que podría ser idónea y necesaria para otros casos, pero no para este— ha redundado en una falta de proporcionalidad en su aplicación. Esa modalidad de ejecución prevista en la ley de emergencia 23.982 afectó no solo la protección judicial efectiva, sino que se constituyó en una violación autónoma del derecho de propiedad protegido por el art. 21 de la Convención.

Me doy cuenta de que se me acabó el tiempo, y se imaginan que tengo muchísimo más para contar, pero lo cierto es que no quiero dejar de decirles que también el caso “Furlán” constituye “el primero” en donde la Corte IDH aplica la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo que es especialmente relevante de cara a sus disposiciones sobre la necesidad de establecimiento de ajustes razonables para el favorecimiento del acceso a la justicia.

Ahora, todo lo comentado no trascendería de una mera referencia académica o una fascinante experiencia profesional si no aludiéramos al necesario vínculo que debe existir entre el derecho internacional de los derechos humanos y el control de convencionalidad por parte de los órganos nacionales.

En este sentido, si yo pudiera resumir con un ejemplo el impacto principal del caso “Furlán” elijo el hecho de que a partir de esa sentencia se han modificado rutinas en los tribunales nacionales ligadas al abordaje de cuestiones que involucran a personas con discapacidad. Para empezar, parece impensable hoy que un niño con discapacidad pueda transitar un proceso sin la intervención muy temprana que los jueces otorgan a los órganos específicos de resguardo de sus derechos.

Hoy “Furlán” aparece citado en Argentina en cuantiosas resoluciones de cortes y tribunales superiores, en dictámenes de la Procuración General o decisiones de organismos del Poder Ejecutivo, en amparos de salud en el ámbito federal y en la justicia ordinaria y hasta ha sido el puntapié para la elaboración del Protocolo de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, que puso letra al papel para efectivizar sus derechos y garantías.

Este creo que es su legado más importante, y somos todos nosotros los guardianes de esos resguardos.

Muchas gracias.



Garantías judiciales y debido proceso



GUSTAVO L. VITALE⁽¹⁾



Plazo razonable. Caso Argüelles y otros vs. Argentina⁽²⁾

1. Los hechos del caso

El caso Argüelles y otros contra Argentina se vincula, fundamentalmente y entre otros derechos, a uno de los más importantes derechos de la persona, que es el derecho a la libertad de los imputados en un proceso penal y al principio de presunción de inocencia que los tutela.

Por supuesto, la Corte IDH trató, en este caso, el problema de los límites a la privación de la libertad durante el transcurso del proceso. Entre otros aspectos a los que se refiere, también ocupa un lugar importante el derecho de toda persona sometida a proceso penal (esté libre o no) a obtener una decisión definitiva en un plazo razonable.

La primera problemática se vincula con el encarcelamiento de un grupo de personas durante el desarrollo de una causa penal seguida en su contra.

En el año 1980 se inició una causa penal en contra de más de 40 militares, a quienes se atribuía una serie de maniobras que fueron calificadas como defraudación (administración fraudulenta) en contra de las fuerzas armadas. De ellas, 21 recurrieron al sistema interamericano de Derechos Humanos y, en ese marco, la Comisión IDH presentó finalmente el caso ante la Corte IDH respecto de 20 peticionarios.

Muchos de ellos estuvieron privados de su libertad durante aproximadamente 7 años, de los cuales más o menos 4 años fueron cumplidos antes del 5 de septiembre del año 1984, fecha en que Argentina aceptó

(1) Defensor titular del Ministerio Público de la Defensa de la provincia de Neuquén. Actuó como defensor público interamericano en los casos "Mohamed" y "Argüelles".

(2) Este texto fue publicado en *Revista Derechos Humanos*, año IV, n° 10, Bs. As., Ediciones Infojus, 2015.

la competencia contenciosa de la Corte IDH, y alrededor de 3 años se cumplieron luego de esa fecha.

2. Derecho a la libertad y encarcelamiento durante el proceso penal. Principio de presunción de inocencia

La Corte IDH resolvió considerar solamente la privación de la libertad ocurrida con posterioridad al 5 de septiembre de 1984, sosteniendo que antes no era competente para juzgar al Estado argentino, por lo que, entonces, Argentina no podía ser juzgada por hechos anteriores al día en que aceptó la competencia del alto Tribunal interamericano. Estamos, por ende, frente a una llamada “prisión preventiva” sufrida durante unos 7 años, de los cuales se dispone juzgar solo la convencionalidad o no de cerca de tres años.⁽³⁾

Ya es cuestionable el propio instituto de la llamada “prisión preventiva”, que es, en verdad, una prisión sin condena, un instituto que debería ser cuestionado ya en todo el ámbito universal, por ser esencialmente injusto; por ser injusto de por sí; por ser una tortura; un instituto que sirve para tener presa a la gente hasta que se averigua si se la puede encarcelar o no y, en todo caso, si no correspondiera encerrarla porque se trata de un inocente, después deberá decirse al imputado que la sufrió: “mire, a usted lo tratamos como inocente (como dice la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero el tiempo de su vida que estuvo preso, en fin, que Dios lo pague”. Es decir: “de ese perjuicio encárguese usted, porque nosotros lo tuvimos preso por las dudas. Si usted hubiera sido culpable, ese tiempo que estuvo preso se lo hubiéramos computado como parte del cumplimiento de su pena; mientras que, como usted es inocente, lo lamentamos mucho pero ya nada podemos hacer”. Esto, por supuesto, lo mencionamos ante la Corte IDH para dejar en claro que, universalmente, tenemos todavía mucho por lo que pelear (aunque más no sea como una enunciación de la lucha que corresponderá enfrentar en algún otro momento histórico).

La Corte IDH estableció que, por la competencia en razón del tiempo, iba a valorar la legalidad, la posible arbitrariedad o legitimidad (y, por ello, la convencionalidad) de todo el tiempo de privación de la libertad posterior a que Argentina ratificara la competencia contenciosa de la Corte —es decir,

(3) CORTE IDH, “Caso Argüelles y otros vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 20/11/2014, párr. 135: “... la Corte considera (...) el período entre dos años y medio y dos años y 11 meses en que estuvieron detenidos en prisión preventiva con posterioridad a la competencia de la Corte”.

desde el 5 de septiembre del año 1984 en adelante—, y dijo que, por esta razón, tratará la posible violación a la legalidad, por ejemplo, de las órdenes de detención o de los autos de prisión preventiva (que eran obviamente ilegales, ya que las decisiones que las ordenaban solo constaban en unos formularios y nada más que eso y, como todo formulario, carente de fundamentación y mucho más vinculada a cada caso en particular).

Sin embargo, el mismo fallo dice concretamente lo siguiente: “La Corte Interamericana tiene presente que las víctimas en prisión preventiva hasta el año 1987 permanecieron recluidas por aproximadamente cuatro años antes del inicio de la competencia de la Corte”.⁽⁴⁾ Es decir, si bien no consideró esos 4 años, de algún modo dejó en claro que habían sido sufridos. De alguna manera pareciera que esto es una forma de reconocer, al menos en parte, la razón de nuestro planteo, en cuanto sostuvimos que la privación de la libertad es un hecho continuado y, como tal, no se puede separar en partes (por lo cual si era ilegítima en su origen lo seguía siendo luego de aceptada la competencia de la Corte IDH).

La Corte IDH sostuvo que el Estado violó el derecho a la libertad personal previsto en el art. 7° CADH, fundamentalmente porque cuando comenzó la competencia de la Corte en el caso, a partir de ese momento, lo que debió hacer inmediatamente el Estado fue someter a revisión periódica ese tiempo de privación de la libertad. Y, entonces, como producto de ese examen debió hacer cesar la privación de la libertad ordenando la inmediata libertad de los imputados.

Si hubiera revisado las condiciones de legalidad y de legitimidad o razonabilidad, los órganos judiciales del Estado hubieran advertido que, en el caso, no se cumplieron muchas de ellas.

No se cumplió con la necesidad de que la prisión durante el proceso cumpla un fin eminentemente procesal. Es decir, la revisión de la razonabilidad hubiera permitido advertir que la prisión sin condena ni siquiera estaba fundada en la peligrosidad procesal del imputado (ya que los estándares actuales del sistema interamericano admiten la prisión durante el proceso cuando está probada la peligrosidad procesal —y nunca, claro, la peligrosidad penal—). Si se hubiera constatado que las prisiones preventivas se dictaron habiéndose probado un real peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, podrían haberlas mantenido siempre que eso hubiera

(4) CORTE IDH, “Caso Argüelles y otros...”, fallo cit., párr. 135.

sido probado por los acusadores del Estado y el juez, como órgano decisor, lo hubiera tenido por constatado en base a esa prueba incorporada a la causa. En este caso, ese “peligro procesal” no se había invocado y menos se había corroborado en ningún momento, por lo que tal revisión hubiera exigido la liberación de los sometidos a proceso.

Al mismo tiempo, si hubieran efectuado ese examen, hubieran comprobado que no era necesaria esa medida, es decir, que no era absolutamente indispensable para garantizar estos fines procesales en razón de que había alternativas menos gravosas para poder aplicarle a estos imputados. El Estado, por ello, debió imponer medidas menos gravosas que la privación de la libertad, si es que se hubieran probado esos riesgos procesales que ni siquiera se invocaron en el caso.

Al mismo tiempo, si se hubiera llevado a cabo tal verificación obligatoria, los órganos judiciales argentinos habrían podido advertir que las privaciones de libertad de los imputados no cumplían tampoco con exigencias convencionales de proporcionalidad. Es decir, hubieran tomado en cuenta que el tiempo que llevaban de privación de la libertad (menos de tres años) era un plazo desproporcionado, especialmente con relación a las penas en juego. Ello es así sobre todo porque el delito que estaba en juego no tenía siquiera mínimo legal de pena, pues la ley reprimía la conducta imputada con una pena carcelaria de “hasta 10 años”. En ese marco, tres años de encierro carcelario es un lapso desmedido o irrazonable.

Otra de las condiciones de razonabilidad (o de no arbitrariedad) de las prisiones preventivas, que establece como obligatoria el sistema interamericano, es el derecho a obtener la libertad dentro de un plazo razonable (art. 7°.5 CADH). Es decir, la prisión durante el proceso penal no puede exceder un plazo máximo que supere los límites de lo razonable.

El problema es que la Corte IDH no establece claramente cuáles son los criterios o parámetros objetivos para determinar, en cada caso, cuándo se violenta la Convención Americana por falta de proporcionalidad de la prisión durante el proceso; es decir, por violación al derecho a obtener la libertad dentro de un plazo razonable.

Es que, en realidad, es tan irracional el fenómeno de los presos sin condena que no hay explicaciones razonables ni entendibles para decir por qué un mes es poco o es mucho; por qué dos meses es poco o mucho; por qué tres meses es poco o mucho o porqué uno o dos años son poco o mucho.

Aquí estamos hablando de algo demasiado lesivo de derechos humanos: de la privación de la libertad hacia quienes, por no existir sentencia firme de condena, se presumen inocentes por la propia CADH.

Digo esto porque, como es sabido, la propia Corte IDH, en otros casos, ha dispuesto que si el Estado establece un plazo legal máximo de la prisión preventiva, ese es el plazo máximo para ese Estado. Ese es, para ese Estado, el plazo razonable que puede aceptarse como máximo del encarcelamiento preventivo, lo que no significa que debe llegarse siempre a su fin y no debe liberarse antes al imputado, según sea el caso, sino todo lo contrario. Una vez cumplido ese plazo legal máximo, el Estado tiene el deber de ordenar la libertad del imputado y, si fuera necesario, imponerle medidas de coerción no privativas de la libertad.

Si, por el contrario, el Estado no establece un plazo máximo de razonabilidad de la privación de libertad durante el proceso —como sucedía en Argentina al momento de vigencia de las prisiones preventivas de las víctimas de nuestro caso y como, en parte, sucede actualmente—, aquí se plantea un verdadero problema, porque de este aspecto de la temática no se hace cargo la Corte IDH con ninguna precisión. Es decir, en este caso, en el que no tenemos en la ley estatal plazo máximo de las prisiones preventivas sufridas, la Corte IDH no se encargó de establecer cuáles son esas pautas objetivas, ya que simplemente sostuvo que

... el período entre dos años y medio y dos años y 11 meses en que estuvieron detenidos en prisión preventiva con posterioridad a la competencia de la Corte (...)vulneró la razonabilidad del plazo que exige el art. 7°.5 de la Convención [y] Adicionalmente, como muestra de la irrazonabilidad del período de detención preventiva en el presente caso, la Corte constata que varios peticionarios estuvieron privados de su libertad por un período superior al tiempo de las condenas finalmente impuestas.⁽⁵⁾

Este último constituye un parámetro demasiado extremo, pues es bien evidente que la supuesta “medida cautelar” de la posible pena carcelaria no puede —en el tiempo— igualar o superar a la pena cuyo dictado o cumplimiento se dice “garantizar”. Entonces, queda pendiente algo que considero imposible: determinar racionalmente cuál es el plazo máximo de un encierro carcelario que, al momento de la sentencia, puede no corresponder.

(5) CORTE IDH, “Caso Argüelles y otros...”, fallo cit., párr. 135.

Por eso es que, como consecuencia de esta violación convencional, los integrantes de la defensa pública interamericana pedimos, como medida de no repetición, que se ordene al Estado disponer, en su legislación procesal, un plazo máximo para la prisión preventiva, cuyo vencimiento obligue al Estado a ordenar la liberación automática del imputado.

En relación a esta solicitud, la Corte IDH dijo que no podía ordenarle al Estado que suprimiera o que modificara la ley 24.390 sobre plazo máximo de la prisión preventiva, que es una ley hoy vigente pero no vigente al momento de las prisiones preventivas que declara ilegítimas, porque —dijo— esa ley y las modificaciones habían entrado a regir después del cese de estas prisiones preventivas.

En realidad, yo no entiendo ese argumento, porque el sentido de nuestra petición era buscar una solución para que esta situación no se vuelva a repetir. De esa manera, lo que pretendíamos era que, reconocida la transgresión al derecho a la libertad personal en nuestro caso, entre otras razones por la desproporción temporal de las prisiones preventivas, la Corte IDH obligara al Estado argentino a fijar un plazo máximo de la prisión preventiva para que no vuelvan a producirse violaciones a derechos humanos como las que tuvieron lugar en este. Para eso, entiendo que debe analizarse la legislación actual argentina y verificar si hoy se establecen o no plazos máximos al encarcelamiento de meros imputados, cuyo vencimiento tenga como consecuencia la libertad automática del imputado. Si hoy se establecen esos plazos legales máximos, no correspondería indicarle al Estado la sanción de ley procesal penal alguna. Si, por el contrario, no se establecen, la situación la entiendo muy diferente.

