

Revista

Debates sobre Derechos Humanos

Director:
Sebastián Alejandro Rey

Estereotipos de género. Derecho a la salud sexual y reproductiva.
Violencia obstétrica

Crímenes contra la humanidad. Prescripción. Terrorismo
internacional. Agencias de inteligencia

Niños, niñas y adolescentes. Filiación. Restitución.
Plazo razonable

Derecho a la huelga. Sanciones disciplinarias. Despido arbitrario

Libertad de expresión. Corrupción. Inmunidades parlamentarias

Derecho a la protesta social. Uso de la fuerza en
manifestaciones públicas

Derecho al medio ambiente sano. Cambio climático.
Acceso a la información

Libertad de cultos. Igualdad y no discriminación

Juicio por jurados. Derecho a la confrontación de testigos

Fertilización *post mortem*

NÚMERO

8

AÑO 2024



EDUNPAZ
Editorial Universitaria



UNPAZ
Universidad Nacional de José C. Paz

Revista Debates sobre Derechos Humanos

Número 8, Año 2024

© 2025, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

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

© 2025, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN 2718-8175



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Director del Instituto Interdisciplinario de

Estudios Constitucionales: **Mauro Benente**

Directora General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

Jefa de Departamento Editorial: **Blanca Soledad Fernández**

División Diseño Gráfico Editorial: **Jorge Otermin**

Arte y maquetación integral: **Florencia Jatib y Mariana Aurora Zárate**

Coordinación editorial: **Paula Belén D'Amico**

Corrección de estilo: **María Laura Romero, Nora Ricaud, Mariangeles Carbonetti y Laura González**

director

Sebastián Alejandro Rey

equipo de redacción

María Luz Ángel Insaurralde

Gabriel Fernando Bicinskas

Eugenia Campos

Belén Donzelli

María Laura Olivera

Luna Ramírez

Juana Valdez

Publicación electrónica - distribución gratuita

Portal EDUNPAZ <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/>



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc).

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales.

Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

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

Índice

Comentarios a fallos

- Libertad de cultos. Igualdad y no discriminación. CSJN, “Rueda, Alba c/Arzobispado de Salta s/habeas data”, 20 de abril de 2023**
por MARÍA PAULA CARDELLA **9**
- Derechos políticos. Voto en blanco. Protección Judicial. Inadmisibilidad REF. CSJN, “Gil Domínguez, Andrés s/formula petición”, 20 de febrero de 2024**
por ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ **21**
- Plazo razonable. Ejecución de sentencia. Corte IDH. Caso Meza Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de junio de 2023. Serie C No. 493**
por FRANCISCO JOSÉ TORAL ZEVALLOS **31**
- Estereotipos de género. Salud reproductiva. Adopción. Corte IDH. Caso María y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2023. Serie C No. 494**
por ARACELI M. DÍAZ **41**

Despido arbitrarios. Corte IDH. <i>Caso Bendezú Tuncar Vs. Perú.</i> Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 29 de agosto de 2023. Serie C No. 497	53
por RENATA TAVARES DA COSTA	
Estereotipos de género. Derecho a la salud sexual. Violencia obstétrica. Corte IDH. <i>Caso Rodríguez Pacheco y otra Vs. Venezuela.</i> Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2023. Serie C No. 504	61
por MARIANO PATRICIO MACIEL	
Restitución de NNyA. Plazo razonable. Corte IDH. <i>Caso Córdoba Vs. Paraguay.</i> Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de septiembre de 2023. Serie C No. 505	71
por SOFÍA ANSALONE, EMILIA GORTARI WIRZ Y NIEVE RUBAJA	
Derecho a la autodeterminación informativa. Personas defensoras de derechos humanos. Corte IDH. <i>Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” Vs. Colombia.</i> Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506	85
por JOMARY ORTEGÓN OSORIO	
Derecho a la protesta social. Uso de la fuerza en manifestaciones públicas. Corte IDH. <i>Caso Tavares Pereira y otros Vs. Brasil.</i> Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2023. Serie No. 507	103
por MALKA MANESTAR	
Principio de legalidad. Faltas disciplinarias. Corte IDH. <i>Caso Cajahuanca Vásquez Vs. Perú.</i> Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 509	113
por LOIDA ESTELA CASTRO VERA	
Libertad de expresión. Corrupción. Corte IDH. <i>Caso Viteri Ungaretti y otros Vs. Ecuador.</i> Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 510	125
por EDISON LANZA	
Derecho al medio ambiente sano. Derecho a la salud. Acceso a la información. Corte IDH. <i>Caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú.</i> Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 511	131
por GABRIEL FERNANDO BICINSKAS, MARCOS EZEQUIEL FILARDI Y JUAN PABLO VISMARA	

Derecho a la verdad colectiva. Acceso a la información y seguridad nacional. Terrorismo internacional. Agencias de inteligencia. Corte IDH. Caso Asociación Civil Memoria Activa Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de enero de 2024. Serie C No. 516 por PAULA LITVACHKY, MARGARITA TROVATO, Y ERIKA SCHMIDHUBER PEÑA	149
Crímenes contra la humanidad. Prescripción. Derecho a la justicia. Corte IDH. Caso Vega González y otros vs. Chile. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2024. Serie C No. 519 por BORIS HAU	167
Desaparición forzada. Deber de investigar y sancionar. Corte IDH. Caso Cuéllar Sandoval y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de marzo de 2024. Serie C No. 521 por BENJAMÍN CUÉLLAR MARTÍNEZ	179
Filiación. Identidad de género. TEDH, Affaire O.H. et G.H. c. Allemagne y Affaire A.H. et autres c. Allemagne, 4 de abril de 2023 por CECILIA AGUIRRE	191
Violencia doméstica. Adolescentes. TEDH, Case of A.E. v. Bulgaria, 23 de mayo de 2023 por DIEGO OSCAR ORTIZ	199
Juicio por jurados. Derecho a la confrontación de testigos. TEDH. Case of Okropiridze v. Georgia, 7 de septiembre de 2023 por ANDRÉS HARFUCH	209
Fertilización post mortem. TEDH. Affaire Baret et Caballero c. France, 14 de septiembre de 2023 por ROCÍO NATALIA FERNÁNDEZ	221
Libertad de expresión. Inmunidades parlamentarias. TEDH, Case of Ikotity and others v. Hungary, 5 de octubre de 2023 por DAMIÁN LORETI y LUIS LOZANO	229
Derecho a la huelga. Sanciones disciplinarias. TEDH, Case of Humpert and others v. Germany, 6 de diciembre de 2023 por FEDERICO PARUOLO	235
Derecho al cuidado. Políticas de salud. Discapacidad. Margen de apreciación. TEDH. Case of Diaconeasa v. Romania, 20 de febrero de 2024 por JULIANA GABRIELA KINA	243

Libertad de expresión. Acceso a la información pública. Acceso a la información judicial. TEDH, <i>Case of Sieć Obywatelska Watchdog v. Poland</i>, 21 de marzo de 2024 por DAMIÁN LORETI Y LUIS LOZANO	259
Medio ambiente. Cambio climático. TEDH. <i>Case of Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others v. Switzerland</i>, 9 de abril de 2024 por IARA SOL MILANO	267
Reseñas bibliográficas	
Derecho Internacional y deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos. Impacto en los juicios por delitos de lesa humanidad en la Argentina (1972-1976) (Sebastián Alejandro Rey) por PABLO SALINAS Y ROBERTO SALIM	273
La lucha por el pasado: cómo construimos la memoria social (Elizabeth Jelin) por NAYLA SANTISTEBAN	283
Niñez, género y discapacidad. Un enfoque interseccional en el ejercicio de los derechos sexuales reproductivos y no reproductivos (Silvia Fernández) por DANIELA VERÓNICA MAZA	289
Los nietos te cuentan cómo fue. Historias de identidad (Analía Argento y Mariana Zaffaroni Islas) por SEBASTIÁN ALEJANDRO REY	297
Desaparición forzada de personas (Marcela De Langhe) por PABLO CAMUÑA	303
Maternidades enjuiciadas. Delitos de omisión (Cecilia Hopp) por JULIA BEN ISHAI	309
Derechos Humanos, fundamentación y razonamiento jurídico (Guillermo Díaz Martínez) por VIVIANA BEIGEL	315
Los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos, incluido el derecho al aborto, como derechos humanos y derechos personalísimos (María José Lubertino Beltrán, comp.) por TATIANA HIRSCHHORN	321
Derecho Internacional y deber de investigar y sancionar las Memoria y políticas públicas. Cómo se construye un relato público del pasado (Anna Mastromarino) por CAROLINA VILLELLA	325

El habeas corpus en el ámbito carcelario (Alejandro Ale, Pablo Beltracchi y Pablo Ordoñez) por MARIANO G. JUÁREZ	333
Juicios mediáticos (Juan Cruz Ara Aimar) por ANÍBAL FILIPPINI	339
Tribunales débiles, derechos fuertes. Cómo pueden los jueces proteger derechos sin imponerse a la autoridad democrática (Mark Tushnet) por Nicolás EMANUEL OLIVARES	345
La otra ventanilla. Judicialización de conflictos sociales en Argentina (Pilar Arcidiácono y Gustavo Gamallo, comps.) por AGUSTÍN TERRITORIALE	355

COMENTARIOS A FALLOS

Libertad de cultos. Igualdad y no discriminación

CSJN. “Rueda, Alba c/Arzobispado de Salta s/habeas data”, 20 de abril de 2023

Por María Paula Cardella¹

1. Introducción

La sanción de la Ley N° 26743, que establece el derecho a la identidad de género en Argentina, se inscribió en un contexto de reconocimiento de los derechos de las personas LGBTQI+ a partir de una larga trayectoria de organización y activismo de todo tipo por parte de la población travesti-trans. Esta norma, que plasmó el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de la persona conforme a su identidad de género y a ser tratada e identificada de acuerdo a su identidad de género, ha sido un avance fundamental no solo para la Argentina, sino también para otros países que, como en tantas otras ocasiones, tomaron nuestra normativa como un horizonte a seguir.

Con las preguntas, cuestionamientos o los límites que tiene todo avance que cuestiona el *cis-tema heteropatriarcal*,² la ley sirvió como una base para visibilizar la diversidad de identidades de género que existen o pueden existir, y dar legitimidad y reconocimiento a los derechos de las personas trans, no

1 Abogada (UBA). Magíster en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe (UNSAM). Docente (UNCo y Escuela de Cadetes de Policía de Río Negro).

2 Por ejemplo, dos días luego de la sanción de la ley, Marlene Wayar se preguntaba: “¿Qué pasó con la T?”, argumentando que “Esta es una ley para quienes quieran sostener la normalidad hombre-mujer y a quienes tenemos un techo más alto nos deja en donde estábamos” (Wayar, 2012, 1). Cuestión más o menos salvada con la sobreviviente X.

binarias o cualquiera que quisiera modificar su identidad de género. Sirvió, en definitiva, para robustecer nuestra democracia.

Muchas militantes travesti-trans mencionan la importancia de haber sido reconocidas como sujetos políticos; es decir, como ciudadanas, en su propia identidad. La afirmación de la identidad como una cuestión política da cuenta de la importancia de este reconocimiento. Una identidad que no se reconoce ya como punible, a la usanza de los afortunadamente ya viejos edictos policiales, sino como merecedora de reconocimiento y derechos.

La mayoría de las ocasiones en que la población travesti-trans se encontró en disputas en los tribunales no han sido por elección activista sino por supervivencia, ya que tienen una larga historia de criminalización de sus vidas, sus trabajos, y sus cuerpos. No obstante, otros sectores del colectivo LGBTQI+ ha incorporado el activismo legal en su militancia en variadas ocasiones, sobresaliendo la lucha por la Ley de Matrimonio Igualitario.

El año previo a obtener la sanción de esta norma, varias parejas en diferentes provincias acudieron a los registros civiles con la intención de contraer matrimonio y, ante la negativa, plantearon la inconstitucionalidad de la norma del Código Civil por violar el derecho a la igualdad. Obtenidos algunos pronunciamientos favorables a su mirada, estos sirvieron para dar más fuerza a la incidencia en el ámbito legislativo. En 2010, el Congreso de la Nación sancionaría la Ley de Matrimonio Igualitario (Delamata, 2013; Massenzio y Rachid, 2015).

La CSJN ha decidido en dos ocasiones la cuestión sobre el otorgamiento de la personería jurídica a asociaciones civiles en defensa de los derechos de las personas LGBTQI+. Me refiero a los casos de la CHA y de ALITT.

En el primero (CSJN, 1991) la Comunidad Homosexual Argentina había solicitado su personería jurídica ante la Inspección General de Justicia y esta había sido denegada. Apelada judicialmente la resolución, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó la decisión y luego, la CSJN también, ya que no encontraba que la CHA tuviera como objeto principal el bien común.³

En el segundo caso (CSJN, 2006), una Corte con otra composición⁴ y, por lo tanto, otro perfil, hizo lugar a la demanda de la Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual. Vale destacar en este punto que entre 1991 y 2006, además de haberse sucedido los años e importantes cambios políticos, también habíamos asistido a una reforma constitucional que incorporó la jerarquía constitucional de ciertos instrumentos de derechos humanos.

En esta ocasión, la CSJN vuelve sobre los argumentos en disidencia de los jueces Petracchi y Fayt en “CHA”. El Tribunal hizo lugar a la petición de ALITT, asociando la idea de “bien común” al plu-

3 Con votos de los jueces Cavagna Martínez, Barra, Belluscio, Nazareno, Moliné O'Connor y Boggiano y las disidencias de los jueces Fayt y Petracchi.

4 El fallo tuvo el voto de todos/as los/as integrantes: Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

ralismo democrático y afirmando el principio de igualdad en la ya fundamental interpretación de la Corte IDH:

[L]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad (Corte IDH, 1984, párr. 55).

2. Identidad de género como una cuestión de derechos humanos

Cuando hablamos del derecho a la identidad de género nos referimos a una cuestión que tiene que ver con el núcleo mismo de los derechos humanos: la dignidad de las personas.

A nivel interamericano, la Corte IDH en su Opinión Consultiva N° 24 ha establecido que el derecho a la identidad de género se deriva de una interpretación armónica de los artículos que garantizan el reconocimiento a la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la privacidad y el derecho al nombre (arts. 3, 7, 11 y 18 de la CADH). La Corte IDH asocia el reconocimiento de la identidad de género por parte del Estado a la posibilidad de garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero (Corte IDH, 2017).

La CIDH, por su parte, también se ha dedicado al estudio de casos relacionados a violencias contra la población LGBTQI+ y al reconocimiento de sus derechos, indicando que el reconocimiento de la identidad de género es necesario para el efectivo goce de derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (CIDH, 2015).

Por último, en el marco del sistema universal se han adoptado los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, en los cuales se reafirma el derecho al pleno goce y disfrute de los derechos humanos para todas las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género. Incluyen principios relacionados a todos los derechos, como el reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

3. El fallo “Alba Rueda” de la CSJN

Este caso judicial inició cuando Alba Rueda promovió una acción de *habeas data* contra el Arzobispado de Salta con el objetivo de que rectifique los registros de bautismo y confirmación, fundando su petición en normas constitucionales, internacionales y leyes nacionales, y solicitando, en subsidio, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 17032 que aprobó el acuerdo entre la Iglesia Católica y el Estado argentino.

El Arzobispado alegó la incompetencia del Estado “para juzgar sobre la validez de sus documentos internos, confeccionados de acuerdo a su propia normativa en ejercicio de su autonomía”.

La demanda de Alba Rueda fue rechazada en primera instancia y confirmada por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Ante esas respuestas la activista promovió un recurso extraordinario federal ante la CSJN, solicitando una audiencia pública y siendo acompañada también por organizaciones que presentaron *amicus curiae*:

No estoy sola. Hay miles de personas LGBT en América Latina que somos personas católicas en la institución y en la Corte Suprema nos hemos presentado más de 40 organizaciones de Argentina y América Latina solicitando una audiencia pública para poder contar y expresar nuestra posición como personas LGTB dentro de las instituciones católicas. Eso lo ha silenciado la Corte Suprema. El procedimiento ha desconocido nuestro pedido de audiencia y ha generado una sentencia violenta, que vulnera nuestros derechos más fundamentales como el derecho a la identidad y a la libertad religiosa, y además nos niega el carácter discriminatorio de la institución (Agencia Presentes, 2023).

3.1. Lo que dijo la Corte Suprema

3.1.1. Libertad de cultos

La CSJN menciona que la cuestión a resolver merece tener presente el Acuerdo suscripto entre la Iglesia Católica y el Estado argentino en 1966, por el cual “El Estado Argentino reconoce y garantiza el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de su fines específicos” (art. 1 del concordato), y repasa la importancia de la libertad de culto y neutralidad religiosa del Estado argentino, el cual impone como regla “fulminar cualquier intento de inmiscuirse en los asuntos que no exceden del ámbito de la competencia de la iglesia en cuestión”.

La existencia de este acuerdo, según la CSJN, implica la “más plena deferencia al ordenamiento jurídico canónico para regir aquello vinculado con la realización de sus fines específicos” y, por lo tanto, “no es admisible que se pretenda canalizar todo disenso individual planteado por algún fiel sobre ciertos aspectos del dogma, doctrina, culto o disciplina –por respetables que pudieran ser– a través del accionar de órganos estatales” (CSJN, 2023, considerando 9).

En esta línea, la Corte entiende que

los registros sacramentales cuya rectificación solicita la accionante se encuentran exclusivamente regulados por el derecho canónico en tanto dan cuenta de actos eminentemente religiosos -como son los sacramentos del bautismo y confirmación- y su utilidad se limita a la comunidad religiosa, por cuanto reflejan la pertenencia y estado sacramental de las personas que forman parte de dicha comunidad, son conservados en libros de uso propio y no tienen efectos sino dentro del seno de la Iglesia Católica (*Idem*, considerando 10).

Agrega el Tribunal, “contrariamente a lo expresado por la demandada, no tienen la virtualidad de probar la identidad civil que, en su caso, es acreditada mediante los instrumentos públicos respectivos”.

Volviendo sobre los argumentos de libertad de culto y no intromisión en asuntos religiosos por parte del Estado, los jueces argentinos argumentan que “la pretendida extensión de los efectos de una ley civil a un ámbito diverso como lo es el eclesiástico, luce incompatible con la libertad religiosa constitucionalmente garantizada” (*Idem*, considerando 11).

Hasta acá, podemos plantear algunas preguntas a lo que afirman los cuatro jueces: ¿cuáles son los límites del Estado? ¿Cuáles son los límites de las Iglesias para ejercer su libertad de culto? ¿La identidad de género es tan solo un derecho civil? ¿La ley de identidad de género debe ser respetada únicamente por el Estado? ¿Pueden las Iglesias decidir cuáles leyes respetan y cuáles no respecto de sus fieles? ¿Cuál es el límite de esta decisión? ¿Hasta dónde pueden elegir no respetar derechos? ¿Es posible ejercer el derecho a practicar una religión sin reconocimiento de la propia identidad?

3.1.2. Igualdad y no discriminación

Al momento de interponer el recurso extraordinario, Alba Rueda ha manifestado que la Iglesia “incurrir en un trato discriminatorio hacia su persona que desconoce su pleno derecho a la identidad de género, obstruye su participación igualitaria en la vida religiosa comunitaria y vulnera su derecho a la libertad de culto en su faz individual y colectiva”. En su recurso critica por variados motivos la arbitrariedad de la sentencia de la Cámara, entre los cuales destaca que el derecho canónico –escudo de la Iglesia para no admitir su cambio registral– acepta modificación de las actas de bautismo en los casos de los hijos adoptivos.

En respuesta a este planteamiento, la CSJN indica, sobre el final del fallo, que

la actora no ha logrado demostrar, siquiera de manera indiciaria, que la negativa de rectificar los registros sacramentales de la específica manera pretendida, o que la anotación marginal en el acta de bautismo, importen un trato discriminatorio respecto de otros miembros de la Iglesia Católica. Por el contrario, la demandada dio fundamentos suficientes para tener por cierto que tanto la referida negativa como la anotación marginal se sustentaron en razones de índole exclusivamente religiosa -la necesidad de mantener la integridad de su doctrina-, es decir, en la realización de los fines específicos de la Iglesia en el ámbito de su autonomía y libertad religiosa que le reconoce la Constitución Nacional y el Acuerdo de 1966, como así también que solo tiene efectos dentro del culto libremente elegido por la demandante (*Idem*, considerando 13).

Con esto, podemos agregar algunas preguntas más para los cuatro jueces: ¿qué alcance tiene el principio de igualdad y no discriminación? ¿Existe un solo estándar cuando hablamos de igualdad? ¿O acaso hay maneras distintas de evaluar la igualdad y la no discriminación en cada caso? ¿Qué ha dicho la propia

Corte en ocasiones anteriores respecto de las categorías sospechosas? ¿Quién tiene la carga de probar la situación de discriminación?

4. Las fallas de la sentencia de la CSJN

4.1. La libertad de no respetar derechos

Más arriba mencionamos que respetar la identidad de género de las personas se encuentra íntimamente ligado a la dignidad de cada una y que es un derecho que se desprende de otros derechos humanos. En la medida en que todos merecemos ser tratados con dignidad, desarrollar libremente nuestra personalidad, tener una identidad y gozar de todos los derechos, el respeto por la identidad de género de las personas es esencial.

Sabemos que unas de las cuatro obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos es la de protección: proteger a las personas contra actos de terceros (Serrano, 2013). No solo el Estado no puede violar los derechos humanos de las personas, sino que tampoco pueden hacerlo las personas privadas, tanto físicas como jurídicas. No habría razón válida, entonces, para que esta obligación no recayera también sobre las Iglesias. Menos aún, si recordamos que la Iglesia Católica es una persona de carácter público, según nuestro CCyCN.

Se vuelve un absurdo pensar que hay derechos que deben ser respetados en el marco de la libertad de cultos y otros que no. Digamos, por ejemplo, que si una religión profesa en contra de la interrupción voluntaria del embarazo, ¿puede obligar a sus fieles a no abortar? O si se opone a la educación sexual integral, ¿puede indicar a los adultos responsables de los niños que no les permitan ir a la escuela cuando tengan jornada de ESI?

Es claro que las iglesias no pueden escudarse en sus dogmas y cultos para vulnerar los derechos humanos de las personas. En todo caso, pueden profesar una idea, sugerir una opción, intentar convencer a sus fieles, pero ¿pueden decidir deliberadamente no respetar los derechos consagrados en las leyes? ¿Por qué tendrían ese privilegio antidemocrático y medieval?

Afirmar que la ley de identidad de género es una norma civil que solo debe ser respetada por el Estado es, sin dudas, afirmar una visión absolutamente restrictiva de este derecho y, por lo tanto, sumamente restrictiva sobre los alcances de los derechos humanos en nuestro territorio.

Por otro lado, no proteger la identidad de género de una persona, en este caso, implica imposibilitarla de practicar su religión en igualdad. Volviendo al inicio, no reconocer la identidad de género, imposibilita a gozar del resto de los derechos.

4.2. Nadie es más alto que la Constitución

Lo primero que sabemos sobre el principio y el derecho a la igualdad es que es uno de los pilares básicos, tanto de los Estados modernos como de los sistemas de derechos humanos: todos somos libres e iguales ante la ley, nadie tiene prerrogativas de sangre o nacimiento.

Lo segundo es que una concepción de igualdad formal –esto es, solo como prohibición de trato arbitrario– es insuficiente para arribar a soluciones justas en una sociedad compleja y desigual. Ante esta comprensión de la realidad, tanto en la jurisprudencia como en la literatura jurídica se han empleado conceptos tales como igualdad jurídica material o igualdad sustantiva, dando cuenta de una situación de discriminación en que se encuentran ciertos grupos en la sociedad.

El sistema de derechos humanos ha advertido la necesidad de realizar valoraciones amplias del contexto histórico en casos en los cuales se presentan patrones de discriminación, comprendiendo que hay grupos que se encuentran en una situación de discriminación estructural o sistémica. Con esto se hace referencia a

el conjunto de normas, reglas, rutinas, patrones, actitudes y pautas de comportamiento, tanto *de jure* como *de facto*, que dan paso a una situación de inferioridad y exclusión contra un grupo de personas de forma generalizada, las cuales son perpetuadas a lo largo del tiempo e incluso por generaciones, es decir, no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos, sino que es una discriminación que surge como consecuencia de un contexto histórico, socioeconómico y cultural (CIDH, 2019, 35 y 36).

No cabe ninguna duda de que el colectivo travesti-trans se encuentra en una situación de discriminación estructural en nuestra sociedad actual. En varios informes, como el conocidísimo *La revolución de las mariposas*, se da cuenta de que la expectativa de vida no supera los 40 años; la mayoría de sus trayectorias de vida involucran situaciones de expulsión del hogar, con su consecuente falta de finalización de los estudios escolares y su consecuente falta de acceso a trabajos formales, lo cual explica las altas tasas de ejercicio del trabajo sexual. Los informes evidencian también graves problemas de acceso a la salud. Las personas trans-travestis, además, se encuentran expuestas constantemente a discriminación y violencia por parte de sus parejas, de las instituciones estatales y de la sociedad en general (Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires y Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017; ATTTA y Fundación Huésped, 2014).

La situación actual, que mejoró con ciertos reconocimientos de derechos (principalmente la propia ley de identidad de género), tiene profundas raíces en nuestra historia. Tanto las democracias como las dictaduras han perseguido y criminalizado sus identidades y se les ha negado el acceso a los servicios sociales que cualquier ciudadanx debe tener: la vivienda, la salud, la educación, la recreación, la libre asociación, entre otros.

Nos sobran ejemplos de situaciones de criminalización que el Estado argentino ha llevado adelante amparado en los edictos policiales principalmente. Tal ha sido el nivel de hostigamiento social y estatal que ni en el espacio público ni en sus propias viviendas se les permitía a las travestis reunirse entre sí (según la entrevista a Claudia Pía Baudraco, en Capuano, 2010). Por eso, frente a tanta precariedad en las condiciones de vida, se hizo tan conocida la frase de Lohana Berkins, “nuestra venganza será llegar a viejas”.

Retomando, entonces, las regulaciones sobre igualdad y no discriminación, es preciso recordar que desde el paradigma de igualdad jurídico-material se han empleado distintas intensidades de control para analizar si una norma es discriminatoria o no. Estos controles involucran tres subexámenes: de idoneidad, de medios alternativos menos lesivos y de proporcionalidad. Además, pueden ser más o menos estrictos en el escrutinio (escrutinio leve, intermedio y estricto) según la situación que esté bajo análisis (Aldao y Clérico, 2014).

El examen de escrutinio estricto se aplica, justamente, dando relevancia a la noción de que existen ciertos grupos en una situación de discriminación histórica. Por lo tanto, cuando una norma categoriza de tal manera que restringe derechos a determinada categoría de personas, entonces, la regla epistémica es poner bajo sospecha la validez de la norma y poner en cabeza de quien la defiende la carga de la argumentación. Se trata, en definitiva, de buscar si existen razones que justifiquen ese accionar.

La CSJN ha analizado normas en base a este escrutinio estricto, declarando la inconstitucionalidad de las clasificaciones, en varios casos, como “Calvo y Pesini” (1998), “Hooft” (2004), “Gottschau” (2006) o “Reyes Aguilera” (2007).

Es importante destacar que cuando la Corte ha aplicado ese escrutinio estricto el problema se planteaba en cuanto a una clasificación proveniente de una norma. Pero cuando la distinción proviene ya no de las normas, sino de las prácticas, la Corte no ha brindado tan buenas respuestas para la agenda igualitaria (Treacy, 2011).

De todos modos, es posible estudiar, a través del examen de proporcionalidad, casos en los que se cuestionan acciones u omisiones (Clérico, 2018).

En el caso que aquí se comenta caben aclarar dos puntos en relación a esto. Por un lado, Alba Rueda no plantea la inconstitucionalidad de una norma en virtud de una categorización que realice, sino por la interpretación y alcance que los tribunales le dan en relación con otros derechos. Además, el caso involucra a una persona no estatal y, por lo tanto, los estándares de análisis no pueden ser iguales que para el caso estatal.

Saba (2016) ha estudiado la igualdad entre particulares, y da cuenta de que existen distintos estándares de análisis cuando se trata de casos entre particulares, pero que esos análisis son posibles en el marco de nuestro derecho. Podemos recordar, por ejemplo, el caso “Sisnero” (2014), por el cual la CSJN limitó la libertad de contratar de una empresa con la finalidad de terminar una situación de discriminación contra las mujeres.

Por lo tanto, nada obstaría a realizar un análisis más estricto en casos de actos discriminatorios que no sean legislativos o que no sean realizados por el Estado, por ejemplo, una práctica discriminatoria realizada por una iglesia. Si bien el análisis, obviamente, debe ser distinto, volvemos a un punto mencionado anteriormente: los derechos humanos deben ser respetados por todas las personas, por lo que la igualdad debe ser respetada por todas las personas y protegida por el Estado, y quien proponga criterios de restricción de derechos debe justificarlo correctamente.

Por esto, y por la extensa literatura que hay sobre este tema, es que resulta tan sorprendente que toda mención a la alegada discriminación por parte de Alba Rueda haya sido simplemente reducida por la CSJN a un párrafo, en el cual sostuvo que ella no justificó la situación de discriminación. ¿Acaso no es por todos sabido que el colectivo travesti-trans se encuentra en una situación de discriminación histórica? ¿Por qué en este caso tiene la carga de argumentar la actora y no quien le niega el derecho? ¿Alcanza la argumentación que dio la Iglesia Católica? ¿Es la sentencia de la Corte Suprema lo suficientemente fundada?

5. Conclusiones

Para la mayoría de la población argentina, la palabra “identidad” no es una palabra cualquiera. El derecho a la identidad, tal como lo hemos construido en este país, ha adquirido un significado realmente profundo, arraigado en nuestra historia política. Es desde este lugar que pudimos consagrar el derecho a la identidad de género tal como lo hicimos. En palabras de Diana Sacayán (Canal Encuentro, 2018): “nuestra ley de identidad de género no hubiera sido la mejor del mundo si no partía de entender la identidad como la entendimos a partir de que conocimos a las Madres de Plaza de Mayo”.

La ley de identidad de género nos ha planteado y nos seguirá planteando un montón de preguntas, incomodidades e inconvenientes. Y no podía ser de otra manera si lo que nos estamos cuestionando son los fundamentos profundos de nuestra estructura social cis-hetero-patriarcal que nos atraviesa profundamente. En definitiva, de esto se trata esta ley y la democracia: de movernos a partir de sabernos seres libres que tenemos el derecho a vivir según nuestras convicciones, en la medida en que no afecten a terceros. Y si en ese movimiento se sorprenden algunos y se pudorizan otros, de eso se trata también. Porque la democracia es conflicto y porque el conflicto nos permite avanzar hacia la igualdad.

Esta búsqueda permanente de la igualdad mueve también los límites del derecho. El derecho a la igualdad, como dijimos, ha encontrado nuevas significaciones a partir de la comprensión de que la realidad social era de por sí desigual para los distintos grupos de personas.

La ley de identidad de género fue un primer gran paso, pero deben implementarse correctamente tanto esta ley como la de cupo laboral trans, y también debe acompañarse este proceso con nuevos proyectos en discusión pública como la ley integral trans o la ley de reparación histórica. Y estas normas tienen que traducirse en políticas concretas.

Hubo momentos en que la CSJN estuvo a la altura de sus tiempos históricos, abriéndose a las audiencias públicas y dictando sentencias en las que encontrábamos estudio, argumentación y una inclinación por garantizar los derechos de las personas. La composición actual no solo no brinda respuestas adecuadas, sino que tampoco habilita los ámbitos de discusión pública dignos de un tribunal democrático. Lo que hace en este caso es lo mismo que hizo la Iglesia Católica: negar derechos sin explicar razones.

El derecho a la participación, como un componente esencial de la justicia, junto a la redistribución y el reconocimiento (Fraser, 2008), no encuentra un eco en este tribunal:

[h]ay una voz colectiva silenciada por la Iglesia Católica y por la Corte Suprema que niega la oportunidad de hablar de este tema. En términos históricos hemos perdido la oportunidad de debatir públicamente con organizaciones de derechos humanos, basándose en una ley de Onganía que homologa a los católicos a decidir quiénes y cómo podemos profesar nuestra fe. Es un fallo que ratifica la heterosexualidad compulsiva, el heterosexismo y el cisbinarismo dentro de las instituciones católicas. La dimensión de daño que ha generado la Corte es enorme y me obliga a denunciar a nuestro país en las instancias internacionales para poder pedir justicia y reconocimiento de mi identidad de género en el ejercicio de mi libertad religiosa (Agencia Presentes, 2023).

En casos de esta dimensión la cuestión procedimental se vuelve una cuestión sustantiva. No es procedimental que la CSJN decida escuchar o no escuchar los argumentos sobre este tema: es una cuestión epistemológica profundamente política y ligada, en fin, a la concepción con que opera sobre la justicia.

La sentencia de la CSJN aparece como una más en la lista de aquellas que, en los últimos años, se han encargado de retroceder en materia de derechos de las personas. Y esto se enmarca en un proceso de deslegitimación de las decisiones de la propia Corte, que, sin querer escuchar razones, termina decidiendo como lo que son: cuatro jueces varones de más de 65 años sobre los que existe un aura de desconocimiento y desconfianza, y de los cuales el 50% fue originalmente nombrado de manera inconstitucional. La última pregunta entonces es: ¿nos merecemos esta Corte Suprema?