En Argentina rige la ley nacional 24.390.⁽⁶⁾ La reforma producida a la citada ley, por parte de la ley 25.430,⁽⁷⁾ dispone que los plazos máximos de la prisión preventiva que establece en el art. 1º, no rigen cuando ellos se cumplen después del dictado de la sentencia de condena no firme (es decir, modificable). El texto actual de la ley 24.390, modificada por la ley 25.430, es el siguiente:

Artículo 1º.- La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente

(6) Sancionada el 02/11/1994 y promulgada de hecho el 21/11/1994.

(7) Sancionada el 09/05/2001, promulgada parcialmente el 30/05/2001, BO 01/06/2001.

complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor.⁽⁸⁾

Artículo 2°.- Los plazos previstos en el artículo precedente no se computarán a los efectos de esta ley, cuando los mismos se cumplieren después de haberse dictado sentencia condenatoria, aunque la misma no se encontrare firme.⁽⁹⁾

Como se puede advertir, el art. 1° de la ley 24.390, vigente en la República Argentina, solo establece un plazo máximo de la prisión preventiva en los casos en los que no se ha dictado aún sentencia ni de condena ni absoluta. Es decir, si ha transcurrido el plazo de 2 años, o bien el de 3 años (si es que concurren en el caso los requisitos legales y existe una decisión fundada prorrogando el plazo de 2 años) y no se ha dictado sentencia definitiva en la causa, el imputado que esperaba su juicio privado de libertad debe recuperarla indefectiblemente. Esto es lo que establece el texto legal, aunque normalmente no lo cumple la jurisprudencia de la República Argentina y contamos, en ese sentido, con numerosos fallos que lo desconocen, incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para dar algún ejemplo de la falta de reconocimiento judicial de la existencia legal de un plazo máximo de la prisión preventiva cuando este se cumple sin que se haya dictado sentencia, podemos mencionar el caso "Bramajo",⁽¹⁰⁾ en el que, por mayoría, se sostuvo que la decisión apelada no era definitiva ni equiparable a tal como para abrir el recurso. No obstante, la CSJN dijo que: "... la validez del art. 1° de la ley 24.390 se halla supeditada a la circunstancia de que los plazos fijados en aquella norma no resulten de aplicación automática por el mero transcurso de los plazos fijados...".

En el caso "Pereyra",⁽¹¹⁾ la CSJN, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso de la defensa del imputado, por entender que la cuestión federal era intrascendente y sin expresar fundamento alguno, conforme lo autoriza,

(8) Texto s/ley 25.430, BO 01/06/2001.

(9) Texto s/ley 25.430, BO 01/06/2001.

(10) CSJN "Bramajo, Hernán Javier s/ Incidente de excarcelación", 12/09/1996 (Fallos: 319:1840) El texto completo de las decisiones puede ser consultado [en línea] www.csjn.gov.ar, "Jurisprudencia", "Consulta temática en sumarios" o "Texto de fallos completos".

(11) CSJN, "Pereyra, David Esteban s/causa n° 6485", 27/11/2007.

injustamente, el art. 280 CPCCN, a pesar de que, en este caso, el imputado llevaba en prisión preventiva y sin juicio oral alrededor de 7 años. La minoría, en cambio, compartió el dictamen del señor Procurador Fiscal, que entendió que los plazos fijados en aquella norma no resultan de aplicación automática por el mero transcurso de los plazos fijados (invocando Fallos 310:1476; 319:1840 y 323:423) y que, además, la libertad frustraría las expectativas sociales en que el proceso no se frustre, debido a la elevada gravedad del caso atribuido.

Por el contrario, si el imputado permanece encarcelado mientras transcurre el proceso en su contra sin saberse si es culpable o inocente, y se dicta sentencia condenatoria (no firme) antes del cumplimiento del plazo de dos años (incluso podría dictarse la condena un día antes de los dos años de prisión preventiva —o de los tres, si ese plazo se hubiera prorrogado—), ya no existe, directamente, plazo legal máximo de la prisión preventiva. Y, entonces, en este último supuesto, la persona que por ley y por la normativa internacional se presume inocente, no cuenta ya con el derecho a obtener su libertad dentro de un plazo razonable. Por el contrario, puede suceder que, después de la condena no firme, permanezca preso años y años pues la ley argentina no contempla plazo máximo de duración de la prisión de presuntos inocentes para esos casos.

Por esa razón es que solicitamos que se ordene al Estado argentino a modificar el texto de la ley 24.390, suprimiendo el art. 2° tal como hoy se encuentra redactado o, en su defecto, modificando su texto, de modo tal que, aún para los casos en los que se cumpla el plazo del art. 1° habiéndose dictado sentencia no firme, exista un plazo máximo vencido el cual el imputado deba, indefectiblemente, recuperar su libertad.

Esa era, para nosotros, una medida de reparación importante para impedir violaciones semejantes a la de nuestro caso.

Para concluir este punto y tal como dijo claramente la sentencia de la Corte IDH:

Una detención o prisión preventiva debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. En este orden de ideas, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absoluta para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente

si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.⁽¹²⁾

Las prisiones preventivas de las víctimas del caso “constituyeron un adelantamiento de pena”, habiéndose extendido “por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado”, lo cual “contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia”.⁽¹³⁾

3. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable

Algo similar sucedió con relación al plazo máximo del proceso; es decir, con el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable previsto en el art. 8°.1 CADH.

En este caso, el proceso penal contra los imputados —aquí víctimas de violaciones a derechos humanos— se extendió durante los 14 años que siguieron al 5 de septiembre de 1984, fecha en la que —recordamos— Argentina aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH. Antes habían pasado otros 4 años, pero por incompetencia temporal ellos no fueron tenidos en cuenta en este caso.

La Corte IDH condenó al Estado argentino por violación a este derecho.

El más alto Tribunal Interamericano —como lo viene haciendo en diversos casos— analizó determinadas pautas que deben tomarse en cuenta para resolver, en cada supuesto particular, si se ha producido una violación al mencionado derecho, contenido en el art. 8.1 de la CADH.

Por supuesto que lo hace —y lo hizo en este caso— cuando no hay plazo máximo del proceso penal establecido legislativamente en el Estado, porque si lo hubiera, sería ese el plazo máximo del proceso, cuyo vencimiento extinguiría el poder de persecución penal.

Por ejemplo, algunas provincias argentinas tienen un plazo máximo total del proceso (Neuquén tiene tres años improrrogables, cumplidos los cuales

(12) CORTE IDH, “Caso Argüelles y otros...”, fallo cit., párr. 121.

(13) *Ibid.*, párrs. 131 y 136

hay que sobreseer por extinción de la acción penal, por propio mandato legal —art. 87 Código Procesal Penal—. Esto, desgraciadamente, no es igual en el Código Procesal Penal de la Nación recientemente aprobado, porque si bien allí se dispone que “los plazos legales y judiciales serán perentorios” (art. 108) y que “todo proceso tendrá una duración máxima de tres años contados desde el acto de la formalización de la investigación preparatoria” (art. 113, párr. 1), no establece el sobreseimiento por extinción de la acción penal como consecuencia expresa, sino solo implícita, y se limita a decir que “el incumplimiento del plazo previsto en el párrafo anterior hará incurrir al juez y al representante del Ministerio Público Fiscal en falta grave y causal de mal desempeño” (art. 113, párr. 2). Es decir, si bien allí también el sobreseimiento por extinción de la acción penal es la consecuencia necesaria del vencimiento del plazo perentorio máximo del proceso, hubiera sido correcto aclararlo (aunque no sea necesario), pues nuestra práctica judicial no siempre reconoce el alcance de la legislación (sobre todo cuando esta última consagra derechos de las personas sometidas a proceso penal).

4. Consideraciones finales

Es importante que los Estados parte del sistema interamericano de derechos humanos establezcan en la ley el plazo máximo del proceso, igual que el de la prisión de presuntos inocentes, y las consecuencias del vencimiento de dicho plazo: el sobreseimiento o la libertad en el caso de la prisión durante el proceso.

Esto era lo que los defensores públicos interamericanos queríamos lograr a través de nuestro pedido de reparaciones, porque en Argentina no está garantizado el respeto a estos derechos en el texto de las leyes procesales en general, por lo que ese respeto queda en definitiva en manos de los jueces, que en cada caso resolverán las incidencias con enorme margen de discrecionalidad, ponderando la complejidad del caso, las actuaciones judiciales, la actividad procesal de los interesados y, al mismo tiempo, el concreto tiempo transcurrido. De manera que los propios órganos del Estado —que es el limitado por la garantía del plazo razonable—, son los que van a prorrogar su propio plazo a través de la valoración de las pautas que consideren que deben valorarse en cada proceso penal concreto.

Entonces, solo cuando los Estados no establecieron el plazo máximo del proceso en la ley, la Corte IDH manda a tomar en consideración, en cada

caso: “la complejidad del asunto, la conducta de las autoridades, la actividad procesal del interesado y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”.

En este caso se imputaban administraciones fraudulentas contra las fuerzas armadas, invocando el Estado la complejidad de las actuaciones; los imputados eran, al comienzo, más de 40 personas; se interpusieron numerosos recursos contra decisiones tanto de la justicia militar como de la civil; y transcurrieron 14 años de proceso desde que Argentina aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH. Esto, para la Corte IDH, violó el derecho de los imputados a obtener una decisión que cerrara su proceso en un plazo razonable.

Sin embargo, quedó, para nosotros, una cuestión pendiente en el caso Argüelles, y consiste en la previsión legal de la consecuencia jurídica ineludible del incumplimiento de los plazos máximos tanto de la privación de la libertad durante al proceso como del proceso mismo. Por ese motivo, la Corte IDH debía imponer, como reparación, una medida de no repetición: la obligación de fijar en todas las leyes procesales, la nacional y las provinciales, esos plazos máximos y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Esperemos que Argentina resuelva sola esta cuestión —como en parte lo viene haciendo—, en lugar de tener que hacerlo, también aquí, como consecuencia de algún otro fallo en su contra dictado por el más alto tribunal del sistema interamericano.



ALBERTO JAVIER SALGADO⁽¹⁾



Buenas tardes a todos y a todas. Primero quisiera agradecer a los organizadores por haberme invitado a participar en este evento, y sobre todo por integrar este panel compuesto por amigos y amigas con quienes hemos litigado con distintos roles en la Corte Interamericana, pero siempre con el mismo compromiso.

Después de tanta crítica encarnizada de mi amigo, el Dr. Vitale, a la Corte Interamericana, voy a intentar compensar, ya que en este caso que me toca exponer, "Jorge Fernando Grande", lo ganamos, así que voy a llenar de elogios a la Corte Interamericana.

Es un caso bastante peculiar por muchos motivos. Primero porque lo ganamos. Acá veo un ex secretario de la Corte que dará fe de que es uno de los pocos casos que un Estado gana integralmente; creo que hay seis, si mal no recuerdo, en muchos, muchos años desde la instalación de la Corte en el 79, y el único que el Estado argentino ha ganado integralmente más allá de ciertas victorias parciales que le duelen mucho al Dr. Vitale, en "Arguelles" y en "Mohamed".

Segundo, es peculiar porque es un caso en el que el Estado es llevado a juicio ante la Corte por la supuesta violación de garantías judiciales en perjuicio de Grande y termina la Corte resolviendo que la víctima de las violaciones de garantías judiciales había sido el Estado, en el contexto del proceso ante la Comisión Interamericana.

Quizás para poner en perspectiva el tema es importante contarles un poco cuáles fueron los hechos del caso que se remontan a 1980. Un caso bien viejo que protagoniza Jorge Fernando Grande, en junio del 80. Esta persona hace una denuncia anónima en la Policía Federal. Él trabajaba en una cooperativa de crédito que se llamaba "Murillo", cuyo dueño, Reynaldo

(1) Agente del Estado en los casos "Grande", "Mohamed" y "Gutiérrez".

Defranco Fantí, paradójicamente hoy lo tenemos en la Comisión Interamericana quejándose por hechos vinculados a este caso, que llamamos el “Caso Grande 2”.

Grande lo que hace es denunciar ciertas irregularidades en la concesión de créditos que se estaban produciendo en esa cooperativa en tanto él era el gerente que trabajaba en el área de créditos, y argumentaba que esos créditos se estaban otorgando sin garantías suficientes.

Muy pocos días después de esta denuncia de Grande se inicia una investigación en la Policía Federal. El 28 de julio de 1980 se produce un allanamiento en esta cooperativa de crédito “Murillo”, allanamiento que fue consentido por Grande y también por los responsables de la empresa, que entregan voluntariamente la documentación que la policía requiere.

Al día siguiente, Grande es convocado al Departamento Central de la Policía Federal donde queda detenido y en este contexto se le imputa el delito contemplado por la ley 20.840, subversión económica en aquel momento. Queda detenido por 14 días y queda procesado, a pesar de que el juez dispone su excarcelación bajo caución juratoria.

A partir de allí, el proceso penal se extiende muchísimo, durante unos cuantos años, desde 1980 hasta 1989, y en el curso de ese proceso Grande prácticamente no hace nada. Hay cuatro, cinco, seis movimientos procesales, ninguno de ellos tendientes a cuestionar su situación o su procesamiento, ni tampoco a impugnar ese allanamiento que derivó en el secuestro de documentación que, a la vez, fue la prueba sobre la cual se construyó su imputación y procesamiento.

Hasta que —él estaba libre, recordamos que estuvo 14 días presos en el departamento central de policía— en 1988, por presentación de uno de sus consortes de causa, el señor Reynaldo Defranco Fantín —al que hoy tenemos en la Comisión Interamericana como presunta víctima— formula un cuestionamiento a la legalidad de ese allanamiento que se produce en 1980. ¿Por qué? Porque ese allanamiento se había producido sin contar con una orden judicial que lo autorizara.

A raíz de esta presentación, la Cámara de Apelaciones, en 1989, poco tiempo después de esa presentación de Defranco Fantín, declara nulo ese allanamiento, justamente haciendo lugar al argumento de su ilegalidad en tanto no fue producto de una orden judicial.

A partir de esa declaración de nulidad del allanamiento, el juez federal en 1989, en función también de presentaciones de los consortes de causa de Defranco Fantín —no de Jorge Fernando Grande— dicta el sobreseimiento definitivo de todos ellos, incluyendo a Grande, y declara la extinción de la acción penal por prescripción.

¿Qué hace Grande a partir de este nuevo hecho? Demanda al Estado. Interpone una demanda ante el fuero contencioso administrativo federal persiguiendo una reparación por presuntos daños y perjuicios que le habría ocasionado la situación de haber estado sometido a proceso durante nueve años sobre la base de una prueba obtenida de manera ilegal, a raíz de este allanamiento declarado nulo.

Y le va bien: en primera instancia, en 1992, Grande obtiene una sentencia favorable. El juez, si bien no lo califica como un error judicial, sí atribuye responsabilidad al Estado por falta en servicio, por un allanamiento producido por la Policía Federal sin orden judicial que, considera, genera un accionar irregular de la administración de justicia y, en consecuencia, le reconoce una indemnización de 150.000 pesos/dólares de aquel momento.

No contento, Grande apela esta decisión en relación al monto, que considera ínfimo en función de los perjuicios que dice haber sufrido a raíz de ese procesamiento, y el Estado también apela en razón por las cuestiones de fondo.

El caso llega a la Cámara, y un año después, en 1993, la Cámara revoca la decisión de primera instancia, tomando en cuenta que Grande no había interpuesto ningún recurso, ni había tenido prácticamente actividad procesal, y que queda desvinculado del proceso en función de presentaciones de sus consortes de causa; actitud de Grande a la que la Cámara le aplica la doctrina de los actos propios o el *estoppel* del derecho anglosajón.

También agrega, como segundo argumento para revocar la sentencia, que no hubo un error manifiesto en términos de error judicial —tal como ya lo había mencionado el juez de primera instancia— en tanto y en cuanto consideró que era una cuestión opinable que el allanamiento, a pesar de que había sido consentido por Grande y por los responsables de la empresa, había sido ilegal por no tener orden judicial, de manera tal que la sentencia de primera instancia es revocada.

Allí Grande interpone un recurso extraordinario federal que es rechazado, va en queja, que también es rechazada por el art. 280, disposición “nefasta”, como dijo acá el Dr. Vitale. A partir del agotamiento de jurisdicción interna,

Jorge Fernando Grande acude a la CIDH en el entendimiento de que el sistema interamericano podría ser una herramienta idónea para modificar los resultados de una contienda judicial que emprendió en el ámbito interno.

Grande va con un argumento que orienta específicamente el contenido de esa *litis*, su objeto procesal, a lo que ocurrió en el ámbito del proceso contencioso administrativo federal. Es decir, relata contextualmente qué es lo que había pasado en el proceso penal, pero no focaliza su punto de vista sobre las eventuales violaciones que se pudieran haber producido en el contexto de dicho proceso penal, sino que enfatiza y construye toda su argumentación en torno a lo que pasó en la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Es decir, fundamenta la supuesta violación del derecho a las garantías judiciales respecto de lo que ocurrió en este último proceso, argumentando, además, que la decisión de la Cámara habría vulnerado su derecho a ser indemnizado por una condena dictada a raíz de error judicial en función de esta decisión de revocar la sentencia de primera instancia que le concedía una reparación.

E, incluso, identifica a la Cámara, a los miembros del Tribunal, como las autoridades públicas a las que les atribuye responsabilidad, específicamente en función de esas violaciones alegadas.

Aquí, al inicio del proceso internacional (fue en 1994 cuando Grande interpone esta denuncia), hubo algún intento de llegar a un acuerdo de solución amistosa con el peticionario que fue infructuoso, proceso o ámbito de diálogo que fue tan largo y espacioso como el proceso penal.

Esto se produjo desde el año 1994 hasta el 2001, en que fracasaron todas las negociaciones o los intentos posibles de llegar un acuerdo, sobre la base también de esta discusión de hasta dónde Grande tenía derecho, hasta dónde los argumentos que había expuesto ante la justicia eran valederos o no. No hubo consenso en la administración nacional y el caso termina siendo objeto de controversia.

En el 2001, el Estado produce su argumentación en la que cuestiona la admisibilidad tomando como foco el objeto inicial de la *litis*, tal como Grande lo planteó. Es decir, la controversia sobre si la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal habría o no vulnerado los derechos invocados en el art. 8º, el art. 25 y el art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Lo que ocurre luego es que la Comisión dicta un informe de admisibilidad, en el año 2002, donde cambia diametralmente el objeto procesal del caso. Así como Grande había focalizado sus “cañones” sobre el proceso contencioso administrativo, la Comisión le otorga un rol secundario a esos agravios y enfatiza sobre presuntas violaciones que habrían acontecido en el marco del proceso penal: la detención de Grande, el allanamiento ilegal y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Para justificar la admisibilidad se basa en una declaración que hicieron en aquel entonces las autoridades de la Cancillería con competencia en materia de casos en los cuales el Estado dice que “se habían agotado los recursos internos”.

Quizás, digamos, era una manifestación técnicamente correcta pero estratégicamente innecesaria porque generó una serie de planteos después, durante el proceso contrario al interés del Estado. Técnicamente correcta porque, efectivamente, tomando en cuenta el objeto de la *litis*, los recursos internos se encontraban agotados; ya había un recurso de queja que había sido denegado por la Corte Suprema, razón por la cual la decisión de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal había adquirido autoridad de cosa juzgada.

El problema es que nadie podía imaginar en aquel entonces que el relato circunstancial que Grande introduce para justificar su pretensión indemnizatoria —esto es, lo que había acontecido en el proceso penal— luego va a ser tomado por la Comisión como el objeto procesal principal del caso y sobre el cual luego iba a pronunciarse cuando resuelve la cuestión de fondo.

Por supuesto, Argentina reacciona frente a esto que consideró un cambio arbitrario del objeto procesal y una vulneración del derecho de defensa e intenta que la Comisión revea este planteo.

La Comisión vuelve a pronunciarse recién en el año 2009, en el informe de fondo, donde en relación a estos argumentos del Estado sostiene que habría una preclusión procesal porque el Estado ya habría dicho en el 94, cuando se inició el caso, que los recursos internos se habían agotado.

Con esta decisión, la Comisión pareciera identificar a la demanda que se interpuso en sede contencioso administrativo federal como aquel recurso que Grande debería haber interpuesto para resolver los perjuicios que le generó el proceso penal.

Desde luego que, a partir de este informe de fondo, el Estado rechaza las recomendaciones formuladas por la Comisión, y como consecuencia de este rechazo se somete el caso a la consideración de la Corte Interamericana, se lo somete a su jurisdicción contenciosa el 4 de mayo de 2010.

¿Con qué argumentos la Comisión Interamericana interpone, somete al caso a la jurisdicción de la Corte? Pues básicamente enfoca sus argumentos en relación a la existencia o presunta existencia de un procedimiento penal irregular construido sobre la base de prueba que luego fue declarada nula, demora indebida en la administración de ese proceso y falta de reparación a la víctima o a la presunta víctima respecto de las violaciones que fueron declaradas por la Comisión en el informe del 50.

Jorge Grande, a través de su representante, se apunta también a estos argumentos de la Comisión, a pesar de que durante todo el proceso ante ella no hubo nunca un alegato relacionado con las presuntas violaciones que se habrían producido en el marco del proceso penal.

Pero en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, el representante de la presunta víctima adhiere de alguna manera a los argumentos de la Comisión y argumenta que comparte la construcción jurídica que hace la Comisión en función de lo que aconteció en el procedimiento penal.

¿Cuáles son los argumentos del Estado? Pues el Estado interpuso tres excepciones preliminares y controvertió, subsidiariamente desde luego, los argumentos de fondo.

La primera tiene que ver con la incompetencia *ratione temporis*, es decir, la imposibilidad de que la Corte revea o considere todos aquellos hechos que fueron producidos con anterioridad al 5 de septiembre de 1984, que fue el momento en el que la Convención entra en vigor para Argentina en función del depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La segunda y tercera excepción preliminar tienen que ver con lo que aconteció en el proceso penal. En la segunda se argumentó que Grande no había agotado los recursos internos que tenía disponibles en el ámbito del proceso penal, y por lo tanto el Estado no pudo resolver esa cuestión en el momento oportuno en que debiera haberse producido. La tercera tiene que ver con la violación del derecho de defensa del Estado argentino en el contexto del procedimiento ante la Comisión Interamericana.

En la primera excepción no hubo sorpresas a pesar de que tanto la Comisión Interamericana como el representante de Jorge Grande solicitaron con argumentos bastante similares, que tienen que ver un poco con lo que decía Gustavo Vitale acerca de la inescindibilidad de los hechos que se produjeron con anterioridad al 5 de septiembre de 1984, con los resultados de ese proceso penal y de qué manera fue evolucionando ese proceso penal; con matices, tanto la Comisión como el representante de Jorge Grande argumentaron por ese lado. Y la Corte, como decía, sin demasiadas sorpresas, recuerda la doctrina del caso “Cantos” y declara que no va a conocer ninguno de los hechos que se produjeron con anterioridad al 5 de septiembre de 1984, que tenían que ver con la denuncia de Grande, el allanamiento de la cooperativa, el secuestro de la documental y con su detención por 14 días, de manera tal que queda despejada buena parte de los hechos que fueron denunciados ante la Corte.

Por alguna razón, respecto de la cual no tenemos certezas pero sí intuiciones, la Corte decide tratar en distinto orden las otras dos excepciones preliminares que planteó el Estado argentino.

Es decir, el Estado argentino había interpuesto en este orden: falta de competencia *ratione temporis*, primero; segundo, falta de agotamiento de los recursos internos en el marco del procesal penal; y tercero, la violación del derecho de defensa en el marco del proceso ante la Comisión.

Por alguna razón, la Corte invierte el orden del análisis de estas excepciones y pasa a resolver, como segunda excepción preliminar, la vinculada con la violación del derecho de defensa del Estado en el procedimiento.

Aquí, en este contexto, el Tribunal recuerda la opinión consultiva 19 sobre control de legalidad de los actos que la Comisión Interamericana adopta en el marco del procedimiento ante sí, en tanto y en cuanto si una de las partes argumenta que se violó esa legalidad del procedimiento, la Corte en el marco de sus competencias, en el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales, una vez que el caso está sometido a su jurisdicción, puede entrar a analizar si se respetaron o no las debidas garantías en el marco de ese procedimiento ante la Comisión Interamericana.

La Corte, tomando los argumentos del Estado, observa efectivamente que hubo un cambio de objeto procesal; esto lo enfatiza muchas veces durante toda la sentencia. El hecho es que Grande en ningún momento postuló a las cuestiones vinculadas con el proceso penal con el objeto

central de su reclamo, sino que simplemente fue un relato contextual para explicar las razones por las cuales había acudido a la jurisdicción contencioso administrativa federal en procura de una indemnización, pero nunca focalizando en lo que había pasado en el proceso penal como causal de las violaciones que argumentaba.

El Tribunal también observa, siguiendo la argumentación del Estado, que el momento en el que el Estado toma nota del cambio del objeto procesal que produce la Comisión, fundado en el principio *iura novit curia*, es el acto en el cual la Comisión adopta el informe de admisibilidad.

Y ello sin perjuicio de las argumentaciones que se habían formulado, incluso durante el procedimiento de admisibilidad, porque en el escrito de 2001 hay argumentos vinculados con lo que pasó en el proceso penal que tienen que ver con la explicación de por qué la Cámara revocó la sentencia de primera instancia que le concedió una indemnización, no de manera autónoma; sin embargo, hubo alegatos y menciones donde claramente quedaba muy claro que en tal caso las cuestiones vinculadas con el proceso penal eran inadmisibles por el no agotamiento de los recursos internos, por un lado, y por el paso del tiempo, por el otro, en tanto que lo que ocurrió en el proceso penal terminó en el año 1989 —con el sobreseimiento de Grande— y la denuncia se interpone en el año 1994.

Por tanto, pasaron unos cuantos años que, si eventualmente la Comisión lo hubiera considerado como correspondía, debería haber conducido a declarar inadmisibile la petición en lo que respecta a las cuestiones vinculadas con el proceso porque operó el plazo de los seis meses contemplado en el art. 46.1.b) de la Convención Americana.

La Corte toma nota de esto y advierte que el hecho de que la Comisión declarara la preclusión procesal en función de lo que había dicho el Estado en 1994 respecto del procedimiento contencioso le quitó la posibilidad de defenderse, de argumentar y de alegar sobre los aspectos vinculados al proceso penal, y de que esas argumentaciones y alegaciones fuesen consideradas por la Comisión a los efectos de definir el acceso o no de esa petición a la segunda etapa, la evaluación de fondo.

De manera tal que sobre esta consideración la Corte Interamericana encuentra fundada la excepción preliminar interpuesta por el Estado argentino y declara que no va a entrar a conocer ningún aspecto vinculado con el proceso penal.

De esta conclusión se deriva que los argumentos del Estado incluidos en la tercera excepción preliminar, tal cual el orden que propuso la Corte para su análisis, devinieron abstractos. Es decir, al haber ya declarado que se violó el derecho de defensa del Estado argentino en el marco del procedimiento ante la Comisión, las cuestiones vinculadas con si se agotaron o no se agotaron en buena y debida forma los recursos internos que Grande podía tener disponibles eventualmente en el proceso penal ya no resultaban de interés práctico en la decisión, en el destino que iba a tener esta demanda.

Al mismo tiempo, entonces, que quedó despejado el camino de todo lo vinculado con el proceso penal, la Corte sí se declara competente en lo que tiene que ver con el proceso contencioso administrativo. Y aquí la Corte hace un detalle, refleja un poco las posiciones de las partes en relación a las alegaciones sobre si se habría producido o no una violación del debido proceso en el proceso contencioso administrativo, en tanto y en cuanto tanto el representante como la Comisión argumentaban que a Grande se le había negado una reparación pecuniaria por los hechos vinculados al proceso penal sin tomar en cuenta que este procesamiento se había dictado sobre la base de una prueba luego declarada nula.

La Corte concluye, sin decirlo expresamente pero siguiendo un poco la argumentación del Estado, que se trata de una cuarta instancia. Es decir, que el sistema interamericano no puede entrar a juzgar sobre la justicia o injusticia de una decisión judicial salvo, por supuesto, que no se haya producido una violación flagrante de derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en la medida en que también se haya desarrollado ese proceso en el contexto que contempla la Convención en términos de un debido proceso, el respeto a las garantías judiciales que son exigibles en cualquiera de estas instancias, de manera tal que entiende que ni la Comisión Interamericana ni el representante de la presunta víctima tuvieron argumentos autónomos suficientes como para justificar una violación del debido proceso en este caso, razón por la cual decide rechazar la demanda y disponer su archivo.