Referencias bibliográficas

- Agencia Presentes. (2023). *La Corte Suprema falló a favor de la Iglesia y en contra de la embajadora LGTB de Argentina Alba Rueda*. Recuperado de <https://agenciapresentes.org/2023/04/21/la-corte-fallo-a-favor-de-la-iglesia-y-en-contra-de-la-embajadora-lgtb-de-argentina-alba-rueda/>
- Aldao, M. y Clérico, L. (2014). La igualdad “des-enmarcada”: a veinte años de la reforma constitucional argentina de 1994, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, VIII (13), pp. 6-30.
- Asociación Travestis Transexuales Transgéneros Argentinas y Fundación Huésped. (2014). *Ley de identidad de género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en Argentina*. Recuperado de https://huesped.org.ar/wp-content/uploads/2018/03/Aristegui-Zalazar_2014_Ley-de-Identidad-de-Genero-y-acceso-a-la-salud-en-poblacion-trans.pdf

- Canal Encuentro (2018). *Conurbano: Diana Sacayán (capítulo completo)*. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=85tKM6oQwJg&t=1135s&ab_channel=CanalEncuentro
- Capuano, J. (2010). *Entrevista Claudia Pia Baudraco*. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=ZoU974VMOXo&t=665s&ab_channel=JavierCapuano
- CIDH (2015). *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2.Doc. 36. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>
- CIDH (2019). *Compendio Igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos*. OEA/Ser.L/V/II.170 Doc. 31. Recuperado de CIDH (2019). *Compendio Igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos*. OEA/Ser.L/V/II.170 Doc. 31.
- Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Corte IDH *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- CSJN (22/11/1991), “Comunidad Homosexual Argentina c/Inspección General de Justicia”, *Fallos* 314:1531.
- CSJN (21/11/2006), “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c/Inspección General de Justicia”, *Fallos* 329:5266.
- CSJN (20/04/2023), “Rueda, Alba c/Arzobispado de Salta s/habeas data”, *Fallos* 346:333.
- Delamata, G. (2013). Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea. *Revista Sociologías*, 15 (32), Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 148-180.
- Fraser, N. (2008). *Escalas de justicia*. Barcelona: Herder.
- Massenzio, F. y Rachid, M. (2015). La conquista del matrimonio igualitario en la Argentina. *Revista Derechos Humanos*, IV (10), Buenos Aires: Infojus, 21-41.
- Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires y Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2017). *La Revolución de las Mariposas. A diez años de La Gesta del Nombre Propio*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Serrano, S. (2013). Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos. En J. L. Caballero Ochoa, C. Steiner y E. Ferrer Mac-Gregor (comps.), *Derechos Humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. Tomo I (pp. 91-132). México: Universidad Autónoma de México.
- Treacy, G. (2011). Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. *Revista Jurídica Lecciones y Ensayos*, 89, 181-216.
- Wayar, M. (11 de mayo de 2012). ¿Qué pasó con la T? *Suplemento SOY – Diario Página/12*. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/soy/1-2436-2012-05-11.html>

Derechos políticos. Voto en blanco. Protección Judicial. Inadmisibilidad REF

CSJN, “Gil Domínguez, Andrés s/formula petición”, 20 de febrero de 2024, Fallos 347:43

Por Andrés Gil Domínguez¹

1. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa que aquí se comenta tuvo la oportunidad de disipar la incertidumbre constitucional y convencional sobre el valor del voto en blanco en el marco de lo dispuesto por los artículos 97 y 98 de la Constitución argentina respecto de la proclamación de la fórmula presidencial en primera vuelta o la realización de una segunda vuelta electoral entre las dos fórmulas más votadas.

Originariamente, el objeto de la acción declarativa de certeza constitucional y convencional tramitada en los términos previstos por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación tuvo el siguiente objeto: ¿conforme lo establece el artículo 37 de la Constitución argentina y los artículos concordantes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los cuales se determina que el sufragio es igual, los votos en blanco emitidos por los electores en oportunidad de la realización de la primera vuelta electoral en los términos previstos por los artículos 97 y 98 de la Constitución argentina son parte de la totalidad de los votos emitidos a los efectos de establecer los

¹ Abogado (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Posdoctor en Derecho (UBA). Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UBA y UNLPam). Profesor de Doctorado (UBA, Universidad de Salamanca y Universidad de Sevilla). Abogado litigante.

porcentajes exigidos para la proclamación de la fórmula vencedora o la realización de la segunda vuelta electoral?

En las instancias anteriores al Máximo tribunal la pretensión fue rechazada sobre la base de argumentos formales, tales como inexistencia de caso o verificación de una situación abstracta por haberse realizado las elecciones presidenciales de 2019.

La decisión denegatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se conformó con distintos votos que asumieron diversos argumentos. El juez Rosatti aplicó el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que le permite al tribunal rechazar una causa sin esbozar ningún fundamento, pero, de manera *obiter dictum*, desarrolló una línea argumental sobre la improcedencia del voto en blanco como un voto afirmativo. Los jueces Maqueda y Lorenzetti recurrieron a la misma norma procesal. Por último, el juez Rosenkrantz sostuvo que un elector no tenía legitimación procesal activa para promover un proceso judicial con estas características.

2. El voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti

El voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti no despejan la incertidumbre constitucional y convencional planteada aplicando una norma que ostenta una evidente y objetiva inconventionalidad.

Los artículos 280 y 285 del Código Civil y Comercial de la Nación fueron incorporados mediante la sanción en 1990 de la Ley N° 23774.

El artículo 280 enuncia:

[c]uando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. *La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.* Si se tratare del recurso ordinario del art. 254, recibido el expediente será puesto en secretaría, notificándose la providencia que así lo ordene personalmente o por cédula. El apelante deberá presentar memorial dentro del término de diez (10) días, del que se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. La falta de presentación del memorial o su insuficiencia traerá aparejada la deserción del recurso. Contestado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo se llamará autos. En ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos (el destacado me pertenece).

El artículo 285, por su parte, dispone:

[c]uando se dedujere queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema, la presentación, debidamente fundada, deberá efectuarse en el plazo que establece el segundo párrafo del art. 282. La Corte

podrá desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si fuere necesaria, la remisión del expediente. *Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo.* Si la queja fuere declarada procedente y se revocare la sentencia, será de aplicación el artículo 16 de la Ley N° 48. Mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso (el destacado me pertenece).

Ambos permiten que la CSJN rechace cualquier tipo de pretensión sin exponer ninguna clase de argumento. La práctica del tribunal nacional consiste exclusivamente en aplicar las normas sin establecer si el rechazo se funda en la falta de agravio federal suficiente, la ausencia de trascendencia o la carencia de sustancialidad.

Ambas normas extinguen la obligación internacional y convencional que titulariza la Corte Suprema de Justicia de la Nación de realizar un control de convencionalidad interno como cabeza del Poder Judicial argentino en casos donde se debaten cuestiones referidas a la protección efectiva de los derechos humanos previstos por la CADH e interpretados por la CIDH y la Corte IDH.

Es notable la incongruencia convencional que existe en el Poder Judicial argentino: mientras que las sentencias de los jueces y juezas de los tribunales inferiores siempre deben estar fundadas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene la facultad legal de resolver casos emitiendo decisiones jurisdiccionales que carecen de toda clase de fundamento.

El presente caso representa un claro ejemplo de la gravedad de la violación de los derechos humanos en los que incurre la Corte Suprema de Justicia de la Nación cada vez que utiliza dichas normas: el Tribunal rechazó un recurso judicial sin brindar ninguna clase de fundamento convencional, que pretendía establecer el alcance del derecho humano a elegir, previsto en el artículo 23 de la CADH con relación al sistema de elección de la fórmula presidencial.

La utilización de los artículos 280 y 285 del CPCyCN constituye una práctica constante y masiva por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como se ve en la tabla que sigue a continuación (Giannini, 2022), en este campo las estadísticas son contundentes:

Tabla 1. Recurso extraordinario: tasa de admisión, incidencia artículo 280 del CPCN y tasa de éxito (promedios).

Año	% recursos inadmisibles	% 280 CPCN s. recursos inadmisibles	% 280 CPCN s. total recursos decididos	% revocación s. total decididos
2016	85,8%	81,0%	72,0%	10,2%
2018	85%	68,5%	59,0%	11,0%
2020	82,8%	79,4%	63,9%	5,4%
2021	60,6%	85,6%	48,2%	3,7%
Promedio	78,6%	78,6%	60,8%	7,6%

Fuente: elaboración propia sobre datos publicados en Gianinini, 2021, ps. 78, 87 y 126.

En el *Caso Mohamed Vs. Argentina*, la Corte IDH observó la incompatibilidad convencional de los artículos 280 y 285 del CPCyCN respecto de lo dispuesto por los artículos 1.1, 2 y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el mencionado caso, como es su práctica usual, la Corte IDH desarrolló los contenidos del artículo 8 del tratado sobre la base de los argumentos formulados en casos anteriores, para luego aplicarlos a los supuestos fácticos y normativos particulares debatidos en la sentencia. En este sentido, sostuvo:

* Que con el objeto de establecer si un Estado ha cumplido con sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, la Corte IDH puede examinar los respectivos procesos internos para evaluar su compatibilidad con la CADH (Corte IDH, 2012: párr. 79).

* Para que existan verdaderas garantías, conforme lo establece el artículo 8 de la CADH, es preciso que se observen todos los requisitos que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho; esto es, que se cumplan todas las condiciones necesarias para asegurar la adecuada defensa de las personas cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (Corte IDH, 2012: párr. 80).

* Según lo dispuesto por los artículos 8 y 25 de la CADH, los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de derechos humanos, que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal. Es un principio básico del derecho internacional, recogido por el derecho internacional de los derechos humanos, que los Estados son internacionalmente responsables por los actos u omisiones de sus poderes u órganos que violen los derechos humanos receptados en los instrumentos internacionales (Corte IDH, 2012: párr. 82).

* Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, a efectos de amparar a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de sus derechos y obligaciones (Corte IDH, 2012: párr. 83).

Al analizar los alcances del artículo 8.2.h de la CADH en torno a los recursos internos a los cuales accedió el Sr. Mohamed, la Corte IDH expresó respecto de la aplicación del artículo 280 lo siguiente:

el Tribunal nota que la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que desestimó la queja lo hizo indicando únicamente que “el recurso extraordinario, cuya denegación motiva[ba] la [...] queja, [era] inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” [...]. La Corte considera que el hecho de que el recurso haya sido rechazado con base en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación torna en incierta la accesibilidad al mismo puesto que esa disposición habilita la denegatoria no motivada del recurso, de manera que los usuarios de la administración de justicia y, en este caso el señor Mohamed, no pueden conocer las razones por las que no pudieron acceder a esa instancia recursiva (Corte IDH, 2012: párr. 107).

En consonancia, la Corte IDH sostuvo que el Estado argentino tenía el deber de procurar que el Sr. Mohamed tuviera acceso a un recurso eficaz, oportuno y accesible que le garantizara una revisión integral y amplia de la sentencia condenatoria que le fue impuesta por primera vez en segunda instancia y que los recursos a los que tuvo acceso (esto es, el recurso extraordinario federal y la queja) no garantizaron dicho derecho (Corte IDH, 2012: párr. 114).

Al ordenar las reparaciones, la Corte IDH argumentó que, si bien la competencia contenciosa no tiene por objeto la revisión de las legislaciones y jurisprudencia nacionales en abstracto, corresponde al Estado argentino cumplir con las obligaciones generales de respetar y garantizar el derecho a recurrir un fallo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.1, 2 y 8.2.h de la CADH y con los parámetros indicados al respecto, tanto en relación con la normativa que regula el sistema recursivo como respecto de la aplicación que los órganos judiciales realicen (Corte IDH, 2012: párr. 162).

En el *Caso López y otros Vs. Argentina*, la Corte IDH ratificó su postura en torno a los artículos 280 y 285 del CPCyCN en los siguientes términos:

en lo que atañe la alegada violación del artículo 8.2.h (derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior) de la Convención en razón de la aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para el rechazo de los recursos extraordinarios, la Corte considera que el alegato ya fue analizado bajo el derecho a la protección judicial (artículo 25 de la Convención) y no considera necesario un pronunciamiento adicional (Corte IDH, 2019: párr. 228).

En relación con el artículo 8 de la CADH, sostuvo lo siguiente:

* Si bien se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos (Corte IDH, 2019: párr. 198).

* Para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (Corte IDH, 2019: párr. 199).

* De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso; y que el incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha disposición convencional. El artículo 8.2 de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas. Las garantías mínimas deben respetarse

en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas (Corte IDH, 2019: párr. 200).

En torno al artículo 25 de la CADH (que debe interpretarse dentro de la fórmula conocida como “8 más 25”), la Corte IDH expresó lo siguiente:

* El artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial sencillo, rápido, y efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha señalado que, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos obligaciones específicas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El derecho establecido en el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados parte (Corte IDH, 2019: párr. 209).

* Una exposición clara de una decisión constituye parte esencial de una correcta motivación de una resolución judicial, entendida como “la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. En este sentido, el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. El deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar los derechos a un debido proceso y de acceso a la justicia, en relación con el artículo 25 de la Convención (Corte IDH, 2019: párr. 214).

La sumatoria de los argumentos convencionales expuestos por la Corte IDH en los casos “Mohamed” y “López” no deja ninguna clase de dudas sobre la objetiva y manifiesta inconvencionalidad de los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, la CSJN se niega sistemáticamente a tratar los planteos de inconvencionalidad que se realizan en torno a estas disposiciones procesales sin dar ninguna clase de fundamento convencional sobre su eventual validez.

3. El voto del juez Rosatti

El juez Rosatti desarrolló un conjunto de argumentos mediante los cuales justificó el rechazo del recurso, aunque utiliza como fundamento normativo el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Ante el planteo que sostuvo que no considerar al voto en blanco en igualdad de condiciones con el resto de los sufragios válidamente emitidos implica una situación de desigualdad injustificable en términos de soberanía popular, nulifica la expresión del elector al quitarle todo efecto democrático a la decisión adoptada e implica tratar desigualmente al elector que vota de esa manera con relación a quien emite su voto por alguna de las fórmulas presentadas, el juez Rosatti opone tres razones a las que denomina “argumento del límite constitucional”, “argumento del conocimiento de las reglas de juego” y “argumento de la eficacia del proceso electoral”.

El primero sostiene que es la Constitución la que establece la distinción entre los votos que se computan y los que no se computan a los fines de la elección. En este sentido, dispone que solo se computarán los votos “afirmativos válidamente emitidos” descartando por igual a los votos en blanco (votos válidamente emitidos, no afirmativos), la abstención y la anulación consciente (el no voto y el voto inválido, respectivamente).

El segundo expresa que el elector sabe que al votar en blanco en la primera vuelta electoral terminará favoreciendo a la fórmula que resulte más votada, en la medida en que su voto no será parte de la totalidad de los votos emitidos a los efectos de establecer los porcentajes exigidos para la proclamación de la fórmula vencedora o la realización de la segunda vuelta electoral.

El tercero enuncia que no computar los votos en blanco se vincula con el propósito de favorecer un resultado electoral positivo, puesto que aumenta las chances de alcanzar el umbral electoral constitucionalmente exigido en la primera vuelta para proclamar como ganadora a una fórmula presidencial. El voto en blanco expresa insatisfacción, descontento, disconformidad o apatía con la oferta electoral o, peor aún, un rechazo hacia el funcionamiento de las instituciones. Por ello, en ocasiones, el elector que no encuentra atractiva la oferta electoral, conocedor de las consecuencias de no votar por ninguna fórmula, decide sufragar por alguna de ellas, evidenciando que con su actitud no expresa una “elección” sino una “opción”.

En cuanto al primer argumento no surge del texto de la Constitución argentina que la fórmula normativa “votos afirmativos válidamente emitidos” excluya a los votos en blanco.

En el derecho comparado, cada vez que una Convención Constituyente consideró que los votos en blanco debían ser asimilados a los votos nulos, esto fue expresamente consignado (por ejemplo, artículo 26 de la Constitución de Chile, artículo 11 de la Constitución de Perú y artículo 77, inciso 2 de la Constitución de Brasil).

Esto no sucedió en el texto constitucional argentino. Es más, de los debates realizados en el ámbito de la Convención Constituyente de 1994, surge que ningún convencional constituyente (entre los que se encontraba Rosatti) manifestó directa o indirectamente que los votos en blanco eran votos válidos negativos asimilables en sus efectos a los votos nulos respecto del mecanismo incorporado para la elección de la fórmula de presidente y vicepresidente (Convención Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, 27, 28 y 29 de julio de 1994 y 1 y 19 de agosto de 1994).

Lo mismo acontece con la legislación electoral o derecho electoral secundario. El Código Nacional Electoral en los artículos 149 y 150 reitera el texto de la norma constitucional sin realizar ninguna clase de agregado donde conste la equiparación de los efectos del voto en blanco respecto del voto nulo. Con lo cual, el legislador aun pudiendo en la reglamentación del derecho político vinculado a la elección del presidente y vice presidente establecer expresamente la mencionada equiparación, tampoco lo hizo.

En torno al segundo argumento, este exhibe una profunda contradicción al presuponer que un elector conoce las “reglas de juego” respecto de los efectos del voto en blanco, por cuanto dichas reglas no están constitucionalmente establecidas con claridad. En otras palabras, la opacidad de la Constitución en la materia lejos está de poder otorgarle al elector un mensaje preciso sobre el efecto final del voto en blanco.

Por último, en relación con el tercer argumento, la eficacia del sistema electoral no puede estar basada en una interpretación constitucional sostenida por la exclusión de la voluntad del elector basada en la insatisfacción, descontento, disconformidad o apatía con la oferta electoral.

El voto en blanco es una afirmación del elector mediante la cual expresa su voluntad de no sentirse representado por las fórmulas contendientes; es más, también se lo puede considerar como la elección de una de las opciones posibles en términos electorales: la no identificación con las ofertas políticas disponibles.

Si es considerado válido pero a la vez no afirmativo, la consecuencia de la emisión del mismo es idéntica al voto nulo, con lo cual se incurre en una insalvable contradicción en términos de una construcción amplia de ciudadanía: un voto válido no puede tener el mismo efecto democrático que un voto nulo.

Al contarse como parte de los votos sobre los cuales se calculan los porcentajes a efectos de determinar si hay o no una segunda vuelta, el voto en blanco realiza un gran aporte deliberativo al sistema democrático, puesto que obliga a los partidos políticos a esforzarse en la captación de los mismos en la primera vuelta electoral y, a la vez, al expresar la totalidad de las manifestaciones vertidas por los electores incrementa la posibilidad de una segunda vuelta, con lo cual habilita un mecanismo de participación ciudadana y de legitimación democrática de la fórmula que resulte en definitiva electa por el pueblo.

El artículo 37 de la Constitución argentina y los artículos concordantes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los cuales se determina que el sufragio es igual. El principio de igualdad establece que en el ejercicio de los derechos, si bien es posible establecer distintas categorías de sujetos, las razones que funden las diferencias no pueden ser arbitrarias o sin ningún fundamento lógico en torno a los efectos de aplicación.

En otras palabras, se podrán crear categorías tales como A, B, C y darles a los derechos de cada integrante de esos grupos un efecto distinto entre sí, pero igualitario entre los miembros del mismo grupo, pero la razón de la distinción o de la constitución de cada grupo debe ser razonable.

En términos convencionales, la Corte IDH en “Yatama” sostuvo que el artículo 23 de la CADH debe interpretarse bajo el principio *pro persona* especialmente en lo atinente al principio de igualdad previsto por el artículo 24 del mencionado instrumento internacional (Corte IDH, 2005).

Otro elemento que se agrega al tratamiento desigualitario injustificado del efecto de los votos en blanco se observa en cómo estos son contabilizados como parte de la “torta” en las primarias abiertas, simultáneas y obligatorias a efectos de determinar en la elección de senadores, diputados y parlamentarios del Mercosur si las agrupaciones políticas alcanzaron el uno y medio por ciento y, de esta manera, adquirieron aptitud electoral (artículo 45 de la Ley N° 26571 que tiene por objeto la democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral).

Es irrazonable que el voto de un elector A tenga un efecto distinto si la contienda es una primaria abierta, simultánea y obligatoria que si el acto electoral se vincula con la elección de la fórmula presidencial. El voto del elector A no tendría los mismos efectos aunque vote en ambas ocasiones en blanco.

4. El voto del juez Rosenkrantz

El voto del juez Rosenkrantz exhibe un conservadurismo rayano con el paroxismo en términos de la legitimación procesal activa de los electores para acudir a la justicia a efectos de garantizar el ejercicio de los derechos políticos.

Su postura convierte al elector en un mero “convidado de piedra” (en los términos utilizados por Bidart Campos cuando comentó el caso “Gascón Cotti”), un ente inexistente en términos jurisdiccionales o una persona ajena al sistema electoral. En esta mirada, el elector solo está para ir a votar y no puede promover en tal carácter ninguna acción judicial que despeje un estado de incertidumbre sobre el alcance del derecho de elegir.

5. Palabras finales

En resumidas cuentas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó pasar una valiosa oportunidad para dilucidar definitivamente el valor del voto en blanco en las elecciones presidenciales. El voto del juez Rosatti no configura una mayoría y el resto de los miembros del tribunal resolvieron no expedirse sobre el fondo del asunto. Así que al día de la fecha la incertidumbre constitucional y convencional planteada sigue abierta al debate y a la judicialización.

Referencias bibliográficas

Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Corte IDH. *Caso Mohamed Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255.

Corte IDH. *Caso López y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396.

CSJN. “Gil Domínguez, Andrés s/formula petición”, 20/02/2024, *Fallos* 347:43.

Giannini, L. J. (2022). La producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2020-2021). *Revista de Derecho Procesal*, (2), La Plata: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Recuperado de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/158564>

Plazo razonable. Ejecución de sentencia

Corte IDH. *Caso Meza Vs. Ecuador.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de junio de 2023. Serie C No. 493

Por Francisco José Toral Zeballos¹

1. Introducción

En el presente comentario se analizarán los aspectos más relevantes de la sentencia de la Corte IDH, cuyo núcleo central en la controversia fue la excesiva demora (y no probado documentalmente el pago) de una liquidación por despido intempestivo del ciudadano argentino Juan José Meza en julio de 1991, mientras se desempeñaba como jugador profesional de fútbol del Club Emelec, institución deportiva de la ciudad de Guayaquil (Ecuador).

La Corte IDH encontró responsable al Estado ecuatoriano de las lesiones causadas por daño inmaterial y patrimonial en su perjuicio, al no ver garantizado el cumplimiento de la decisión judicial a su favor, dentro de un plazo razonable, en la denominada fase de ejecución de sentencia del proceso.

En este punto, cabe hacer un señalamiento en relación con la conducta estatal en dos dimensiones: la primera a nivel reivindicativo, con relación al comentario del fallo “Carranza Alarcón” (Soria Carpio y Toral Zevallo, 2021), en el que se enfatizó en el problema de la dilación en general de los procesos como

¹ Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas (Universidad Católica de Santiago de Guayaquil). Doctor en Ciencia Política (USAL). Docente de Ciencia Política (Universidad Católica de Cuenca).

la expresión de un problema de naturaleza estructural y de índole cultural, fuertemente arraigada en la sociedad ecuatoriana, lo que se evidenció en el citado caso, en la duración inconstitucional de la institución de la prisión preventiva (cinco años), en perjuicio del ya desaparecido Ramón Carranza Alarcón. No obstante, en el caso que aquí se analiza, la dilación no derivó necesariamente como resultado de la negligencia o llanamente inoperancia de servidores judiciales, sino del uso abusivo de recursos por parte de la parte demandada –el club Emelec– evidenciando malicia y corrupción de las autoridades judiciales, que sumieron a la defensa del peticionario en un sinfín de recursos, que entorpecieron y sesgaron el proceso hasta su archivo en mayo de 2007.

La otra dimensión, no menos importante, y que guarda concordancia con el ya citado comentario al fallo “Carranza Alarcón”, es que se observa la persistencia de una débil actividad procesal del Estado, ya sea en el procedimiento ante la CIDH o ante la Corte IDH, por su reiterado incumplimiento de los plazos procesales señalados en el Reglamento de la CIDH, así como la imposibilidad de presentar pruebas documentales solicitadas directamente por el Presidente de la Corte, que indefectiblemente terminaron afectando la eficacia de su argumentación y defensa ante los órganos del SIDH.

Esta circunstancia incluso es advertida por la Corte IDH, que señala en la parte inicial de la sentencia, lo siguiente:

El Informe de Fondo fue notificado al Estado el 9 de diciembre de 2019 y se le otorgó un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones. Tras la concesión por parte de la Comisión de *seis prórrogas*, el 27 de agosto de 2021 el Estado solicitó una *séptima prórroga*. La Comisión evaluó que no había avances sustantivos en el cumplimiento de la única recomendación que había efectuado (Corte IDH, 2023, párr. 2, el destacado me pertenece).

En relación con el sometimiento del caso a la Corte, el mismo Tribunal expresa su preocupación cuando señala que “entre la presentación de la petición inicial ante la Comisión (15 de febrero de 2001) y el sometimiento del caso a la Corte (9 de septiembre de 2021), transcurrieron más de 20 años y seis meses” (*Idem*, párr. 3).

Finalmente, es digno de señalar como otro ejemplo de los dilatados intervalos procesales –en el que también la misma CIDH incurre en una prolongada demora– de casi diez años entre la recepción de petición y la aprobación del Informe de Admisibilidad (15 de febrero de 2001 al 1 de noviembre de 2010), y de este informe a la aprobación del Informe de Fondo casi nueve años (01 de noviembre de 2010 al 28 de septiembre de 2019).

Lo que configura ya una conducta poco diligente no solo del Estado, sino de la propia CIDH, agravando de algún modo la lesión ocasionada en la víctima, dado que una vez presentada la petición, aún no se había registrado la última sentencia que ordenaba una liquidación sustancialmente reducida y que provocó la sanción disciplinaria de los funcionarios judiciales, y que configura otra rara circunstancia,

que es que la CIDH acepta el recurso, cuando aún estaban en trámite recursos de la jurisdicción interna, particular al que no alude en ningún momento ni la Comisión ni la Corte.

2. Hechos del caso

Los hechos se reducen, a excepción del que da origen a la controversia –que es el despido intempestivo del ex futbolista Juan José Meza– a todos los actos procesales derivados a partir del 16 de julio de 1991, cuando el club Emelec retiró la inscripción del señor Meza ante la Federación Ecuatoriana de Fútbol y en su lugar inscribió a otro futbolista.

Juan José Meza, luego de iniciar la demanda ante la institución deportiva por despido intempestivo, se vio privado de obtener la legítima satisfacción de los salarios y compensaciones, que por concepto de liquidación de sueldos, bonos, vacaciones y primas le correspondían, derecho ampliamente reconocido en la legislación laboral ecuatoriana y que guarda armonía con los parámetros más ampliamente aceptados del derecho laboral en la región.²

La demanda obtuvo sentencia favorable de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil el 24 de abril de 1996. La decisión dispuso que el Juzgado Cuarto de Trabajo de Guayas efectuara la liquidación de los montos adeudados.

El 20 de septiembre de 1996 el Juzgado Cuarto aprobó una liquidación que fue apelada por el señor Meza. El 19 de junio de 1997 la Corte Superior de Justicia ordenó al Juzgado Cuarto realizar una nueva liquidación, que se efectuó el 28 de junio de 1999, pero el 19 de julio de 1999 el Juzgado Cuarto redujo el monto.

Luego de la presentación de diversos recursos, el 30 de junio de 2004 la Corte Superior de Justicia declaró nulas las actuaciones anteriores, señaló que la determinación de 19 de julio de 1999 no era susceptible de recurso alguno y requirió al Juzgado Cuarto la ejecución de la sentencia.

El 24 de enero de 2005, el Juzgado Cuarto efectuó una nueva liquidación que reconocía las pretensiones de la víctima. No obstante, el 10 de marzo de 2005, decidió reducir considerablemente el monto previamente fijado. Los recursos presentados contra este acto, y contra la posterior liquidación de intereses, fueron rechazados. El 31 de agosto de 2006 el Juzgado Cuarto ordenó al señor Meza retirar el monto fijado, quien lo hizo el 2 de octubre de 2006 bajo mandamiento judicial. El juicio se archivó el 28 mayo de 2007.

Las lesiones a los derechos humanos del peticionario por parte del Estado ecuatoriano se producen a partir del momento en que un simple trámite judicial relativo al cálculo y fijación del monto final que debía recibir por concepto de liquidación se sumió en una compleja e intrincada cadena de recursos judiciales, de ida y vuelta, principalmente las pericias que entorpecieron el cálculo de los valores a erogar

² Código del Trabajo de Ecuador, Art. 181 - Indemnización por terminación del contrato antes del plazo convenido.

por parte del club Emelec a su ex empleado en reiteradas ocasiones y que extendieron de manera innecesaria e injustificable el plazo razonable, que para procesos de esa naturaleza suelen ser por lo general más bien de carácter expeditivo.

La falta de pruebas documentales aportadas, ya sea por el Estado, el principal requerido o por parte del peticionario, sobre la liquidación realizada por el Juez Cuarto del Trabajo del 25 de agosto de 2006, y la orden de retiro de la liquidación y su posterior recurso del 31 de agosto del mismo año, dan cuenta inequívocamente de que la víctima no contó con un recurso judicial efectivo, en los términos del artículo 25.2.c de la CADH.

Vale precisar que entre el cálculo basado en la sentencia ejecutoriada del Juzgado Cuarto del Trabajo del 24 de abril de 1996, y que, conforme al peritaje del 24 de enero de 2005, le correspondía recibir una cifra que bordeaba los 360.000 dólares estadounidenses, el mismo juez cuarto ordenó una nueva liquidación, poco tiempo después, el 10 de marzo, de 27.711 dólares estadounidenses. Pese a que los desacuerdos persistieron hasta el archivo del proceso el 28 de mayo de 2007, el peticionario fue obligado a recibir los valores adeudados bajo protesta el 2 de octubre de 2006.

Esta decisión ya no pudo ser recurrida por la parte peticionaria, puesto que fue considerada cosa juzgada por el Estado ecuatoriano, lo que se desprende de la parte resolutive del archivo de la causa, que indica:

Niéguese la revocatoria solicitada por el demandante, por improcedente, este Juzgador ha cumplido estrictamente con lo dispuesto por el Superior, que resolvió el 30 de junio de 2004 “que el auto recurrido del 19 de julio de 1999 ya se encontraba ejecutoriado por el ministerio de la ley, no siendo susceptible de recurso alguno..., por lo que el Tribunal de Alzada carecía de competencia para conocerlo...” Por ello, procedió a actualizar los intereses y dictar el mandamiento de ejecución correspondiente. La parte demandada procedió a satisfacer el monto mandado a pagar y el actor concurrió a retirar los valores el 2 de octubre de 2006, suscribiendo el acta respectiva. En consecuencia, extinguida la obligación por solución o pago ordénese el ARCHIVO del proceso (*Idem*, párr. 48).

En este punto se observa que el Juez Cuarto del Trabajo resuelve sobre el auto recurrido en 1999 y sus ulteriores efectos y que posteriormente el Consejo de la Judicatura de Ecuador sancionó por prevaricato. Es decir, el juez falló sobre la vía muerta, aquella en la que se demuestra y castiga el dolo de un funcionario judicial, dejando en suspenso la vía eficiente, es decir, la que debía seguirse del fallo ejecutoriado del 24 de abril de 1996 y que fue desestimada en el fallo de la Corte Superior de marzo de 2005.

Si bien es cierto que el ex futbolista Juan José Meza se vio impedido de obtener la justa satisfacción de los valores que de forma legal y oportuna le fueron reconocidos, debido en este caso a la actuación maliciosa de los magistrados que en sus sentencias de 1999 y 2005 redujeron de manera sustancialmente drástica dichos valores, hay que poner de relieve que el Estado obró en consecuencia sancionando a

los funcionarios judiciales que fallaron contra derecho, al someterlos a procesos disciplinarios por sus inconductas.³

Lo llamativo en particular de este proceso es que las autoridades judiciales, en distintas instancias demoraron 11 años y 1 mes en ejecutar la sentencia dictada en el proceso principal, en el que ya se habían establecido los montos que el club Emelec debía pagarle a Juan José Meza la liquidación y sus adicionales a modo de tractos o pagos sucesivos.

3. Comentarios a las excepciones preliminares

El Estado apeló en sus alegatos que no procedía la pretensión del peticionario, en tanto que este centró la litis en términos casi excluyentes encaminados a revisar los montos y liquidaciones a su favor, trámite que pertenece a la jurisdicción interna del Estado, en virtud de que la Corte IDH no tiene competencia para pronunciarse sobre errores de hecho o de derecho que puedan haberse cometido en los tribunales nacionales, y por tanto la CIDH y el peticionario, acudieron a la Corte como tribunal de alzada con la finalidad de recurrir al archivo del proceso el 28 de mayo de 2007 (*Idem*, párr. 14).

Argumento poco eficaz en el que se apalancó el Estado, en su excepción preliminar sobre cuarta instancia, ya que en este caso, según el Estado, despachar con prontitud y oportunidad, como señaló haberlo hecho, provocó intensa actividad procesal de las partes, reflejada en el número de veces que solicitaron la realización de peritajes relativos al cálculo para la liquidación de haberes, a fin de arribar a una cifra de común acuerdo, lo que en la práctica no sucedió.

En ningún momento el Estado pudo demostrar que garantizó el acceso a un recurso judicial efectivo, evidenciado que para cualquier efecto práctico no se ejecutó la sentencia del 24 de abril de 1996 dictada por el Juzgado Cuarto del Trabajo del cantón Guayaquil.

Es importante resaltar la falta de creatividad por parte de la defensa del Estado, al esgrimir como sustento de su tesis de la “Cuarta Instancia” un argumento que ha sido ampliamente desestimado en el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, que indicó que “ya ha establecido en su jurisprudencia que este examen de compatibilidad de los actos del Poder Judicial con la Convención no configura

3 En ese sentido, es muy decidor el fallo de la comisión de disciplina del Consejo Nacional de la Judicatura, que en su parte final señala: “Llama la atención de esta Comisión la correcta sujeción de la inculpada al fallo que antecede, al elaborar por sí misma la liquidación ordenada por la Corte Superior de Justicia, incorporando a la misma el rubro materia de la controversia. Así aparece de su providencia del 28 de junio de 1999, la misma que luego es reformada mediante nueva providencia de julio 19 del mismo año, aduciendo para ello haber incurrido en “graves errores matemáticos” que, al ser presuntamente corregidos, determinaron una nueva supresión del valor reclamado y admitido en sentencia. A criterio de esta Comisión, la conducta observada por la Jueza [...] constituye una reiterada distorsión e incumplimiento de aquello que expresamente se le había ordenado acatar y ejecutar, incurriendo en irrespeto de la decisión dictada por un órgano jurisdiccional de alzada, al margen de la autonomía procesal y jurisdiccional invocada por la inculpada [...] se sanciona a la [...] Jueza Cuarta de Trabajo del Guayas, con imposición de la pena pecuniaria del cincuenta por ciento de su sueldo básico” Resolución de la Corte de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura de 24 de marzo de 2000.

una “cuarta instancia” de revisión judicial conforme al derecho interno del Estado de que se trate” (*Idem*, párr. 17).

En paralelo a las consideraciones del tribunal, vale analizar el apoyo a la tesis del Estado en el voto parcialmente disidente de las juezas Hernández López y Pérez Goldberg, quienes en los párrafos 19, 25 y 26 del voto parcialmente disidente señalan:

la Corte ha subrayado que ‘si la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable’.

Este argumento no fue presentado por el Estado en sus alegatos de defensa y es el resultado de un disenso del pleno de la Corte, que impidió la unanimidad del fallo.

Las juezas sostuvieron que

el proceso civil (incluyendo su etapa de ejecución) tiene en nuestra región una naturaleza esencialmente escrita, dispositiva y contradictoria, lo que lo diferencia considerablemente de los procesos penales en donde los plazos en los que debe resolverse la cuestión controvertida son mucho más acotados, principalmente debido a que las garantías y derechos que están en juego son distintas (por ejemplo, el derecho a la libertad personal).

En consecuencia, ante un proceso de tal naturaleza es evidente que el tiempo en que se resolverá la cuestión controvertida suele ser mucho más extenso que el período en que se tramita una cuestión de índole penal. En este caso, la combinación de los aspectos que he mencionado, esto es, la actividad y decisiones procesales de los intervinientes, así como la naturaleza del procedimiento, desencadenó en una demora que, en cualquier caso, no es imputable al Estado, el cual actuó diligentemente al resolver cada uno de los requerimientos que se sometían a su conocimiento, de forma oportuna.

La respuesta a las consideraciones arriba citadas se advierte en la sólida posición de la mayoría de la Corte IDH, que termina siendo contundente en la sentencia al señalar su competencia para conocer y pronunciarse en el caso:

el sometimiento del caso al conocimiento del Tribunal no busca la revisión de decisiones adoptadas en la jurisdicción interna que no guardan directa relación con la aplicación de disposiciones convencionales. En vista de lo anterior, corresponde desestimar la excepción preliminar planteada por el Estado (*Idem*, párr. 18).

4. Comentarios al fondo y reparaciones

Relativo al Fondo, la Corte IDH al analizar el caso reemplaza la original pretensión de la CIDH de sancionar al Estado por violaciones a los artículos 25.1. y 25.2.c, decantándose por el 8.1. en reemplazo del 25.1, basando su posición en el principio *iura novit curia* (*Idem*, párr. 54).

En cuanto al artículo 8.1. la Corte señaló que

en la determinación de los derechos y obligaciones de todas las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar las garantías que aseguren el debido proceso. El artículo señalado establece como uno de los elementos del debido proceso que los tribunales decidan los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable. En este sentido, una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales (*Idem*, párr. 61).

La Corte continúa su exposición de motivos que dieron pie al cambio de artículo realizado de oficio, cuando subraya la responsabilidad del Estado en relación con la violación al plazo razonable, en los siguientes términos:

Sí procede, por el contrario, evaluar la razonabilidad del tiempo insumido en la ejecución de la sentencia. Transcurrieron más de 11 años entre la sentencia de 24 abril 1996 y la decisión de archivo del proceso el 28 de mayo de 2007. Esta Corte entiende que el proceso de ejecución de la sentencia dictada a favor del señor Meza no presentaba particular complejidad en la medida que requería una liquidación de los montos a pagar a una sola persona, con base en pautas prefijadas por la decisión a cumplir y sin necesidad de examinar aspectos de hecho o derecho que ya habían sido evaluados por la sentencia de abril de 1996 (*Idem*, párr. 65).

Postura que se contrapone con lo sostenido por el Estado y los votos disidentes de las juezas Pérez y Hernández, quienes ponen el acento en la complejidad del asunto que, como hace notar la Corte, no revestía ninguna.

La defensa del Estado no pudo sostener su tesis que el caso se ceñía a los elementos que estructuran la alegada “complejidad del asunto” para eximirse de responsabilidad, toda vez que no presentó pruebas que demostraran que se garantizaron los medios para ejecutar la sentencia, puesto que la efectividad de las sentencias depende de su ejecución, y sin probar que la ejecución fue completa, perfecta, integral y sin demora. Vale precisar, todas consideraciones propias del desarrollo jurisprudencial del SIDH.

De ahí el aforismo *justice delayed is justice denied*, justicia retrasada es justicia denegada, lo cual significa que para que una reparación se haga efectiva debe realizarse en tiempo oportuno y de manera adecuada. De otro modo, es lo mismo que no tener recurso alguno, que no haya reparación posible.

En esa línea, podemos ver la coherencia y concordancia en el razonamiento prevaleciente en lo fallado por el Pleno de la Corte IDH con lo desarrollado a nivel doctrinario y jurisprudencial por el propio tribunal en relación con el derecho a la protección judicial y, más específicamente, a garantizar el cumplimiento de las decisiones judiciales.

Al analizar el alcance del artículo 25.2.c de la CADH el Tribunal establece que la protección judicial se torna ilusoria si las decisiones judiciales que resuelven los recursos interpuestos por víctimas de vulneraciones a derechos humanos no se implementan o se implementan en forma tardía (Corte IDH, 2004).

Este caso constituye sin duda alguna un interesante ejercicio de reafirmación de argumentos ampliamente desarrollados en la doctrina y jurisprudencia de la CIDH y Corte IDH relativos al plazo razonable y la efectividad de los recursos judiciales de jurisdicción interna de los Estados.

Llama la atención los montos que la Corte fijó como reparaciones y costas (dos mil dólares estadounidenses por concepto de reparación de daño inmaterial y mil por concepto de costas), dejando evidenciado el espíritu final de las sentencias de la Corte IDH de que la misma sentencia constituye una suerte de resarcimiento a la víctima (Corte IDH, 2023, párr. 74).

Es encomiable, sin duda alguna, que la Corte procure con sus dictámenes reafirmar la naturaleza intrínsecamente reparativa de la sentencia como instrumento de sanción moral, independientemente de la reparación pecuniaria, colocando el acento en el aspecto de fondo en cuanto obligación de los Estados de asegurar la correcta justicialización de los derechos, es decir, en tanto que incoa a los Estados a adecuar sus legislaciones, para el cumplimiento del artículo 1.1 de la CADH.

5. Conclusiones

A modo de síntesis y corolario respecto de los hechos y actuaciones someramente abordadas, cabe concluir que la presunta víctima no vio garantizado el cumplimiento de la decisión judicial a su favor dentro de un plazo razonable en el marco del proceso de ejecución de la sentencia. Esta vulneración conlleva una afectación al derecho al cumplimiento de las decisiones judiciales sin obstáculos o demoras indebidas.

Como ya mencioné, el presente caso supone un desarrollo jurisprudencial sobre el artículo 25 (protección judicial) y su matrimonio cuasi indisociable con el artículo 8 (garantías judiciales).

Se precisó acerca del plazo razonable que no cabía la excepción presentada por el Estado en relación con la complejidad del asunto, y que se desprende del análisis del proceso que, por su naturaleza, no revestía mayor complejidad, lo que hizo de contraargumento de la Corte IDH a la posición del Estado que señaló que:

las actuaciones en el proceso laboral como tal, así como en el proceso de ejecución de sentencia se dieron dentro del plazo razonable. Alego que debe considerarse la complejidad en la ejecución de la sentencia, que se evidenció por dos factores: a) la determinación de la metodología de cálculo para la liquidación y b) los constantes desacuerdos de las partes, así como la exclusión de distintos peritos. Agregó que “la actividad de las partes dilató el proceso” y que se debe valorar la conducta de las autoridades judiciales, que resolvieron cada uno de los recursos planteados sin que el tiempo de resolución fuera observado por las partes en el proceso interno (*Idem*, párr. 58).

Esos dos factores, metodología de cálculo para la liquidación y constantes desacuerdos de las partes no son justificación para la dilación que sufrió el proceso, entendiendo que dichas dilaciones fueron producto de la parte demandada, que recurrió la sentencia de abril de 1996 y que fue la única que debía ejecutarse. El exceso de recursos produce en la práctica efectos análogos que la inexistencia o inaccesibilidad de los mismos, configurando por caminos distintos la misma violación, vale decir, afectación a la víctima o parte peticionaria.

Referencias bibliográficas

- Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Corte IDH. *Caso Meza Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de junio de 2023. Serie C No. 493.
- Soria Carpio, C. y Toral Zevallos, F. J. (2021). Prisión preventiva. Corte IDH. Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020. *Debates sobre Derechos Humanos*, (4), 157-167.

Estereotipos de género. Salud reproductiva. Adopción Corte IDH. Caso *María y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2023. Serie C No. 494

Por Araceli M. Díaz¹

1. Introducción

La violación de los derechos humanos es vasta, cotidiana, sostenida y, en muchos casos, permanece ignorada o admitida tácitamente. Es visible para quien quiera hacerlo. El volumen de esas violaciones es diverso en su extensión y en su profundidad.

El caso que analizamos se trata de las múltiples violaciones a los derechos humanos de los que fueron víctimas una niña y un niño, en forma directa y una familia que hace el contexto. Es un caso en el que la violación de los derechos sucede, en todo su recorrido, con intervención exclusiva de organismos estatales de diversa naturaleza, muchos de ellos específicamente destinados a hacer respetar los derechos de NNyA y, por otro lado, por un número importante de integrantes del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe (PJSF) –de distinta jerarquía, desde miembros de la Corte Suprema de Justicia provincial, jueces de primera y segunda instancia, secretarios, funcionarios, trabajadores sociales y hasta defensores oficiales–.

¹ Abogada (UNR). Profesora titular del Seminario de Metodología de la Investigación (UNR). Directora de la Diplomatura en Abogado de Niñas, Niños y Adolescentes (UNR). Ex vicedecana de la Facultad de Derecho UNR (2019-2023). Ex presidenta del Colegio Abogados de Rosario (2013-2015). Vicepresidenta del Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de Rosario. Conjueza de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.

Luego de un largo proceso (sin debido proceso), la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH, que, luego de un proceso muy rápido, dictó sentencia condenatoria a la Argentina.

Para el análisis del caso creemos prudente seguir el siguiente orden: el relato de los hechos –que vale la pena aclarar, están total y absolutamente documentados–, la actividad (o inactividad, según el caso) de los órganos administrativos y la descripción del trámite judicial en la ciudad de Rosario; y el recorrido del caso ante la CIDH y la Corte IDH.

2. Relato de los hechos y del litigio a nivel interno

Todas las instituciones provinciales que participaron en este caso han actuado, entendemos, mancomunadamente y con un punto de mira coincidente. Son: la Maternidad Martin dependiente de la Municipalidad de Rosario, la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes, la Dirección de Niñez de Rosario, el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (RUAGA) y la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe.

María (nombre ficticio utilizado por los órganos del SIDH para mantener el anonimato de la identidad de la víctima), de 12 años de edad, quedó embarazada de su hermano un año mayor que ella, durante un juego de niños en 2013. Ni ella ni la madre lo advirtieron. La escuela a la que concurría intervino y citó a la madre, quien llevó a María a la sala de servicios médicos del barrio, donde le indicaron que debía ir a la Maternidad Martin.

Allí fue revisada por un médico, quien le informó que estaba embarazada, de alrededor de 6 o 7 meses. De inmediato comenzó un rodeo a María y su madre en la idea de que lo mejor para todos era dar la criatura en adopción, para lo que debían suscribir un texto que prepararon en la Maternidad Martin, probablemente, porque allí se los hicieron firmar. Sostenían que nadie iba a querer a María con un niño, que no lo iba a poder mantener, que era muy pequeña y que no iba a ser feliz. A su madre le manifestaron que María podría morir en el parto y que le quitarían sus otros hijos si no firmaba.

Por lo tanto, el 23 de julio de 2014 ambas firmaron –en realidad escribieron sus nombres en letra mayúsculas de imprenta– un papel sin membrete dirigido a la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, que depende del Poder Ejecutivo provincial, por el cual se daba en adopción a un niño por nacer. El texto había sido escrito en lenguaje legal por otras personas, sin intervención de ningún tercero o asesoramiento técnico).

Al respecto, María manifestó en la audiencia ante la Corte IDH en el año 2022 que “[c]uando fui que me hicieron la ecografía, que se enteraron que estaba embarazada, me dijeron que podía haber esa posibilidad que mi hijo se vaya con otra familia. Y [...] bueno, pero igual nunca me escucharon, nunca me preguntaron si quería eso”.

El 1º de agosto de 2014 la abogada Analía Colombo, a la sazón defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes de Santa Fe se presentó en los tribunales provinciales de Rosario ante la jueza de Familia

del Tribunal Colegiado N° 7, Gabriela Toppino, y le presentó el “papel” y un escrito en el que decía que se debía tomar una decisión sobre qué hacer con el niño, para protegerlo, por lo que se inició una medida precautoria. Ni una letra de la niña que iba a parir, aspecto sobre el que se volverá más adelante.

En la Historia Clínica de María figura una inscripción referida a que, en el momento en que se presentara por que se avecinaba el parto, había que dar intervención a determinadas personas y no debía participar ningún otro profesional. En especial, quien aparentemente dirigía la operación de concentración del trato con la niña y su madre y la vinculación con la defensora y otros organismos ha sido la psicóloga Gabriela Ferrari. Tampoco se la podría enviar a ningún otro efector médico.

El día del parto, María se presentó con su mamá y en el ingreso de la Maternidad se encontraban los familiares que no querían que se entregara al niño y se querían hacer cargo del mismo –entre ellos, su abuela–. No los dejaron entrar y los amenazaron con hacerlos detener por orden de la jueza. A la madre de María la encerraron en una habitación y pusieron un policía en la puerta. Y María, con 13 años, terminó pariendo sola. En realidad, también estaba allí la psicóloga Ferrari, quien

sostuvo que el niño nunca debía saber su origen, porque era del orden del horror, interpelada ante esta manifestación y ante el sentido de la identidad en nuestro país con nuestra historia, ella sostiene que entre el horror de no conocer su identidad o conocer su origen lo primero era menos horroroso.

En la Maternidad ya se encontraban los integrantes de la pareja que se llevó al niño.

La Maternidad no solo incumplió con sus obligaciones a cargo, sino que omitió darle intervención al organismo administrativo creado por el Sistema de Protección Integral para intervenir en situaciones como las acontecidas en este caso. Por el contrario, se le dio intervención a la defensora provincial en un caso individual cuando su actuación es de tinte colectivo y de control, habilitando medidas contrarias a las que indica el régimen jurídico vigente, a tal punto que se le dio intervención al RUAGA, seleccionándose un matrimonio para adoptar a una persona que aún no había nacido (Corte IDH, 2023, párr. 39).

Desde la presentación del expediente por parte de la defensora, durante unos meses, hubo colaboración entre lo administrativo y lo judicial.

Luego del nacimiento de Mariano (nombre ficticio utilizado por los órganos del SIDH para mantener el anonimato del niño), la abogada Colombo inició un expediente durante las horas no hábiles para la atención al público –lo que se denomina “turno de urgencia”–. Destacamos que la abogada Colombo no era la destinataria del papel sino la Dirección de Niñez, por lo que no se entiende cómo tenía en su poder el papel que entrega en adopción a un niño por nacer, puesto que no estaba dirigido a ella. ¿Cómo le llegó? ¿Por qué le llegó? ¿Quién se lo entregó? ¿Cómo se admitió en el tribunal su presentación? En la mañana de ese día, llamó al RUAGA, indicándoles que esa tarde, la jueza Topino les solicitaría tres legajos de pretensos adoptantes, tal como ocurrió. Sin que hubiera iniciado trámite

alguno todavía, ya lo sabía. No hubo legajos sino la mención de tres parejas, por correo electrónico. La pareja que resultó elegida no había sido evaluada por el órgano que debía hacerlo y, sin embargo, fue propuesta.

Al padre de María –excluido del hogar por una denuncia de violencia de la madre– lo buscaron, lo citaron al Tribunal y le hicieron firmar que consentía, en el ejercicio de la patria potestad, la entrega en adopción del hijo –por nacer– de María. Esta tarea fue por cuenta de la propia Colombo, quien además le dijo que fuera a la Dirección de Niñez para saber sobre un hijo de él, más pequeño.

El expediente fue remitido a la Mesa única de ingreso de expedientes en donde lo remitieron al Tribunal Colegiado de la 5ª Nominación, a cargo de Sabina Sansaricq, quien intervenía en la denuncia de violencia familiar interpuesta por la madre de María.

El RUAGA envió tres parejas de pretendientes adoptantes y la jueza entrevistó a una, que sin ningún tipo de designación se autoproclamó como la elegida. Solicitó, en ningún carácter –en el expediente judicial– internarse para llevarse al niño en el momento en que le dieran el alta, lo que fue proveído por la jueza con un “Como se solicita”. Así, con un simple decreto sin fundamento, se llevaron al niño.

El Tribunal de Familia N° 5 de Rosario estaba integrado, en ese momento, por la jueza mencionada, Marcelo José Molina y Ricardo José Dutto. María, luego del parto, estaba muy mal y su madre no conseguía a nadie que le quisiera patrocinar el reclamo. En tanto, el trámite judicial continuaba sin ninguna intervención de la joven ni de sus padres que ejercían la responsabilidad parental e ignoraban su existencia. Para cubrir el requerimiento legal de la expresión de voluntad en sede judicial, una verdadera expresión de voluntad, un día fue citada por cédula –que el empleado fijó en la puerta de la casa– para que se presentara a una consulta médica en el Instituto Médico Forense del Tribunal.

La entrevistó el director del Instituto, Dr. Jorge Elías, quien dijo que María no estaba en condiciones de manifestarse. Otro día, en una audiencia a la que citaron a María y a su mamá, para que firmara la entrega del niño en adopción, María no entró, lloraba frente a la puerta del tribunal y llamaron a una médica del Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial que dijo que esa niña necesitaba urgente tratamiento.

En el proceso, a los tenedores (porque nunca tuvieron ninguna designación propia de las figuras que establecía el Código Civil) les dieron carácter de terceros interesados –“apropiadores” según los denominó el secretario de Derechos Humanos de la Nación en la audiencia celebrada ante la Corte IDH– y comenzaron con una estrategia clara de dilatar los tiempos para que este corriera a favor del matrimonio que aún lo tiene en su poder. La estrategia diseñada fue avalada a rajatablas por los integrantes del Poder Judicial.

En ese momento advirtieron que no había nadie que representara a la niña madre y le dieron intervención a la Defensora General del Ministerio Público del Poder Judicial (que hasta ese momento no tenía conocimiento del caso, por lo cual todo lo anterior debía ser nulo). La Dra. Alejandra Verdoni dijo, con claridad meridiana, que había que restituir el niño a su madre:

el trámite local se inicia sin los debidos recaudos legales, ya que María debía contar con la participación del Defensor General en el acto de manifestar su voluntad de dar en adopción a su hijo y esto no sucedió. Todos los hechos que dan comienzo al expediente local carecen estrictamente de correspondencia con lo legamente existido y la costumbre judicial de actuación en casos similares. Estos hechos se producen ante un juez que luego no será el titular del trámite. El consentimiento de la madre debió darse previo a cualquier entrega del niño en un acto judicial con los debidos recaudos, el niño no debió ser entregado a una familia inscripta en el Registro único de Adoptantes desde el primer momento sino a un hogar solidario hasta definir la situación.

Designada una abogada de la niña, su importante presentación no fue atendida. Le nombraron una defensora general al niño recién nacido, que colaboró con cuanta demora pudo en cada oportunidad en que se corría un traslado. Y el 1º de octubre de 2015, sin que nadie lo pidiera, la jueza dispuso que este juicio cautelar se convirtiera en un juicio de declaración de adoptabilidad, partiendo de la base de que hubo una declaración de voluntad ficta de entregar al niño en adopción. Los recursos de María y su madre fueron rechazados. Nunca quedó firme este decreto.

Catorce jueces, de distinto rango, han intervenido en este juicio: siete integrantes en distintos momentos de tribunales colegiados de familia: los tres ya mencionados más Gabriela Toppino, Andrea Mariel Brunetti, Astrid Siemieniczuk y Milca Mileva Bojanich; tres jueces de la Sala II de la Cámara de Apelación Civil y Comercial, María de los Milagros Lotti, Gerardo Muñoz y Oscar Puccinelli; y cuatro jueces de los seis que integran la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, Rafael Gutiérrez, María Angélica Gastaldi, Eduardo Guillermo Spuler y Mario Luis Netri, puesto que no suscribieron las resoluciones los jueces Daniel Aníbal Erbetta y Roberto Héctor Falistoco. Ninguno advirtió que:

- a) No se puede (ni se podía entonces) dar en adopción a un niño por nacer (arts. 595 y 607 Código Civil);
- b) Se trataba de una menor de edad y una persona por nacer al inicio o dos menores una vez nacido Mariano. Nunca fue solo el niño por nacer;
- c) No hubo asesoramiento técnico ni a la niña embarazada ni a su madre;
- d) La Defensora de los Niños de la provincia de Santa Fe no era la destinataria de la nota que presentó en sede judicial;
- e) La Defensora de los Niños de la provincia de Santa Fe no tenía atribuciones para representar individualmente a nadie;
- f) La Defensora de los Niños de la provincia de Santa Fe intervino para “proteger a un niño por nacer” ¿Y la niña que estaba por parir?;
- g) Nunca hubo consentimiento válido de entrega en adopción;
- h) Es imposible reemplazar la expresión de la voluntad por el reconocimiento ficto;

- i) Durante siete meses se llevó adelante un trámite judicial que las supuestas partes ignoraban y no tuvieron asesoramiento jurídico;
- j) No se reconocieron las indicaciones de los médicos sobre la imposibilidad de manifestarse y la necesidad de tratamiento a María; y
- k) A María no se le había limitado su responsabilidad parental.

Si nadie lo advirtió, sinceramente, es porque se trataba de un *modus operandi*. El proceso (por darle algún nombre) llevado por ante el Poder Judicial de Santa Fe es –permítasenos– un escándalo jurídico de tal magnitud, que la Corte IDH no necesitó recurrir a normas convencionales (aunque las identificó) para condenar al Estado argentino, sino que lo hizo con la letra de la legislación nacional. La que no aplicaron e ignoraron los jueces domésticos. No es un caso de ignorancia supina del derecho, porque lo conocían (o debemos presumirlo). Es violación del derecho y ocultamiento de acciones ilegales bajo la apariencia de un trámite judicial.

Los “custodios” de Mariano –expresión utilizada por Dra. Verdondoni ante la inexistencia jurídica del rol que el matrimonio que tiene en su poder al niño– solicitaron la guarda preadoptiva, que jamás les fue otorgada. Lo bautizaron en la Iglesia Católica y en la estampita recordatoria se pusieron como padres; eligieron el jardín de infantes y la escuela a la que concurre; y van de viaje, sin ninguna intervención de la madre del niño ni de los tribunales. Es decir, actúan como progenitores.

El expediente tramita ahora por recurso de queja por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tiene ya dictamen de la defensora general Stella Maris Martínez y de la Procuración ante la Corte. Ambos lapidarios de la actuación judicial.

Por otra parte, todos los organismos administrativos provinciales incumplieron sus funciones y, coordinadamente, participaron de estas violaciones de derechos de dos niños, aun cuando, en algunos casos, se supone que esa era la función para la que fueron creados.

Destacamos a la Secretaría de Derechos Humanos, que dependía del Ministerio de Justicia, con una intervención sorprendente, en razón de los cambios de postura que se han producido en su accionar. Ha pasado de una primera intervención de respeto por los derechos humanos a una negativa e inacción notable, para luego trabajar con esfuerzo para que se respeten los derechos de este grupo tan castigado por el Estado provincial en sus tres poderes.

En la primera intervención de la Secretaría provincial, la secretaria envió una nota a la CIDH de fecha 20 de abril de 2016 en la cual expresó, luego de hacer un informe de situación, que se encuentran comprometidos los derechos de la adolescente María y los de su hijo. Lamentablemente e ignorando por qué razones (o presiones), en fecha 27 de abril de 2016, en nota dirigida al secretario de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, se retractó de lo manifestado y negó todo lo que había expresado en la que hemos citado. Luego, renunció al cargo. El expediente continuó con un trámite inocuo en esa dependencia de la que fue designado titular Marcelo Trucco y fue archivado. Con el cambio de autoridades en el año 2019 y la asunción en el cargo de Lucila Puyol,

reconocida defensora de derechos humanos, cambiaron las cosas. Se elaboraron algunos documentos muy valiosos que nos fueron provistos para el trámite ante la Corte IDH y la Dra. Puyol participó de la audiencia ante el Tribunal.

3. El trámite ante el SIDH

El 22 de octubre de 2015 las abogadas Carmen María Maidagan y Verónica Jotinsky presentaron una solicitud de medidas cautelares a favor de María, su hijo y su familia ampliada. El 12 de abril de 2016 la CIDH las otorgó, ordenando al Estado que adoptara las acciones necesarias para proteger los derechos a la integridad personal, protección a la familia e identidad del niño Mariano y de María, en particular permitir que el niño pueda mantener vínculos con su madre, así como que asegurara que los derechos de María estuviesen oportunamente representados y garantizados en todos los procesos.

El 11 de enero de 2018, la CIDH recibió una petición suscrita por Marta Nora Haubenreich, María Claudia Torrens, Carmen María Maidagan y quien escribe –todas abogadas–, en su carácter de representantes de María, su hijo Mariano y la madre de María. Destacamos que en la audiencia celebrada por zoom el día 21 de octubre de 2021 fue la primera oportunidad en que María fue escuchada por una autoridad.

El 21 de diciembre de 2021 la CIDH aprobó el Informe de Admisibilidad y Fondo N° 393/21. Ante el incumplimiento de las recomendaciones, el 25 de abril de 2022 sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH. El Estado argentino reconoció la responsabilidad de los hechos en su presentación.

En su sentencia la Corte IDH, en primer término, analizó los derechos a la integridad personal, a la vida familiar, protección a la familia y derechos de la niñez.

Respecto de la falta de consentimiento de la madre, luego de un detalle de la postura permanente del tribunal, subrayó que

la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su artículo 21 inciso a) que los Estados deben velar “porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, *las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario*” [énfasis añadido] (Corte IDH, 2023, párr. 94).

De esta forma, la decisión de dar en adopción es un acto que tiene numerosas implicaciones legales que puede requerir asistencia jurídica en casos en que la progenitora se encuentre en una situación de notoria vulnerabilidad.

La Corte IDH reconoció que ni María ni su madre contaron con asistencia letrada al momento de firmar el escrito de 23 de julio de 2014 en donde manifestaban su supuesta voluntad “libre e informada” de dar en adopción al niño por nacer. Asimismo, tampoco consta en el expediente que se les haya informado de las implicaciones de tal decisión. A lo anterior se unió el hecho de que existieron presiones por parte del personal de la maternidad para que autorizaran la adopción del niño por nacer. De esta forma no puede considerarse que el consentimiento fue dado de manera libre e informada (Corte IDH, 2023, párr. 96).

Asimismo, María, con posterioridad al nacimiento de Mariano, no confirmó su supuesta voluntad de darlo en adopción, como requería la legislación interna. Esta voluntad de recuperar a Mariano fue expresada explícitamente en varios documentos y recursos presentados a lo largo del procedimiento judicial. Sin embargo, tanto el Juzgado, como el Tribunal Colegiado de Familia y las instancias de alzada continuaron afirmando que existía una voluntad por parte de María de dar en adopción a su hijo, indicando inclusive la existencia de un consentimiento tácito frente a la falta de actividad procesal por parte de María y de su madre entre el nacimiento de Mariano y su comparecencia ante el médico forense. De acuerdo con la normativa interna, el consentimiento para un acto de la trascendencia de entregar a un hijo en adopción no podía ser inferido de manera tácita y debía darse después del nacimiento (Corte IDH, 2023, párrs. 97 y 98).

Por último, a pesar de que María a lo largo de la mayoría del proceso era una niña, no se tomó en cuenta su voluntad ni se hizo un análisis de lo que correspondía a su interés superior a la hora de tomar decisiones que impactaban no solo la vida de su hijo Mariano, sino su propia vida (Corte IDH, 2023, párr. 99).

En segundo lugar, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado por la violación de las garantías judiciales y protección judicial en cuatro aspectos: 1) inobservancia de requisitos legales; 2) derecho a ser oído; 3) plazo razonable 4) derecho a un recurso efectivo.

Finalmente, concluyó que no se respetó el derecho a la igualdad y que María y su hijo sufrieron prácticas y menoscabo en la dignidad y otros aspectos que implican violencia institucional.

La sentencia cita a la perito Marisa Herrera:

[i]mpedir que una adolescente pueda parir acompañada de su madre, que la hayan encerrado en el cuarto de la maternidad sin que pueda ver a su hijo [...] que se le haya presionado para firmar un papel que dice “decido libre y voluntariamente conforme al derecho que me asiste y deseo firmemente que la guarda y adopción de este bebé, la ordene el juez en turno, con autorización del RUAGA, y sin intervención y/u obstáculo de ningún familiar y/o interesado” [...] sin ningún tipo de apoyatura y acompañamiento psico-social y tampoco jurídico, constituyen claros actos de violencia institucional (Corte IDH, 2023, párr. 158).

De esta forma, consideró que el Estado violó los artículos 1 y 24 de la CADH y el artículo 7.a) de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de María.

En materia de reparaciones el Tribunal no dispuso la restitución de Mariano a su mamá, con el argumento de que el niño no había sido escuchado. Creemos que debió disponerlo así, porque el niño sigue en poder de sus apropiadores. La restitución del niño a su madre haría cesar la ilegalidad en que se encuentra basada en todos los hechos invocados y probados y la innegable connivencia entre los órganos administrativos y los judiciales.

Asimismo, se encuentran pendiente de cumplimiento las siguientes reparaciones:

1. Determinar la guarda y la situación jurídica de Mariano en el plazo de un año;
2. Continuar con el proceso de vinculación entre María y Mariano;
3. Brindar gratuitamente y de forma inmediata, oportuna, adecuada y efectiva, tratamiento psicológico y/o psiquiátrico a la madre de María y a Mariano;
4. Continuar y concluir las investigaciones que sean necesarias para determinar si existe responsabilidad penal por parte de los funcionarios que llevaron a cabo el procedimiento que determinó la entrega de Mariano al matrimonio López y el inicio de oficio de las medidas cautelares que se transformaron en un proceso sobre declaración de adoptabilidad;
5. Verificar, de acuerdo con la normativa disciplinaria pertinente, en un plazo razonable, la conformidad a derecho de la conducta de los funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos relacionados con el presente caso y, establecer las responsabilidades que correspondan;
6. Realizar las publicaciones de la sentencia y el resumen oficial;
7. Pagar a María la suma establecida por concepto de beca para poder sufragar los gastos necesarios para la conclusión de su formación escolar y/o profesional en el lugar donde resida;
8. Otorgar a Mariano una beca en instituciones públicas argentinas, concertada entre el beneficiario o sus tutores legales y el Estado, para realizar estudios primarios, secundarios y superiores técnicos o universitarios, o bien para capacitarse en un oficio;
9. Adoptar las medidas necesarias para crear e implementar un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales, incluyendo jueces, defensores, fiscales, asesores y demás funcionarios de la provincia vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas y a su protección;
10. Crear un programa de capacitación a nivel de la provincia para los funcionarios que trabajen en los servicios de maternidad con el fin de que se capaciten sobre el tema del parto respetado, el consentimiento libre e informado y los mecanismos internos y convencionales sobre la adopción y guarda de niños y niñas;
11. Crear un protocolo de actuación para las maternidades para hacer frente a los embarazos de madres niñas y adolescentes, y una cartilla sobre los derechos de las madres niñas y adolescentes;

12. Pagar las cantidades fijadas en la sentencia, por concepto de gastos por tratamiento psicológico y/o psiquiátrico, indemnización por daño material e inmaterial y reintegrar las costas y gastos.