Yo con esto termino por el tiempo que me han concedido, y quedo por supuesto a disposición del auditorio para cualquier consulta, pregunta o lo que fuera.

Muchas gracias.



CHRISTIAN G. SOMMER⁽¹⁾



El caso Argüelles y otros ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comentarios sobre el derecho de defensa y acceso a un defensor letrado⁽²⁾

1. Introducción

El 20 de noviembre de 2014 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) dictó una sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado argentino por la violación del derecho a la libertad personal, a la presunción de inocencia, el derecho a ser asistido por un defensor letrado de su elección y el plazo razonable del proceso judicial (arts. 7.1, 7.3 y 7.5, 8.1, 8.2 literales d) y e) en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), respecto de los señores: Hugo Oscar Argüelles; Enrique Jesús Aracena; Carlos Julio Arancibia; Ricardo Omar Candurra; Miguel Oscar Cardozo; José Eduardo di Rosa; Carlos Alberto Galluzzi; Gerardo Feliz Giordano; Aníbal Ramón Machín; Miguel Ángel Maluf; Ambrosio Marcial; José Arnaldo Mercau; Félix Oscar Morón; Horacio Eugenio Oscar Muñoz; Juan Ítalo Óbolo; Alberto Jorge Pérez; Enrique Luján Pontecorvo y Nicolás Tomasek; Julio César Allendes; y Luis José López Mattheus.

El caso se refirió a la alegada violación del derecho a la libertad personal y el derecho a un juicio justo en los procesos internos iniciados en 1980

(1) Abogado (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Especialista en derecho internacional y litigio en instancias internacionales de derechos humanos. El autor, junto con el Dr. Juan Carlos Vega (SADH) representaron a cuatro de la totalidad de las víctimas del caso (Miguel Ángel Maluf, Alberto Jorge Pérez, Carlos Alberto Galluzzi y viuda de Juan Ítalo Óbolo).

(2) Aunque el caso implicó la vulneración de otros derechos como el debido proceso en un plazo razonable y el alcance de la prisión preventiva, estos aspectos serán abordados por el Dr. Gustavo Vitale en el análisis de este mismo caso.

contra 20 oficiales militares argentinos por el delito de fraude militar, en cumplimiento de las disposiciones del Código de Justicia Militar de Argentina. Esos delitos consistieron, entre otros, en:

- a. la asignación irregular de créditos de diversas unidades de la Fuerza Aérea argentina para posteriormente obtener, en beneficio propio, el importe de tales fondos;
- b. la apropiación personal de fondos de las respectivas unidades de la Fuerza Aérea; y
- c. la falsificación de documentos para los propósitos anteriores.⁽³⁾

Los procesos judiciales tuvieron inicio en octubre de 1980 ante la jurisdicción militar argentina. Durante un período de aproximadamente tres años desde la ratificación de la Convención Americana por parte de Argentina (5 de septiembre de 1984), 18 de las víctimas fueron mantenidas en prisión preventiva. En junio de 1989 los 20 acusados fueron condenados por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. Posteriormente, presentaron recursos ante la jurisdicción ordinaria, basados en el art. 445 bis del Código de Justicia Militar entonces vigente. Seis años después, tras diversos recursos y un incidente de conflicto de competencia, fueron juzgados por la Cámara Nacional de Casación Penal, la cual falló en marzo de 1995. En esa sentencia, la Cámara de Casación Penal rechazó los planteos de prescripción y de inconstitucionalidad; declaró la nulidad parcial de los planteos concernientes a la asociación ilícita presentados por el Fiscal General de las fuerzas armadas; redujo las penas impuestas a 19 condenados y absolvió a un acusado. Posteriormente fueron presentados recursos extraordinarios y de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los cuales fueron rechazados.

En 2002, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió el caso que fuera presentado por las víctimas anteriormente enunciadas.⁽⁴⁾ Posteriormente a la admisibilidad del caso, el Estado argentino aceptó iniciar un proceso de solución amistosa con parte de las víctimas, que se dio por finalizado infructuosamente entre los años 2007 y 2010 por desacuerdos entre las partes. En 2008, mediante la ley 26.394, se derogó el Código de Justicia Militar y se estableció que la jurisdicción militar resulta aplicable únicamente para las faltas disciplinarias, transfiriendo la jurisdicción sobre

(3) "Galluzzi, Carlos Alberto y otros s/ defraudación militar art. 843 del Código de Justicia Militar - causa n° 56".

(4) COMISIÓN IDH, Informe de admisibilidad 40/02, 09/10/2002.

delitos a la justicia ordinaria del fuero penal. El 29 de mayo de 2012 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión Interamericana o la Comisión) sometió a la jurisdicción de la Corte IDH el caso “Hugo Oscar Argüelles y otros” contra la República Argentina.

La Corte decidió tres excepciones preliminares interpuestas por el Estado sobre:

- a. falta de competencia *ratione temporis*;
- b. falta de competencia *ratione materiae*; y
- c. falta de agotamiento de los recursos internos.

Por unanimidad, la Corte admitió las dos primeras excepciones preliminares interpuestas por el Estado respecto de su competencia *ratione temporis* y *ratione materiae*. Por consiguiente, la Corte declaró no tener competencia para conocer los hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por parte de Argentina —el 5 de septiembre de 1984— ni para declarar violaciones a la Declaración Americana de Derechos Humanos. Además, el Tribunal se declaró competente para conocer todos los hechos o actuaciones ocurridos con posterioridad al 5 de septiembre de 1984, respecto a las presuntas violaciones alegadas por la Comisión y los representantes. Respecto de la excepción preliminar de falta de agotamiento de recursos internos, la Corte desestimó el alegato estatal por considerarlo extemporáneo.

En el caso “Argüelles y otros”, la Corte IDH consideró que el Estado omitió valorar si las causas, necesidad y proporcionalidad de las medidas privativas de libertad se mantuvieron durante aproximadamente tres años, con posterioridad a la ratificación de la Convención Americana por parte de Argentina. Asimismo, la Corte consideró que el Estado debió imponer medidas menos lesivas, especialmente cuando la pena del delito que se les imputaba era de un máximo de diez años de reclusión, y teniendo en cuenta que en septiembre de 1984 el proceso ya no se encontraba en las primeras etapas. Lo anterior demostró que las prisiones preventivas constituyeron un adelantamiento de la pena y se les privó de la libertad por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado.

En lo particular al presente análisis de la sentencia, la Corte IDH también concluyó que el Estado violó el derecho a ser asistido por un defensor letrado de su elección, contenido en los arts. 8.2.d) y 8.2.e) de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 20 peticionarios. Lo anterior en razón de la existencia de falencias que afectaron directamente el derecho de defensa y el principio de igualdad de armas de las víctimas durante el procesamiento ante el fuero militar; específicamente, la imposibilidad de nombramiento de un defensor de su elección durante el trámite del caso ante el fuero militar constituyó, en el presente caso, un desequilibrio procesal para los peticionarios, pues no contaron con la posibilidad de ejercer una adecuada defensa frente a los alegatos presentados por el ente acusador entre el 5 de septiembre de 1984, fecha de aceptación de competencia de la Corte, y el 5 de junio de 1989, fecha en que fueron condenados por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. Posteriormente, los tribunales de apelación de índole civil consideraron que estas vulneraciones no fueron tales y que los impedimentos de acceder a un abogado a elección de los acusados se subsanaron cuando pudieron hacerlo en instancias de apelación, pero la Corte Interamericana consideró que no se habían violado los arts. 8º y 25 de la Convención en relación al derecho de acceso a la justicia y derecho a los recursos judiciales.

2. Las normas de protección del derecho de garantías del proceso y derecho a un defensor letrado

El art. 8.2 de la Convención Americana en su inciso d) establece el “derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”. A su vez, el literal e) indica que el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

En lo referente a la violación del art. 8.2.d) y e) de la Convención Americana en el presente caso, los órganos jurisdiccionales de índole militar del Estado vulneraron los derechos de las víctimas a un debido proceso, ya que las actuaciones de investigación y juzgamiento en la esfera militar no fueron congruentes con los parámetros del debido proceso acorde los estándares internacionales vigentes. Particularmente, las víctimas sufrieron una serie de vulneraciones a sus derechos al no poder contar con una adecuada defensa de sus derechos (falta de acceso a una defensa letrada adecuada) y del principio de inocencia que rige a todo acusado de un delito por la particularidad del sistema administrativo militar. Como surgió del caso,

las víctimas carecieron del acceso a un abogado en las instancias iniciales del proceso en su contra, más allá de que las “asistieran” asesores de la propia institución a la que pertenecían, según el art. 97 del Código de Justicia Militar vigente al momento de los hechos (un defensor militar en actividad o en situación de retiro). Sin embargo, dichos asesores no revestían la calidad de abogados defensores, además de estar jerárquicamente vinculados a la misma institución, como así también a las propias autoridades militares que investigaban y posteriormente juzgarían a las víctimas. El Estado justificó sus actuaciones expresando que en su defecto, de no considerar oportuno el asesoramiento legal del defensor militar, el “procedado en una causa castrense **podía elegir libremente** a un profesional del derecho para que lo defendiera”, por lo que con ello el Estado garantizaba el derecho de defensa en juicio del acusado. Sin embargo, dicho acceso a un abogado estaba reglado a *posteriori* de que el acusado haya prestado declaración ante el juez instructor (art. 252 del Código de Justicia Militar).

La falta de un abogado defensor imparcial al inicio de las actuaciones en su contra dentro de la estructura militar y hasta transcurridos dos años y medio después no solo vulneró los derechos de las víctimas a un defensor de su confianza, sino que con ello se vulneraron los derechos de los detenidos a poder defenderse eficazmente de las acusaciones como el poder atacar la prisión preventiva que se les impuso y el inicial del proceso y de la incomunicación a los acusados. Como ha sostenido la Corte IDH, la defensa técnica supone que un defensor asesore al investigado sobre sus derechos, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos y ejecute, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de las pruebas.⁽⁵⁾

Este derecho vulnerado, a su vez, fue considerado por la Corte en relación al art. 8.1 de la Convención que se refiere y garantiza a todos los habitantes de un Estado, el de ser oído y juzgado con las debidas garantías en un plazo razonable.⁽⁶⁾

(5) CORTE IDH, “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela” (Fondo, Reparaciones y Costas), 17/11/2009, párr. 61; “Caso Vélez Loor vs. Panamá” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/11/2010, párr. 132.

(6) CORTE IDH, “Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua” (Fondo, Reparaciones y Costas), 29/01/1997, párrs. 77/81; “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador” (Fondo), 12/11/1997, párr. 72. Ver también: BIDART CAMPOS, JAVIER, “Debido proceso y rapidez del proceso”, en *Revista Jurídica El Derecho*, Bs. As., f. 31.498, pp. 80/702. Por su parte, el exjuez de la Corte IDH Antonio Cançado Trindade se ha referido en diversas oportunidades a tales principios (“*The Inter-*

El Estado justificó sus actuaciones esgrimiendo que en el fuero militar no era requisito que los jueces y defensores fueran abogados, ya que contaban con un cuerpo de asesores (denominado “cuerpo de auditores”) y que una vez que las actuaciones fueran elevadas a la etapa de apelaciones en la esfera de la justicia nacional, los condenados pudieran acceder a sus propios defensores o defensores públicos.

Como ha sido señalado por expertos:

“Recordemos que es en el campo de la administración de justicia donde se define la vigencia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas, donde se prueba si las libertades y garantías enunciadas en los diferentes instrumentos de derecho internacional tienen o no aplicación real en los ámbitos internos e internacionales de protección”.⁽⁷⁾

A la vez, se ha enfatizado que los derechos y garantías que integran el debido proceso son parte de un sistema dinámico en constante formación: “son piezas necesarias de este; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que este exista y subsista”.⁽⁸⁾

La Corte IDH se ha referido reiteradamente al respecto, sosteniendo la necesaria obligación de los Estados de brindar mecanismos propicios para el respeto y las garantías de un debido proceso, ya que este mecanismo constituye un límite a la actividad estatal respecto a los requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.⁽⁹⁾ También en fechas más recientes que “cuando un Estado

American system of protection of human rights (1948-1998). The first fifty years”, en Recueil des Cours, Strasbourg, Institut International des Droits de l’Homme, 1998).

(7) VENTURA ROBLES, MANUEL, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad”, en *Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 5 y 7 de septiembre de 2005.

(8) CORTE IDH, OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, 01/10/1999, Serie A N° 16, p. 2, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

(9) CORTE IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (Fondo), 29/07/1988, párrs. 166/167; “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá” (Fondo, Reparaciones y Costas), 02/02/2001, párr. 92; “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala” (Fondo, Reparaciones y Costas), 20/06/2005, párr. 78; “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), 31/01/2001,

ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”.⁽¹⁰⁾ En tal sentido, las violaciones de los estándares de debido proceso y garantías judiciales no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal Supremo de las Fuerzas Armadas y los demás tribunales civiles.

En el presente caso, debe destacarse el análisis sobre el alcance de la jurisdicción militar como ámbito idóneo en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos. El énfasis sobre la imparcialidad de los tribunales militares fue analizado por la Corte IDH en diversas oportunidades, en particular frente a Estados con sistemas democráticos y separación de poderes.⁽¹¹⁾ La Corte ha venido sosteniendo la incompatibilidad de la justicia militar para juzgar delitos de índole no estrictamente militar, al señalar que: “En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional: solo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”. Al respecto, la Corte ha dicho que: “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de estos hechos.⁽¹²⁾

En el caso “Argüelles”, los miembros de la CSJN habían rechazado (con dos votos en contra), en 1998, el recurso de queja a fin de que pudiera expedirse

párr. 68; “Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” (Fondo, Reparaciones y Costas), 01/09/2010, párr. 178.

(10) CORTE IDH, “Caso de los trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 24/11/2006, párr. 128.

(11) CORTE IDH, “Caso Cesti Hurtado vs. Perú” (Fondo), 29/09/1999, párr. 151; “Caso Palamara Iribarne vs. Chile” (Fondo, Reparaciones y Costas), 22/11/2005, párr. 143; “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/11/2009, párr. 272.

(12) CORTE IDH, “Caso La Cantuta vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), 29/11/2006, párr. 142; “Caso Radilla Pacheco vs. México”, fallo cit., párr. 272; “Caso Fernández Ortega y otros vs. México” (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 30/08/2010, párr. 176; “Caso Rosendo Cantú y otras vs. México” (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 31/08/2010, párr. 160.

sobre la legalidad del proceso incoado a las víctimas en el fuero militar y el exceso en la prisión preventiva. Sin embargo, el mismo Tribunal Supremo argentino falló posteriormente en el caso “López, Ramón”,⁽¹³⁾ declarando la nulidad de una sentencia de la justicia militar por no adecuarse dicho pronunciamiento judicial a los estándares de derechos humanos vigentes en el país (art. 75, inc. 22 CN). En dicha causa se cuestionó la constitucionalidad del juzgamiento de militares en tiempos de paz por tribunales castrenses (art. 18 del Código de Justicia Militar) por considerar que no se satisface la exigencia de un tribunal independiente (quien juzga es una instancia administrativa designada por el Ejecutivo nacional) ni las garantías de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional; 8.1 y 8.2 d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Como sostuvo la Corte Suprema de Justicia argentina:

Los tribunales militares, por estar compuestos por funcionarios en dependencia jerárquica del Poder Ejecutivo, son inconstitucionales pues violan abiertamente la norma que prohíbe al Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales. Por consiguiente, los tribunales militares no pueden considerarse jurisdicción en sentido constitucional ni internacional, sino que constituyen tribunales administrativos incompetentes para aplicar leyes penales.⁽¹⁴⁾

Es de relevancia que los Estados establezcan sistemas de garantías al derecho de acceso a un proceso justo y de defensa que posibilite a “todos” sus habitantes el goce de justicia en igualdad de condiciones, más allá del cargo o la función que desempeñen. En el presente caso, la Corte IDH sostuvo que:

En este sentido, el Tribunal ha establecido que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces.⁽¹⁵⁾ El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de

(13) CSJN, “López Ramón Ángel s/ recurso del artículo 445 bis del Código de Justicia Militar”, 06/03/2007, causa 2845.

(14) *Ibid.*, considerando 6º, p. 4.

(15) CORTE IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”, fallo cit., párr. 73; “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) 28/08/2013, párr. 188.

órganos ajenos al Poder Judicial.⁽¹⁶⁾ De esta forma, la independencia judicial se deriva de garantías como un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas.⁽¹⁷⁾ A su vez, la Corte ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico.⁽¹⁸⁾

En casos de aplicación de la jurisdicción militar para juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, la Corte ha señalado anteriormente que la aplicación de la jurisdicción militar contravino los requisitos de independencia e imparcialidad establecidos en la Convención.⁽¹⁹⁾ En relación con la estructura orgánica y composición de los tribunales militares, la Corte ha considerado que carecen de independencia e imparcialidad cuando:

... sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales.⁽²⁰⁾

Sin perjuicio de ello, en este caso la Corte se encontró frente a la comisión de ilícitos diferentes a los que ha conocido en su jurisprudencia anterior, controversias procesales y sustantivas distintas y un escenario de análisis diferente al de otros casos anteriores. En Argentina, durante la época de los hechos, la jurisdicción militar era definida por la Constitución y el Código de Justicia Militar, y comprendía "los delitos y faltas esencialmente militares,

(16) CORTE IDH, "Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela" (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 05/08/2008, párr. 55, y "Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador", fallo cit., párr. 188.

(17) CORTE IDH, "Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú", fallo cit., párr. 75; "Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador", fallo cit., párr. 188.

(18) CORTE IDH, "Caso "Apitz Barbera y otros...", fallo cit., párr. 55; "Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador", fallo cit., párr. 198.

(19) CORTE IDH, "Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú" (Fondo, Reparaciones y Costas), 30/05/1999, párr. 132; y "Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana" (Fondo, Reparaciones y Costas), 24/10/2012 párr. 188.

(20) CORTE IDH, "Caso Palamara Iribarne vs. Chile", fallo cit., párr. 155.

considerándose como de este carácter todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, exclusivamente las leyes militares prevenían y sancionaban”.⁽²¹⁾ Asimismo, la organización de los tribunales militares en tiempo de paz se ejercía, entre otros, por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas.⁽²²⁾ De forma particular, se destaca que ese Consejo Supremo dependía del Ministerio de Defensa Nacional⁽²³⁾ y estaba compuesto por nueve miembros que eran nombrados por el Presidente de la Nación,⁽²⁴⁾ siendo seis oficiales generales o sus equivalentes de los cuerpos combatientes o de comando y tres letrados de la mayor jerarquía prevista provenientes de los cuerpos de auditores de las instituciones armadas.⁽²⁵⁾

Con la restauración del sistema democrático en el país, el Código de Justicia Militar fue reformado el 15 de febrero de 1984, mediante la ley 23.049 e introdujo dos cambios sustanciales en el CJM, a saber:

1. limitación de la competencia de los tribunales militares para administrar justicia, en tiempos de paz, acotada a los delitos esencialmente militares; y
2. obligatoria y total revisión de las sentencias de los tribunales militares por parte de la Cámara Federal de Apelaciones en lo penal (luego Cámara de Casación Penal).

En el presente caso en análisis, la Corte IDH sostuvo que, a diferencia de casos anteriores decididos por la Corte,⁽²⁶⁾ no había controversia respecto a que los delitos tenían carácter militar. En ese sentido, de los hechos del caso se desprende que la jurisdicción militar fue utilizada para investigar a miembros activos de las fuerzas aéreas argentinas por delitos de defraudación y falsificación de documentación militar. El Estado sostuvo que al respecto, además de la condición personal de militares activos de las víctimas, el interés de la justicia penal militar en el caso recaía sobre la protección de bienes jurídicos de carácter castrense, y se encontraba fundamentada en el Código de Justicia Militar como ley previa, de manera que la competencia atribuida al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas no fue contraria a la Convención.⁽²⁷⁾

(21) Art. 108, Código de Justicia Militar.

(22) Art. 9º, Código de Justicia Militar.

(23) Art. 16, Código de Justicia Militar.

(24) Art. 14, Código de Justicia Militar.

(25) Arts. 11 y 12, Código de Justicia Militar.

(26) CORTE IDH, “Caso Fernández Ortega y otros vs México”, fallo cit., 30/08/2010, párr. 176; “Caso Rosendo Cantú y otras vs. México”, fallo cit., párr. 160.

(27) CORTE IDH, “Caso Argüelles y otros vs. Argentina” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 20/11/2014, párr. 143.

Sin embargo, la Corte IDH sostuvo que aunque no habían existido alegatos concretos sobre la falta de independencia de los miembros del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en el desarrollo de sus funciones en el caso concreto, se considera que “el hecho mismo de que los miembros del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas eran miembros activos de las fuerzas armadas y que había una relación de dependencia y subordinación con sus superiores, que son parte del Poder Ejecutivo, pone en duda su independencia y objetividad”.⁽²⁸⁾ Por otra parte, la Corte IDH remarcó que el Código de Justicia Militar (al momento de los hechos) no exigía la necesidad de formación jurídica para desempeñar el cargo de juez o miembro del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, por lo que ello no cumplió con los estándares del art. 8.2 de la Convención Americana en materia estrictamente penal.⁽²⁹⁾

La Corte consideró que resultó notoria la existencia de falencias normativas que afectaron directamente el derecho de defensa y el principio de igualdad de armas de las presuntas víctimas durante el procesamiento ante el foro militar. El Estado no demostró que en el caso concreto los defensores nombrados a las presuntas víctimas fueran profesionales del derecho. Específicamente, en las pruebas aportadas no consta que alguno de los defensores fuera abogado, pero sí hay constancia de lo contrario.⁽³⁰⁾ Lo anterior constituyó, en el presente caso, un desequilibrio procesal para los peticionarios durante el procedimiento en el foro militar, pues no contaron con la posibilidad de ejercer una adecuada defensa frente a los alegatos presentados por el ente acusador entre el 5 de septiembre de 1984 y el 5 de junio de 1989.

La Corte IDH ha establecido que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe

(28) CORTE IDH, “Caso La Cantuta vs. Perú”, 29/11/2006, párr. 141; y “Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”, fallo cit., párr. 188.

(29) CORTE IDH, “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, fallo cit., párr. 155.

(30) A manera ejemplificativa, la Corte destaca que mediante escrito del 03/10/1988, el defensor Ricardo Coletti señaló que “es fácil advertir, a partir de la lectura de la acusación fiscal y conforme lo regula el Cap. II del CJM la idoneidad letrada de la Fiscalía, no estando esta defensa, por el solo hecho de carecer de formación legal, a igual nivel que la misma. Sin embargo, a pesar de haber consultado con un profesional del derecho, no puede ser equiparada con la vista de la causa en forma personal de un letrado; el cual puede advertir mediante su participación directa y su conocimiento del derecho, múltiples aspectos legales que a esta defensa le pueden pasar inadvertidos y ser importantes”, en Escrito de defensa del 03/10/1988, expediente de prueba, folios 1311 y 1312.

de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso. Sostener lo opuesto implica supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el art. 8.2.b) a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.⁽³¹⁾ Además, la Corte considera, conforme ha afirmado en casos anteriores, que la defensa debe ser ejercida por un profesional del derecho dado que representa la garantía en el debido proceso de que el investigado será asesorado sobre sus deberes y derechos y de que ello será respetado. Un abogado, asimismo, puede realizar, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas⁽³²⁾ y puede compensar adecuadamente la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad en relación con el acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.⁽³³⁾ Impedir a este contar con la asistencia de su abogado defensor significa limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.⁽³⁴⁾ En anteriores oportunidades la Corte IDH había señalado la importancia del acceso a un defensor letrado al citar los parámetros del numeral 8 de los Principios Básicos Sobre la Función de los Abogados Relativos a las Salvaguardas Especiales en Asuntos Penales, al fijar estándares para el ejercicio adecuado, señalando que "(a) toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones para recibir visitas de su abogado", lo que implica su designación previa.⁽³⁵⁾

(31) CORTE IDH, "Caso Barreto Leiva vs. Venezuela", fallo cit., párr. 29; y "Caso J. vs. Perú" (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 27/11/2013, párr. 194.

(32) CORTE IDH, "Caso Barreto Leiva vs. Venezuela", fallo cit., párr. 61.

(33) CORTE IDH, "Caso Vélez Loor vs. Panamá", fallo cit., párr. 132.

(34) CORTE IDH, "Caso Barreto Leiva vs. Venezuela", fallo cit., párrs. 61 y 62; y caso "Vélez Loor vs. Panamá", fallo cit., párr. 132.

(35) Principios Básicos Sobre la Función de los Abogados Relativos a las Salvaguardas Especiales en Asuntos Penales, aprobados por el 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana (Cuba), 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990; CORTE IDH, "Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", fallo cit., párr. 139; "Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iníiguez vs. Ecuador", 21/11/2007, párr. 159.

La Corte utilizó también los argumentos del perito que presentara la Comisión Interamericana, quien señaló que:

... la doble y simultánea condición de juez militar y oficial resulta incompatible con el principio de equilibrio de poderes e independencia judicial. En este sentido, el perito estimó que no puede admitirse que quien sea juez pertenezca y dependa, a la vez, del Poder Ejecutivo, y en especial, de una estructura jerárquica y subordinada como las Fuerzas Armadas; de lo contrario, no puede hablarse de independencia judicial pues el juez estaría sometido a una estructura castrense incompatible con las garantías de independencia.⁽³⁶⁾

Esta búsqueda de adecuar todos los sistemas de justicia de un Estado, sin excepciones de fueros, conlleva la búsqueda de la eliminación de mecanismos de impunidad. Como se ha sostenido, la impunidad es el signo más evidente de un Estado que no ofrece plenas garantías para la realización de los derechos humanos, quedando así entredicho la autenticidad de su democracia. La jurisdicción militar es, por su parte, el signo más elocuente de la impunidad. Se trata de un voto del Estado a favor de la arbitrariedad y de la separación de la sociedad en privilegiados y excluidos.⁽³⁷⁾

3. La importancia de una nueva norma de justicia militar argentina

La justicia militar en América Latina debe ser contextualizada en los vestigios de las dictaduras militares que abundaron en el continente en la segunda mitad del siglo XX: la utilización de un sistema paralelo de administración de justicia como mecanismo de enjuiciamiento de opositores políticos constituyó el brazo legal de la represión de los regímenes autoritarios, dotándolos de una fachada de legalidad por tales acciones. El fin de tales gobiernos no significó, de manera inmediata, la remoción de las reglas de operación y mantenimiento de la represión y, por lo tanto, el marco jurídico de los sistemas de justicia militar se mantuvo prácticamente incólume.

(36) Declaración del perito Miguel Lovatón Palacios. Ver CORTE IDH, "Caso Argüelles y otros vs. Argentina", fallo cit., párr. 155.

(37) GUTIÉRREZ CONTRERAS, JUAN C. y CANTÚ MARTÍNEZ, SILVANO, "La Restricción a la jurisdicción militar en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, n° 13, [en línea] <http://www.surjournal.org/esp/index13.php>

Sin embargo, los mecanismos de protección regional comenzaron a operar, permitiendo recabar tutela de derechos más allá del Estado nacional.⁽³⁸⁾

Mediante la ley 26.394, del 26 de agosto de 2008, se derogó el Código de Justicia Militar argentino y se estableció que la jurisdicción militar resulte aplicable únicamente para las faltas disciplinarias, transfiriendo la jurisdicción sobre delitos a la justicia ordinaria del fuero penal.⁽³⁹⁾ Entre los fundamentos que el Poder Ejecutivo expresó a fin de elevar el proyecto de ley ante el Congreso Nacional se encontraba la necesidad de reformar el sistema de justicia penal militar en razón de diversos casos que se habían elevado ante instancias del sistema interamericano de derechos humanos, siendo el caso “Argüelles” uno de ellos, a la vez que el asunto “Correa Belisle vs. Argentina” ante la Comisión Interamericana.⁽⁴⁰⁾

Con la necesaria reforma del sistema de justicia militar, Argentina conforma uno de los países pioneros en adaptar sus procesos jurisdiccionales castrenses a los estándares internacionales de debido proceso y garantías judiciales, a fin de poder contar con fuerzas armadas democráticas y comprometidas con el Estado de derecho. De esta manera, las fuerzas armadas deben adaptarse a las nuevas funciones que imponen las acciones para el mantenimiento de la paz, las tácticas de la guerra moderna y las tecnologías y técnicas militares actuales, así como al seguimiento del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, a fin de garantizar el respeto de los derechos de los ciudadanos pero a la vez de los integrantes de las fuerzas armadas.



(38) CONTRERAS V., PABLO, “Independencia e imparcialidad en sistemas de justicia militar: estándares internacionales comparados”, en *Estudios Constitucionales*, año 9, n° 2, 2011, pp. 191/248.