4. A modo de conclusión

Nos hemos centrado, en este texto, en un caso individual. No obstante, estamos convencidas de que la actividad desplegada en la Maternidad Martín y otros organismos oficiales que han intervenido en el caso ha sido un *modus operandi*. No aparece este como un caso singular. Sabemos de otros casos y de otras instituciones médicas públicas,² aunque también reconocemos que hay organismos de prestaciones médicas del Estado en que se respetan los derechos de las pacientes, las normas del parto respetado, el requerimiento del consentimiento informado, sus verdaderas manifestaciones de voluntad y una atención jurídica de parte de profesionales de la materia.

No nos consta que se produjo una venta del bebé y nada nos hace suponer que, a cambio de la entrega del niño, hubo una prestación dineraria o de cualquier otro tipo. Creemos que lo sucedido responde a estereotipos que vienen asociados a un grupo que cataloga y categoriza en base a prejuicios. Niña, mujer, pobre y niño fruto de un incesto. La idea que se nos viene a la cabeza es que lo hacen con el pensamiento de que había que salvar a este niño para la civilización. Estamos, antes y durante el trámite judicial, con un enorme aparato de poder, por un lado, y unas personas que sufren la vulnerabilidad en un ejemplo extremo, por otro.

Vulnerable es la persona que puede ser atacada y no posee los medios, las herramientas para hacer frente a la situación. Tiene necesidad de atención, protección. El ejercicio de los derechos procede muy pobremente en un contexto de vulnerabilidad (posibilidad objetiva y subjetiva, relacional y descriptiva de un estatus). Los vulnerables no se benefician de la misma protección. Se requieren medios procesales que garanticen el efectivo acceso a la justicia de los vulnerables. Ser escuchado; respetada su autonomía; acomodar el proceso a sus carencias (arts. 12, 13, 14.2 CIDN).

Los estereotipos de género expresan los atributos y características que debe tener la mujer/madre/maestra/cuidadora. Esas funciones estereotipadas producen discriminación y vulnerabilidad.

Nadie imaginó que esta niña, triplemente vulnerable y considerada a partir de claros estereotipos judiciales, iba a dar esta pelea. ¿Qué garantías judiciales se pueden respetar cuando el propio Poder Judicial admite la incorporación al proceso de figuras ajenas que establece la ley por el propio “descalabro jurídico”, que generaron todos los organismos públicos intervinientes en el caso?

Tenemos que pensar que todos los que tuvieron intervención en el caso de María y su hijo, conocen el derecho (y hasta lo citan), sabían lo que tenían que hacer y, sin embargo, se guiaron por esos estereotipos a lo que hemos de sumar una autopercepción por parte de los integrantes de los organismos

² Hablamos de instituciones públicas porque ignoramos lo que sucede en las privadas, pero no excluimos esa posibilidad con otras modalidades. La que padeció María tiene características específicas porque pone de manifiesto una violencia institucional de la que son víctimas personas especialmente vulnerables.

administrativos y del Poder Judicial de una ubicación superior a los pobres y vulnerables y una cierta indemnidad cuando no respetan la ley.

María ha dado una batalla formidable con sus escasas posibilidades y ha recibido innumerables malos e irrespetuosos tratamientos por parte de todos los que han resuelto su vida y la de su hijo desde un sitio que los instala como dioses del Olimpo cuando, como ella, también son sencillos mortales. No hay ninguna voz seria, fundada en derecho, en la justicia o en la ética que pueda sostener esta injusticia e impunidad.

María ha crecido en los años que han transcurrido, ve al niño, a su hijo, que no sabe que es su madre y le llama “amiga”, o por lo menos eso parece. Estudia y cursará abogacía. Es tan buena que lo único que quiere es que nada le haga daño a su hijo y por eso ha soportado lo que ha padecido en estos años.

Creemos que esta sentencia tendrá algunas consecuencias que están vinculadas a otras personas, a otras jóvenes y adolescentes que deban transitar por estos dolorosos vericuetos e injusticias. Algunas de las reparaciones que ordena la sentencia de la Corte IDH van dirigidas a ello. Tal vez, y solo tal vez, poco a poco se puedan construir organismos y tengamos un Poder Judicial que no mire primero a ver de quién se trata para decidir cómo lo resolverá.

Para María la sentencia de la Corte IDH ha sido reparadora porque le ha reconocido las luchas, los sacrificios hechos durante todo el derrotero de su dolorosa existencia. Aun así, de lo que debe hacerse, de lo que el Estado se debe hacer cargo, nada concreto se ha hecho y ya han pasado varios meses. Mientras tanto, el niño sigue viviendo con sus apropiadores, y su madre, la única madre (no la que en escritos judiciales denominan “madre biológica”), sigue esperando con paciencia y pensando en su hijo.

Para concluir, aunque sea provisoriamente, recurriremos a las palabras de la defensora general, que en su dictamen ante la CSJN dijo, refiriéndose a su representado:

[e]sa vulneración al derecho a la identidad es, sin más, la que ha tenido lugar en el caso y la que debe ser remediada a través de las autoridades competentes y con la diligencia estricta aplicable a este tipo de situaciones. Hace más de ocho años mi representado se ve privado de las relaciones familiares con su grupo de origen. De tal modo, su desarrollo personal y en sociedad se ve profundamente afectado en términos actuales, daño que incluso podría agudizarse en el futuro una vez que adquiera las herramientas para procesar el desarraigo familiar y comunitario sufrido (Expte. N° 2130/2022, caratulado “P. M.B. S/MEDIDAS PRECAUTORIAS”).

No quiero dejar de decir que este texto en un brevísimo recorte que solo da un repaso del caso. La posibilidad de que hayan sucedido estos hechos, el silencio que sobre ellos impera en Rosario, la complicidad de los medios de difusión tradicionales –a excepción del diario *El Ciudadano y la Región*– que no publicaron una letra de esta sentencia y por la que algunos periodistas fueron obser-

vados por publicar la noticia, da muestras acabadas del poder de quienes han sido partícipes directos e indirectos de los hechos.

Todo gira alrededor de prejuicios e intereses, por lo que reiteraré un párrafo que incluimos en nuestro alegato final:

Surge de las sentencias que, fundadas en la supuesta urgencia, siguen adelante y ninguno de ellos analiza la cuestión, intentando dar continuidad a un trámite con el objetivo que el niño quede con quienes ellos, por compartir una visión clasista, patriarcal y estereotipada, se encuentran en mejor condiciones de tener al niño, desconociendo los derechos de este y de su familia. ¿Mejores condiciones socioeconómicas garantizan el respeto de los derechos del niño?

Como señala García Méndez en su dictamen presentado ante la Corte IDH,

[e]n el presente caso se accede al sistema judicial a través de ‘una medida precautoria’ es decir una medida ‘inventada’ sin contenido preciso, pero que no oculta los visos de ilegalidad de la figura procesal de protección de personas del sistema tutelar, medida ampliamente cuestionada en tanto desconoce los derechos de las personas a proteger [...] Estas medidas cautelares, llamadas de protección de personas, habilitaban en la práctica, castigar la pobreza y todas sus consecuencias en la vida cotidiana de esos niños y sus familias mediante la intervención judicial coactiva. Es nada más y nada menos que la aplicación de lo que la doctrina sobre derechos del niño llama mecanismos propios de la situación irregular.

Despidos arbitrarios

Corte IDH. Caso *Bendezú Tuncar Vs. Perú*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 29 de agosto de 2023. Serie C No. 497

Por Renata Tavares da Costa¹

1. Introducción

*Somos muitos Severinos iguais em tudo na vida:
na mesma cabeça grande que a custo é que se equilibra,
no mesmo ventre crescido sobre as mesmas pernas finas
e iguais também porque o sangue, que usamos tem pouca tinta.
E se somos Severinos iguais em tudo na vida,
morremos de morte igual, mesma morte Severina:
que é a morte de que se morre de velhice antes dos trinta,
de emboscada antes dos vinte de fome um pouco por dia
(de fraqueza e de doença é que a morte Severina
ataca em qualquer idade, e até gente não nascida).
Somos muitos Severinos iguais em tudo e na sina:*

¹ Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Defensora Interamericana. Profesora en los Posgrados de Derechos Humanos y Ciencias Penales (Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro) y en el Posgrado de Advocacia Criminal (Universidade do Estado do Rio de Janeiro).

*a de abrandar estas pedras suando-se muito em cima,
a de tentar despertar terra sempre mais extinta,
a de querer arrancar alguns roçado da cinza.*²

En el caso que aquí se comenta la Corte IDH tuvo la oportunidad de discutir y sedimentar su jurisprudencia sobre la protección judicial contra el despido arbitrario. Sin embargo, decidió que no hubo violación de los derechos de la presunta víctima por parte del Estado.

¿Erró la Corte IDH? Este comentario es un intento de responder esta pregunta.

2. Los hechos. Alegatos de las partes. Marco fáctico

En octubre de 1999 la CIDH recibió una petición en la que se alegaba que el Estado peruano había violado la CADH en perjuicio del Sr. Bendezú Tuncar, empleado de la Universidad San Martín de Porres y despedido de forma arbitraria, pues había sido acusado de una falta grave consistente en falsear un documento y recibir dinero de una alumna.

En su informe de fondo, la CIDH describió como marco fáctico: i) que el Sr. Bendezú Tuncar trabajaba en la Universidad desde 1982, donde gozaba de extrema confianza de sus superiores; ii) en 1994 su hermano fue secuestrado y amenazado por estudiantes y, luego, despedido. Presentó una denuncia ante la fiscalía, sin que hasta ahora se dictara una resolución al respecto; iii) luego de lo sucedido con su hermano, el Sr. Bendezú Tuncar fue cambiado de funciones varias veces; iv) fue demitido luego de ser acusado de falsificar un recibo bancario de una alumna relacionado a la reactuación de matrícula; v) inició una acción solicitando la nulidad del despido; vi) se presentaron los recursos debidos y no fueron eficaces; y vii) la pérdida arbitraria de su empleo provocó serios daños en su plan de vida: sus hijos tuvieron que dejar la escuela, su cónyuge lo dejó y se quedó muchos años sin empleo.

Es importante recordar que la Corte IDH ya ha reconocido en varias oportunidades que el Estado peruano vivió en la década de 1990 un desarme de las estructuras legales y administrativas relacionada con la protección de los trabajadores públicos o privados. En efecto, el Tribunal sostuvo que los recursos intentados por las presuntas víctimas tuvieron lugar en un contexto de falta de independencia e imparcialidad del Tribunal Constitucional, y en un clima generalizado de ineficacia del Poder Judicial, lo cual se confirmó con la inefectividad de los recursos de amparo interpuestos por las presuntas víctimas, cuya resolución, además, careció de una debida motivación, lo que impidió saber si las autoridades judiciales evaluaron la arbitrariedad de los ceses (Corte IDH, 2017, párrs. 81, 82 y 140). Esto también se desprende del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Perú (2003).

² Cabral de Mello Neto, J. (1955). *Morte e Vida Severina*. Belén: Universidade da Amazônia. Recuperado de <https://colegiocngparanagua.com.br/wp-content/uploads/2020/07/MORTE-E-VIDA-SEVERINA.pdf>

El déficit democrático en Perú en esos años, así como las reformas económicas llevadas adelante generaron importantes pérdidas para los trabajadores, tal como se desprende de los casos “Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú” (2019) y “Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú” (2022).

En ese contexto, el 21 de marzo de 1996 una estudiante envió supuestamente dos cartas al decano de la Facultad denunciando al Sr. Bendezú Tuncar por adulterar documentos al momento de realizar el trámite de actualización de su matrícula. La Universidad inició un proceso disciplinario contra la presunta víctima, acusándolo de haber incurrido en las faltas graves previstas en la Ley de Fomento de Empleo Decreto Supremo No. 05-95-TR.

El Sr. Bendezú Tuncar inició tres procesos judiciales: i) Acción de Nulidad por Despido (si bien en primera instancia se hizo lugar a la demanda, considerando su participación en actividades sindicales y la invalidez del documento utilizado para acusarlo, ante la apelación de la demandada, las instancias superiores revocaron dicha sentencia); ii) Solicitud de Indemnización por Despido Arbitrario: fue rechazada por las instancias judiciales ante el reconocimiento de la caducidad del derecho de acción; y iii) Solicitud de Indemnización por Daños y Prejuicio: el Juzgado Laboral no hizo lugar a la demanda, pues reconoció la naturaleza civil de la demanda y declaró su incompetencia.

La CIDH y los representantes de la víctima adujeron que estos hechos violaron los derechos de defensa, la presunción de inocencia, la legalidad, el derecho a un recurso efectivo, la protección contra el despido arbitrario y el derecho al honor de la presunta víctima.

3. La sentencia de la Corte IDH

El Estado peruano presentó cuatro excepciones preliminares que fueron rechazadas por la Corte IDH citando su jurisprudencia ya debidamente sedimentada vinculada a que el Estado no las había presentado en el momento oportuno, por lo que se aplicó el principio del *estoppel* (Corte IDH, 2023, párrs. 20-25).

Sobre la competencia para juzgar la violación del artículo 26 de la CADH, la Corte IDH se remitió a su jurisprudencia anterior sobre la justiciabilidad de los DESCAs, reafirmando su competencia para evaluar el derecho al trabajo y la estabilidad laboral.

La CIDH y los peticionarios afirmaron que los órganos del sistema judicial peruano no realizaron una revisión que permitiera evitar las violaciones del principio de la presunción de inocencia y del derecho de defensa. Los tribunales, según ellos, subvirtieron la carga de la prueba, violando la presunción de inocencia.

Ninguna de las decisiones judiciales realizó un análisis de fondo, o sea, de las razones por las cuales el Sr. Bendezú Tuncar había incurrido en falta grave, lo cual constituyó una violación del derecho a la motivación de las decisiones y al principio de la legalidad.

Otro punto importante de la argumentación de la CIDH y de los peticionarios se basaba en la afiliación del Sr. Bendezú Tuncar al sindicato y la persecución que su hermano Cornelio también estaba sufriendo, lo cual sumado a los cambios de funciones constituían una desviación de poder. La ausencia de prueba idónea de la falta grave es otro argumento que consolida la idea de desviación de poder.

No obstante, la Corte IDH sostuvo que solamente iba a evaluar las conductas de las autoridades judiciales, o sea, los derechos y garantías judiciales, en especial, el recurso efectivo y el juez competente.

En relación con el recurso efectivo, el Tribunal recordó su jurisprudencia respecto de que los recursos deben poder reparar las violaciones invocadas y no se deben reducir a una mera formalidad. Los recursos judiciales, a su vez, deben observar las garantías del debido proceso, como el artículo 8.2 de la CADH, que se aplican no solo en los procesos penales, sino también en el ámbito civil, laboral y constitucional.

El análisis de la Corte IDH se basó en: i) si el Sr. Bendezú Tuncar contó con recurso judicial apto; y ii) si en el trámite se observaron las garantías judiciales.

El Tribunal afirmó que ninguna de las partes cuestionara la ausencia de normativa interna para la debida protección al trabajador, por lo que concluyó que Perú tiene y tenía un sistema legal que preveía modos de reparación en casos de despido injustificado (Corte IDH, 2023, párr. 111).

Por otro lado, los Estados pueden, según el Tribunal, establecer presupuestos o criterios de admisibilidad de los recursos internos de carácter judicial o de otra índole. En función de eso sostuvo:

125. La Corte nota, entonces, que la primera decisión (sobre la alegada nulidad del despido) efectuó un examen del alegato del señor Bendezú de que su despido resultaba nulo de acuerdo con la legislación interna. Por tanto, el señor Bendezú contó con un recurso judicial que fue apto para abordar su reclamo. Por otra parte, más adelante, al presentar la acción por daños y perjuicios, el señor Bendezú reconoció que su despido había sido arbitrario, no nulo. De ello se infiere que, en su primera acción, no habría escogido el mecanismo judicial idóneo. Con relación a lo anterior, no puede afirmarse que el recurso fuera inefectivo. En cualquier caso, este Tribunal ha establecido que no puede concluirse la inefectividad de acciones judiciales sólo por el hecho de que no tuvieron la conclusión deseada por la persona demandante.

126. Las otras dos acciones judiciales iniciadas por el señor Bendezú fueron rechazadas con base en sendas determinaciones judiciales sobre el tiempo útil para intentar la acción y la competencia del órgano judicial. Se trata de aspectos de derecho interno y su interpretación [...] el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo, una vulneración al derecho a un recurso eficaz.

128. [...] en relación con la caducidad del plazo legal y la falta de competencia de los dos recursos intentados por el señor Bendezú antes referidos, no corresponde a la Corte Interamericana determinar si la presunta víctima satisfizo o no los requisitos procesales de las acciones que presentó. Este Tribunal no efectúa una valoración al respecto, pero sí advierte, a la luz de lo dicho, que no puede darse por acreditado que el Estado negara al señor Bendezú la posibilidad de acceder a la justicia.

4. Observaciones críticas

La hipótesis sostenida por la presunta víctima desde los primeros momentos fue que su despido resultó de una imputación consistente en una falta grave: falsear un documento con fines de favorecimiento personal.

Si la Universidad le imputó una conducta que incluso puede ser considerada delito, el imputado tiene el derecho de defenderse. En este caso, bastaba un examen grafo-técnico para probar si el Sr. Bendezú Tuncar había o no falseado el recibo. Pero la Universidad no presentó el original. ¡Y Bendezú Tuncar no pudo defenderse!

Esa no es una opinión personal. En el primer proceso de nulidad de despido se reconoció que la ausencia de la prueba, o sea, del recibo falseado, fue utilizada de forma importante para alegar que su despido estaba motivado por su parentesco con su hermano Cornelio y por sus actividades sindicales.

Acá reside la gran cuestión del caso: la Corte IDH no hizo una evaluación de fondo sobre los recursos judiciales y el comportamiento de las autoridades que no discutieron la no presentación de la prueba de una falta grave.

Es importante recordar la jurisprudencia sobre recursos efectivos mencionada en la propia sentencia:

114. La Corte ha explicado que el artículo 25 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo ante juez o tribunal competente. El cumplimiento del artículo 25 de la Convención requiere, entonces, que los recursos judiciales tengan efectividad, es decir, que “den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley y que el análisis por la autoridad competente no se reduzca a una mera formalidad, sino que examine las razones invocadas por el demandante y se manifieste expresamente sobre ellas”. Sin perjuicio de lo anterior, el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo una vulneración al derecho a un recurso eficaz, pues “podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado”.

Infelizmente, la Corte IDH, ante una acusación tan seria, capaz de dejar a un trabajador sin empleo por muchos años, se limitó a hacer una evaluación formal sin revolver las razones invocadas por el Sr. Bendezú Tuncar, que estaban íntimamente relacionadas a la necesidad de proteger a la parte más débil del contrato de trabajo, que sería el trabajador. Es esa disparidad de las partes la que justifica la intervención del Estado para establecer condiciones dignas de trabajo y de despido con fines de compensar la desigualdad económica.

La especial necesidad de protección del trabajador, a su vez, reposa en la dependencia y subordinación a las órdenes del empleador y la dependencia económica. Las normas del derecho al trabajo disponen que no basta al empleador con pagar los salarios debidos.

Como sostiene Teixeira Filho,

Mientras que en los contratos privados suelen estar en juego valores económicos y, como excepción, pueden verse afectados, normalmente de forma indirecta, los patrimonios personales de los contratantes, en los contratos de trabajo el trabajador, debido a la situación de dependencia personal en la que se encuentra, arriesga permanentemente sus bienes personales más preciados (vida, integridad física, honor, dignidad, etc.) (2000: 653, traducción propia).

En ese contexto, una de las facetas de la protección es justamente la limitación del poder unilateral e injustificado del empleador de despedir empleados. La más evidente razón es la abrupta pérdida de las fuentes de subsistencia.

Por otro lado, y no menos importante, el trabajo remunerado del Sr. Bendezú Tuncar era la única fuente de ingreso, el único patrimonio disponible y el único camino para obtener acceso a los bienes básicos de la subsistencia suya y la de su familia. Es lo que le permitía construir su espacio social y su plan de vida. O, de otra forma, es el punto de partida para el goce de muchos otros derechos previstos en la CADH.

Esos ya son motivos suficientes para justificar la injerencia del Estado a través de normas de protección del trabajador, especialmente con relación al despido arbitrario. Cuando el empleador abusa del derecho de aplicar sanciones disciplinarias se produce un acto antijurídico.

En ese sentido, se configura un despido abusivo cuando

el empresario no actúa en ejercicio de un interés legítimo, justo y normal, y realiza un acto que excede los límites del instituto, que repugna al sentimiento de justicia y moralidad, con una desviación evidente de los fines a los que se dirige el poder de dirección y organización (Wandelli, 2004, 349).

En síntesis, es arbitrario todo despido que no esté justificado en aspectos objetivos, tales como la extinción de la empresa, comprobada crisis económica, falta disciplinaria, etc.

En el campo del derecho internacional inicialmente es necesario recordar que la violación de los DESCAs es generada por acción u omisión de los Estados. Sin la efectividad de los DESCAs, los derechos civiles no pasan de categorías formales (Piovesan, 1996: 162). La referencia normativa internacional sobre despido arbitrario es el Convenio 158 de la OIT.³

³ Artículo 4: No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Artículo 5: Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: (a) la afiliación a un sindicato o la

Es decir, ¡había ley, había un sistema judicial, solo no hubo voluntad! Una desproporcional evaluación entre el derecho que estaba en juego y el derecho del Estado de imponer restricciones a las acciones laborales.

5. Conclusión

*Esta cova em que estás, com palmos medida
 É a conta menor que tiraste em vida
 É a conta menor que tiraste em vida
 É de bom tamanho, nem largo nem fundo
 É a parte que te cabe deste latifúndio
 É a parte que te cabe deste latifúndio
 Não é cova grande, é cova medida
 É a terra que querias ver dividida
 É a terra que querias ver dividida
 É uma cova grande pra teu pouco difunto
 Mas estarás mais ancho que estavas no mundo
 Estarás mais ancho que estavas no mundo
 É uma cova grande pra teu defunto parco
 Porém mais que no mundo te sentirás largo*

participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; (b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; (c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; (d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; (e) la ausencia del trabajo durante el permiso por maternidad. Artículo 6: 1. La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. 2. La definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del presente artículo serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio.

Artículo 9: 1. Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada. 2. A fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio deberán prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas: (a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del presente Convenio; (b) los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales. 3. En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio.

*Porém mais que no mundo te sentirás largo
É uma cova grande pra tua carne pouca
Mas à terra dada, não se abre a boca
É a conta menor que tiraste em vida
É a parte que te cabe deste latifúndio
É a terra que querias ver dividida
Estarás mais ancho que estavas no mundo
Mas à terra dada, não se abre a boca.
Chico Buarque, *Funeral de um Lavrador**

La Corte IDH en los últimos años avanzó mucho en la protección de los DESCAs y las obligaciones de los Estados al respecto. En relación con el derecho al trabajo, mucho falta aún. La importancia del derecho al trabajo y la protección contra el despido arbitrario debe permitir evaluar mejor la forma como el sistema de justicia actúa. Una mera formalidad de cuál sería la acción puede ser un obstáculo para la decisión sobre la arbitrariedad del despido.

Los Estados pueden, claro, determinar requisitos formales de admisibilidad de las demandas o de los recursos. Pero, ellos no pueden limitar el análisis de un hecho tan grave como el apuntado en el caso concreto.

Los sistemas judiciales nacionales e internacionales necesitan establecer una relación de confianza con sus usuarios. Eso implica una actuación importante e imparcial, que sea capaz de evaluar los principales puntos de discusión. Lo que no se hizo en el caso del Sr. Benezú Tuncar. Para él, no hubo justicia.

Referencias bibliográficas

- Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). Informe final, Recuperado de <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/>
- Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C No. 344.
- Corte IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394.
- Corte IDH. *Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de febrero de 2022. Serie C No. 448.
- Piovesan, F. (1996). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad.
- Teixeira Filho, J. L. (2000), Dano moral. En Sussekind et al. *Instituições do Direito do Trabalho*, vol. I. São Paulo: LTr.
- Wandelli, L. V. (2004). *Despedida Abusiva*. São Paulo: LTr.

Estereotipos de género. Derecho a la salud sexual. Violencia obstétrica

Corte IDH. *Caso Rodríguez Pacheco y otra Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2023. Serie C No. 504

Por Mariano Patricio Maciel¹

1. Introducción

La violación de los derechos humanos es vasta, cotidiana, sostenida y, en muchos casos, permanece ignorada o admitida tácitamente. Es visible para quien quiera hacerlo. El volumen de esas violaciones es diverso en su extensión y en su profundidad.

El caso que analizaré a continuación se relaciona con la responsabilidad internacional que cabe asignarle al Estado de Venezuela por no haber investigado y, en su caso, sancionado a quienes habrían sido los autores de actos de mala praxis médica, pudiéndole haber ocasionado a la víctima violencia obstétrica, vulnerando así sus derechos humanos a la salud y a la integridad física en contexto de salud reproductiva y materna.

¹ Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional N° 5, a cargo de la Unidad de Actuación N° 2 ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. Co-Titular del Programa contra la Violencia Institucional de la Defensoría General de la Nación. Defensor Público Interamericano que intervino en el caso como representante de la víctima junto a la Dra. Rocío de Roux, Defensora Pública Interamericana de Panamá en un primer momento y, dada su posterior renuncia, junto al Dr. Edgar Meléndez Soto, Defensor Público Interamericano de Guatemala. Maestrando en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA).

Se trata, así, de un caso en el cual la víctima es una mujer y los sufrimientos por ella padecidos ocurrieron en el contexto de dar a luz un hijo en una institución sanitaria privada. Presentaba un embarazo de alto riesgo para su salud por habersele detectado la existencia de placenta previa, por lo que se decidió realizar el parto por cesárea. Durante esta intervención, se comprobó que la mujer presentaba un acretismo placentario (la placenta estaba adherida al útero), por lo cual requería atención médica especializada, capaz de abordar la evidente gravedad del caso. Sin embargo, las alegadas malas praxis médicas y la posible ocurrencia de violencia obstétrica causaron muy graves problemas y daños a la salud de la víctima.

En la sentencia dictada en el caso, la Corte IDH analizó a la luz de la perspectiva de género los deberes reforzados estatales de prevención, investigación y eventual sanción de los responsables por ilícitos comportamientos respecto de la salud y la integridad personal de las mujeres en contexto de salud reproductiva y materna, sea que estos hayan ocurrido en hospitales estatales o en clínicas privadas.

2. Los hechos del caso

El 13 de agosto de 1998 en el Estado Lara, Venezuela, un médico obstetra realizó una cesárea en una clínica privada a Balbina Francisca Rodríguez Pacheco, que era médica general y familiar, sin practicarle la histerectomía (ablación del útero) que la urgencia requería para conjurar las complicaciones que estaba sufriendo la nombrada al momento del parto (hemorragias que comprometían su salud y su vida producto del acretismo placentario) y que la propia mujer solicitaba.

A esa primera mala praxis médica y posible violencia obstétrica se agregaron luego otras malas prácticas por parte de otros tres médicos intervinientes que le produjeron a la víctima otras posteriores gravísimas complicaciones a su salud.²

El 18 de enero de 1999 la señora Rodríguez Pacheco formuló una denuncia penal para que fueran investigados los comportamientos de los cuatro médicos, la cual finalizó más de trece años después con la declaración de la prescripción de la acción respecto de todos los indicados facultativos.

En la tramitación de la causa, según pudo comprobarse, algunas de las resoluciones dictadas resultaban incompletas o no cumplían con el deber de motivación; los fiscales en varias oportunidades no concurrieron a las audiencias que se fijaban, lo que impedía su prosecución; una fiscal dispuso de modo arbitrario la reserva del expediente durante 760 días frente a los 20 días como máximo que le permitía el ordenamiento procesal, lo que a su vez le impedía a la denunciante conocer el estado de las actuaciones; la fiscalía solo había formulado acusación contra el cirujano principal y sin brindar

² Las posteriores intervenciones produjeron a la víctima nuevas hemorragias; una histerectomía parcial; el tironeo y arrancamiento manual de la placenta; la remoción del cuello uterino; la perforación y ruptura de los conductos urinarios; la colocación de catéteres especiales sustitutivos; la remoción prematura de esos catéteres por parte de otro médico; y la fijación de la vejiga en el músculo psoas (en la parte anterior del muslo), por haberse destruido los ligamentos en ocasión de una de esas cirugías. Como consecuencia de todas esas intervenciones médicas la víctima padeció incapacidad para controlar los esfínteres, caminar, autovalerse, trabajar y cuidar a sus hijos.

ningún tipo de motivación no emitió ningún dictamen respecto de los otros tres médicos, todo lo cual implicó que la víctima se viera necesitada de articular una serie de recursos judiciales para lograr una acusación completa, con el consecuente retraso en la tramitación de la investigación.

El 20 de marzo de 2012 fue declarada la prescripción extraordinaria de la acción penal de todos los médicos imputados y el consecuente sobreseimiento de la causa. Dicho pronunciamiento fue apelado por la señora Rodríguez Pacheco y al ser rechazado el recurso interpuesto, quedó firme el 24 de febrero de 2013.

Es de interés hacer notar que la causa penal que previamente a su sobreseimiento tramitó a lo largo de más de trece años, dados los impedimentos procesales de toda índole que fueron obstaculizando su avance –pese al máximo esfuerzo y a todas las acciones y articulaciones recursivas realizadas por la señora Rodríguez Pacheco junto con su madre, Aura Pacheco Briceño, también abogada– nunca superó la etapa instructoria.

3. La sentencia de la Corte IDH

3.1. Consideraciones iniciales

La Corte IDH concluyó en su sentencia que el Estado es responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, en relación con los artículos 5.1 y 1.1 del mismo instrumento, así como del artículo 7.b), f) y g) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

El Tribunal expresó que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos y que por eso todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente; entendida la salud, no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral (Corte IDH, 2023, párr. 113).

Asimismo, se refirió como ya lo había hecho en varios otros casos a la procedencia de la justiciabilidad directa del derecho a la salud, dando interpretación a los alcances del artículo 26 de la CADH y derivando ese derecho de la Carta de la OEA y de la DADH (Corte IDH, 2023, párr. 114).

Por otra parte, recordó que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la CADH. En consecuencia de ello, debe tenerse presente que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de esa regulación (Corte IDH, 2023, párr. 114).

Dijo también el Tribunal que el derecho a la salud sexual y reproductiva es parte del derecho a la salud y que se relaciona con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación. Además, se refiere al acceso tanto a servicios de salud reproductiva como a la información, la educación y los medios que les permitan a las personas ejercer su derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos que se desea tener y el intervalo de nacimientos (Corte IDH, 2023, párr. 101).

Sostuvo, igualmente, que los Estados deben brindar políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado adecuadamente para la atención de los nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y posparto adecuados, e instrumentos legales y administrativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna (Corte IDH, 2023, párr. 105).

Por último, hizo mención a que, en la actualidad, en el marco de la atención médica y el acceso a los servicios de salud, las mujeres siguen siendo vulnerables a sufrir violaciones a sus derechos sexuales y reproductivos, y que esto ocurre en la mayoría de los casos a través de prácticas discriminatorias que son consecuencia de la aplicación de estereotipos en su perjuicio.

3.2. Los estereotipos de género

La Corte IDH se pronunció respecto de lo que consideraba “estereotipos de género” en los siguientes términos:

El estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes (Corte IDH, 2023, párr. 108).

Expresó, seguidamente, que la creación y uso de estereotipos se convierte así en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.

Es dable destacar que la sentencia en ese mismo párrafo mencionó que la relación particular de poder que pueda darse entre el médico y la paciente, puede verse exacerbada por las relaciones desiguales de poder que históricamente han caracterizado a hombres y mujeres, así como por los estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes que constituyen de forma consciente o inconsciente la base de prácticas que refuerzan la posición de las mujeres como dependientes y subordinadas. Por eso, la obligación de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer lleva ínsita la obligación de eliminar la discriminación basada en estereotipos de género.

3.3. El derecho a la salud garantizado por los Estados también respecto de empresas privadas

Otra cuestión que estimo de interés poner de resalto, teniendo en cuenta que los alegados actos de mala praxis médica y de posible violencia obstétrica ocurrieron en una clínica privada, es lo expresado en la sentencia de la Corte IDH que aquí se examina concerniente a la responsabilidad que tienen los Estados de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de servicios de salud tanto por organismos públicos como por parte de empresas privadas.

Así, es posible atribuir responsabilidad a los Estados por la vulneración del derecho a la salud en escenarios donde la violación hubiere sido cometida por una empresa privada, siempre que hubiere falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los hechos (Corte IDH, 2023, párr. 109).

Con anterioridad ya la Corte IDH había señalado en “Ximenes Lopes”, al referirse a los servicios de salud brindados por empresas privadas, que si bien los Estados pueden delegar su prestación a través de la llamada tercerización, sin perjuicio de ello mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. Expresó esa vez la Corte IDH que los Estados tienen la responsabilidad de fiscalizar la ejecución de los servicios de salud para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción (Corte IDH, 2006, párr. 96).

En la sentencia del caso que aquí se comenta el Tribunal Regional recordó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció en su Observación General N° 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, que es posible atribuir responsabilidad al Estado por la vulneración del derecho a la salud en escenarios donde la violación hubiere sido cometida por una empresa privada, siempre que hubiere falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los hechos; y que los Estados deben velar por que se investiguen y se enjuicien esas violaciones, se exijan responsabilidades a los autores, y se ofrezcan recursos a las víctimas.

Evocó también la Corte IDH lo expresado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en cuanto a que los Estados deben supervisar la prestación de servicios de salud a la mujer por las organizaciones públicas, no gubernamentales y privadas para garantizar la igualdad del acceso y la calidad de la atención (Corte IDH, 2023, párr. 109).