(39) Se aprobó también el Procedimiento Penal Militar para Tiempo de Guerra y Otros Conflictos Armados, las Instrucciones para la Población Civil en Tiempo de Guerra y Otros Conflictos Armados, el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas y la organización del Servicio de Justicia Conjunto de las Fuerzas Armadas, asegurando su coherencia con las garantías constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos. (arts. 1° a 6° de la ley 26.394, 2008).

Sobre la ley, ver MINISTERIO DE DEFENSA, *El nuevo sistema de justicia militar - Ley 26.394. Aportes al proceso de modernización de las Fuerzas Armadas*, Bs. As., 2008; TUNER, VANESA, “Justicia militar argentina y derechos humanos”, [en línea] http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa_18/tuner_mesa_18.pdf

(40) COMISIÓN IDH, Informe 15/10, “Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina”, 16/03/2010, caso 11.758, solución amistosa.

Libertad de expresión



DAMIÁN LORETI⁽¹⁾



Buenas tardes, gracias por la invitación y por la presencia de ustedes. Con Eduardo hicimos una especie de acuerdo arbitrario de dividir por casos, más allá de que después aparezcan mezclados. Eduardo fue firmante de la denuncia en “Kimel”, yo fui firmante de la denuncia con Eduardo en “Fontev ecchia”, así que hicimos una distribución arbitraria de esfuerzos. En esta distribución acordamos que yo me iba a referir al caso “Kimel”, cosa que haré brevemente. El caso “Kimel” arranca en sus antecedentes con la masacre de los cinco curas y seminaristas palotinos de la Iglesia de San Patricio en julio de 1976. Ese expediente penal, la causa que surge a partir de esos hechos, tuvo por fiscal al Dr. Strassera y por juez de la causa al Dr. Rivarola. Estos antecedentes tienen cierta relevancia porque apuntan al corazón del caso. En el año 89 se publica el libro *La masacre de San Patricio* donde Eduardo Kimel hace un análisis de la causa —en el contexto de contar la historia de la orden de los palotinos—, relatando qué trabajos hacían, su vinculación con las actividades y hay, también, un capítulo referido a la causa. En el capítulo referido a la causa hay dos páginas, que vamos a tomar como modelo. En una se hace referencia a que cuando se supo que el crimen de los palotinos nacía de las entrañas del poder se dejó de investigar y se adoptó un temperamento de sobreseimiento provisional; en una de las páginas menciona explícitamente que se había hecho con un dictamen previo de la fiscalía y en la otra página no se lo menciona. No diría paralelamente pero sí en un carril por separado, corresponde señalar que años antes de que esto se produjera se había realizado el acuerdo de solución amistosa que permitió la derogación del art. 244 CP, que tipificaba el delito de desacato, causa que había llegado a juicio en el famoso caso que Horacio Verbitsky lleva a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en un proceso de solución amistosa se

(1) Doctor en Ciencias de la Comunicación. Secretario de la Comisión Directiva del CELS, que representó a las víctimas en el caso “Kimel” y “Fontev ecchia y D’Amico”.

acuerda con el Estado argentino que derogará la figura del desacato del art. 244 CP. ¿Por qué tiene relevancia esto? Porque el juez Rivarola querella contra Eduardo Kimel, en particular por la página que yo les mencioné recién, en la cual se dice que se había dejado de investigar, y en la que se había omitido a propósito —según lo referencia la causa iniciada por el Dr. Rivarola— el dictamen fiscal. Los hechos y el libro muestran que eso no fue así. Habría que ver todo el libro, pues surge de modo claro que eso no es cierto. El Dr. Rivarola plantea una querella por calumnias diciendo que se le estaban imputando falsamente incumplimiento de deberes de funcionario público y prevaricato; cuestión, dice la querella, que de mantenerse la existencia del art. 244 CP hubiera sido calificada como “desacato”. El 28 de octubre del 91 se presenta la querella. El 25 de septiembre de 1995 se dicta sentencia de primera instancia, pero la sentencia que dicta el Juzgado Correccional N° 8 es una sentencia por injurias porque le queda claro a la juez sentenciante que no había imputación personalizada de la comisión de delitos de acción pública, y si no cabía en el contexto de un daño al honor la figura de calumnias correspondía condenar por injurias. En noviembre de 1996, la Sala VI, en un fallo con un voto concurrente del Dr. Carlos Elbert — que hasta donde creo es uno de los primeros casos en los cuales se presentaron *amicus curiae* en Cámara—, decía: “... la Sala VI revoca el fallo condenatorio”, y entre otras cosas lo que menciona es que era inadmisibles la existencia de una condena por volcar opiniones. Esta cuestión había servido, de acuerdo al juez de primera instancia, como fundamento, pues había que decir que se había excedido, que había hecho algo más que informar, que había opinado y que esa opinión era un juicio de valor disvalioso y que por esa razón merecía ser condenada. Tanto el voto concurrente del Dr. Elbert como el de los otros dos jueces son muy contundentes respecto a que no cabe la condena por opiniones. En diciembre de 1998 la Corte revoca diciendo que la sentencia era arbitraria, carente de fundamentos y ordena pasarla a la Sala IV, que sin mayores fundamentos (eso es lo que después justificó que planteara que se habían violado las garantías judiciales de Kimel), dicta sentencia el 17 de marzo de 1999 por calumnias. Se rechazó el extraordinario, se rechazó la queja y se presentó la denuncia ante el sistema interamericano —denuncia en la que, como decía antes, participó Eduardo—. De la mano con esto y para darle contexto a la denuncia, recordarán ustedes una tentativa de algo que se llamó “ley mordaza” al poquito tiempo de que se derogara el 244 CP. Se hizo una presentación por algunas organizaciones de derechos humanos, el CELS e incipientemente la Asociación de Periodistas, planteando que el proyecto que se intentaba plasmar

violaba el art. 13 de la Convención Americana. La Comisión no tomó la denuncia *per se*, la razón era que no había todavía un acto estatal que justificara la intervención. Pero en el año 94, en el capítulo cinco del informe anual de la CIDH, se trabaja sobre la compatibilidad o no de las leyes de desacato con el sistema. Para plantearlo de un modo breve, lo que dice la Comisión después queda plasmado como principio en varias oportunidades, y es que a la hora de mirar los fines legítimos requeridos por el art. 13.2 CADH, la honra de los funcionarios públicos —por su condición o por lo que se dice de ellos en ocasión del ejercicio de sus tareas— no debe ser contemplada como fin legítimo o bien jurídico de ser protegido por la aplicación de responsabilidades penales y que los funcionarios no solamente no deben estar protegidos igual que el común de las personas sino que deben estar menos protegidos que el común de las personas en lo que hace a su honor y en particular vinculación con los actos que desarrollan por sus funciones. A la hora de mirar el baremo o lo que se llama el “estado de necesidad” en una sociedad democrática, el Informe plantea que la responsabilidad penal en el contexto del art. 13.2 CADH de la aplicación de responsabilidad a superiores excede aquel baremo entendido como necesario por la jurisprudencia, como necesidad social imperiosa por la Corte Europea de Derechos Humanos y por la propia Comisión. La denuncia toca las cuestiones de las sanciones penales y su efecto inhibitorio precisamente basándose en las consideraciones de la Comisión, con énfasis particular en los dichos, críticas u opiniones sobre funcionarios públicos en el contexto de sus funciones y la incompatibilidad con el artículo 13 CADH de la legislación argentina en ese punto. Cita el principio 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH, que es aquel que dice que en relación a los funcionarios públicos, a las personas de conocimiento público o aquellos que se involucran voluntariamente en cuestiones de interés público no debe haber una responsabilidad de tipo penal sino civil; se agrega luego el principio de lo que llamaremos rápidamente “el principio de real malicia”. Y se menciona que lo hay es un castigo a la toma de posición del mismo modo que lo habíamos dicho en el fallo de la Sala VI. En definitiva, se plantea que tanto el proceso que había durado más de ocho años junto a la sentencia condenatoria y los tipos penales utilizados junto con las sentencias —particular énfasis en esto— ignoran los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión, que era lo que queríamos que fuera corregido. Se menciona también en la denuncia lo que destaqué recién sobre los niveles disminuidos de protección de los funcionarios públicos, y en particular, se hace una mención respecto de la condena civil. La Sala IV condena a un año

de prisión en suspenso por calumnias y mantiene la indemnización civil de 20 mil pesos/dólares en la época y los justifica en la intensidad del daño y la particular situación o la función en la historia que ha tenido la función de la carrera judicial en la actual posición; vale decir que la indemnización civil está particularmente anclada en el rol del funcionario público del Dr. Rivarola. Y se hace mención también a la violación del art. 13 junto con el 8.1, 8.2, 25 y 2° de la Convención para plantearle al Estado argentino que repare la situación. ¿Cómo llega el caso a sentencia? El caso llega a sentencia luego de algunos años de discusión, tras un inicio de procedimiento de solución amistosa. Este caso fue agregado a la discusión entre peticionantes, víctimas y Estado, junto con otros como el de Tomás Sanz que había sido condenado por el art. 113 CP, por reproducción de injurias, si mal no recuerdo. Había otro caso que no había tenido sentencia y en el que se planteaba el uso de la herramienta penal como inhibitoria, era el caso “Carlos Corach c/ Verbitsky”. Resolver esos cuatro casos en términos de solución amistosa fue imposible, ya que llegó un momento en el que las negociaciones se rompieron amigablemente y se pidió que se hiciera a la Comisión la demanda contra el Estado. Planteada la demanda frente al Estado, el Estado y las partes peticionantes hicimos un acuerdo en base al reconocimiento de la responsabilidad del Estado del art. 13.1 y del 8.1. Este acuerdo implicaba que las partes peticionantes con acuerdo de la víctima dejaran aparte el reclamo de violación de los arts. 8.2 y 25 por garantía de imparcialidad y tutela judicial efectiva. Y la Corte dictó sentencia. ¿Qué dijo la Corte? Reconoció la importancia de que el Estado reconociera, a su vez, su responsabilidad internacional por violación de los arts. 13 y 8.1, y la Corte introduce, aun cuando ni los denunciantes ni la Comisión habían planteado la cuestión, que había un problema con el art. 9°, con la definición clara y precisa del principio de legalidad. La Corte le reclama al Estado argentino, además de otras cosas en favor de Kimel, que no llegó a ver todo concluido porque falleció antes. La sentencia le da la obligación del acta de homenaje, la publicación de la sentencia, la eliminación de la condena y los antecedentes y una indemnización; en esta última, destaco esto, se incluyó un rubro vinculado a la duración del juicio y la obligación del Estado de corregir su legislación en base a lo que aparece en los puntos 18 y 66 de la propia resolución de la Corte. En ambos casos, los puntos 18 y 66 le dan mención al reconocimiento del Estado de la redacción dubitativa de la legislación argentina que implicó no dilucidar qué eran calumnias y qué injurias ¿Qué siguió luego de esto? Se hizo el acto de reconocimiento. Un 7 de junio la expresidenta hizo el acto de reconocimiento a Kimel, se hizo un recurso de revisión pos

cambio de la legislación positiva con la ley 26.551. Se hizo la reparación económica, se publicó la sentencia en el Boletín Oficial, en el diario y en la web de la Corte y salió la ley 25.551 reformando artículos de delitos contra el honor. En términos concretos, ¿qué se incorporó?: la despenalización de las expresiones no asertivas vinculadas a temas de interés público y en los casos en los cuales hubiera una cita sustancialmente fiel de la fuente involucrada.

Nosotros intentamos hacer una reforma más profunda que tenía que ver, incluso, con la modificación de los arts. 1089 y 1090. Esto tiene que ver con un proyecto de la Asociación de Periodistas, el CELS, que después de iniciarse el arranque del planteo de la solución amistosa del 99 se pacta entre el Estado argentino y los peticionantes ese tipo de reformas. Se presentaron dos o tres veces proyectos de ley para cambiar los arts. 109, 110, 117, 113 CP y 1089 y 1090 CC, y eso no prosperó y es una de las razones por las cuales se entendió que era necesario hacer la demanda. En ese contexto, nosotros queríamos ir un poco más lejos que lo que la Corte decía de un modo específico y que era corregir la ambigüedad, la falta de precisiones. En función de ello, quedó plasmada en el art. 109 CP y en el art. 110 CP la corrección en el tipo de calumnias y la exclusión de la comisión de conducta típica de las expresiones de interés público. Lo mismo se plasma en el art. 113 CP. Hubo quienes dijeron que esto reconocía la doctrina de la “real malicia”, pero yo creo que va un poco más allá, porque la doctrina de la “rea malicia” tiene más que ver más con las personas que con la actividad. La Corte IDH no reclamó, pese a que algunos de nosotros —no todos— entendíamos que era preferible llegar a una despenalización completa; quedó el tipo penal para asuntos no vinculados a cuestiones de interés público y lo que sí se detecta es que ha bajado categóricamente la cantidad de querellas en este tipo de cuestiones. Si bien no ha desaparecido la previsión, yo no tengo datos de condenas posteriores a la ley 26.551 en temas de interés público. Donde sí hay un problema es en qué se considera “interés público” en un caso concreto, y ahí se da una situación un poco borrosa que la casuística ha indicado que en temas que cualquiera de nosotros en una conversación académica o casuística incluiríamos como interés público a veces los jueces lo rechazan y la Corte IDH ha ido fijando criterios sobre esto en “Fontevicchia” y en “Tristán Donoso”. Esto es, entonces, y en líneas bastantes generales, lo que ocurrió con el caso “Kimel”, sus prolegómenos y sus posteriores. Gracias.



EDUARDO BERTONI⁽¹⁾⁽²⁾



Buenas tardes y muchas gracias por la invitación.

Resulta para mí muy interesante la modalidad que le dieron a esta convocatoria porque hacer un encuentro sobre jurisprudencia del sistema interamericano con protagonistas, tanto abogados y víctimas, es algo que no se encuentra en muchos lugares. Resulta, además, muy instructivo ver cómo se avanza en la jurisprudencia del sistema desde la óptica de los protagonistas, tal como los organizadores han propuesto.

Es probable que el enfoque que en algún momento puede ser escuchado aquí sea un poco sesgado. Es lógico porque, como decía antes, algunos de nosotros fuimos abogados de muchas de las víctimas y también en este encuentro ha habido representantes del Estado, que representaban al Estado, y que defendían al Estado en casos ante el sistema interamericano. Por ejemplo, yo defendiendo la libertad de expresión y quienes eran representantes del Estado defendían los intereses del Estado, bienvenido sea, pero es interesante ver la dinámica y analizar la jurisprudencia desde esta visión. Como decía al comienzo, nunca participé en un evento así, por lo que renuevo mis felicitaciones por hacerlo de esta manera y creo que no es casual que sea en Argentina, dado que somos un poco una usina de lo que es el sistema interamericano de derechos humanos en cuanto a producción académica, pero también a litigiosidad, representa.