3.4. Sobre la violencia obstétrica

Al referirse a la violencia ejercida durante el embarazo, el parto y después del parto en el acceso a los servicios de salud, la Corte IDH ha sostenido que constituye una violación de derechos humanos y una forma de violencia basada en el género denominada violencia obstétrica.

Es de destacar la definición que sobre la violencia obstétrica dio el Tribunal Regional reiterando lo que ya antes había expuesto en el caso “Brítez Arce” (Corte IDH, 2022, párr. 81), en cuanto a que

la violencia obstétrica es una forma de violencia basada en el género prohibida por los tratados interamericanos de derechos humanos, incluyendo la Convención de Belém do Pará, ejercida por los encargados de la atención en salud sobre las personas gestantes, durante el acceso a los servicios de salud que tienen lugar en el embarazo, parto y posparto, que se expresa mayoritaria, aunque no exclusivamente, en un trato deshumanizado, irrespetuoso, abusivo o negligente hacia las mujeres embarazadas; en la denegación de tratamiento e información completa sobre el estado de salud y los tratamientos aplicables; en intervenciones médicas forzadas o coaccionadas, y en la tendencia a patologizar los procesos reproductivos naturales, entre otras manifestaciones amenazantes en el contexto de la atención de la salud durante el embarazo, parto y posparto (Corte IDH, 2023, párr. 104).

La Corte IDH se explayó con detalle sobre los alcances de la violencia obstétrica relacionándola con lo establecido en la Recomendación General N° 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, titulada “La mujer y la salud”, en la cual se había indicado que los Estados

deben situar una perspectiva de género en el centro de todas las políticas y los programas que afecten a la salud de la mujer y hacer participar a ésta en la planificación, la ejecución y la vigilancia de dichas políticas y programas y en la prestación de servicios de salud a la mujer (Comité CEDAW, párr. 31.a).

Más allá de lo expuesto por la Corte IDH sobre cómo el caso de Balbina Rodríguez Pacheco se relaciona con la violencia obstétrica, según estimo, la ocurrencia de tal forma de violencia podría ser igualmente sostenida en las siguientes puntuales razones:

- i) Fueron hechos sufridos por una mujer gestante, lo que de por sí llevaba a indagar sobre el componente de género que pudieron tener los sucesos objetos del caso;
- ii) El contexto en el cual ocurrieron: el nacimiento de un hijo tras un embarazo de alto riesgo y las complicaciones sucedidas durante el parto dada la placenta previa y la placenta ácreta;
- iii) Los daños en la salud reproductiva: los tironeos para extraer la placenta, la ruptura uterina en la pared posterior-secundaria a la mencionada maniobra de tironear, la falta de sutura del útero, la negativa a realizar la histerectomía solicitada por la mujer por propia voluntad y las complicaciones que esa decisión negativa trajo como consecuencias, las llamadas morbilidades maternas, que causaron gravísimos perjuicios en los órganos reproductivos de la señora Rodríguez Pacheco y en su autonomía reproductiva;
- iv) Los otros daños generados y su extensión: daños en el sistema urinario, internación prolongada en cuidados intensivos, la pérdida de movilidad y de su autonomía física que afectaron su salud corporal y le generaron severas discapacidades y dependencias. También daños a la salud mental de la mujer debido a los enormes padecimientos vivenciados en un momento de alta vulnerabilidad emocional y física por el proceso vital atravesado (embarazo, parto y puer-

perio), las complicaciones y daños sufridos en su cuerpo y el abrupto e involuntario necesario distanciamiento de su hijo recién nacido;

- v) La irrelevancia dada a la voluntad de la mujer: la señora Rodríguez Pacheco era la principal afectada e interesada en los procedimientos médicos que le estaban aplicando y con conocimiento y conciencia de la situación de riesgo de vida en que se hallaba en esos momentos, a partir de su propio saber como mujer y médica, pidió conforme su decisión personalísima que el cirujano interviniente en la cesárea le hiciera la histerectomía. Sin embargo, su voluntad fue despreciada por el médico, que hizo lo que él quiso por encima de la voluntad de la mujer y de los protocolos sanitarios; y
- vi) La negación de la autonomía reproductiva: desoír la voluntad, la decisión y la petición de la mujer implicó la exclusión de su poder de control y determinación sobre su cuerpo, su salud y su plan de vida en materia de ejercicio de sus derechos reproductivos. Así, se le denegó a la señora Rodríguez Pacheco su autodeterminación como mujer sobre su actual proceso reproductivo y sobre los posibles procesos reproductivos futuros; en particular, su derecho a no reproducirse más.

3.5. Acceso a la justicia en casos de violencia obstétrica.

Derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial

La Corte IDH en el párrafo 98 de la sentencia en análisis se refirió a los alcances que debe darse al artículo 25.1 de la CADH y expresó que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino que el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial sean “verdaderamente efectivos para establecer si ha habido una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación”.

Por ello, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que, para que puedan considerarse efectivos, deben reconocer y resolver los factores de desigualdad real de los justiciables, dando resultados o respuestas a las violaciones de los derechos humanos contemplados en la CADH.

También hizo mención el Tribunal regional al acceso a la justicia en casos vinculados con la violencia obstétrica, en los siguientes términos:

[e]n casos de violencia contra la mujer, como lo es la violencia obstétrica denunciada en el presente caso, la Corte ha afirmado que resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección. Así, en estos casos, las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la CADH se complementan y refuerzan, para aquellos

Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En este sentido, el artículo 7 de la referida Convención exige de los Estados una actuación orientada a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, a través de la adopción de una serie de medidas y políticas públicas (Corte IDH, 2023, párr. 106).

Refiriéndose luego a casos en que podría existir violencia obstétrica, aun tratándose de actores no estatales, la Corte IDH sostuvo que los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos de denuncia oportunos, adecuados y efectivos que reconozcan dicho comportamiento como una forma de violencia contra la mujer, investigar los hechos con la debida diligencia, sancionar eventualmente a los autores de dicha violencia y proveer a la víctima con un efectivo resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (Corte IDH, 2023, párr. 112).

En el caso de la señora Rodríguez Pacheco la Corte IDH concluyó que las múltiples irregularidades ocurridas en el marco del procedimiento penal que condujeron a la prescripción de la acción penal provocaron que el Estado incumpliera con su obligación de velar por que este tipo de violencia contra la mujer fuera investigada y se proveyera a la víctima con un mecanismo que permitiera enjuiciar en un plazo razonable a la persona o personas responsables, se exigieran las correspondientes responsabilidades y se le otorgara una efectiva reparación del daño (Corte IDH, 2023, párr. 137).

Expresó también el Tribunal regional que la investigación deficiente de un alegado acto de violencia obstétrica tiene un impacto desproporcionado en las mujeres, dado que omite esclarecer afectaciones que les ocurren derivadas de procedimientos de salud materna y reproductiva obstétrica y, de este modo, se propicia un ambiente de impunidad, a la vez que transmite un mensaje según el cual este tipo de violencia contra las mujeres puede ser aceptada como algo normal en la vida cotidiana.

De esta manera, la Corte IDH señaló que la deficiencia en investigar los actos de violencia obstétrica por parte del Estado favorece su perpetuación, a la vez que genera un sentimiento de inseguridad en las mujeres y una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia.

Así, teniendo en consideración la doctrina expresada por la Corte IDH en la sentencia comentada, debe considerarse fundamental en las políticas públicas de salud de los Estados prevenir la violencia obstétrica mediante un enfoque integral. Dicho enfoque debe comprender la sensibilización de los profesionales de la salud mediante los correspondientes programas de estudio; la implementación de protocolos adecuados y la promoción de un enfoque con perspectiva de género, para que las mujeres reciban una atención médica respetuosa, informada y teniendo en cuenta sus necesidades y preferencias individuales durante el embarazo, el parto y el postparto. También la necesidad de generar campañas de información y docencia en los ámbitos públicos y privados de la salud respecto de no tolerar más actos de violencia obstétrica; y en caso de su ocurrencia, la obligación de denunciarlos para que sean investigados y de corresponder se sancionen y se reparen debidamente los daños causados a las víctimas.

Referencias bibliográficas

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1999). Recomendación General N° 24, *La mujer y la salud*.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Corte IDH. *Caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2022. Serie C No. 474.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Pacheco y otra Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2023. Serie C No. 504.

Restitución de NNyA. Plazo razonable

Corte IDH. Caso Córdoba Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de septiembre de 2023. Serie C No. 505

Por Sofía Ansalone,¹ Emilia Gortari Wirz² y Nieve Rubaja³

1. Introducción

La sentencia que aquí comentamos fue la primera en la cual este tribunal de derechos humanos se pronunció sobre la responsabilidad internacional de un Estado por la presunta violación de derechos amparados por la CADH en relación con un caso de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes (NNyA).

La oportunidad ha sido aprovechada para establecer importantes estándares en relación con la duración de los procesos de restitución internacional de NNyA y la vulneración de derechos humanos que conllevan las demoras. Asimismo, conforme profundizaremos a continuación, sus lineamientos pueden considerarse una llamada de atención para muchos países de la región, así como una invitación

1 Abogada (UBA). Auxiliar docente de Derecho Internacional Privado (UBA y UNDAV). Colaboradora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la preparación de sumarios para el sitio web www.incadat.com

2 Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Internacional Privado (UBA). Auxiliar docente de Derecho Internacional Privado (UBA y UNDAV). Colaboradora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la preparación de sumarios para el sitio web www.incadat.com.

3 Profesora adjunta de Derecho Internacional Privado (UBA, UNPAZ Y UNDAV). Miembro de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en materia de Derecho Internacional Privado. Corresponsal del sitio www.incadat.com de la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional Privado. Vicepresidenta académica de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

a seguir reflexionando sobre esta problemática en pos de encontrar –e implementar– soluciones efectivas contra las demoras en los procesos de restitución internacional de NNA.

2. Antecedentes del caso

El caso involucra a un niño argentino, D., que había sido trasladado ilícitamente por su madre a Paraguay cuando tenía un año y once meses de edad. En ese país se ordenó la restitución del niño a la Argentina, pero al momento de ejecutar la sentencia las autoridades locales no lograron localizar a la madre ni al niño. Transcurrieron casi diez años hasta que INTERPOL logró encontrarlos en la misma ciudad donde se habían radicado al llegar a Paraguay. Luego de algunos intentos infructuosos por revincular al niño con su padre a los fines de ejecutar la orden de restitución, se dictó una medida cautelar que establecía la permanencia del niño en Paraguay.

Según surge del informe de fondo de la CIDH, las autoridades paraguayas, tras dictar la orden de restitución, no habían adoptado medidas de protección para prevenir el ocultamiento del niño (CIDH, 2020, párr. 148) y, una vez materializado este hecho, no actuaron con la debida diligencia para dar con su paradero y ejecutar la orden de restitución (*Idem*, párrs. 143 y 150). Se observó que

la demora en la ejecución de la restitución conllevó una modificación de las circunstancias, lo cual hizo necesario que las autoridades realizaran una evaluación de la afectación que podría tener en los derechos de D. la ejecución de la restitución dado el transcurso del tiempo (*Idem*, párr. 152).

Además, se consideró que “el Estado no realizó los esfuerzos necesarios para lograr efectivamente construir un régimen de relacionamiento que pudiera contribuir a lograr la ejecución de la sentencia de restitución internacional” (*Idem*, párr. 160). Finalmente, la CIDH llegó a la conclusión de que el Estado paraguayo no había actuado diligentemente ni con la celeridad requerida para garantizar los derechos del niño D. y de su padre y que, por ende, el Estado era responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, garantías judiciales, vida privada, protección de la familia, derechos de la niñez y protección judicial.

Luego de reiteradas prórrogas a fin de que el Estado cumpliera con las recomendaciones efectuadas, y atento al fracaso del plan de revinculación entre D. y su padre y a que las partes no habían logrado llegar a un acuerdo respecto de la reparación pecuniaria, se decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

3. Consideración previa

Al someter el caso a la jurisdicción de la Corte IDH, la CIDH identificó como presuntas víctimas tanto al Sr. Córdoba como a su hijo D., alegando una serie de violaciones a los derechos reconocidos en la CADH en perjuicio de ambos. Sin embargo, la Corte IDH observó que D. no tenía conocimiento ni había participado en ninguna etapa del proceso ante la CIDH.

Por esa razón, la Secretaría de la Corte IDH, siguiendo las indicaciones de su presidente, se contactó con D. a fin de informarle sobre el trámite del caso y pedirle que indicara si deseaba ser parte del proceso en calidad de presunta víctima. En respuesta a la comunicación del tribunal, D. manifestó que “en ningún momento [se ha] sentido ‘[v]íctima’ [...] del Estado Paraguayo, en cuanto al caso que atañe a la Restitución internacional que dio inicio el señor Javier Córdoba” (Corte IDH, 2023, párr. 15).

La Corte IDH señaló que, si bien el SIDH permite que cualquier persona presente peticiones e incluso que lo haga de oficio la CIDH en aras a la protección del interés público, a medida que avanza el proceso de una petición individual se requiere en mayor medida la participación de las personas afectadas. De manera que, una vez que un caso arriba al tribunal, es necesario el consentimiento de la/s presunta/s víctima/s para ser parte del proceso, puesto que su participación –por sí mismas o a través de sus representantes– es indispensable.

De conformidad con lo anterior, y en atención a lo manifestado por D., se decidió que este no sería considerado como presunta víctima en el caso. En consecuencia, la Corte IDH no analizó los argumentos relativos a la presunta violación del artículo 19 de la CADH, aunque sí hizo referencia a normas y principios que integran el *corpus iuris* internacional en materia de derechos de la niñez, por ser un asunto estrechamente relacionado con el objeto del litigio (Corte IDH, 2023, párr. 88).

Téngase presente que, al momento de ser consultado por la Corte IDH, D. estaba cerca de cumplir la mayoría de edad. Durante la mayor parte del trámite internacional del proceso no había sido escuchado, a pesar de lo dispuesto en el artículo 12 de la CDN y de la jurisprudencia constante de la Corte IDH respecto del derecho que tienen los NNyA que estén en condiciones de formarse un juicio propio a expresar su opinión y a que esta sea debidamente tomada en cuenta en todos los asuntos que los/as afecten.

En particular, la Corte IDH manifestó su preocupación por el hecho de que la CIDH no hubiera escuchado a D. en el año 2017 –al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad del caso–, en el año 2019 –cuando se dictaron medidas cautelares–, en el año 2020 –cuando se aprobó el Informe de Fondoni en el año 2022 –cuando decidió someter el caso a la jurisdicción de ese Tribunal–. Debe considerarse que D. tenía 13 años en 2017 y 15 años en 2019, por lo que, en palabras de la Corte IDH “contaba con un mayor nivel de autonomía personal para formarse un propio juicio, lo cual le hubiese permitido ejercer sus derechos de manera progresiva” (Corte IDH, 2023, párr. 68).

4. Análisis de fondo

4.1. Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial

En primer lugar, la Corte IDH procedió a analizar la garantía del plazo razonable (art. 8.1 CADH) y el deber de los Estados de ejecutar las decisiones y sentencias definitivas emitidas por autoridades competentes (art. 22.2.c CADH). Para ello, tuvo en cuenta que los procedimientos administrativos y judiciales que involucran la protección de los derechos de la niñez deben ser tramitados con diligencia y celeridad excepcional para que “la situación de incertidumbre se mantenga por el menor tiempo posible y genere el menor impacto en la integridad física, psíquica y emocional del niño o la niña y de su núcleo familiar” (Corte IDH, 2023, párr. 79).

Respecto del plazo razonable, el Tribunal recordó que debe analizarse en cada caso concreto y que son cuatro los elementos que deben considerarse para determinar si se cumplió o no con dicha garantía en un caso concreto: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la presunta víctima (Corte IDH, 2023, párr. 82). Teniendo ello presente, analizó, por un lado, el trámite seguido por las autoridades paraguayas hasta el dictado de la sentencia definitiva de restitución y, por el otro, el trámite dirigido a la ejecución de dicha sentencia.

De acuerdo con el voto de la mayoría, el proceso hasta el dictado de la sentencia de restitución se llevó a cabo en un plazo razonable, toda vez que transcurrieron ocho meses desde que se solicitó la restitución internacional de D. hasta que se dictó sentencia definitiva.⁴ No obstante, se aclaró que este plazo no puede concebirse como un estándar para valorar la duración de todos los procesos de restitución. Ello se debe a que en

los procesos de restitución internacional se debe evaluar en cada caso concreto la actuación de las autoridades y los periodos de inactividad procesal, conforme al marco jurídico sobre la materia, teniendo en cuenta que, tanto el Convenio de La Haya como la Convención Interamericana establecen plazos reducidos para el trámite de este tipo de asuntos, en atención al impacto que su duración puede causar en los derechos de los niños y las niñas (Corte IDH, 2023, párr. 86).⁵

4 Cabe destacar que los jueces Pérez Manrique, Ferrer Mac-Gregor Poisot y Mudrovitsch discrepan sobre este punto, ya que entendieron que no puede considerarse en abstracto un plazo de ocho meses como razonable. Por el contrario, aseveran que es menester exigir al Estado paraguay y al resto de los Estados la debida diligencia y atención para que estos procesos se tramiten en los términos que se han obligado internacionalmente a cumplir (Corte IDH, 2023, voto concurrente, párr. 44). Además, advierten que no es posible separar el proceso en etapa de conocimiento y etapa de ejecución, puesto que “existe una inconsistencia lógica de considerar que el plazo se debe considerar exclusivamente respecto de la etapa de conocimiento” (Corte IDH, 2023, voto concurrente, párr. 45).

5 Sobre este punto, la Corte IDH hizo referencia al caso “Karrer” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, 2012a). Si bien se trataba de una plataforma fáctica diferente, en ese caso se había considerado que una demora de once meses en el trámite de un proceso de restitución era contraria al artículo 8 del CEDH. El TEDH estimó que los tribunales rumanos habían excedido el plazo de seis semanas que establece el Convenio de La Haya para resolver sobre la solicitud de restitución interpuesta por el padre del niño, sin aportar fundamento alguno que justifique la demora en el trámite.

Sobre el deber de los Estados de ejecutar las decisiones y sentencias definitivas emitidas por autoridades competentes, la Corte IDH señaló que “la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes adoptan una decisión, sino que se requiere que el Estado garantice su ejecución” (Corte IDH, 2023, párr. 88). Desde esta perspectiva, el Estado no estaba exonerado por el solo hecho de haber dictado una sentencia definitiva en un plazo razonable, puesto que el trámite que le siguió, destinado a hacer efectiva la orden de restitución, se prolongó de manera irrazonable, al punto que debió darse marcha atrás con la decisión.

En efecto, la Corte IDH concluyó que

la falta de diligencia y celeridad excepcional en el cumplimiento de la orden de restitución y en la adopción de medidas orientadas a construir un vínculo entre padre e hijo facilitó la consolidación de una situación ilícita en perjuicio del señor Córdoba, en violación de lo dispuesto por el artículo 25.2.c de la CADH (Corte IDH, 2023, párr. 96).

Consideramos que la decisión de la Corte IDH sienta un importante precedente en torno a las demoras en la ejecución de la orden de restitución y su vinculación con la garantía del plazo razonable, temática que sigue preocupando a la comunidad jurídica internacional.

Tan es así que entre el 10 y el 17 de octubre de 2023 se llevó a cabo la Octava reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980 y del Convenio sobre Protección de Niños de 1996. En dicha oportunidad, se trató el tema de las demoras en los procesos de restitución y en el documento preparatorio titulado “Demoras en los procedimientos de restitución de niños en virtud del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980”; a partir de las estadísticas del año 2021 se advirtió que la duración de estos no solo no ha disminuido, sino que ha aumentado. Así, en el año 2008 el trámite de un caso desde el inicio ante la Autoridad Central hasta la decisión final duraba en promedio 188 días, mientras que en el año 2021 duraba en promedio 207 días (HCCH, 2023, párr. 28). Es decir, las estadísticas demuestran que las demoras siguen siendo uno de los mayores obstáculos para el buen funcionamiento de las convenciones de restitución internacional de NNyA.

4.2. Derecho a la integridad personal, vida privada y familiar y protección de la familia

En segundo lugar, la Corte IDH se expidió sobre la presunta violación del derecho a la vida privada y familiar, amparado de manera complementaria por los artículos 11.2 y 17.1 de la CADH, en relación con la violación al deber de debida diligencia y celeridad excepcional y al deber de ejecutar las decisiones judiciales.

En este sentido, consideró que la falta de diligencia y celeridad por parte de las autoridades paraguayas

impactó el derecho a la vida privada y a la familia del señor Córdoba, en la medida en que llevó a la separación absoluta entre padre e hijo por nueve años, lo que implicó la ruptura de su vínculo e impidió el disfrute mutuo de su convivencia (Corte IDH, 2023, párr. 104).

De este modo, se puso en evidencia que el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, además de constituir un derecho humano en sí mismo, está intrínsecamente vinculado al goce pleno y efectivo de otros derechos humanos reconocidos por la CADH.

La Corte IDH comenzó recordando sus propios estándares con relación a la protección del derecho a la vida privada y familiar. En particular, señaló que “está prohibida toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida familiar por parte de terceros o del Estado, y que es deber de este último adoptar *acciones positivas y negativas* para proteger a las personas de este tipo de conducta” (el destacado nos pertenece).

A continuación, agregó que

dentro de las injerencias más severas que el Estado puede realizar en contra de la familia, están aquellas que resultan en su separación o fraccionamiento, y que dicha situación es especialmente grave cuando se afectan derechos de niños, niñas y adolescentes (Corte IDH, 2023, párr. 99).

En el presente caso, la Corte IDH reparó especialmente en lo que las autoridades paraguayas no hicieron –y debieron haber hecho– para que padre e hijo se reunieran rápidamente, de conformidad con las obligaciones positivas que derivan de los artículos 11.2 y 17.1 de la CADH. Es decir, las autoridades paraguayas estaban obligadas a adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para que padre e hijo pudieran reanudar lo antes posible la vida familiar que había sido abruptamente interrumpida por la sustracción internacional de D. y su posterior desaparición. Sin embargo, no hicieron lo que razonablemente podía esperarse de ellas, de allí que la falta de diligencia resultara en una violación al derecho a la vida privada y familiar del Sr. Córdoba.

Debe tenerse en cuenta que, en cuestiones que involucran a NNyA, el tiempo de la separación es determinante, al punto que puede causar un daño irreparable en el vínculo con sus progenitores/as. El TEDH, con relación a las obligaciones positivas que incumben a los Estados en virtud del artículo 8 del CEDH, sostuvo que

para ser adecuadas, las medidas destinadas a reunir al padre y su hijo deben establecerse rápidamente, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los padres que no viven con él (TEDH, 2012b, párr. 97).

En el caso que comentamos, D. había sido separado de su padre cuando tenía tan solo un año y once meses de edad y recién se reencontró con él una década después, cuando INTERPOL finalmente dio con su paradero. Según surge de la sentencia, en ese momento D. manifestó que “quería quedarse con su madre, pues no sabía nada de su padre, y que en Paraguay asistía a la escuela y vivía con su madre, su hermano y su ‘papá” (Corte IDH, 2023, párr. 38).

Luego de tantos años separados, era esperable que D. reaccionara de esa manera; en definitiva, para él, el Sr. Córdoba no era más que un extraño que quería alejarlo de su familia y del lugar donde se desarrollaba su vida. Eso explica el rechazo de D. a todos los intentos de revinculación con su padre, e incluso, la negativa a participar en el proceso ante la Corte IDH en calidad de presunta víctima.

Es que diez años es mucho tiempo para cualquier persona, pero más aún para un/a NNA. Cabe recordar que, en este sentido, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo: “los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños” (Comité de los Derechos del Niño, 2013, párr. 93).

En los procesos de restitución internacional de NNyA el paso del tiempo tiene un impacto negativo en los NNyA, al punto tal que puede alejar al NNyA del progenitor/a no sustractor/a y contribuir a que el/la NNyA se arraigue al entorno en el cual se encuentra, exponiéndolo/a de ese modo a un nuevo desarraigo en el caso de que se ordene el retorno al Estado de su residencia habitual.

En este sentido, se enseña que

en materia de sustracción internacional, cada día cuenta. De hecho, cada día fuera de su hogar repercute en el niño y contribuye a la intensificación del conflicto entre los padres, al deterioro del contacto entre el niño y el padre privado de él (si no ha sido excluido por completo) y a la integración del niño en el lugar [donde se encuentra sustraído] (HCCH, 2017, párr. 2).

Es por esta razón que las convenciones ponen énfasis en la inmediatez/prontitud con la cual el/la NNyA debe ser restituido/a al Estado de su residencia habitual (art. 1 del Convenio de La Haya y art. 1 de la Convención Interamericana), como una condición necesaria para alcanzar los objetivos allí perseguidos.

Debemos señalar que, en la medida que se imprima celeridad al procedimiento de restitución internacional, es probable que el vínculo entre el/la NNyA y el/la progenitor/a solicitante se mantenga inalterado. Además, mientras dure la tramitación del proceso, la autoridad interviniente puede adoptar

medidas para resguardar ese vínculo; por ejemplo, estableciendo un régimen de contacto provisorio, incluso haciendo uso de la tecnología cuando fuera necesario en atención a la internacionalidad de estos casos.

Esta posibilidad está expresamente prevista en la Guía de Buenas Prácticas sobre Contacto Transfronterizo (4.6.2). Allí se señala:

en algunos países se estima que el artículo 21 [relativo al derecho de visita] no abarca las solicitudes de contacto provisionales cursadas en espera de una decisión sobre la restitución. Esto entra también en conflicto con el principio subyacente, según el cual el derecho a mantener el contacto debe mantenerse en todo los casos siempre y cuando el niño no corra peligro (HCCH, 2010: 25).⁶

En efecto, esta posibilidad se presenta como una manera de resguardar el derecho a la vida privada y familiar, tanto del NNyA como del progenitor/a solicitante, hasta tanto se adopte una decisión sobre la procedencia de la restitución.⁷

Respecto de los casos en los que se produce una ruptura del vínculo, la Corte IDH sostuvo que los Estados tienen el deber de adoptar medidas encaminadas a propiciar y garantizar la reunificación familiar y agregó:

la reunificación familiar no solo debe entenderse como el restablecimiento de vínculos jurídicos tras separaciones arbitrarias, sino que implica la adopción de medidas a corto y largo plazo que propicien un acercamiento progresivo entre los familiares que fueron arbitrariamente separados, a través de la generación de espacios de conexión (Corte IDH, 2023, párr. 102).

6 El artículo 21 del Convenio de La Haya establece: “Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor. Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo”.

7 En los artículos 9 y 10 de la CDN se reconoce el derecho de NNyA a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, incluso si estos residen en Estados diferentes. En la misma línea, en el artículo 2 de la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños se consagra como criterio orientador el interés superior del niño, “[c]onsiderándose por tal a los efectos de la presente ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a *mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias* y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución de visita internacional” (el destacado nos pertenece).

En esta línea, recordó que el TEDH en diversos precedentes había indicado que la reunificación familiar en casos de separación es inherente al derecho al respeto a la vida familiar reconocido en el artículo 8 del CEDH, y que los Estados tienen el “deber positivo” de adoptar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible (TEDH, 2019, párr. 205 y 2018, párr. 101).

Consideramos que la aplicación de esos estándares sobre reunificación familiar en los procesos de restitución internacional de NNyA debería realizarse con cautela para no desvirtuar la naturaleza autosatisfactiva de estos últimos. En el caso que se advierta que el vínculo entre el/la NNyA y el/la progenitor solicitante se encuentra dañado –ya sea por demoras procesales o por circunstancias previas a la conducta ilícita– es menester recordar que los intentos de revinculación deberían estar ajustados al acotado marco de conocimiento del proceso de restitución internacional (conf. art. 16 del Convenio de La Haya y de la Convención Interamericana).

Así, por ejemplo, podría intentarse una revinculación durante la tramitación del proceso o una vez dictada la orden de restitución, siempre que ello se considere necesario para garantizar el retorno seguro del NNyA al Estado de residencia habitual. En este contexto, también podrían adoptarse otras medidas de protección; por ejemplo, que el/la progenitor/a sustractor/a u otra persona cercana al NNyA lo/a acompañen en su retorno y asuman provisoriamente su cuidado hasta que las autoridades del Estado de la residencia habitual intervengan en el caso. Luego, serán estas autoridades las que determinen sobre la conveniencia de continuar con la revinculación, durante cuánto tiempo y bajo qué condiciones, ejerciendo su competencia sobre las cuestiones relativas al fondo del derecho de custodia.

4.3. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

En tercer lugar, la Corte IDH se expidió sobre el presunto incumplimiento por parte del Estado paraguayo del deber de adoptar disposiciones en el derecho interno, siguiendo los lineamientos de lo dispuesto por el artículo 2 de la CADH. Esta norma obliga a los Estados parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por aquella.

Al respecto, la Corte IDH sostuvo que

[l]as disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que la Convención sea cumplida y puesta en práctica (Corte IDH, 2023, párr. 108).

Con relación a los tratados de restitución internacional de NNyA, la Corte IDH advirtió que eran aplicables de forma inmediata y directa en Paraguay a partir de su ratificación y que no era necesaria

una acción jurídica complementaria para su implementación o exigibilidad. No obstante, destacó que el Estado estaba obligado a adoptar disposiciones en el ordenamiento jurídico interno para garantizar la adecuada implementación de dichos tratados. En particular, el Tribunal advirtió la necesidad de contar con normas procedimentales a nivel nacional a los fines de cumplir las metas convencionales en tiempos apropiados y, a su vez, garantizar los derechos humanos en juego en estos procesos. Es que este tipo de regulación resulta clave para evitar las demoras que, lamentablemente, caracterizan a los procesos de restitución internacional de NNyA a nivel global.⁸

Nótese que en las conclusiones y recomendaciones de la última reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 se

recomienda enfáticamente a las Partes contratantes que continúan enfrentando demoras que examinen sus procesos para individualizar las posibles causas”; en particular, se alienta a los Estados contratantes a que “realicen los ajustes que sean necesarios para agilizar la tramitación de los procedimientos y hacerla más eficiente, en consonancia con los artículos 2 y 11 del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980 (HCCH, 2023b, párr. 11).

En miras a que los países de la región latinoamericana logren este objetivo y, a su vez, en la aspiración a lograr la mayor uniformidad posible, un grupo de expertos/as en el tema de la región –bajo el auspicio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño– han elaborado la “Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”. Este instrumento de *soft law* ha servido de inspiración a varios países de la región (por ejemplo, Uruguay) e incluso a varias provincias argentinas que siguen sus lineamientos en la regulación provincial de estos procesos. Ya desde el comienzo de este instrumento se enuncia:

Los plazos breves de decisión, en aplicación del interés superior del niño, contribuyen al cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 y a la mejor preservación de los derechos a no ser trasladado o retenido ilícitamente de un Estado a otro y a la visita cuando los referentes adultos de los niños viven en países diferentes.

En el fallo que comentamos, la Corte IDH advirtió que en el año 2019 el Estado paraguayo había aprobado el Instructivo de procedimiento para la aplicación de los instrumentos internacionales ra-

8 Incluso recurrió a la doctrina de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que surge de la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Segunda Parte – Medidas de Aplicación), disponible en <https://assets.hcch.net/docs/36d44ecb6864-403d-ae50-fe38211516e8.pdf>, conforme surge de la nota 132 de la sentencia en comentario.

tificados por la República del Paraguay en materia de Restitución Internacional de Menores⁹ y que en junio de 2021 el Ministerio de la Niñez y la Adolescencia había aprobado el Protocolo y ruta de intervención de restitución internacional de NNyA en Paraguay.

Además, se da cuenta de que el Estado había informado a la Corte IDH que estaba en proceso de aprobación en la Cámara de Senadores del Congreso Nacional un proyecto de ley que regulaba el proceso de restitución internacional de NNyA. En este sentido, el Tribunal consideró que

la aprobación de dicho proyecto de ley sería consistente con las buenas prácticas sobre la aplicación del Convenio de La Haya, que aconsejan la adopción de las disposiciones necesarias para la adecuada implementación de dicho Tratado y para perfeccionar su funcionamiento en el orden interno (Corte IDH, 2023, párr. 112).

Sin embargo, atendiendo a que ninguno de los instrumentos mencionados estaba vigente al momento de los hechos del caso, la Corte IDH concluyó que Paraguay no había adoptado las medidas necesarias para la adecuada implementación de los mencionados tratados en el ordenamiento jurídico interno. En consecuencia, lo declaró responsable por la violación del artículo 2 de la CADH. Por ello, entre las garantías de no repetición ordenadas, la Corte IDH ordenó al Estado paraguayo adecuar su ordenamiento interno mediante la aprobación del proyecto de ley en curso o uno de contenido similar. En particular, la regulación debería contemplar “(i) los principios de celeridad y diligencia excepcional y (ii) la obligación de localización de los niños y niñas trasladados ilícitamente” (Corte IDH, 2023, párr. 113).

En el voto concurrente de los jueces Pérez Manrique, Ferrer Mac-Gregor Poisot y Mudrovitsch se procuró profundizar la explicación del criterio mayoritario al respecto. Allí, se destacó que la mayor parte de los casos que implican violaciones al artículo 2 de la CADH se refieren a la existencia de normas o prácticas que son contrarias a los derechos protegidos por el tratado y que han tenido un impacto en los derechos de las personas; sin embargo, en este caso la cuestión a analizar era si dicha violación se producía por la omisión del Estado de legislar.

A criterio de estos magistrados, la obligación de regulación imponía al Estado el deber de adoptar una ley que hiciera efectiva la protección de los derechos de los/as progenitores/as y de los/as NNyA en los procesos de restitución. Ello, en atención a lo dispuesto por el Convenio de La Haya, pero también de las obligaciones que surgen para los Estados en virtud de la CADH respecto de la protección de los derechos de la niñez, el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la protección a la familia (Corte IDH, 2023, voto concurrente, párr. 22).

⁹ Dicho instructivo tiene como finalidad establecer pautas orientadas a cumplir con la exigencia de celeridad que disponen los convenios y está dirigido a jueces de Primera Instancia; Tribunales de Apelación de la Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia; a la Autoridad Central representada por el Ministerio de la Niñez y la Adolescencia, y a los Defensores Públicos, Fiscales y Abogados.

En cuanto al tipo de normativa de derecho interno, sostuvieron que “la adopción de ‘instructivos’ y ‘protocolos’ no resulta suficiente para lograr la plena eficacia de los derechos en juego”. Así concluyen que “[e]s a través de la aprobación de esa ley que se dará un cumplimiento cabal de las obligaciones del Estado contenidas en el artículo 2 de la Convención en casos futuros que impliquen supuestos como el presente en Paraguay” (Corte IDH, 2023, voto concurrente, párr. 29).

Por su parte, el juez Sierra Porto y las juezas Hernández López y Pérez Goldberg emitieron un voto parcialmente disidente sobre este punto, en la consideración de que resultaba improcedente establecer la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración del deber de adoptar disposiciones de derecho interno en el entendimiento de que la violación a los derechos convencionales del señor Córdoba respondió a fallas administrativas y del incumplimiento del deber de diligencia excepcional a cargo del Estado, que no ubicó a un niño que era atendido por su propio sistema de salud y educación (*Idem*, párr. 57).

Lo cierto es que la experiencia de los Estados que han regulado el proceso de restitución de NNyA demuestra que este tipo de medidas pueden contribuir a la reducción de los plazos procesales. Es decir, adoptar disposiciones en el orden interno puede servir para concretar la pronta restitución de los/as NNyA sustraídos/as ilícitamente, cumplir los objetivos de las convenciones en la materia y, asimismo, proteger los derechos reconocidos en la CDN y en la CADH.

Ahora, la Corte IDH ha dejado sentado un lineamiento en el sentido de que el artículo 2 de la CADH impone el deber de adoptar disposiciones en el derecho interno en esta materia. Creemos que esta interpretación resulta apropiada en atención a la urgencia, gravedad y a los derechos que se encuentran en juego en casos de sustracción internacional de NNyA. Sin embargo, más allá de la existencia de esta regulación, resulta clave su diligente aplicación, lo que implica una carga que pesa sobre las autoridades administrativas y judiciales de los Estados parte. Ello, a su vez, requiere una adecuada capacitación.

5. Reparaciones

Finalmente, la Corte IDH ordenó al Estado paraguayo el pago de una indemnización en favor del Sr. Córdoba. Además, dispuso que el Estado debe publicar la sentencia y a los fines de evitar que incurra en los mismos hechos que derivaron al dictado de la sentencia, solicitó que en el plazo de un año el Estado acredite las capacitaciones que hayan sido implementadas y dirigidas a operadores/as de la justicia involucrados/as en los procesos de restitución internacional de NNyA.

Por último, tal como fuera adelantado en el punto anterior, como garantía de no repetición la Corte IDH ordenó al Estado que adecue su ordenamiento jurídico interno a las exigencias que imponen los convenios de restitución internacional de NNyA. Asimismo, dispuso que el Estado deberá establecer una base de datos y crear una red de comunicación para los casos en los que se desconozca el paradero de un/a NNyA cuya restitución se encuentre en trámite o haya sido ordenada por la autoridad competente.

6. Conclusiones

Consideramos que la decisión de la Corte IDH sienta un importante precedente en torno a una situación que preocupa y mantiene en alerta a la comunidad jurídica internacional: las demoras en la ejecución de una orden de restitución internacional. Para ello, acertadamente se advierte que la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes adoptan una decisión, sino que se requiere que el Estado garantice su ejecución.

A partir de allí, en el fallo se aborda el problema que generan las demoras en todo el proceso de restitución. En esta línea se profundiza respecto de los derechos que se vulneran en razón de tales demoras, en particular en este caso el derecho a la integridad personal, vida privada y familiar y a la protección de la familia. Por ello, se ocupa de analizar las cuestiones relativas a la reunificación familiar en los procesos de restitución internacional de NNA. Al respecto, concluimos que este tipo de análisis debería realizarse con cautela para no desvirtuar la naturaleza autosatisfactiva de los procesos de restitución, respetando el acotado marco de conocimiento del proceso de restitución internacional (conf. art. 16 del Convenio de La Haya y de la Convención Interamericana).

Luego, la Corte entiende que las circunstancias de las demoras en el caso derivaron tanto de la falta de diligencia y celeridad por parte de las autoridades como de la falta de disposiciones de derecho interno que regulen estos procedimientos. Por ello, se deja sentado un estándar de acuerdo al cual la CADH (art. 2) impone el deber de adoptar disposiciones en el derecho interno en esta materia. Al respecto, concluimos que esta interpretación resulta apropiada en atención a la urgencia, gravedad y a los derechos que se encuentran en juego en casos de sustracción internacional de NNyA, aunque ello no exonera al deber de aplicar diligentemente las convenciones internacionales en la materia con la consecuente necesidad de una apropiada capacitación de los/las operadores/as del derecho.

En definitiva, tal como hemos sostenido en otras oportunidades, las demoras atraviesan todo el proceso de restitución y repercuten en los derechos de las personas involucradas, especialmente los/as NNyA, sin importar demasiado cuál sea el momento del proceso en que estas demoras se materializan. Sectorizar el análisis en función de las distintas etapas del proceso puede resultar de utilidad para identificar las causas específicas y diseñar medidas para evitarlas (Ansalone, Gortari Wirz y Rubaja, 2024).

En este sentido, es dable recordar que las leyes de procedimiento prevén recursos para evitar las demoras y, en lo que respecta a la ejecución, incluso incorporan disposiciones que van más allá de la letra de las convenciones.¹⁰

El llamado de atención que realiza el fallo de la Corte IDH también está dirigido a los otros países de la región, entre ellos, la Argentina. En nuestro país no existe al momento una normativa nacional que regule los procesos de restitución.¹¹ A pesar de ello, es dable señalar que el artículo 2642 del CCyCN

¹⁰ A modo de ejemplo, la Ley Modelo incluye algunas soluciones que pueden contribuir indirectamente a evitar demoras en la etapa de ejecución del proceso. Por ejemplo, se establece que el tribunal dispondrá la adopción de las medidas cautelares necesarias a los efectos de la protección –sujeción del NNA al país– (art. 12.2); que el recurso de apelación será concedido con efecto suspensivo (art. 17); que pueden entablarse comunicaciones judiciales directas por intermedio de los/as jueces/zas de enlace (art. 21).

¹¹ Sin perjuicio de ello, algunas provincias han regulado estos procesos, por ejemplo, Córdoba, Misiones, Chaco y Mendoza. Además, a través de la Comisión de Acceso a la Justicia de la Corte Suprema de Justicia de la

regula el tema de la restitución internacional de NNyA y, en el segundo párrafo, en relación con la etapa de ejecución de decisiones, establece que “[e]l juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión”.

Finalmente, si bien valoramos positivamente el fallo de la Corte IDH y los estándares que de este surgen, consideramos lamentable que el caso tuviera que llegar a esta instancia. Como suele ocurrir en casos que involucran a NNyA, la demora en la adopción de decisiones y medidas de reparación –aunque puedan tener un efecto positivo a futuro– ha dejado trunca la realidad de los protagonistas de esta historia. Asimismo, advertimos que, atendiendo a las circunstancias del caso, el Tribunal no se expidió sobre la interpretación de las excepciones al deber restitutorio que imponen las convenciones vigentes, lo que hubiese resultado en un importante insumo para la resolución de casos futuros en nuestra región.

Referencias bibliográficas

- Ansalone, S.; Gortari Wirz, E. y Rubaja, N. (3 de marzo 2024). Primera decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”. *Rubinzal Online*, Cita: 142/2024.
- CIDH (2020). Informe No. 377/20, Caso 13.399, Arnaldo Javier Córdoba y D., 15 de diciembre de 2020.
- Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).
- Corte IDH (2023). *Caso Córdoba Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de septiembre de 2023. Serie C No. 505.
- HCCH (2010). Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios generales y guía de buenas prácticas. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf>
- HCCH (2017). Demoras en los procedimientos de restitución, Doc. Prel. No 10 A. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/c5c578e4-f8b1-4fc2-b8a9-05a7a3709b45.pdf>
- HCCH (2023). Demoras en los procedimientos de restitución de niños en virtud del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980, Doc. Prel. No. 12. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/6ef6b161-241e-4e56-beff-0233d1f91a7e.pdf>
- HCCH (2023). Conclusiones y Recomendaciones. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/8941c-6be-709c-4994-950b-b142906e8afa.pdf>
- TEDH. *Case of Karrer v. Romania*, Court (Third Section), 21 de febrero de 2012.
- TEDH. *Case of K. A. B. v. Spain*, Court (Third Section), 10 de abril de 2012.
- TEDH. *Case of Strand Lobben and others v. Norway*, Court (Grand Chamber), 10 de septiembre de 2019.
- TEDH. *Case of Jansen v. Norway*, Court (Fifth Section), 6 de septiembre de 2018.

Nación se impulsó la aprobación del Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños. Este instrumento, a pesar de no ser vinculante, orienta la labor de los/as operadores/as jurídicos/as que intervienen en casos de sustracción internacional de NNyA, hasta tanto se sancione una ley de procedimiento especial en la materia.

Derecho a la autodeterminación informativa. Personas defensoras de derechos humanos

Corte IDH. Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506

Por Jomary Ortegón Osorio¹

1. Introducción

En el presente artículo me referiré a la sentencia proferida por la Corte IDH en el “Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados ‘José Alvear Restrepo’”, en el cual reconoció los derechos de quienes integran la organización de derechos humanos colombiana y estableció que, por lo menos, durante cinco gobiernos presidenciales que cubren un período de 30 años, integrantes de este colectivo fueron objeto de estigmatización, amenazas, ataques y recopilación ilegal de información de inteligencia, todo lo cual les puso en riesgo, al igual que a sus familias.

Por primera vez el Tribunal regional reconoció la responsabilidad estatal por violación al derecho a defender derechos humanos como derecho autónomo y estableció el derecho internacional a la autodeterminación informativa.

Esta decisión hace un significativo aporte a la comprensión de los límites y controles que deben tener las labores de inteligencia en una democracia, bajo la consideración de que son necesarias y que desa-

¹ Defensora de derechos humanos. Abogada y especialista en Derecho Constitucional y Estudios de Género (Universidad Nacional de Colombia). Magíster en Estudios Latinoamericanos (Pontificia Universidad Javeriana). Vicepresidenta del Colectivo de Abogados y Abogadas “José Alvear Restrepo” (CAJAR).

rolladas bajo estándares de protección de derechos pueden contribuir a la protección de los bienes fundamentales de la población.

2. Contexto de agresión a personas defensoras

El Colectivo de Abogados y Abogadas “José Alvear Restrepo” (en adelante, “CAJAR” o “el Colectivo”) es una organización de derechos humanos colombiana que desde 1980 acompaña a víctimas de violaciones de derechos humanos en escenarios nacionales y ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La petición original ante la Comisión Interamericana se presentó en el año 2002 y el sometimiento del caso ante la Corte IDH incluyó hechos que van desde la década de los noventa hasta 2022.

Durante el procedimiento ante la Comisión, la organización, que contaba con medidas cautelares desde 2001, informó de una serie de más de 100 hechos de “violencia, intimidaciones, amenazas y hostigamientos” y acciones ilegales de inteligencia que se cometieron sistemáticamente a lo largo de cinco gobiernos presidenciales, sin que se adoptaran medidas estructurales de prevención, investigación y respuesta institucional.

La Corte IDH en su sentencia reconoció que esta serie de acciones se produjo en un contexto de agresiones contra personas defensoras, documentada por instituciones nacionales, como la Defensoría del Pueblo y la Corte Constitucional, y alertada a nivel internacional por organismos del sistema de Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por ejemplo, en 2001 la Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de los derechos humanos “indicó haber observado un patrón grave de abusos contra dichas personas, que incluía amenazas, desapariciones y asesinatos” (Corte IDH, 2023, párr. 145).

La responsabilidad de dichas acciones ha sido atribuida a fuerzas de seguridad estatales, a grupos paramilitares que habrían contado con el apoyo de los primeros y a la insurgencia. A pesar de la firma del Acuerdo de Paz en 2016,² la Corte IDH señaló que la situación de las personas defensoras, particularmente quienes habitan en zonas rurales, continúa siendo de alto riesgo, lo cual la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos atribuye, entre otros factores, a

- a) los vacíos de poder dejados por las FARC-EP (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo); b) la escasa o débil presencia del Estado; c) la percepción de los actores criminales respecto de que las personas defensoras afectan sus intereses; d) la persistente estigmatización de las personas defensoras; e) la competencia entre grupos criminales por el control de actividades económicas ilegales, y f) el limitado acceso a los derechos económicos, sociales y culturales. A todo ello se sumaba, el alto nivel de impunidad en los casos de agresión contra los defensores de derechos humanos (*Idem*, párr. 152).

2 Entre el Gobierno nacional y la guerrilla Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC-EP.

Retomando informes de organismos de Naciones Unidas, la Corte IDH se refirió igualmente a la persistencia durante por lo menos tres décadas de acciones estatales de estigmatización “por parte de fuentes oficiales, con especial mención de oficiales de las fuerzas armadas”, quienes en un contexto de conflicto armado interno “lanzaban acusaciones y señalamientos contra distintos sectores, incluidos grupos defensores de los derechos humanos, endilgándoles supuesta parcialidad o simpatía respecto de los insurgentes” (*Idem*, párr. 142).

También es relevante la realización de acciones de inteligencia ilegal, así como la inclusión de personas defensoras en archivos de inteligencia militar, lo cual fue patente desde la década de 1990 en los informes de organismos internacionales sobre la situación de personas defensoras en Colombia. En 2009, al hacerse pública la existencia de una gigantesca operación ilegal de inteligencia a cargo del Departamento Administrativo de Seguridad, entidad de inteligencia dependiente de Presidencia de la República, órganos internacionales de protección corroboraron que

por lo menos desde 2003 y de manera generalizada y sistemática, [se desarrollaron] una serie de actividades ilegales dirigidas contra defensores y defensoras, entre otras personas a fin de neutralizar sus labores al considerarlas “blancos legítimos” por ser potenciales opositoras de las políticas gubernamentales (*Idem*, párr. 147).

3. Hechos probados

La decisión interamericana reconoce una serie de hechos de intimidación, hostigamiento, agresiones, acciones ilegales e ilegítimas de inteligencia y amenazas contra integrantes de CAJAR. Muchas de las amenazas consistieron en mensajes escritos en que la organización era declarada “objetivo militar”, con advertencias “que con un claro contenido amedrentador, han sugerido su ‘exterminio’ o ‘aniquilamiento’” (*Idem*, párr. 499).

Para la Corte IDH es dable deducir que estos hechos de persecución “habrían sido ejecutados como represalias por parte de quienes se han considerado afectados en sus intereses por el actuar del CAJAR, o con el afán de obstaculizar sus esfuerzos ante el sistema de justicia” (*Idem*, párr. 498).

Igualmente, dio por probadas una serie de discursos estigmatizantes por parte de autoridades públicas, incluyendo el entonces presidente de la República Álvaro Uribe Vélez, tanto en Colombia como en Europa, quien se refirió en varias ocasiones a las organizaciones de derechos humanos, y de manera específica al CAJAR, como organizaciones afines al terrorismo (*Idem*, párrs. 368-370 y 488-489).

De manera particular, la Corte IDH destacó las actividades de inteligencia ilegal que se desarrollaron en diferentes períodos en contra de integrantes de la organización de derechos humanos. Así, con relación a la década de los noventa, la Representación de Víctimas aportó al tribunal información de inteligencia, obtenida por diferentes vías, que daba cuenta de anotaciones de inteligencia militar y policial sobre el ejercicio de la labor profesional de abogados de la organización. Igualmente, se pudo

comprobar que el Colectivo había denunciado penalmente estos hechos y había solicitado a las autoridades su desclasificación y corrección, sin resultado alguno (*Idem*, párrs. 303-312).

La Corte IDH dio por probada una gigantesca operación de inteligencia adelantada durante la década de 2000 por el entonces Departamento Administrativo de Seguridad en contra de “magistrados de la Corte Suprema de Justicia, fiscales, periodistas, políticos, militares y autoridades de gobierno” (*Idem*, párr. 315). Con base en la documentación aportada y acreditada en instancias judiciales, se comprobó la existencia de una dependencia denominada “Grupo Especial de Inteligencia G-3”, cuya labor era “obtener de manera indebida información privada de los opositores del gobierno de entonces” (*Idem*, párr. 316) “a fin de conocer sus movimientos y alertar al Gobierno nacional sobre estos, al igual que diseñar estrategias para debilitar, e intimidar a quienes ostentaban ideología y convicciones diferentes” (*Idem*, párr. 318).

El Colectivo fue identificado como un “blanco” de esta estructura y sobre sus integrantes se desarrollaron acciones de vigilancia, seguimiento, rastreo de actividades cotidianas, recopilación de información, interceptación de medios de comunicación (teléfonos fijos, celulares, correos electrónicos, fax), tomas de fotografías y videos a residencias, oficinas y círculos de trabajo, y monitoreo de viajes nacionales e internacionales (*Idem*, párrs. 323, 332, 336 y 342).

Las operaciones del G3, desarrolladas principalmente entre 2003 y 2005, también incluyeron el seguimiento de los casos litigados por el CAJAR ante la CIDH y la Corte IDH (*Idem*, párr. 336) e incluso información sobre jueces, comisionados e integrantes de la Secretaría Ejecutiva de ambos organismos.

En los casos de integrantes de la Junta Directiva, la recopilación de información incluyó la obtención de datos financieros, bancarios y patrimoniales, así como la elaboración de perfiles psicológicos para identificar debilidades y fortalezas. En más de una decena de casos las actividades de vigilancia se extendieron al núcleo familiar de los y las integrantes de CAJAR, incluyendo niños, niñas y adolescentes.

Todas estas acciones tenían como objetivo “minar la credibilidad de CAJAR” en tanto entre sus objetivos expresos se encontraban el “sabotaje, presión, desprestigio, amenaza e investigación operativa” (*Idem*, párr. 322).

La Corte IDH identificó como un factor determinante en las agresiones contra CAJAR la identificación de las personas defensoras en Colombia como “enemigo interno” a combatir, noción heredada de la Doctrina de Seguridad Nacional, cuya aplicación en contra de sectores organizados de la población constituye una fuente de riesgo.

Ese concepto y otros relacionados como agentes de “guerra política”, “guerra jurídica” “guerra político-psicológica” han sido utilizados para “englobar desde una perspectiva propia del conflicto armado, las labores y estrategias de personas defensoras, justificando con ello las acciones dirigidas a contrarrestarlas, neutralizarlas y desprestigiarlas, siendo esta la visión que guio, precisamente, las operaciones del G-3” (*Idem*, párr. 490).

En contraste con los más cien hechos de agresión identificados por las representaciones, se pudo establecer el adelantamiento de 27 investigaciones, 10 de ellas activas y 17 en estado de inactividad por diferentes causas, que en su conjunto “no han permitido el esclarecimiento de las reiteradas amenazas que se habrían realizado” (*Idem*, párr. 751).

4. Determinación de las víctimas

En esta sentencia se produjo un cambio importante respecto de la aplicación del artículo 35 del Reglamento de la Corte en la determinación de víctimas que pertenecen a grupos colectivos, que en principio debería hacerse de manera estricta en el Informe de Fondo elaborado por la CIDH.

En el presente caso, el Informe N° 57/19 solo incluía 28 presuntas víctimas (17 integrantes de CAJAR y 11 familiares), en contraste con un universo de 104 víctimas documentadas a lo largo del procedimiento y una adicional presentada posteriormente en relación con hechos sobrevinientes, es decir, ocurridos después del sometimiento del caso ante la Corte.

Al someter el caso a la Corte, la CIDH presentó su Informe de Fondo más un anexo en el que incluía 38 presuntas víctimas (16 integrantes de CAJAR y 22 familiares) y omitió la mención de 5 personas incluidas en el Informe de Fondo (*Idem*, párr. 87).

Tanto en la audiencia, como en su escrito de observaciones finales, la CIDH admitió haber incurrido en un “error material” y presentó un nuevo escrito con 69 presuntas víctimas (35 integrantes de CAJAR y 32 familiares).

La Corte IDH reconoció este error material y reiteró su jurisprudencia en el sentido de validar que si en el trámite ante la Comisión la representación informó debidamente de la identificación de las víctimas y la CIDH omitió su inclusión sin justificación, “el Tribunal ha considerado que se trata de un error material que no impide la consideración del conjunto de personas oportunamente individualizadas como presuntas víctimas” (*Idem*, párr. 90; 2017, párrs. 53-55).

Además del reconocimiento del error material, la Representación de las Víctimas solicitó la aplicación de la excepción prevista en el artículo 35.2 del Reglamento de la Corte.³ El Tribunal interamericano ya había aplicado esta norma en casos masivos con dificultades para ubicar a la totalidad de las víctimas como en “Masacre de El Mozote” y “Masacres de Río Negro” (Corte IDH, 2012).

En el presente caso, la Corte IDH tomó en cuenta el paso del tiempo sin que las víctimas hubieran podido acceder a la información de inteligencia recopilada de integrantes de CAJAR y sus familiares, como una razón válida que impedía su total identificación:

³ Dispone que “[c]uando se justificare que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de casos de violaciones masivas o colectivas, el Tribunal decidirá en su oportunidad si las considera víctimas”.

Tal situación [...] ha impedido delimitar de manera exhaustiva el universo de personas, integrantes del Colectivo y sus familiares, que habrían sido objeto, precisamente, de las actividades de inteligencia del Estado. En consecuencia, aunado al carácter colectivo del caso, el tiempo transcurrido y el carácter encubierto con que se desarrollan las actividades de inteligencia, la Corte determina que han existido obstáculos evidentes para la identificación de la totalidad de las presuntas víctimas. En consecuencia, este Tribunal considera que, en el presente caso, se justifica razonablemente la aplicación de la excepción prevista en el artículo 35.2 de su Reglamento (*Idem*, párr. 95).

De esta manera, si bien el Tribunal no reconoció en su sentencia de manera nominal a víctimas adicionales a las 69 personas consideradas por la CIDH en sus diferentes escritos, sí estableció que en materia de reparaciones, el reconocimiento de la excepción del artículo 35.2 de su Reglamento puede favorecer a otras personas que cumplan ciertas condiciones: 1) ser trabajadores, extrabajadores de CAJAR o familiar de estos; 2) haber sido víctima de labores ilegales de inteligencia por parte del Departamento Administrativo de Seguridad; y 3) que los hechos ocurrieran en el período 2003-2005.

Por supuesto, este reconocimiento dependerá de la posibilidad de acceder a la prueba correspondiente, esto es, al conocimiento de los archivos de inteligencia que el Estado está en la obligación de poner a disposición de las víctimas.

5. El derecho a defender derechos humanos

En esta sentencia, la Corte IDH condenó por primera vez a un Estado por la vulneración del *derecho a defender derechos humanos*, considerado de manera autónoma. Para ello, en primer lugar, se refiere a la categoría de defensor o defensora de derechos humanos, reiterando que es un concepto delimitado por la labor que se realiza, al tiempo que es amplio y flexible puesto que cubre la universalidad de derechos reconocidos y puede ejercerse de manera tanto permanente, como temporal, intermitente u ocasional (*Idem*, párrs. 468-470).

En segundo lugar, reiterando su jurisprudencia constante, recordó la importancia de la labor de defensa de los derechos humanos para el estado de derecho y la democracia, el impacto colectivo que revisten las agresiones en su contra, así como la obligación estatal de brindar plenas garantías para su ejercicio:

[e]l respeto por los derechos humanos en un Estado democrático depende en gran parte de las garantías efectivas y adecuadas de que gocen los defensores y las defensoras para desplegar libremente sus actividades, por lo que es conveniente prestar especial atención a las acciones que limiten u obstaculicen su trabajo (*Idem*, párr. 472).

En este sentido, los Estados tienen el deber de proteger a las personas defensoras cuando sean objeto de amenazas, facilitar los medios necesarios para desarrollar su labor, abstenerse de interponer obstáculos a la misma, así como investigar bajo estándares de debida diligencia a los responsables de las eventuales agresiones.

En tercer lugar, los Estados tienen una obligación reforzada de investigar las agresiones en contra de las personas defensoras, la cual se fortalece cuando se trata de mujeres defensoras de derechos humanos. Ello implica en la práctica que ante indicios de que determinado hecho en contra de una persona defensora pudo tener relación con su labor, esta debe ser considerada como hipótesis investigativa, procurando establecer los intereses que pudieron verse afectados con su accionar (*Idem*, párr. 743).

De manera específica en los casos de amenazas, el Tribunal reconoció la complejidad del establecimiento de responsabilidades, para lo cual, un adecuado desenvolvimiento investigativo exige: 1) el empleo de herramientas metodológicas adecuadas; 2) contemplar la asociación de casos para identificar patrones de sistematicidad; 3) tomar en cuenta el contexto social, político, cultural y económico de la persona defensora y los individuos, grupos o sectores eventualmente afectados con la labor desarrollada; 4) dimensionar la vulnerabilidad de las víctimas y en dado caso, la doble condición de mujer y defensoras de derechos humanos (*Idem*, párrs. 752-757).

En conclusión, la Corte IDH señaló que en el caso concreto hay una situación de impunidad, ya que ninguno de los procesos en los que se investigaron el conjunto de hechos de intimidación, amenazas y hostigamientos que afectaron a las víctimas ha seguido estas orientaciones, ni los hechos han sido esclarecidos:

A la falta de resultados concretos, se suman (i) las falencias advertidas en cuanto a la observancia de la debida diligencia reforzada, (ii) el notorio paso del tiempo sin índices de efectividad en las averiguaciones lo que pudo haber contribuido a que nuevos hechos fueron cometidos contra las presuntas víctimas, y que (iii) aproximadamente dos terceras partes del total de denuncias (17 de 27 expedientes) fueron archivadas en su oportunidad sin haberse aclarado lo ocurrido (*Idem*, párr. 778).

La Corte IDH reconoce la vulnerabilidad acentuada que afrontan las defensoras de derechos humanos en Colombia, la cual había sido reconocida por diversos organismos internacionales. El Tribunal tomó en consideración el informe del Relator sobre la situación de defensores de derechos humanos, quien visitó Colombia en el año 2019 y señaló que “la cultura patriarcal imperante [...] y la brecha en el disfrute de derechos [...] contribuyen al incremento de los ataques en su contra a la vez que definen los riesgos que las defensoras afrontan” (*Idem*, párrs. 881-883).

Entre los riesgos exacerbados por el género se encuentran la estigmatización, deslegitimación y ataques por el ejercicio de un rol público, las amenazas con contenido sexual y machista y otro tipo de agresiones, muchos de ellas asociadas “al estereotipo de que se trata de una labor eminentemente mas-

culina”. Dichos ataques son invisibilizados o tratados inadecuadamente en la formulación de políticas y decisiones públicas en razón de la falta de enfoque de género e interseccional en la función pública (*Idem*, párr. 886).

Para la Corte IDH, respecto de las mujeres defensoras existe un *deber reforzado de protección* que se traduce en que las autoridades están obligadas a tomar en cuenta las formas diferenciadas de violencia, sus prioridades y necesidades, así como los “factores económicos, políticos, sociales, ambientales y sistémicos”, incluyendo “actitudes y prácticas patriarcales que producen y reproducen la violencia” en su contra (*Idem*, párr. 887).

Aunque las representaciones presentaron distintos hechos de violencia específica contra mujeres defensoras, la Corte IDH sostuvo que se encontraban fuera del marco fáctico establecido por la CIDH en su informe de fondo, con excepción del ataque que sufrieran la abogada Soraya Gutiérrez Argüello y su hija menor de edad Paula Camila Gutiérrez, quienes el 13 de mayo de 2005 recibieron en su domicilio una muñeca descuartizada y con manchas de tinta roja en distintas partes de su cuerpo, con un mensaje escrito a mano que decía: “Usted tiene una familia muy linda cuídela no la sacrifique”.

Esta acción amenazante se produjo, para la Corte, con la intervención de funcionarios públicos, por lo que compromete la responsabilidad del Estado. Para el Tribunal, “las características del objeto, que por su naturaleza y particularidades no habría sido remitido a un hombre, denotan el ánimo por enviar distintos mensajes a la defensora, por su condición de mujer y por su condición de madre” (*Idem*, párr. 889). En aquella época la defensora era la primera mujer que ejercía la presidencia de la organización de derechos humanos, por lo que dicha amenaza tenía un propósito “de castigo” (*Idem*, párr. 904).

Recordó el Tribunal que en el SIDH mujeres, niños y niñas tienen una protección reforzada que en el caso de las mujeres se refleja en un instrumento específico, la Convención de Belém do Pará, que reconoce el derecho a una vida libre de violencias y establece obligaciones específicas de respeto, protección y garantía de los derechos de las mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado.

Por la manera en que ocurrió el ataque y los efectos de “verdadero terror” que el hecho generó, así como por la severidad de los sufrimientos psíquicos y psicológicos que fueron corroborados por un peritaje psicosocial aportado al tribunal, determinó que los mismos eran constitutivos de tortura bajo el artículo 5.2 de la CADH, además de una violación a los artículos 19 del tratado y 7.a de la Convención de Belém do Pará.

6. Límites a las labores de inteligencia en una democracia

La Corte IDH determinó que “desde la década de 1990 y por lo menos hasta 2005, diversas dependencias estatales llevaron a cabo actividades arbitrarias de inteligencia en perjuicio de las víctimas” (*Idem*, párr. 612).

Uno de los aportes más importantes de la sentencia es la sistematización de los estándares interamericanos de limitación a las acciones y métodos de inteligencia, los controles que deberían tener, así como del reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa.

Las actividades de inteligencia, señala la Corte IDH, “son aquellas encaminadas a obtener, analizar y difundir información para apoyar la toma de decisiones por parte de las entidades responsables de implementar políticas de seguridad” (*Idem*, párr. 550).

La inteligencia comprende distintas tareas

dirigidas al rastreo, obtención, recopilación, clasificación, sistematización, procesamiento, registro, utilización, evaluación, análisis, interpretación, producción y difusión de distinto tipo, incluidos datos personales, la que resulta útil e indispensable para quienes, en su función de dirección de los asuntos públicos y de autoridad para la formulación de políticas de seguridad tomen decisiones adecuadas, pertinentes y oportunas que garanticen la protección de la sociedad de las personas, y finalmente de sus derechos y libertades (*Idem*, párr. 525).

Para la Corte IDH, existe una relación de doble vía entre el desarrollo de acciones de inteligencia estatal y los derechos humanos. Por un lado, las actividades de inteligencia deben conducirse para la protección de los derechos y libertades y, por el otro, su realización supone una injerencia en la vida privada, reconocida en el artículo 11 convencional. De allí que se “torna imprescindible delimitar las exigencias, requisitos y controles que se imponen para hacer compatibles aquellas actividades con las condiciones y fines de un Estado de derecho” (*Idem*, párr. 520).

En primer lugar, la actividad de inteligencia debe estar regulada legalmente, es decir, mediante una norma expedida por el Poder Legislativo, que sea accesible al público. En su regulación deben incluirse los fines, la definición de eventuales amenazas, las autoridades competentes para desarrollar acciones de inteligencia y sus facultades (*Idem*, párrs. 528-530). Resulta indispensable que la legislación regule con precisión los siguientes aspectos:

- a. Los tipos de medidas y acciones de recopilación de información que pueden realizarse.
- b. Los objetivos perseguidos con dichas acciones.
- c. Las clases de personas y actividades respecto de las cuales se puede obtener información.
- d. El grado de sospecha que justificaría la acción.
- e. Los plazos dentro de los cuales se admite la utilización de medios y estrategias.
- f. Los métodos útiles para actualizar, supervisar y examinar las medidas utilizadas.

- g. Las condiciones de intercambio de información entre servicios de inteligencia nacionales y extranjeros.
- h. La protección de la labor de determinadas categorías de personas, particularmente abogados y periodistas a fin de mantener el secreto de las comunicaciones que mantengan con clientes y fuentes respectivamente (*Idem*, párr. 538-539).

En segundo lugar, las acciones de las autoridades deben perseguir un fin legítimo, como serían la protección de la seguridad nacional, el mantenimiento del orden público, la salvaguarda de la salud pública y la protección de los derechos humanos, conceptos que deben definirse y delimitarse legalmente. Las amenazas se refieren a “factores que de manera racional y concreta podrían poner en riesgo la realización de aquellos fines legítimos” y fuera de los cuales no sería lícita la realización de acciones de inteligencia.

La Corte IDH advierte que, dada la prohibición general de discriminación prevista en el artículo 1.1. de la CADH, no constituye un fin legítimo la realización de acciones de inteligencia orientadas a afectar personas, grupos o actividades en razón de sus creencias, posiciones ideológicas o cualquier otro motivo (*Idem*, párrs. 531-535).