El respeto de los derechos humanos está en la agenda de cualquier abogado que está litigando en Argentina; ello se demuestra en la anécdota que cuenta que alguna vez se le preguntaba a un abogado en un litigio

(1) Doctor en Derecho. Director del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo. Ex Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA. Representante de las víctimas en el caso "Fontevicchia y D'Amico".

(2) Este texto corresponde a una desgrabación de la conferencia dictada el 20/05/2015, es por ello que no se incluyen referencias o notas al pie de página.

qué va a hacer después si pierde: “voy a ir a Costa Rica, voy a ir la Corte Interamericana”. En mi experiencia, esto no se ve mucho en otros países, y creo que ello se debe a que el conocimiento es producto de muchos años de haber venido trabajando el sistema.

Ya saliendo de estas palabras introductorias, voy al punto al que me convocan que es contarles un poco qué pasó con el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, pero antes déjenme conectar mi exposición con lo que decía Damián Loreti del caso “Kimel”, luego “Fontevicchia” y después terminar con el caso “Mémoli”.

¿Por qué quiero hacer esta conexión? Porque nos tenemos que situar también en el momento en el que estas sentencias penales y la de condena civil que ahora vamos a ver se estaban dando en la Argentina. Era un momento en el cual no era un secreto que se hablaba de la “Corte menemista”; es decir, teníamos una Corte que estaba absolutamente cooptada y respondía a los designios del gobierno de ese momento, cosa que, por fortuna, cambió radicalmente con el gobierno de Néstor Kirchner. La Corte fue uno de los cambios fundamentales que nos dimos como sociedad democrática. Entonces, muchos de estos casos que en definitiva estaban siendo promovidos por personas del poder de turno terminaban en una Corte que difícilmente fuera a fallar en contra de los que iniciaban los procesos. Entonces, respecto a la condena a Kimel, a Tomás Sanz, yo fui abogado de Tomás Sanz en el derecho interno, y les puedo recordar muchas otras condenas que se estaban dando en ese contexto. Los funcionarios de alto rango en ese momento llevaban a la justicia penal a quiénes los criticaban con la intención de poner algún grado de presión en los periodistas que estaban ejerciendo alguna tarea de observación; recuerdo, además, que muchos de esos casos tenían que ver con casos de corrupción. Ese es el contexto donde se da la condena a Kimel, donde se da la condena a Fontevicchia y otras cuantas como el caso “Cancela”, el caso “Tomás Sanz” y otros.

¿Por qué destaco esta situación? Porque como lo decía Loreti, aun durante ese momento muchos abogamos por el cambio de la legislación penal, porque argumentábamos que la legislación penal estaba siendo utilizada como una herramienta de presión y por ello la teníamos que cambiar. Desde el CELS, la Asociación de Periodistas y otras organizaciones, en aquel momento tratábamos de influir para que hubiera un cambio en el Código Penal, y ese cambio al Código Penal resultaba imposible

impulsarlo con el trabajo en las instancias internas; fue allí que se planteó una estrategia mucho más comprensiva, mucho más global donde el litigio estratégicamente realizado era parte del objetivo del cambio al Código Penal.

Es así como empiezan a llegar estos casos al sistema interamericano; era parte de una estrategia, entre otros, del CELS, para conseguir esta modificación. Pero fíjense ustedes qué interesante, es que llegamos a un punto tal donde ya yéndose el gobierno de Carlos Menem, la representante del Estado argentino en ese momento firma —esto está en los registros— un acuerdo de solución amistosa diciendo que Argentina se comprometía a reformar el Código Penal. Esto es tomado por las organizaciones donde afirmaban que por ello ya había un compromiso del Estado argentino, por lo que si no se reformaba el Código los litigios seguirían.

Con el cambio de gobierno, el gobierno de De la Rúa, se intenta modificar el Código Penal, pero no hubo ningún tipo de voluntad ni acuerdo político, tanto en el Ejecutivo como en el Congreso, para modificar el Código Penal. Por ello, los casos siguieron en el sistema interamericano, y así fue como sigue Kimel en litigio. Después viene la crisis económica del 2001 y los cambios de gobierno y ahí se genera una nueva instancia de posibilidad de modificar el Código Penal, en los arts. 109 y 110 particularmente; batalla que veníamos dando desde hacía muchísimos años y en ese momento se ve la posibilidad de hacerlo en un acuerdo de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ahí ocurre algo muy interesante para el análisis posterior de este proceso de reforma al Código, y que es que el Estado argentino en lugar de llegar a un acuerdo de solución amistosa en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deja que el caso “Kimel” siga en litigio. Yo creo que ahí hubo un error porque en ese momento ya había voluntad política como para llegar a ese acuerdo de solución amistosa y modificar el Código.

El acuerdo de solución amistosa finalmente lo firma el Estado argentino porque había voluntad política de reformar el Código Penal en ese momento pero lo hace ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) porque el litigio en Kimel ya estaba en esa instancia. Posiblemente muchos pensaban o pensaron que la Corte IDH no dictaría una sentencia en el caso dado que existía un acuerdo de

solución amistosa entre el Estado y las víctimas, en donde el Estado decía: “el Código Penal está mal, tenemos que cambiarlo” y las víctimas decían: “estamos de acuerdo”.

Sin embargo, la Corte, en una situación analizada desde los ojos del caso “Mémoli vs. Argentina”, decide dictar una sentencia en el caso “Kimel”. Para la Corte, sin perjuicio del acuerdo de solución amistosa, el Tribunal tenía ya imperio para tratar y decidir el caso. La historia es conocida: la Corte IDH condenó al Estado argentino, y lo hace a pesar del acuerdo de solución amistosa. La Corte ordena reformar el Código Penal pero no por, como lo explicaba muy bien Damián Loreti —y esto lo quiero resaltar para después entrar en Fontevecchia— una violación al art. 13 de la Convención Americana, que es el que protege la libertad de expresión de manera directa, sino por una mención al principio de legalidad, al art. 9º de la Convención.

Esto, si uno lee el fallo de la Corte —yo lo he criticado mucho— dejaba abierta la puerta para seguir llevando adelante persecuciones penales; el famoso párrafo 78 de la sentencia así lo establecía. Lo que dice la Corte es, en otras palabras, que la sanción penal no es un problema de la libertad de expresión, el problema es que este tipo penal es vago, ambiguo y afecta el principio de legalidad. Lo curioso, como lo he dicho varias veces al criticar la sentencia del caso “Kimel”, es si realmente están de acuerdo las víctimas y está de acuerdo el Estado en que hay un problema de libertad de expresión ¿Por qué no dijo la Corte IDH que la aplicación del derecho penal va en contra del art. 13? Evidentemente no era su convicción hacerlo.

En “Kimel”, la Corte quería dejar abierta la posibilidad de que existan sanciones penales para expresiones inclusive contra funcionarios públicos o asuntos de interés público. Y esto es lo que se ve claramente en “Mémoli”. Por ello, creo que el caso “Kimel” empieza a hacer una curvita en la jurisprudencia de la Corte IDH en una ruta que se había trazado e iba rumbo a una despenalización fuerte, que venía proponiendo la no utilización del derecho penal en los casos de interés público, como, vale la pena destacarlo, lo hizo Argentina de manera ejemplar al reformar el Código Penal.

Pero, volviendo a “Kimel”, no es lo que le dice la Corte IDH, dado que su conclusión es que no es un problema de libertad expresión, sino un problema del principio de legalidad. En ese contexto está el caso “Fontevecchia”.

El caso “Fontevicchia y D’Amico”, en realidad, es importante porque es el primer caso en el que se le lleva al sistema interamericano una situación donde la responsabilidad ulterior, habilitada por el propio art. 13 de la Convención Americana, no era una responsabilidad ulterior de índole penal, sino que era una responsabilidad ulterior de índole civil. Dicho en palabras un poco más claras, esto era una causa por daños y perjuicios y no era una causa penal por calumnias e injurias. Eran causas por daños y perjuicios en las que había condenas de tribunales civiles avaladas por la Corte Suprema de Justicia en donde se sentenciaba a reparar daños.

Desde hacía tiempo, muchos de nosotros ya veníamos esbozando la idea de que el derecho penal, a pesar de ser la herramienta más fuerte de control social, de ser estigmatizador, teníamos que tener mucho cuidado en el manejo también de las sentencias civiles por la responsabilidad civil, sobre todo si ello se hace desproporcionadamente y sin ningún tipo de control porque puede tener el mismo efecto que una sanción penal.

¿Cuál era el efecto que queríamos y queremos evitar? El efecto del que muchos hablan, el efecto congelamiento, el efecto inhibitorio que puede generar una responsabilidad ulterior. En palabras coloquiales: “Si sabes que vas a ir preso por ahí dejas de hablar. Si sabes que no vas a poder ejercer más tu comercio también por ahí dejas de hablar”.

Esta era la lógica para advertir el cuidado con las responsabilidades ulteriores de carácter civil y Fontevicchia y D’Amico eran casos que dieron la posibilidad estratégica de ser llevados adelante ante el sistema interamericano para analizar esta situación; situación que no la habíamos analizado en ningún caso aisladamente. Por supuesto que en “Kimel” había un componente de responsabilidad ulterior civil pero el disparador allí era la condena penal. El caso “Tristán Donoso vs. Panamá” tenía las mismas características. El único caso que era un “puro caso civil” era “Fontevicchia”; esta es la primera diferencia que tenemos que hacer y la importancia que tiene “Fontevicchia” para el sistema interamericano de derechos humanos.

Estamos hablando de responsabilidad civil, responsabilidad ulterior de carácter civil no penal. Este era un caso en el que la revista *Noticias* publicó en tapa el anuncio de una investigación que daba cuenta de la existencia de un hijo extramatrimonial del ex presidente Carlos Menem que es hoy una figura muy conocida: Carlos Nahir; ahora es adulto pero en ese momento era un niño. No estoy diciendo de manera arbitraria que

era un niño porque también hubo cuestiones de defensa de derechos del niño en el litigio. En abstracto, ventilar un caso de un hijo extramatrimonial puede ser injerencia en la vida privada de una persona que merece reparación de acuerdo al artículo —en ese momento— 1071 bis CC. Pero si a esa cuestión analizada en abstracto se empiezan a agregar condimentos o cuestiones a la noticia publicada, como, por ejemplo, que estamos ante el caso del máximo funcionario público que es el presidente de la Nación, que no había reconocido al hijo al que posteriormente reconoce; que el hijo visitaba asiduamente lugares públicos como la Quinta de Olivos donde había sido fotografiado por fotógrafos de la agencia oficial de noticias, el análisis jurídico cambia.

Es de destacar que las fotos no son fotos sacadas por un *paparazzi* colgado de un árbol en la Avenida Maipú o en la Avenida del Libertador con un teleobjetivo. No, eran fotos en las que los fotografiados estaban posando, es decir, no robadas a la privacidad de ninguno de los que aparecen. Y si a esto, además, le agregamos que la madre del niño venía denunciando algún grado de amenazas y también había denunciado un robo de joyas que dijo que se las regaló el ex presidente, en ese momento presidente, Carlos Menem, ahí empezamos a componer una serie de hechos que en la cuestión de ventilar la existencia de un hijo extramatrimonial empieza a hacernos dudar en lo primero que estábamos preguntando: ¿Es esto una injerencia arbitraria a la privacidad? ¿Es una injerencia “arbitraria” si lo que se publica es un asunto de interés público? Nosotros creíamos que no era arbitraria al litigar el caso.

El caso tiene mucho más hechos relevantes para sostener esa última afirmación: por ejemplo, han habido conversaciones entre el presidente Menem —esto es lo que decían las notas— y el presidente Wasmosy del Paraguay para tratar la posibilidad de que la mujer que estaba amenazada pudiera ir a vivir a Paraguay, y allí tuviera algún grado de protección. Estamos hablando de conversaciones entre dos presidentes para proteger una persona. Es decir, no era un caso simplemente en el que la revista ventilaba el pasado del expresidente Carlos Menem dando cuenta de que había un hijo extramatrimonial producto de una relación cuando él había estado detenido en Las Lomitas, en Formosa, durante la dictadura militar. La madre del niño años después había sido diputada provincial, es decir, también era una funcionaria pública. Había demasiados componentes que llevaban a empezar a poner, a mis ojos de manera muy clara, la situación que afirmaba que no había una injerencia arbitraria a la vida privada.

Este caso fue, como les decía, el primer caso de responsabilidad claramente civil, el primer caso donde la Corte hizo una valoración sobre el efecto inhibitorio que tiene la responsabilidad civil; la Corte IDH lo que hizo fue traer al caso mucha de la jurisprudencia que tenía para los casos penales vinculados con lesiones al honor y la reputación.

Una de las primeras cosas que trae a consideración es que para analizar la responsabilidad ulterior hay que hacer uso del test tripartito: la responsabilidad civil tiene que estar en la ley, perseguir un fin legítimo y debe ser necesaria.

¿Qué dijo la Corte? La Corte dijo que la responsabilidad ulterior en este caso estaba prevista en la ley, puntualmente el art. 1071 bis CC. Era legítimo porque pretende proteger uno de los derechos de unas personas que es el derecho a su privacidad; pero no era una imposición de responsabilidad civil necesaria. Y ahí entran todos los criterios de proporcionalidad que ya la Corte venía utilizando con anterioridad a decidir el caso.

En verdad, lo que nosotros pretendíamos era una reforma al art. 1071 bis. Asimismo, decíamos que si el problema es la responsabilidad que se puede aplicar de manera arbitraria, ello era porque los jueces no tienen ningún parámetro para resolver el monto del daño. En casos como "Fontevéchia", la mayoría del monto del daño se lo lleva el daño moral y este no tiene parámetros muy claros para calcularlo, con lo cual esto dejaba abierta la posibilidad a responsabilidades civiles enormes, sin ningún tipo de control. Lo que nosotros pretendíamos era que se reforme el art. 1071 bis tratando de acotar la posibilidad de responsabilidades ulteriores. Ello no fue considerado por la Corte IDH.

Sin embargo, sí ganamos el caso porque la Corte dijo que se había aplicado el art. 1071 bis de manera no necesaria para una sociedad democrática. ¿Qué otras cosas tuvo en cuenta la Corte IDH? Decía antes que la sentencia toma en cuenta muchos de los argumentos de lo que se venía diciendo desde el caso "Herrera Ulloa" hasta "Kimel", aunque eran dos casos vinculados con reputación y honor, no con privacidad. Pero también transporta la idea del "umbral de protección diferente": no está protegido igual el funcionario público que el individuo privado que no se ha involucrado voluntariamente en asuntos de interés público.