En tercer lugar, en cada caso concreto, las actividades de inteligencia deben satisfacer los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, de manera que las autoridades en cada caso concreto deberán llevar a cabo un juicio de proporcionalidad que incluya:

- a. Que la acción de inteligencia que se emprenda sea idónea frente al fin que se persigue.
- b. Que los métodos empleados sean absolutamente indispensables para la consecución del fin y que no exista una medida menos gravosa que permita alcanzar el mismo resultado.
- c. Que el sacrificio del derecho afectado no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtendrán (*Idem*, párr. 537).

Para que esos límites sean resguardados, resulta indispensable un sistema de controles que pueda “autorizar, vigilar y supervisar” las órdenes de inteligencia frente a situaciones concretas.

Diferentes métodos de obtención de información involucran necesariamente la injerencia en derechos fundamentales de las personas, como son “la vigilancia encubierta, la interceptación de comunicaciones y la recopilación de datos personales”, que sin duda constituyen una intromisión en el ámbito de protección de la vida privada y la intimidad protegidas por el artículo 11 de la CADH.

Al respecto, el Tribunal establece la necesidad de diferentes controles internos y externos. Un primer nivel, está constituido por el necesario registro de las actividades de inteligencia, que incluye: i) la identificación de los responsables de la recolección y procesamiento de la información; ii) los propósitos de los procedimientos; iii) la indicación del origen u categoría de los datos; iv) la base jurídica

de las operaciones; v) los plazos de conservación de la información; vi) las técnicas utilizadas para su procesamiento; y vii) los registros cronológicos de acceso, alteración, consulta y eliminación de datos (*Idem*, párr. 540).

Esta consideración responde a las mismas exigencias de validez de los actos administrativos y que posibilita controles ulteriores, sean de carácter administrativo o judicial.

Un segundo nivel, que limita la arbitrariedad de la función pública en la afectación de derechos fundamentales está relacionado con la necesidad de autorización judicial previa cuando se trate de técnicas de vigilancia invasivas del derecho a la intimidad, la libertad de expresión o la vida privada. Señala el Tribunal:

En todo caso, la efectiva protección de los derechos a la vida privada y a la libertad de pensamiento y de expresión, sumado al extremo riesgo de la arbitrariedad que supone la utilización de las técnicas de vigilancia selectiva o a gran escala de las comunicaciones, máxime ante las nuevas tecnologías existentes, determinan para esta Corte que cualquier medida en tal sentido (lo que incluye la interceptación, vigilancia y seguimiento de todo tipo de comunicación, sea telefónica, telemática o por otras redes), exige que sea una autoridad judicial la que decida sobre su procedencia, definiendo a su vez los límites que se imponen, incluidos el modo, tiempo y alcances de la medida autorizada (*Idem*, párr. 547).

Un tercer nivel está enmarcado por la supervisión de las actividades de inteligencia, que se refiere a la posibilidad de un control externo por parte de una autoridad civil independiente de los propios servicios de inteligencia y del Poder Ejecutivo, con conocimientos técnicos en la materia y con acceso completo a la información. El mandato de esta institución civil de supervisión debe abarcar la fiscalización en torno a los siguientes aspectos: a) el acatamiento, por parte de los servicios de inteligencia, de las disposiciones legales que rigen su actuación y de los instrumentos sobre derechos humanos; b) la eficiencia y eficacia de sus actividades, evaluando su rendimiento; c) su situación financiera y presupuestaria, y la administración de sus fondos; y d) sus métodos y prácticas administrativas (*Idem*, párr. 564).

Un cuarto nivel lo constituye la existencia de mecanismos que permitan a la ciudadanía exigir y obtener reparaciones en caso de que se realicen actividades arbitrarias de inteligencia que afecten sus derechos. Este régimen de protección debe estar asegurado legalmente, por lo que la Corte en este caso ordenó al Estado colombiano adecuar su legislación actual a estos estándares internacionales de manera que se constituya en una verdadera garantía de no repetición de los abusos sistemáticos de la función de inteligencia en perjuicio de la ciudadanía en general, y de las personas defensoras de derechos humanos en particular.

7. El derecho a la autodeterminación informativa y la recolección de datos personales

Por primera vez, la Corte IDH reconoció el derecho a la autodeterminación informativa, entendido como la decisión autónoma que puede tomar toda persona sobre los aspectos de su vida privada que desea sean conocidos por los demás y cuáles conserva para sí.

Este derecho supera la protección del derecho a la intimidad y se enmarca en el reconocimiento a la dignidad humana, la vida privada, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal, que, a su vez, sirve de garantía de otros derechos como la honra y la reputación. Para su protección, la Corte IDH señala que es necesario un marco de actuación de las autoridades estatales referido a la recopilación y utilización de datos personales “a fin de evitar su obtención, uso, retención, divulgación e intercambio de forma inadecuada o incompatible con aquellos derechos” (*Idem*, párr. 571).

Aunque puede abarcar múltiples ámbitos de la vida personal, dada la naturaleza del caso, el Tribunal circunscribe el examen que realiza en la sentencia a la esfera de las labores de recopilación de datos derivadas de acciones de inteligencia estatal, y aplica tanto para datos recopilados por autoridades públicas como a registros y bases de datos a cargo de particulares (*Idem*, párr. 588).

En términos generales, la recopilación, almacenamiento, tratamiento y divulgación de datos requiere del consentimiento de su titular; sin embargo, cuando se trata de labores de inteligencia el supuesto es el opuesto. Dada la alta injerencia de las autoridades en la vida privada, las limitaciones y controles deben ser mayores:

- a. La ley debe autorizar expresamente la realización de actividades de recopilación de datos explicitando las facultades de las autoridades para utilizar, conservar y tratar los datos.
- b. Dichas facultades deben estar en consonancia con los fines para los que fueron recopilados y por el tiempo imprescindible para ello.
- c. Los datos recopilados deben mantenerse actualizados, completos y exactos.
- d. Las autoridades deben asegurar por mecanismos adecuados y razonables su protección y seguridad para evitar su acceso, pérdida, destrucción, utilización, modificación o divulgación no autorizada.
- e. La ley debe regular con la mayor precisión posible: “a) los motivos que habilitan la existencia de archivos con datos personales por parte de los organismos de inteligencia; tales motivos, acordes con los fines propios de las actividades de inteligencia, habrán de limitar el actuar de las autoridades en esta materia; b) las clases y tipos de datos de carácter personal que las autoridades están facultadas para conservar en sus archivos, y c) los parámetros aplicables para la utilización, conservación, verificación, rectificación, eliminación o revelación de tales datos”.

- f. Los organismos de inteligencia deben evaluar periódicamente la necesidad de conservar los datos en los archivos, así como corroborar la exactitud de dicha información.
- g. Una autoridad independiente debe supervisar la utilización que hacen dichas autoridades de toda la información recopilada (*Idem*, párrs. 576-581).

8. Estándares de protección de la autodeterminación informativa

En el caso que examinó, el Tribunal pudo concluir que las víctimas no tuvieron ni han tenido acceso a la información recopilada por las autoridades de inteligencia, lo que vulnera el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la verdad y la obligación de adecuar la normativa interna a los estándares interamericanas bajo el deber derivado del artículo 2 convencional.

Para la Corte IDH, las normas actuales colombianas, específicamente aquellas que regulan las actividades de inteligencia y las de acceso a la información,

omiten por completo cualquier tipo de procedimiento o mecanismo que reconozca y garantice el acceso y control de las personas interesadas a los datos que sobre ellas obren en los referidos archivos, lo que indudablemente ha constituido un obstáculo para que las presuntas víctimas ejerzan efectivamente sus derechos en esta materia (*Idem*, párr. 645).

En consecuencia, ordenó como medida de reparación la modificación de dicha normativa conforme las reglas establecidas en la sentencia, así como la creación de un mecanismo de acceso a la información y la facultad de activar recursos judiciales en caso de negativa de dicho acceso.

Para los efectos, la Corte determina el alcance de la protección del derecho a la autodeterminación informativa en el propósito de que toda persona pueda acceder y controlar los datos personales recopilados:

- a. Toda persona tiene el derecho a conocer qué datos se encuentran en los registros de los órganos públicos, en soportes físicos, magnéticos, electrónicos o informáticos, de dónde provienen, cómo fueron obtenidos, para qué son utilizados, el plazo de su conservación, si son compartidos con otras instancias o personas, la razón de ello y, en general, las condiciones de su tratamiento.
- b. Toda persona puede reclamar la rectificación, modificación o actualización de los datos, en el caso de ser inexactos, incompletos o no estar actualizados.
- c. Toda persona puede exigir la eliminación, cancelación o supresión de los datos, en caso de constatar la ilegalidad de su recopilación o conservación, o la inexistencia de razones que justifiquen su mantenimiento en archivos o bases de datos estatales, en tanto ello no afecte otros

derechos, lo que necesariamente debe ser ponderado en orden a la naturaleza de los archivos de que se trate y la información que contienen, siempre de acuerdo a la regulación aplicable.

- d. Toda persona tiene el derecho a oponerse al tratamiento de los datos, en los casos en que, en razón de la situación particular de la persona, se cause un daño en su perjuicio, así como en los supuestos que la normativa sobre la materia disponga.
- e. Cuando fuere posible y de acuerdo a las previsiones legales pertinentes, el derecho a recibir los datos en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y requerir su transmisión sin que lo impida la autoridad que los conserva.
- f. Posibilitar el acceso público a los documentos y datos cuya reserva ya no esté justificada, salvaguardando la confidencialidad de los datos sensibles y el consentimiento de su titular (*Idem*, párrs. 585 y 608).

Para hacer efectivo el derecho a la autodeterminación informativa, el Tribunal considera necesario que el Estado disponga los mecanismos necesarios en la legislación que faciliten la posibilidad de depuración y desclasificación de los archivos de inteligencia. En caso de negativa, el sistema debe prever la revisión de la decisión por parte de una autoridad administrativa y, llegado el caso, la posibilidad de acudir a la autoridad judicial quien, a su vez, debería poder ingresar a examinar la información cuyo acceso fue denegado (*Idem*, párr. 608).

9. Otros derechos vulnerados

El Tribunal Interamericano determinó que Colombia vulneró los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad de pensamiento y expresión, a la autodeterminación informativa, a conocer la verdad, a la honra, a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la libertad de asociación, a la circulación y residencia, a la protección de la familia, derechos de la niñez y derecho a defender los derechos humanos de las personas integrantes de CAJAR y sus familias.

Dado que en este caso altas autoridades emitieron pronunciamientos estigmatizantes en contra de la organización de derechos humanos que la asociaban a grupos armados, la Corte reiteró que al pronunciarse públicamente, las altas autoridades tienen un deber de diligencia que les obliga a corroborar de modo razonable, aunque no exhaustivamente, que las informaciones que emiten están fundamentadas. Igualmente, sus declaraciones no pueden constituir un mecanismo de presión contra personas o grupos que contribuyen a la deliberación pública mediante el ejercicio de su libertad de expresión (*Idem*, párr. 702).

Con relación a las expresiones del presidente de la República en el caso concreto, la Corte estableció que exigían la constatación previa de la veracidad de sus afirmaciones, así como mesura y prudencia por su posición de garante. Si bien no fue posible inferir que el discurso del jefe de Estado se dirigiera

específicamente contra las víctimas, sí fue posible constatar que actores armados replicaron el discurso presidencial, lo cual es un reflejo de los alcances de las manifestaciones de la más alta autoridad estatal y de las implicaciones que ello tiene en un contexto de conflicto armado.

De otro lado, la actividad ilegal de los organismos de inteligencia en contra de las víctimas tuvo como fundamento su posición crítica frente al gobierno en materia de derechos humanos y motivó las acciones en su contra. Así, la Corte considera probado que la estigmatización tuvo un efecto sobre todos y todas las integrantes del colectivo, incluyendo el personal administrativo.

10. Medidas de reparación

Como consecuencia de las violaciones establecidas a la CADH, la Corte ordenó dieciséis medidas de reparación de carácter individual, colectivo y general, que se orientan hacia el restablecimiento de los derechos de las personas afectadas, pero también favorecen a la comunidad de personas defensoras de derechos humanos en Colombia (ver tabla 1).

Dado que un elemento central de la decisión interamericana en este caso es la limitación convencional a las labores de inteligencia en una democracia, varias de las acciones ordenadas se orientan a la constitución de un régimen de protección integral frente a las arbitrariedades que se han cometido históricamente en el uso de los servicios de inteligencia contra personas defensoras de derechos humanos.

En el mismo sentido, constató la Corte IDH que las víctimas no han tenido acceso a la totalidad de la información contenida en los archivos de inteligencia del Estado, lo que ha impedido conocer el real nivel de afectación de sus derechos.

En plena consonancia con el derecho al reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa, el Tribunal ordenó tanto el impulso a las investigaciones penales por esos hechos como la entrega de la integralidad de la información recopilada ilegalmente por el Estado.

Tabla 1. Reparaciones.

Tipo de medida	Síntesis de la orden interamericana	Personas beneficiarias
Investigación	El Estado debe impulsar, dirigir, continuar y concluir en un plazo razonable y en observancia de la debida diligencia, las investigaciones dirigidas a esclarecer los hechos, incluidos actos de tortura y desplazamiento forzado con el fin de determinar lo ocurrido y establecer responsabilidades.	Integrantes de CAJAR víctimas del caso
Restitución	El Estado debe depurar los archivos del extinto DAS, Policía Nacional, Escuela de Artillería del Ejército Nacional y Central de Inteligencia Militar del Ejército, garantizando el acceso efectivo a la información y datos que sobre integrantes de CAJAR reposen en dichos archivos.	Integrantes de CAJAR víctimas del caso
Rehabilitación	El Estado debe brindar gratuitamente a través de instituciones de salud especializadas y de forma inmediata, prioritaria, adecuada y efectiva el tratamiento psiquiátrico o psicosocial de las víctimas que así lo soliciten, incluyendo el suministro de medicamentos tomando en cuenta los padecimientos de cada una de ellas.	Integrantes de CAJAR víctimas del caso
Satisfacción	El Estado debe realizar un acto de reconocimiento de responsabilidad y disculpas públicas en relación con la totalidad de los hechos del caso, destacando la importancia de la función de las personas defensoras de derechos humanos en un sistema democrático.	Integrantes de CAJAR víctimas del caso Personas defensoras en Colombia
	El Estado debe publicar por única vez el resumen de la sentencia en tamaño legible y adecuado en el Diario Oficial, en un medio de amplia circulación. Deberá publicar por el término de un año la totalidad de la sentencia en sitio web oficial. Debe dar publicidad a la sentencia en redes sociales. Debe dar publicidad al resumen de la sentencia en un medio televisivo de cobertura nacional por única vez.	Integrantes de CAJAR víctimas del caso
	El Estado deberá producir un documental audiovisual sobre: i) la importancia de la función de las personas defensoras, ii) la violencia y estigmatización en su contra, iii) la labor de CAJAR, iv) las violencias sufridas por sus integrantes, incluyendo los hechos reconocidos en la sentencia y el impacto diferenciado de los mismos en las mujeres defensoras y sus hijos e hijas.	Integrantes de CAJAR víctimas del caso Personas defensoras en Colombia
Garantías de no repetición	Campaña nacional informativa y de sensibilización sobre la violencia, persecución y estigmatización de las personas defensoras.	Personas defensoras en Colombia
	Campaña de difusión sobre la Directiva Presidencial que resalta la importancia de la labor de personas defensoras e imparte instrucciones a autoridades locales para garantizar su labor.	Personas defensoras en Colombia
	Sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a la violencia contra personas defensoras de derechos humanos con el fin de evaluar con precisión y de manera uniforme el tipo, la prevalencia, las tendencias y las pautas de la violencia en su contra con datos desagregados (región, ocupación, sexo de las víctimas), así como el estado de las investigaciones respectivas.	Personas defensoras en Colombia
	Creación de un fondo de 500.000 dólares destinado a la prevención, protección y asistencia a personas defensoras de derechos humanos en situación de riesgo, con participación de las plataformas de derechos humanos y el Programa Somos Defensores en la destinación de los recursos.	Personas defensoras en Colombia
	Implementación de un programa de capacitación permanente y obligatorio sobre los estándares de derechos humanos en materia de límites a la labor de inteligencia, así como recopilación, gestión y acceso de datos personales en poder de los organismos de inteligencia. Revisión de la Directiva N° 002 de 30 de noviembre de 2017 mediante la cual se establecen lineamientos para la investigación de delitos contra personas defensoras, difusión adecuada al interior de la Fiscalía y diseño e implementación de un plan de capacitación sobre la misma.	Personas defensoras en Colombia Sociedad colombiana
	Adecuación normativa de la Ley estatutaria N° 1621 de 2016 (Ley de Inteligencia y Contrainteligencia) y su decreto reglamentario sobre depuración de datos para que se ajuste a estándares definidos en la sentencia.	Personas defensoras en Colombia Sociedad colombiana
	Aprobación de la normativa necesaria para implementar los mecanismos adecuados para garantizar el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa respecto de los archivos de inteligencia que responda a los criterios de razonabilidad, agilidad, sencillez, gratuidad y eficacia.	Personas defensoras en Colombia Sociedad colombiana
	Adecuación de manuales de inteligencia y contrainteligencia de los distintos organismos con facultades para emprender estas actividades.	Personas defensoras en Colombia Sociedad colombiana

Fuente: Corte IDH, 2024.

Referencias bibliográficas

- Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.
- Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C No. 344.
- Corte IDH. *Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506.

Derecho a la protesta social. Uso de la fuerza en manifestaciones públicas

Corte IDH. Caso Tavares Pereira y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2023. Serie No. 507

Por Malka Manestar¹

1. Introducción

El artículo presenta un comentario del fallo “Tavares Pereira y otros” de la Corte IDH sobre el uso desproporcionado de la fuerza en manifestaciones públicas. La sentencia se analiza desde una perspectiva situada y contextualizada con el objetivo de que pueda ser una herramienta útil para promover la plena vigencia de los derechos humanos y, particularmente, del derecho a la protesta social, a nivel local, nacional y regional.

El abordaje y la respuesta estatal a las protestas sociales, así como el uso de la fuerza en las manifestaciones públicas, son temas recurrentemente problematizados en el campo de los derechos humanos. Los regímenes dictatoriales en América Latina, caracterizados por la excepcionalidad y la clandestinidad, contrastantes con procesos democráticos posteriores, nos permiten caracterizar a la protesta como un valor estructurante de las democracias.

En Argentina, por ejemplo, la ocupación del espacio público en manifestaciones está vinculada al fin de la dictadura, a la lucha por los derechos humanos y a las demandas de los sectores populares

¹ Abogada (UNT). Especialista en Políticas Públicas y Justicia de Género (CLACSO). Magíster en Derechos Humanos, Estado y Sociedad (UNTref). Doctoranda en Derechos Humanos (UNLa). Becaria doctoral de CONICET en el Centro de Estudios del Sur Andino (UNJu). Docente de la UNJu.

(CELS, 2017). Sin embargo, a pesar de la recuperación y consolidación de las democracias a nivel regional, persisten desafíos en la protección del ejercicio del derecho a la protesta social, libre de violencias, intimidaciones y criminalización.

El caso “Tavares Pereira” por sus características, nos remitirá a las represiones policiales, al ejercicio de violencias estatales en protestas sociales en diferentes momentos de nuestra historia reciente. Trata sobre un operativo represivo dirigido contra el Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra (en adelante, MST) en la República Federativa de Brasil en el año 2000.

El MST es considerado uno de los movimientos más grandes e importantes de América Latina. Nació en 1984, cuando campesinas y campesinos sin tierra se reunieron bajo los siguientes objetivos: luchar por tierra, reforma agraria y transformación social. Durante estas cuatro décadas de acción, ha pasado por momentos de criminalización, represión e intentos de cooptación. Actualmente se organiza en casi todos los Estados de Brasil, buscando cambiar la vida de las personas y el mundo. El MST desarrolla, entre otras, tareas de formación, educación, producción, cooperativas y comunicación (Stronzake y Casado, 2011).

Resulta importante señalar que los movimientos sociales desempeñan un papel fundamental en la dinámica de transformación de la sociedad, actuando como productores de cambios (Pleyers, 2018). En particular, los movimientos rurales están arraigados en las comunidades locales y son activos en la escena internacional contemporánea (Marques Bringel, 2011).

El fallo que aquí se comenta nos permite, además, reflexionar sobre un problema central en materia de violencia institucional: la actuación del Poder Judicial. Evidencia cómo dicho poder puede ofrecer respuestas a las víctimas de violencia estatal o, por el contrario, perpetuar la impunidad al no responsabilizar a los funcionarios y agentes estatales involucrados en la represión durante las protestas. Por otro lado, pone de manifiesto los desafíos que aún perduran vinculados a la desigualdad en la distribución de la tierra, la concentración elevada de la propiedad en manos de un pequeño grupo de individuos, la continuidad de barreras existentes para que la población rural acceda a ella y la necesidad de una reforma agraria.²

De esta manera, en primer lugar, se realiza un análisis de los hechos, de las consideraciones generales del caso, y de la resolución de la Corte IDH. En segundo lugar, se analizan los estándares interamericanos de derechos humanos en relación con dos de los problemas centrales del caso: el derecho a la protesta social y el uso de la fuerza en contextos de protesta social. Finalmente, se desarrollan algunas reflexiones sobre el problema en la Argentina y las conclusiones.

2 Martens, Palau y Riquelme (2010) definen a la reforma agraria como “un proceso de transformación y modificación de la estructura agraria actual (minifundio - latifundio) en el cual necesariamente deben darse cambios en el régimen de la tenencia y propiedad de la tierra, donde se adopten políticas integrales tendientes a mejorar las condiciones de vida de los campesinos y las campesinas, y sentar las bases para aumentar y hacer más eficiente el proceso productivo nacional (agrícola e industrial)”.

2. Hechos del caso

El 2 de mayo de 2000, en el Estado de Paraná, Brasil, un grupo de 50 colectivos que transportaban trabajadores rurales afiliados al MST se dirigían a la ciudad de Curitiba para participar de una marcha en reclamo de la reforma agraria frente al Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria. Junto al grupo de trabajadores también había niños y niñas.

La Policía Militar organizó un operativo para interceptar a los colectivos y ordenar su regreso en caso de que se encontraran armas o se sospechara que tuvieran la intención de ocupar edificios públicos o realizar actividades que pudieran dañarlos.

Durante el trayecto, algunos colectivos fueron detenidos, se requisó a los manifestantes, se les confiscaron sus pertenencias y se les negó la entrada a la ciudad, argumentando que había una orden que prohibía su ingreso, lo que los obligó a retornar. Mientras regresaban, el colectivo en el que viajaba Antonio Tavares Pereira se detuvo al observar que otros vehículos estaban detenidos en sentido contrario y sus pasajeros habían descendido. A pesar de la orden policial de permanecer en el vehículo, los manifestantes bajaron y cruzaron la ruta para unirse a los demás trabajadores. En respuesta, la policía disparó con armas de fuego, hiriendo gravemente al Sr. Tavares Pereira, quien fue trasladado de urgencia al Hospital del Trabajador, donde falleció a causa de las heridas. Para dispersar la manifestación, la policía empleó gases lacrimógenos, balas de goma, perros, garrotes, fuerza física y armas de fuego. Tras la represión policial, alrededor de 197 personas resultaron afectadas y 69 heridas por la violencia desplegada.

El 4 de mayo de 2000 la Policía Militar inició una investigación sobre la muerte del Sr. Tavares Pereira. Sin embargo, a los pocos meses, en octubre de 2000 el Ministerio Público Militar solicitó el archivo de la investigación, decisión que fue respaldada por el Juez Auditor Militar. En simultáneo, el 3 de mayo de 2000 se inició una investigación policial en la jurisdicción penal ordinaria, que culminó el 29 de abril de 2002 con una denuncia presentada por el Ministerio Público de Paraná contra un policía acusado de homicidio doloso. A pesar de ello, la defensa del acusado solicitó el archivo del proceso penal argumentando que la muerte del trabajador rural ya había sido objeto de decisión por parte de la jurisdicción militar. Finalmente, el 17 de abril de 2003, el Tribunal de Justicia de Paraná decidió sobreseer la acción penal.

En diciembre de 2002, la familia del Sr. Tavares Pereira presentó una demanda de indemnización contra el Estado de Paraná para obtener una compensación por los daños morales y materiales sufridos. Aunque en noviembre de 2010 se emitió una sentencia parcialmente favorable a los demandantes, ordenando al Estado el pago de una indemnización por los daños morales y una pensión mensual para los hijos y la viuda del Sr. Tavares Pereira, la ejecución de la sentencia fue incompleta. A pesar de que la viuda y dos de sus hijos recibieron pensiones por algunos años, otros aspectos de la decisión no se cumplieron, lo que llevó a la presentación de una acción de ejecución. No hay evidencia de que se haya entregado alguna cantidad de dinero como resultado de esta ejecución de sentencia. Tampoco existe información ni se pudo constatar acciones dirigidas a la reparación del daño ocasionado a las otras víctimas de la represión policial.

3. Algunas consideraciones sobre el caso

El caso en análisis puede categorizarse como violencia institucional (Pita, 2016; Perelman y Tufró, 2017) o violencia policial, que nos permite analizar cómo interviene el Estado en las protestas sociales. Del relato de los hechos se desprenden dos problemas centrales: 1) el derecho a la protesta social y su relación con los derechos a la libertad de pensamiento, de expresión, de reunión y de circulación; y 2) el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad del Estado en contextos de protesta social.

En su sentencia la Corte IDH fragmentó sus consideraciones en relación con tres momentos: 1) cuando la policía militar impidió a los trabajadores ingresar a Curitiba; 2) la muerte de Antonio Tavares Pereira; y 3) el uso de la fuerza en contra de los demás trabajadores que participaban en la marcha.

En primer lugar, el Tribunal reconoció que el accionar policial restringió de forma absoluta el derecho a la circulación al impedir que los manifestantes ingresaran a Curitiba y al evitar que realizaran la protesta vulneró el derecho a la libertad de pensamiento y expresión (Corte IDH, 2023, párr. 106-108). La restricción de los derechos de los manifestantes carecía de fundamentos legales y no se cumplió con ninguna finalidad legítima. No se exploraron otras alternativas para mantener el orden público y la medida resultó desproporcionada, ya que limitó arbitrariamente todos los derechos que articulan en el derecho a la protesta social. Además, no se demostró la necesidad inminente de la restricción. De esta manera, reconoció que el deber estatal de proteger las manifestaciones incluía no solo la realización de la protesta, sino también los actos previos o preparatorios a la misma, en este caso, el traslado a Curitiba (Corte IDH, 2023, párrs. 109-113).

Adicionalmente, la Corte IDH estableció que el uso de armas de fuego en la protesta no estaba justificado por ninguna razón y como consecuencia de su uso indebido se produjo la muerte del Sr. Tavares Pereira. En este sentido, resalta que la intervención de las fuerzas de seguridad en una protesta debe ser siempre con el fin de garantizar su realización y de proteger a los manifestantes, nunca para disuadirlos violentamente. Asimismo, remarcó la prohibición del uso de armas letales en estos contextos (Corte IDH, 2023, párr. 103).

A causa del uso ilegítimo y desproporcionado de las armas, también se violó el derecho a la integridad personal de otros manifestantes, entre ellos, de niños y niñas que estaban presentes en la concentración (Corte IDH, 2023, párr. 125). Sobre esta situación no se realizaron labores de investigación, ni de juzgamiento que pudieran determinar la responsabilidad por las lesiones sufridas

Con relación a los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, el Tribunal destacó que por la muerte del Sr. Tavares Pereira la competencia debería haber correspondido a la jurisdicción penal ordinaria; sin embargo, la actuación de la jurisdicción militar, su falta de independencia e imparcialidad, garantizaron la impunidad del delito contra su vida (Corte IDH, 2023, párr. 148).

Por lo tanto, concluyó que en el caso hubo falta de debida diligencia, ausencia de recursos efectivos para determinar lo sucedido e impartir justicia, retrasos injustificados y los plazos de actuación no fueron razonables.

Finalmente, también reconoció la vulneración del derecho a la integridad personal de los familiares de Antonio Tavares Pereira, en relación con el deber de respetar y garantizar los derechos, considerando que la muerte generó impactos negativos en la vida familiar, por encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad económica.

Por lo tanto, luego de declarar la responsabilidad internacional de Brasil, señaló que la sentencia por sí misma constituye una forma de reparación. Además, ordenó al Estado que: 1) brinde tratamiento médico, psicológico y/o psiquiátrico gratuito a los familiares del Sr. Tavares Pereira y a las víctimas heridas que así lo requieran; 2) realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; 3) adopte todas las medidas adecuadas para proteger de manera efectiva el Monumento Antonio Tavares Pereira en el lugar en que está edificado; 4) incorpore contenido específico en la currícula de formación de las fuerzas de seguridad que actúan en el contexto de manifestaciones públicas; 5) adecue su ordenamiento jurídico respecto de la competencia de la justicia militar; y 6) pague las sumas de dinero correspondientes en concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos (Corte IDH, 2023, párrs. 175-232).

4. Sobre los estándares interamericanos de derechos humanos en materia de protestas sociales y uso de la fuerza³

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido a la protesta social como un elemento esencial para la existencia y consolidación de sociedades democráticas. Asimismo, ha señalado que la protesta se encuentra protegida por una constelación de derechos y libertades que los Estados deben garantizar. Entre ellos, podemos mencionar: la libertad de expresión, de asociación, de reunión, de petionar ante las autoridades.

Tanto la Corte IDH como la CIDH reconocieron a la protesta como una herramienta para exigir el cumplimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, razón por la cual está asociada a la defensa de los derechos humanos.

Entre las principales obligaciones que deben guiar la respuesta estatal frente a las protestas sociales, podemos mencionar: 1) obligación de respetar, que incluye el derecho a participar en protestas sin autorización previa, eligiendo el contenido y mensaje de la protesta, como así también el derecho a escoger el tiempo, el lugar y el modo de la protesta; 2) obligación de proteger y facilitar el ejercicio del derecho, que implica que los agentes estatales tienen el rol de mantener la paz y proteger a las personas, tanto al momento de la manifestación como en las actividades previas o preparatorias. El Estado debe asegurar el libre y pleno ejercicio del derecho, promoviendo un entorno propicio y seguro, y tiene el deber de no criminalizar a líderes o participantes y de no realizar detenciones arbitrarias en protestas;

³ Para el desarrollo de este título se trabajó con Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019).

y 3) obligación de garantizar la protesta, que compromete al Estado a investigar, juzgar y sancionar la actuación de sus agentes que hayan generado violaciones derechos humanos en el marco de protestas.

La Corte IDH estableció que cualquier restricción que pudiera vulnerar el ejercicio del derecho debe estar prevista por ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, ya que la protesta tiene como uno de sus fines canalizar las demandas y reclamos de grupos de la población, entre ellos, los sectores que por su situación de exclusión o vulnerabilidad no acceden con facilidad a los medios de comunicación o a las instituciones.

En relación con el uso de la fuerza en contextos de protesta social, la Corte IDH ha señalado que se deben satisfacer los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad. La legalidad apunta a que debe existir un marco regulatorio que contemple la forma de actuación en dicha situación; la absoluta necesidad exige que se verifique la existencia de otros medios menos lesivos capaces de proteger la vida y la integridad de las personas; y la proporcionalidad está vinculada a la moderación del accionar de las fuerzas represivas (Corte IDH, 2023, párrs. 120-125).

Debemos resaltar que está prohibido el uso de armas de fuego. Por su parte, las armas consideradas “menos letales”, como balas de goma o gases lacrimógenos, deben estar estrictamente controladas, tanto en la adquisición, como en el uso, ya que muchas afectaciones a la integridad física de los manifestantes se producen como consecuencia del mal uso de estas armas (Corte IDH, 2023, párr. 122).

El Estado debe establecer canales de comunicación y diálogo como estrategia para evitar el uso de la fuerza. En el caso de que decidiera dispersar una protesta mediante el uso de la fuerza, debe comunicarlo de manera clara a quienes se manifiestan, para permitir la comprensión y el cumplimiento. Asimismo, el diseño de los operativos policiales debe respetar los valores socioculturales de quienes participan en protestas y el Estado tiene la obligación de capacitar a sus agentes sobre estándares en el uso de la fuerza (Corte IDH, 2023, párrs. 97 y 101).

5. Algunas consideraciones sobre el uso de la fuerza en manifestaciones en la Argentina

El 14 de diciembre de 2023, a 4 días del inicio de una nueva gestión en el gobierno nacional encabezado por Javier Milei, se publicó en el Boletín Oficial el “Protocolo para el mantenimiento del orden público ante el corte de vías de circulación” del Ministerio de Seguridad de la Nación,⁴ también conocido como “Protocolo Antipiquetes” o “Protocolo Bullrich”.

La norma puso nuevamente en la agenda pública argentina el tratamiento estatal de las protestas sociales, ya que vino a derogar la Resolución N° 210/2011, que había aprobado un protocolo de actuación que preveía garantías mínimas para el ejercicio del derecho a la protesta, al regular desde un enfoque de derechos humanos la actuación policial, brindando pautas para el uso de la fuerza, la negociación, etc.

4 Resolución N° 943/2023. Recuperado de <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/300917/20231215?busqueda=1>

El nuevo protocolo establece un cuestionable marco de actuación de las fuerzas de seguridad habilitando su intervención sin orden judicial, con el objetivo de desalojar las protestas cuando se manifiesten como cortes de rutas o cortes de calles totales o parciales. Asimismo, califica a esta modalidad de ejercer el derecho como un delito en flagrancia.

En su artículo 3 define:

[p]or impedimentos al tránsito de personas o medios de transporte, cortes parciales o totales de rutas nacionales y otras vías de circulación debe entenderse cualquier concentración de personas o colocación de vallas u otros obstáculos que disminuyeren, para la circulación de vehículos, el ancho de las calles, rutas o avenidas, o que estorbaren el tránsito ferroviario, aun cuando no crearen una situación de peligro, o que impidieren el ingreso de personas a lugares públicos o empresas. No se tomará en cuenta, a tales efectos, el hecho de que los perjudicados tuvieren otras vías alternativas de circulación.

El “Protocolo Antipiquetes” fomenta prácticas estatales dirigidas al control y la vigilancia de las personas y las actividades que se realizan en las protestas. Establece que se deben realizar tareas de identificación de “autores, cómplices e instigadores”, mediante filmaciones y otros medios digitales o manuales, remitiendo esta información a los órganos jurisdiccionales.

Esta disposición no solo favorece la criminalización de la protesta y la punición del ejercicio del derecho, sino que también podría favorecer tareas de inteligencia y espionaje sobre las actividades de las organizaciones.

Por otro lado, establece medidas referidas a las organizaciones, como la creación de un registro de las organizaciones que participan de las acciones, que deberán pagar los gastos derivados de los operativos policiales desplegados para dar cumplimiento al protocolo.

Esta Resolución fue denunciada por diferentes organizaciones sociales, gremiales, sindicales, políticas, estudiantiles y organismos de derechos humanos ante los Sistemas Internacionales de Protección. En estas denuncias se solicitó que el Estado argentino cese la aplicación de medidas que buscan impedir y reprimir las manifestaciones públicas.⁵

El 23 de enero de 2024, como respuesta a estas presentaciones las Relatorías Especiales de la ONU⁶ enviaron una carta al gobierno nacional expresando preocupación por el protocolo y por las propuestas de reformas legales que criminalizarían la protesta (Proyecto de Ley Ómnibus), llamando al Estado argentino a cumplir con los estándares internacionales sobre derechos humanos.

5 CELS (2023). *Con más de 1700 firmas de organizaciones, denunciamos el protocolo contra la protesta en la ONU y la CIDH*. Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/2023/12/con-mas-de-1700-firmas-de-organizaciones-denunciamos-el-protocolo-contra-la-protesta-en-la-onu-y-la-cidh/>

6 La carta lleva la firma de la Relatoría Especial sobre los Derechos a la Libertad de Reunión Pacífica y de Asociación, la Relatoría Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y la Relatoría Especial sobre la Situación de los Defensores de Derechos Humanos, todas dependientes del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

Cabe recordar que esta no fue la primera vez que los organismos internacionales advirtieron al Estado argentino sobre la importancia del derecho a la protesta. Durante el año 2023, en el marco del proceso de reforma parcial de la Constitución de la provincia de Jujuy y frente a los hechos represivos que se dieron en este contexto, la CIDH advirtió que la Argentina debía respetar estándares sobre el uso de la fuerza en manifestaciones, y expresó su preocupación por los operativos policiales desproporcionados para disolver las protestas que se desarrollaban en la provincia. A su vez, instó al Estado para esclarecer los excesos en el uso de la fuerza y recordó que los cortes de ruta son una modalidad legítima y protegida por el derecho a la protesta y que las perturbaciones en la vida cotidiana que pudieran generar deben ser toleradas.⁷

Por su parte, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos estableció que las reformas introducidas en la Constitución de la provincia Jujuy presentan incongruencias con la normativa internacional al prohibir modalidades del ejercicio del derecho a la protesta y que la libre circulación vehicular y personal no debe anteponerse a la libertad de reunión ni de participación democrática.⁸

6. Reflexiones y consideraciones finales

La historia de Brasil, como la de Argentina y la de otros países de América Latina, está atravesada por injusticias en el proceso colonialista de apropiación de la tierra. Esta condición se sigue evidenciando hasta la actualidad en las luchas del campesinado contra los terratenientes por la posesión y el uso de la tierra, en contra del latifundio, de los monocultivos, de la pobreza y la explotación laboral.

El *Caso Tavares Pereira y otros* no debe leerse descontextualizadamente, sino en este escenario de prácticas coloniales y neocoloniales que enfrentan a los Sin Tierra a la desigualdad, las injusticias, el racismo estructural y la violencia.

La sentencia de la Corte IDH, aunque tardíamente, viene a resaltar estándares para enmarcar las intervenciones estatales en las protestas sociales. En escenarios políticos que buscan imponer la “seguridad” y el “orden público” por sobre los derechos humanos, esta resolución viene a traer claridad.

Debemos reconocer el alto grado de protección que la CADH proporciona a la protesta social, por considerarla constitutiva de la democracia. Finalmente, es fundamental resaltar que mientras en nuestras sociedades no se resuelvan las desigualdades estructurales, las injusticias epistémicas que persisten,

⁷ CIDH (2023). *Argentina debe respetar estándares de uso de la fuerza provincial durante las protestas en Jujuy*, comunicado de prensa recuperado de <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/127.asp>

⁸ El artículo 67 de la Constitución de Jujuy modificad en el año 2023 establece “la prohibición de cortes de calles y cortes de rutas, así como toda otra perturbación al derecho a la libre circulación de las personas y la ocupación indebida de edificios públicos en la Provincia”. Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2023). Carta enviada al gobernador referida a la Reforma constitución provincial y hechos acaecidos a partir del 17 de junio de 2023. Recuperada de <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-alto-comisionado-de-las-naciones-unidas-para-los-derechos-humanos-acnudh-expreso-su>

mientras haya violaciones de derechos humanos, la protesta social será un recurso al que acudirán distintos sectores para canalizar sus reclamos a las autoridades, más aún cuando nos encontramos frente a grupos históricamente vulnerados.

Referencias bibliográficas

- CELS (2017). *El derecho a la protesta social en Argentina*. Buenos Aires: CELS.
- CELS (2023). *Con más de 1700 firmas de organizaciones, denunciamos el protocolo contra la protesta en la ONU y la CIDH*. Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/2023/12/con-mas-de-1700-firmas-de-organizaciones-denunciamos-el-protocolo-contra-la-protesta-en-la-onu-y-la-cidh/>
- CIDH (20 de junio de 2023). *Argentina debe respetar estándares de uso de la fuerza provincial durante las protestas en Jujuy*. (comunicado de prensa). Recuperado de <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/127.asp>
- Corte IDH. *Caso Tavares Pereira y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2023. Serie No. 507.
- Marques Bringel, B. (2011). *Geografías de la acción colectiva: el movimiento de los Sin Tierra de Brasil y el activismo rural transnacional (1978-2008)*. (Resumen de Tesis). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=179383>
- Martens, J.; Palau, T. y Riquelme, Q. (2010). *Reforma agraria es desarrollo nacional: propuesta y acciones para la implementación de una reforma agraria en Paraguay*. Buenos Aires: CLACSO.
- Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2023). Carta enviada al Gobernador referida a la Reforma constitución provincial y hechos acaecidos a partir del 17 de junio de 2023. Recuperada de <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-alto-comisionado-de-las-naciones-unidas-para-los-derechos-humanos-acnudh-expreso-su>
- Perelman, M. y Tufró, M. (2017). *Violencia institucional. Tensiones actuales de una categoría política central*. Buenos Aires: CELS.
- Pita, M. V. (2017). Pensar la violencia institucional. Vox populi y categoría política local. *Revista Espacios de Crítica y Producción*, (53). Buenos Aires: Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires.
- Pleyers, G. (2018). *Movimientos sociales en el Siglo XXI*. Buenos Aires: CLACSO.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19.
- Stronzake, J. y Casado, B. (2012). *Movimiento Sin Tierra de Brasil*. Recuperado de <https://fundacionbetiko.org/wp-content/uploads/2012/11/MST.pdf>

Principio de legalidad. Faltas disciplinarias

Corte IDH. Caso Cajahuanca Vásquez Vs. Perú. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 509

Por Loida Estela Castro Vera¹

1. Introducción

La independencia judicial, imprescindible en todo Estado de derecho, implica garantizar la estabilidad e inamovilidad de los jueces, por lo que, en el supuesto de que se destituya a un magistrado en el marco de un proceso disciplinario, se exige la concurrencia de una causa grave previamente determinada, la realización de un debido proceso y el cumplimiento de los estándares establecidos por la Corte IDH sobre la materia.

Ahora bien, es posible que la falta disciplinaria integre un concepto jurídico indeterminado o abierto, como sucedió en el caso materia de análisis, en donde se destituyó al Sr. Cajahuanca Vásquez debido a la aplicación de la causal prevista en el artículo 31, inciso 2) de la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, que establece, expresamente, lo siguiente: “la comisión de un *hecho grave* que sin ser delito *compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público*”² (el resaltado es nuestro).

1 Bachiller en Derecho (Universidad Nacional de Trujillo). Ex presidenta del Instituto Nacional de Derecho Comparado y ex coordinadora general de la Asociación Acción y Desarrollo Jurídico Social (UNT). Actualmente se desempeña como asistente legal en la Consultora Laboral – EMPLEX.

2 Esta norma actualmente se encuentra derogada por la primera disposición complementaria de la Ley N° 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia.

De ahí que, tales enunciados (la gravedad del hecho, la afectación de la dignidad y el concepto público) pueden tener diferentes significados y albergar una pluralidad de conductas que, como se advierte, no han sido previamente identificadas.

En efecto, el carácter abierto de dicha falta disciplinaria ha generado que el caso del Sr. Cajahuanca Vásquez no sea resuelto mediante un fallo unánime, conforme será analizado en los párrafos siguientes. No obstante, la sentencia adoptada por la Corte IDH por mayoría de sus integrantes concluyó que el Estado peruano no incurrió en responsabilidad internacional respecto de las presuntas violaciones de los derechos alegados.

Así pues, la importancia de determinar si se ha afectado el principio de legalidad por la indeterminación del contenido jurídico de una falta disciplinaria radica en que permitirá justificar la destitución del Sr. Cajahuanca Vásquez; de esta forma, mediante el voto mayoritario se determinó que la destitución no fue arbitraria, por lo que se cumplió con garantizar la estabilidad y la inmovilidad en el cargo, aspectos fundamentales de la independencia judicial.

2. Hechos del caso

El Sr. Cajahuanca Vásquez fue designado como juez de primera instancia en 1985 y, posteriormente, en 1992 ascendió como vocal provisional de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, Pasco y Coronel Portillo; siendo elegido como presidente del distrito judicial de Huánuco.

Los hechos que dieron origen a su destitución sucedieron el 21 de junio de 1995, cuando en la reunión de sesión plena, realizada junto con los jueces superiores titulares del distrito judicial de Huánuco, se acordó designar al juez del quinto juzgado penal en reemplazo del juez del primer juzgado, a quien se le había concedido una licencia. Sin embargo, en la resolución que fue suscrita dicho día se designó a una persona distinta, al Sr. Fidel Cordero Bernal, quien en los meses siguientes se vio involucrado en un procedimiento disciplinario por parte de la Oficina de Control de la Magistratura (en adelante, "OCMA").

Como parte de dicho procedimiento se emitió un informe de investigación en donde se advirtió que el nombramiento del Sr. Cordero Bernal se había dado de forma irregular, pues no había existido unanimidad en su nombramiento; asimismo, se señaló que su designación no fue objeto de debate dentro del desarrollo de la sesión plena.

Frente a ello, la OCMA propuso a la Corte Suprema de Justicia la destitución del Sr. Cajahuanca Vásquez, pedido que fue aprobado y generó que el Consejo Ejecutivo de la Corte Suprema solicitara al Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante, CNM) la destitución del magistrado, sustentando dicho pedido en la causal establecida en el artículo 31, inciso 2 de la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante, LOCNM) por "la comisión de un hecho grave que sin ser delito compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público".

El CNM inició una investigación preliminar, recibiendo los descargos planteados por el Sr. Cajahuanca Vásquez, incluyendo su declaración; el resultado de dicha investigación se reflejó en la Resolución N° 009-96-PCNM, en la que se resolvió destituir al Sr. Cajahuanca Vásquez.

El magistrado interpuso un recurso de reconsideración, desestimado por el CNM, por lo que recurrió a la vía constitucional, iniciando un proceso de amparo que fue desestimado en primera y segunda instancia. Asimismo, presentó un recurso de agravio constitucional, pero el Tribunal Constitucional se pronunció en el mismo sentido, confirmando la sentencia cuestionada. Esta situación habilitó al Sr. Cajahuanca Vásquez para que pueda interponer una denuncia ante la CIDH.

Después de 19 años, el 12 de julio de 2017, la Comisión comunicó a las partes la decisión de diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo. Posteriormente, el 2 de julio de 2020, aprobó el Informe de Admisibilidad y Fondo No. 176/20 y el 12 de mayo de 2021 sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

Es necesario advertir que transcurrieron más de veinte años desde la presentación de la petición a la Comisión y la sentencia de la Corte IDH, siendo que ello, evidentemente, genera un impacto negativo en la percepción de confianza que existe en el SIDH y, sobre todo, en el acceso a la justicia supranacional.

3. Análisis de la sentencia de la Corte IDH

Respecto de las cuestiones de forma, la Corte IDH desestimó las excepciones procesales planteadas por el Estado referidas a la falta de agotamiento de los recursos internos y la falta de competencia de la Corte para actuar como tribunal de cuarta instancia (Corte IDH, 2023: párrs. 24 y 29).

Además, se desestimaron tres de los cuatro cuestionamientos de orden procesal planteados por el Estado: (1) la indebida aplicación de la Resolución 1/16 “sobre medidas para reducir el atraso procesal”, (2) la solicitud de control de legalidad por la alegada indebida inclusión de hechos en el Informe de Admisibilidad y Fondo y la afectación del derecho de defensa del Estado, y (3) la inclusión de los familiares como beneficiarios de las medidas de reparación (*Idem*, párrs. 35, 40 y 49).

Por otro lado, la Corte IDH respaldó la posición del Estado en cuanto a la incompetencia de la Corte para examinar hechos propuestos por los representantes no incluidos dentro del Informe de Admisibilidad y Fondo, pues los hechos planteados no estaban orientados a explicar, aclarar o desestimar el marco fáctico sometido a conocimiento de la Corte ni tampoco eran hechos sobrevinientes (*Idem*, párr. 45).

Continuando con un análisis de fondo, en la sentencia la Corte IDH concluye, a través de un voto mayoritario, que el Estado peruano no es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, principio de legalidad y de retroactividad y derechos políticos, así como la protección judicial, reconocidos en los artículos 8, 9, 23 y 25 de la CADH en relación con las obligaciones de respetar y

garantizar dichos derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno, consagradas en los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado.

Los magistrados Ferrer Mac-Gregor Poisot y Mudrovitsch suscribieron un voto disidente, en el que concluyeron que el Estado peruano sí era responsable por la violación a los artículos 8, 9, 23, 25 y 26 de la CADH, en relación con las obligaciones de respeto y garantía estatal, previstas en los artículos 1 y 2 del Pacto de San José.

A continuación, se realizará un análisis de los derechos que han sido desarrollados dentro de la sentencia, teniendo presente los argumentos expuestos en la sentencia, así como en el voto disidente.

3.1. Las garantías de independencia judicial y estabilidad e inamovilidad en el cargo

La independencia judicial es fundamental para garantizar la vigencia del Estado democrático. Su finalidad no es situar al juez en una posición de privilegio, sino que “su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad, de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales” (artículo 1 del Código de Ética Judicial Iberoamericano, 2014).

La Corte IDH reconoce que la independencia judicial constituye un pilar básico del debido proceso; comprende una faceta institucional, en relación con el Poder Judicial como sistema y, a su vez, una vertiente individual, en relación con la persona de la jueza o el juez específico (*Idem*, párr. 88).

La independencia judicial se manifiesta en tres garantías específicas: 1) un proceso adecuado de nombramiento, 2) estabilidad e inamovilidad en el cargo, y 3) ser protegido contra presiones externas. Respecto de la segunda garantía señalada, la Corte IDH refiere que implica que: 1) la separación del cargo jurisdiccional debe basarse en las causales permitidas o el término del mandato, 2) la destitución de jueces solo puede deberse a faltas de disciplina grave o incompetencia, y 3) el proceso seguido al operador jurisdiccional debe respetar el debido proceso (*Idem*, párrs. 89 y 90).

Asimismo, la Corte IDH resalta que, de acuerdo con la Relatoría Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, las garantías establecidas en virtud de la independencia judicial buscan proteger a los justiciables y que el juez asume la obligación de conducirse de forma proba, “preservando la dignidad del cargo”, conforme a la redacción de los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (1985) y los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial (2002).

Para la Corte IDH, la destitución del Sr. Cajahuanca Vásquez se dio en el marco de un procedimiento previsto en la Constitución y la ley, seguido por la autoridad competente y fundado en una causal prevista en el ordenamiento jurídico, aunque reconoce que la causal aplicada ostenta un carácter abierto, lo cual es desarrollado con mayor extensión en los argumentos referidos al principio de legalidad.

3.2. Principio de legalidad en materia disciplinaria y deber de motivación

En primer lugar, la Corte IDH refiere que la precisión de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria es diferente a la requerida en una norma penal, por lo que un tipo disciplinario abierto no representa, en principio, una violación al principio de legalidad, pues debe analizarse de forma conjunta su utilización en el caso concreto (*Idem*, párr. 97).

El tribunal se trae a colación el *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, en el cual se consideró que las normas disciplinarias abiertas o indeterminadas exigen el establecimiento de criterios normativos previos a su uso o, por otro lado, que el juzgador adopte un razonamiento e interpretación apropiados al momento de su aplicación. De esta forma, ante la falta de criterios establecidos previamente, resulta indispensable conocer la motivación del fallo sancionatorio (Corte IDH, 2015).

Para el voto en mayoría, en el ordenamiento jurídico peruano existía una falta de criterios normativos previos para la aplicación de dicha causal de destitución, por lo que se debe recurrir al análisis de la motivación realizada por el CNM al momento de destituir al Sr. Cahahuanca Vásquez. Para ello, analizará los siguientes requisitos: 1) la afectación de la conducta examinada en el ejercicio de la función judicial, 2) la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción, y, 3) el contexto en el que se dio la actuación de las autoridades que impusieron la sanción (Corte IDH, 2023, párr. 101).

La Corte IDH tuvo en cuenta tres documentos: el Informe de Investigación de 21 de julio de 1995, la Resolución de la OCMA de 3 de agosto de 1995, que contiene el informe de la investigación y la propuesta de destitución, y la Resolución del CNM de 14 de agosto de 1996, que destituye al Sr. Cahahuanca Vásquez.

La Corte IDH concluye que la gravedad de la irregularidad cometida radica en que el encargo irregular del señor Cordero Bernal desnaturalizó el acuerdo de Sala Plena, en el que se había dispuesto encargar a una persona distinta para el reemplazo del juez del primer juzgado penal y, además, se afectó la garantía de independencia e imparcialidad judicial. Esto último debido a que se incumplieron las reglas de asignación de casos previstas en la LOPJ, lo cual podría atentar contra el principio del juez natural (*Idem*, párr. 107).

Además, refiere que el CNM “actuó con el objeto de sancionar posibles actos de corrupción capaces de socavar la legitimidad de la administración de justicia”, motivando de forma adecuada la conducta examinada, la gravedad de la sanción y el contexto en el que fue aplicada; por lo que la destitución no tuvo un carácter arbitrario, sino, más bien, se dio en estricto cumplimiento del debido proceso y el principio de legalidad (*Idem*, párr. 109).

Si bien el voto disidente también hizo énfasis en el caso “López Lone y otros”, profundizó en la necesidad de precisar criterios objetivos que guíen la interpretación o contenido de los tipos disciplinarios abiertos, los cuales podrían ser establecidos: i) por vía normativa o, ii) por medio de una interpretación jurisprudencial que enmarque estas nociones dentro del contexto, propósito y finalidad de la norma,

de forma tal de evitar el uso arbitrario de dichos supuestos, con base en los prejuicios o concepciones personales y privadas del juzgador al momento de su aplicación (*Idem*, párr. 272).

Así pues, se interpreta que cuando existan tipos disciplinarios abiertos que no han sido definidos dentro de leyes u otras normas jurídicas, es necesario que se establezcan criterios objetivos que guíen su aplicación, evitando un uso arbitrario.

Sin embargo, en el caso del Sr. Cajahuanca Vásquez, el voto disidente considera que la falta disciplinaria aplicada no se encontraba suficientemente definida, ya sea por vía normativa o jurisprudencial. Por otro lado, se señala que tampoco se han precisado los criterios interpretativos utilizados al momento de aplicar la sanción de destitución. Por último, se critica la decisión emitida por el CNM, ya que no se habría planteado ningún argumento que permita identificar cómo los hechos imputados al Sr. Cajahuanca Vásquez afectaban “la dignidad del cargo” y la “desmerecían en el concepto público”.

Es necesario precisar, en primer lugar, cómo se define un “concepto jurídico indeterminado”. Respecto de este punto, el Tribunal Constitucional peruano (2004) ha señalado que, un concepto jurídico indeterminado es aquel donde se concede “un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada”.

En efecto, los conceptos jurídicos abiertos o indeterminados se caracterizan por su falta de certeza y adaptabilidad, encontrando su justificación, de acuerdo con Desdentado (citado por Chamilco, 2018), en que buscan atender a situaciones cambiantes y la imposibilidad del legislador para regular todos los supuestos fácticos; por otro lado, para García de Enterría y Ramón Fernández, “la tipificación con conceptos jurídicos indeterminados responden a determinadas realidades que no permiten una determinación precisa, pero a la que le corresponde una única solución justa” (citado por Chamilco, 2018: 8).

También Lifante precisa que el uso de los conceptos jurídicos indeterminados puede tener su origen en la imposibilidad que representa, *a priori*, identificar “una clase de acciones específicas que uniformemente deban ser realizadas u omitidas” (2020: 3).

De esta forma, se puede señalar que representa una imposibilidad para el legislador determinar todas las conductas que puedan afectar la dignidad del cargo judicial, por lo que, ante tal circunstancia, se prefirió optar por una norma abierta, entendido esto como una técnica jurídica. Por tanto, siguiendo con el desarrollo realizado por Lifante, la aplicación de los conceptos indeterminados dependerá del contexto específico y las características particulares de cada caso.

Zegarra (2016) refiere que la doctrina actual sustenta el uso de este tipo de conceptos en que aluden a una realidad cuyos límites no es posible identificar completamente a través de su enunciado. Además, señala que el concepto jurídico abierto será determinado al momento de su aplicación, precisando que mediante la utilización de este tipo de normas no se busca destruir su tipicidad sino flexibilizarla.

Lifante agrega que una de las dimensiones de la previsibilidad se da cuando una regulación jurídica permite conocer una mayor cantidad de aspectos relacionados con una norma jurídica. Ello implica que dicha norma especifique cada uno de los supuestos particulares que justificarían su aplicación. Sin embargo, ello no resulta siempre positivo, pues también resulta necesario utilizar una norma indefinida debido a su flexibilidad, ya que ello permite proteger con mayor amplitud intereses valiosos.

Al parecer, esta podría ser la justificación que sostiene el tipo disciplinario aplicado al Sr. Cajahuanca Vásquez, pues mediante la sanción de los actos que atentan contra la dignidad del cargo judicial se busca proteger la idoneidad en el servicio de la administración de justicia y, a su vez, la independencia judicial entendida como una garantía para los justiciables.

Sin embargo, también es importante tener en cuenta lo establecido por la Corte IDH en “López Lone y otros”, por lo que para orientar la aplicación de este tipo de normas jurídicas se vuelve necesario el establecimiento de criterios objetivos.

Así pues, Moron ha señalado que la concreción de este tipo de conceptos “debe estar referida a criterios lógicos, técnicos o de la experiencia, que permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada” (citado en Chamilco, 2018: 14).

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional Colombiana (2012), al señalar que, si bien se admiten los conceptos jurídicos indeterminados, es importante que “tenga un carácter determinable al momento de su aplicación, para lo cual es necesario que en el ordenamiento jurídico, en la Constitución, la ley o el reglamento se encuentren los criterios objetivos que permitan complementar o concretar las hipótesis normativas de manera razonable y proporcionada”.

A su vez, el Tribunal Constitucional peruano abordó diferentes conceptos jurídicos indeterminados (incluyendo la dignidad del cargo y el desmerecimiento público), precisando:

Qué es lo que se entiende por cada uno de tales conceptos, para efectos sancionatorios, debe encontrarse previamente determinado o establecido; lo contrario importaría que los magistrados tengan prever cuál es el “contenido” que el CNM pueda darles, sobre todo cuando este contenido, de no estar precisado normativamente, será objeto de desarrollo o complementación por parte de la autoridad administrativa, en cada caso en que ello sea necesario, además que, como es obvio, el resultado no necesariamente será igual en todos los casos(2009, fundamento jurídico 43).

Ello guarda relación con otro caso en el cual el Tribunal Constitucional peruano estableció que el principio de legalidad exige la existencia de una ley anterior al hecho sancionado que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, y que el nivel de precisión debe ser suficiente para que cualquier ciudadano pueda comprender lo que se está prescribiendo(2002, fundamento jurídico 45).

En ese orden de ideas, se concluye que es importante que la Administración otorgue criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan dar previsibilidad y seguridad a las infracciones que contienen disposiciones indeterminadas (Zegarra, 2016).

Por otro lado, teniendo presente que la Corte IDH estableció que los conceptos indeterminados son completados al momento de su aplicación, adquiere relevancia la motivación expuesta por la autoridad pertinente. De hecho, en el Expediente 05156-2006-PA/TC (fundamento jurídico 49) se precisó que:

La remisión a estos conceptos jurídicos indeterminados comporta una exigencia mayor de motivación objetiva y coherente, si de lo que se trata es de imponer una sanción tan grave como la destitución del cargo de vocal supremo; y ello porque, a mayor discrecionalidad de la norma, mayor habrá de ser la motivación lógica y racional, en proporcional correlato. Motivación que, en el presente caso, a juicio del Tribunal Constitucional, no ha estado dirigida a determinar en qué medida la conducta del demandante ha afectado “la dignidad del cargo” y ha acarreado, concomitantemente, un “desmerecimiento del concepto público”. Ello, sin duda, impone que el CNM desarrolle y precise el contenido y la extensión de dichos conceptos.

Cabe precisar que todos estos pronunciamientos son posteriores a la fecha en que sucedieron los hechos objeto de análisis, pero, de todas formas, permiten evidenciar que la jurisprudencia constitucional peruana ha desarrollado, por su parte, importantes criterios jurisprudenciales respecto de la aplicación de tipos disciplinarios abiertos.

3.3. Principio de aplicación de la ley sancionatoria más favorable

Se debe tener presente que el Sr. Cajahuanca Vásquez señaló que debió aplicarse la LOPJ en el extremo que establecía como condición previa a la destitución que el magistrado o fiscal haya sido previamente suspendido y, por otro lado, no debió haberse aplicado la LOCNM, pues no exigía dicho requisito previo, por lo que, afectaba en mayor grado sus derechos.

Sin embargo, la Corte IDH determinó que en este caso no correspondía aplicar el principio de ley sancionatoria más favorable, pues no existen dos normas jurídicas vigentes. Ello se justificó en el hecho de que la LOCNM se promulgó de forma posterior a la LOPJ, estableciendo en su disposición final que todos los artículos que se opongan a lo regulado por la LOCNM quedaban derogados, por lo que, aunque la LOPJ haya establecido como condición previa la suspensión del magistrado o fiscal, ello no resulta aplicable al caso, pues dicha disposición se derogó al entrar en vigencia la LOCNM (Corte IDH, 2023: párr. 117).

3.4. Protección judicial

La Corte IDH precisa que la garantía de protección judicial implica que el proceso sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. Para ello, se tendrá en cuenta que “el sentido de la protección del artículo [25 de la CAHD] es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que una autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante, determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener” (*Idem*, párr. 34).

De acuerdo con el voto de la mayoría, el Estado peruano no afectó este derecho, ya que se desarrollaron procesos constitucionales en los cuales se garantizó un recurso efectivo que permitió el análisis del derecho al debido proceso y otros derechos constitucionales alegados por el Sr. Cajahuanca Vásquez.

En cambio, en el voto disidente se advierte que, aunque existía un recurso regulado en la legislación peruana (el amparo), este no era efectivo, ya que limitaba su procedencia a la afectación del debido proceso, pero no frente a la vulneración de otros derechos fundamentales. De esta forma, se critica que el criterio mayoritario de la sentencia únicamente haya constatado la procedencia del recurso de amparo conforme a la única causal por la cual podía ser interpuesto: el debido proceso.

De esta forma se concluyó que, si bien el Sr. Cajahuanca Vásquez tuvo acceso al recurso de amparo, este no constituyó un recurso judicial efectivo que le permitiera exponer, ante un juez o tribunal competente, posibles actos violatorios de derechos fundamentales diferentes al debido proceso.

Se debe recordar que estos mismos argumentos habían sido señalados por el magistrado Ferrer Mac Gregor en el voto disidente que suscribió en el caso “Cordero Bernal” (2021), donde concluyó que al momento en que ocurrieron los hechos, el mismo espacio temporal de la destitución del Sr. Cajahuanca Vásquez, no existía un recurso efectivo.

Ahora bien, es importante precisar que cuando el Tribunal Constitucional conoció el recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sr. Cajahuanca Vásquez, la sentencia se limitó a describir el iter procesal y concluir, sin realizar un mayor análisis que:

de autos se advierte que la resolución cuestionada ha sido expedida dentro del proceso administrativo respectivo, donde el Consejo Nacional de la Magistratura ha procedido con estricta observancia de la ley, y en el que el demandante ha ejercido irrestrictamente su derecho de defensa, habiéndose observado las pautas esenciales del debido proceso, no habiéndose acreditado la violación de derecho constitucional alguno del demandante.

Así pues, no pasa desapercibido que en dicha sentencia únicamente se hizo referencia al debido proceso seguido en el procedimiento administrativo sancionador, sin pronunciarse sobre otros derechos que fueron alegados por el demandante, como la inamovilidad del cargo.

Sobre aquello, es importante recordar que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la destitución de jueces por el Poder Ejecutivo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución es incompatible con la independencia judicial (Comité de Derechos Humanos, 2007, párr. 20).

4. Conclusiones

El análisis de esta sentencia nos conduce a tres importantes conclusiones: en primer lugar, la independencia judicial no busca situar al juez en una posición de privilegio, sino más bien se constituye en una garantía para tutelar el derecho de los ciudadanos de ser juzgados con parámetros jurídicos, evitando la arbitrariedad y salvaguardando sus derechos fundamentales.

De esta forma, una de las garantías específicas de la independencia judicial es la estabilidad e inamovilidad en el cargo judicial, lo que implica que la destitución de jueces solo puede deberse a una falta disciplinaria grave o incompetencia, debiendo resguardarse el derecho del debido proceso.

En segundo lugar, se debe reconocer que la existencia de un tipo disciplinario abierto no significa, *per se*, la vulneración del principio de legalidad, pues ello deberá ser analizado en el contexto específico de cada caso. De acuerdo con la Corte IDH, para la aplicación de la causal de destitución, se deberá evaluar la afectación de la conducta examinada en el ejercicio de la función judicial, la gravedad de la conducta, la proporcionalidad de la sanción, así como el contexto en el que se impuso dicha sanción.

Además, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la existencia de una mayor discrecionalidad en la norma comporta una mayor exigencia en la motivación objetiva y coherente por parte del órgano disciplinario, debiendo definir, por ejemplo, el contenido y extensión de los conceptos incluidos dentro de las faltas disciplinarias abiertas.

Finalmente, se debe concluir que mediante la sanción de los actos que atentan contra la dignidad del cargo judicial se busca proteger la idoneidad en el servicio de la administración de la justicia y, a su vez, la independencia judicial entendida como una garantía para los justiciables. Sin embargo, es importante que se establezcan criterios normativos o jurisprudenciales que guíen la aplicación de esta falta disciplinaria limitando, a su vez, la arbitrariedad en su uso.

Este no es el primer caso en que se analiza este tema en el SIDH, pues ya en el *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, se determinó que mediante un juicio político se había destituido arbitrariamente a los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano. Además, la Corte IDH estableció que “[e]l respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención” (Corte IDH, 2001, párr. 68).

Sin duda, la materia discutida en este caso permite adoptar criterios distintos y conocer diferentes líneas jurisprudenciales, siendo una sentencia importante para estudiar el principio de legalidad y su concreción dentro de los conceptos jurídicos indeterminados.

Referencias bibliográficas

- Chamilco, M. (2018). Conceptos Jurídicos Indeterminados en la tipificación de faltas disciplinarias y su implicancia en sanciones arbitrarias. [Segunda Especialidad en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Recuperado de https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13952/CHAMILCO_REYES_MAGGALY_PATRICIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.
- Corte Constitucional Colombiana (01/02/2012). “Código Disciplinario Único”. Caso C-030/12.
- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302.
- Corte IDH. *Caso Cordero Bernal Vs. Perú*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 16 de febrero de 2021. Serie C No. 421.
- Corte IDH. *Caso Cajahuanca Vásquez Vs. Perú*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 509.
- Lifante, I. (2020). Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las pautas de conducta y diligencia en el derecho. *Pensamiento Constitucional*, (25), 129-146. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/24581/23324>
- Tribunal Constitucional (03/01/2003). “Marcelino Tineo Silva y otros 5000 ciudadanos”. Expediente N° 010-2002-AI/TC.
- Tribunal Constitucional (05/07/2004). “Juan