Entonces, la privacidad de los funcionarios públicos: ¿tiene protección? Sí, por supuesto que tiene protección. Tiene una protección atenuada por el hecho de ser personas que son sometidas constantemente al escrutinio

público. A esto la Corte lo toma de los criterios que ya venía contemplando en los casos de presunta violación a la reputación. Sin embargo, en "Fontevéchia" es muy interesante como está recogido ese estándar en la Corte dado que valora los actos propios de quien se ponía como víctima, en este caso el expresidente Menem, en donde había una suerte de culto a mostrar asuntos de su vida privada, y en este caso había existido así porque las fotografías que no habían sido tomadas subrepticamente lo demostraban.

La Corte dice justamente que este es un caso en donde tenemos que tener en cuenta la distinción entre vida privada y pública de funcionario público. La Corte afirma, asimismo, que en este caso particular quien se presentaba como víctima de la violación de su privacidad debió tener pocas expectativas de vida privada respecto de este asunto, justamente porque era el presidente de la Nación. Otra cuestión interesante es qué valoración hace respecto de las fotografías y qué valoración hace del asunto de interés público. Esas dos cosas me parecen novedosas.

En primer lugar, respecto a las fotografías, la Corte dice que las mismas pueden ser, por supuesto, un elemento que vulnere la privacidad, pero que además las fotografías son elementos que tienen que ver con el ejercicio de la libertad de expresión. Pero se hace una valoración sobre cómo fue sacada esa fotografía, es decir, la Corte valora que en el caso son fotografías tomadas con el consentimiento de quienes después consideran que esa fotografía daña su privacidad.

La determinación del asunto como de "interés público" en este caso es uno de los temas claves del caso. Muchos litigantes me consultan: ¿cuándo hay un caso de interés público? En "Fontevéchia" hay un estándar. Es poco preciso, pero por lo menos hicieron el esfuerzo en "Fontevéchia" de tratar de determinar cuándo hay interés público cuando dicen: "opiniones e informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado o afecta derechos e intereses generales o le acarrea consecuencias importantes". De todas las características que la Corte dice en "Fontevéchia" que conforman casos de interés público, hay algunas que son más concretas y otras que lo son menos. Pero me parece que hay un esfuerzo en la Corte y podemos encontrar casos donde la información claramente tiene que ver con el funcionamiento del Estado. Y esto lo dice la Corte IDH muy claro en "Fontevéchia".

Con esto termino: el caso “Fontevicchia” es importante en la jurisprudencia del sistema interamericano porque es un caso donde lo único que había para resolver era una responsabilidad solamente civil, no penal, porque hay una valoración importante sobre cómo tenemos que juzgar cuando hay invasión a la privacidad con fotografías, y cuándo el asunto es o no de interés público. Lo demás que trata “Fontevicchia” es el mismo vino envasado en una diferente botella, es decir, es más o menos lo mismo que venía diciendo la Corte IDH en los casos de reputación. Gracias.



PABLO CARLOS MÉMOLI⁽¹⁾



El caso Mémoli vs. Argentina

En el presente caso expondré como periodista, víctima y abogado que se defendió a sí mismo, dando una versión más pragmática de los hechos originados en marzo de 1990, que nos tuvo en jaque por exactamente 25 años de nuestras vidas. Durante 17 años pesó sobre nosotros una inhabilitación general de bienes, decretada por los jueces de los tribunales de Mercedes, provincia de Buenos Aires; sin duda alguna, solo por las dudas de llegar a deber algo, cuestión que finalmente no sucedió.

Un concepto que creo que no se valoró en esta historia, entre las miles y miles de páginas dedicadas al caso en todas las jurisdicciones y ámbitos existentes en nuestro continente, es el valor de la verdad, algo fundamental para un periodista y especialmente para quien suscribe. Hasta dónde la verdad vale en la valoración de los magistrados al dictar una sentencia de estas características. “Con la verdad no temo ni ofendo” fue la frase que conocí en 1990 cuando una abogada me la mencionó y empezaba esta tortura. La frase le pertenece en realidad a José Gervasio Artigas cuando dijo: “con la verdad ni ofendo ni temo”. Nosotros temimos perderlo todo durante muchos años. Como periodista investigué los hechos y los documentos que me acercaron más de 25 vecinos y descubrí la verdad, que convalidó en su momento la justicia, pero nada de eso fue suficiente.

Los hechos tenían que ver con miembros de la Sociedad Italiana de San Andrés de Giles que, con un escribano público, exintendente de facto de la dictadura entre 1980 y 1982 —el juez de paz de la ciudad, nombrado en democracia—, habían creado un “atractivo comercial” para vender, con boleto de compraventa y promesa de escritura pública, un nicho para el

(1) Director del periódico *La Libertad*, de la Ciudad de San Andrés de Giles. Ejerció su propia representación en el caso “Mémoli”.

día de la muerte; tema muy arraigado en la zona, donde muchos vecinos actualmente están pagando su sepelio en cuotas. El arrendamiento es la única figura legal en los cementerios públicos, y la propuesta de “la propiedad con escritura en el cielo” prendió en la ciudad. Cientos de familias pagaron su lugar, en 24 cuotas mensuales, entre los años 1985 y 1990. El Panteón se hizo pero las “escrituras públicas nunca aparecieron”. La gente reclamaba a la institución y los directivos manifestaban que “el escribano le estaba buscando la vuelta legal para hacer las escrituras”. El escribano fue intendente y sabía de la ordenanza que reglamenta los alquileres de nichos, tumbas y bóvedas en el cementerio municipal.

Cabe recordar que en relación al interés público, cuatro magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) rechazaron en la sentencia de este caso el planteo sobre este tema y tres lo aceptaron. Esto generó una fuerte disputa entre los miembros de la Corte IDH que generó la crítica generalizada al fallo en toda América. La historia comenzó cuando el intendente del momento (año 1984) mandó un proyecto al Concejo Deliberante para que se apruebe el arrendamiento a la Sociedad Italiana de un terreno en el cementerio público municipal por 40 años y por el valor de un peso. La autorización fue pública, los bienes alquilados eran públicos, el contrato era público y la autorización también. Además, esta y todas las Instituciones en la Argentina están controladas y deben rendir cuentas al Instituto Nacional de Acción Mutua (Organismo del Estado), que sancionó a los directivos por este tema.

A juzgar por los argumentos de la mayoría de la Corte IDH en relación al interés público, y su sentencia en este caso del 22 de agosto de 2013 (los críticos al fallo hablaron de retroceso y tensión), los diarios no podrían publicar —creemos, de seguir ese concepto— hechos policiales debido a que en su mayoría se dan entre particulares. De hacerlo, alguna parte podría iniciar acciones y la Corte IDH diría, llegado el momento, que por ejemplo, un entrenador de fútbol de un club de barrio que violó a un chico de seis años en el vestuario (hecho real reciente ocurrido en la Argentina) es un tema entre privados. Si el diario del barrio lo investiga, lo prueba y lo publica para evitar la continuación de ese delito, la cuestión no sería de interés público y no afectaría la libertad de expresión.

Carlos Mémoli, médico del Hospital Municipal, recibió las denuncias de los vecinos que se sentían estafados. Pablo Mémoli es el periodista, único dueño del diario, que ante la primera publicación de una solicitada por

parte de Carlos Mémoli, en el periódico *La Libertad*, explicando los hechos —texto que no fue condenado por la justicia— generó que este grupo con poder económico e influencias desatara una guerra feroz contra el periódico. Se organizaron y fueron comercio por comercio a presionar a los auspiciantes para que retiren los avisos del periódico *La Libertad*.

La Libertad, que el 4 de noviembre de 2015 cumple 70 años, gozaba y goza de prestigio desde siempre y tenía unos 100 auspiciantes entre los que estaban el escribano y el abogado que inició luego las acciones penales y civiles. A través de cartas documentos pidieron el retiro de sus anuncios profesionales. Hubo comunicados radiales que manifestaban que “los Mémoli mentían” y se difundió una asamblea por radio durante cuatro días donde se injuriaba pública y permanentemente a los Mémoli. Hubo amenazas de muerte contra el director de *La Libertad*, que fueron probadas en la justicia y que la Cámara penal dio por acreditadas, de parte de uno los miembros de la institución, pero no hubo sanción ni fue considerada un atenuante para los querellados, porque Pablo Mémoli siguió adelante con sus denuncias.

Ante los estos hechos, el Dr. Carlos Mémoli, como funcionario público, se ve obligado a hacer la denuncia en la Comisaría local por presunta defraudación en relación a la compraventa de nichos. Los tres imputados declaran ante el juez penal de Mercedes, en junio de 1990, que el juez de paz, abogado de San Andrés de Giles, fue quien hizo los boletos de compraventa.

El juez penal sobreseyó provisoriamente a todos, argumentando que fue un “error”, pero dijo algo que para nosotros fue lo más importante hasta hoy: lo que “vendían” era de objeto imposible, naturalmente inválido.

Creímos que las palabras de más de aquellos hacia nosotros y las nuestras, dadas en una guerra mediática, las primeras para ocultar la verdad y esta parte para exponerla a la luz pública, había sido suficiente para probar que teníamos razón. No fue suficiente. Dos años después, y un día antes de que prescriba, en marzo de 1992, nos inician la querrela penal por calumnias e injurias.

En diciembre de 1994 nos condenan a un mes (Carlos Mémoli) y cinco meses (Pablo Mémoli) de prisión solo por injurias sin indemnización porque el abogado no siguió los pasos procesales para presentarse como actor civil.

Creemos que nuestro derecho de defensa fue violado por el juez al ignorar lo que establece la ley penal: en caso de injurias recíprocas, estas

se anulan, la prueba de la verdad elimina la injuria, junto a todos los atenuantes que se pudieron utilizar, para valorar la verdad y la libertad de expresión. El juez ignoró todas nuestras pruebas. Lo mismo ocurrió con los miembros de la Cámara, quienes además, para marcar el grado de parcialidad, les otorgó a los querellantes el privilegio de responder a nuestros alegatos. Treinta minutos para los querellantes, 30 para los condenados, dice la ley. La Cámara le dio tiempo al abogado querellante, que se quejó de nuestros argumentos, a que nos refute una semana después; esta parte nunca se enteró del día designado para la maniobra. La sentencia de Cámara se basa en esos últimos dichos del abogado querellante para condenar nuevamente y ampliar argumentos. Era diciembre de 1995.

Vuelvo a insistir, la verdad no tuvo peso y no se la valora aún hoy. Hay un concepto generalizado en la gente referido al hecho de que el que denuncia, pierde. Tienen razón.

Apelamos a la Corte provincial que rechaza nuestro recurso en diciembre de 1996. Presentamos el recurso extraordinario federal por sentencia arbitraria y violación a la libertad de expresión pero también fuimos rechazados. Entonces concurrimos en queja a la Corte nacional que nos rechaza por el art. 280 CPCC, en septiembre de 1997.

Lo que viene es mucho más largo. El 18 de enero de 1998 ya habíamos hecho la denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que acepta el caso recién en el año 2008; esto implicó cinco viajes a Washington de este abogado para explicar lo que vivíamos aquí y acelerar la cuestión. El 30 de diciembre de 1997 el abogado inicia el juicio civil por USD90.000. Planteamos la prescripción como excepción de previo y especial pronunciamiento. El actor lo inició tres años tarde, tenía dos años para hacerlo de acuerdo a la ley. Los jueces civiles de primera instancia y Cámara de los tribunales de Mercedes resuelven hacerlo en la sentencia final. Otro privilegio para el abogado actor, violando la ley. La sentencia final fue en marzo de 2015 y la Cámara dijo que el juicio se inició prescripto y rechazó la demanda ahora. Los Camaristas dijeron que había un vacío legal al dejar pasar 13 años sin resolver la prescripción. El periodista y abogado de pueblo tuvo que defenderse de la corporación judicial de Mercedes, denunciando a tres jueces civiles que fueron sancionados por la Procuración de la Corte provincial por violar la ley y desprestigiar el Poder Judicial.

Tuvimos que enfrentarnos al Estado argentino en la Corte IDH con la desigualdad que eso significa. En 2008, la Corte nacional nos ejecuta para

cobrar los USD2000 que no abonamos en concepto de tasa en 1997 para ingresar al alto Tribunal. Queda demostrado así que solo teniendo dinero se puede apelar a la Corte nacional. Según la acordada, el dinero se usaría para comprar libros para la biblioteca de la Corte. En 25 años se generaron más de 12 cuerpos penales, 2 cuerpos administrativos en el INAM, 10 cuerpos civiles, un expediente en Washington, EEUU, en la CIDH, otro en la Corte IDH en San José, Costa Rica. 25 años en conflicto local, provincial, nacional e internacional. 17 años inhibidos.

Finalmente, una sentencia internacional de la Corte IDH obliga al Estado a levantar las inhibiciones, condenando a la Argentina por violar las garantías judiciales, el plazo razonable y el derecho de propiedad debiendo indemnizar por los daños causados. Creemos que fue mucho, demasiado para un periodista y abogado de pueblo, que solo luchó por probar la verdad.



BIBLIOGRAFÍA



- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO, “*The Inter-American system of protection of human rights (1948-1998). The first fifty years*”, en *Recueil des Cours*, Estrasburgo, Institut International des Droits de l’Homme, 1998.
- CONTRERAS V., PABLO, “Independencia e imparcialidad en sistemas de justicia militar: estándares internacionales comparados”, en *Estudios Constitucionales*, año 9, n° 2, 2011.
- GUTIÉRREZ CONTRERAS, JUAN C. y CANTÚ MARTÍNEZ, SILVANO, “La restricción a la jurisdicción militar en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, n° 13, [en línea] <http://www.surjournal.org/esp/index13.php>
- H. C., “Más que cárcel, una morgue”, en *Página12*, 19/06/2006.
- HEREDIA, VERÓNICA y HEREDIA, JOSÉ R., “El delito de desaparición forzada” en *Código Penal Comentado*, 2012, [en línea] <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37756.pdf>
- MINISTERIO DE DEFENSA, *El nuevo sistema de justicia militar - Ley 26.394. Aportes al proceso de modernización de las Fuerzas Armadas*, Bs. As., 2008.
- TUNER, VANESA, “Justicia militar argentina y derechos humanos”, [en línea] http://contiderhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa_18/tuner_mesa_18.pdf
- VENTURA ROBLES, MANUEL, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad”, en Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 5 y 7 de septiembre de 2005.

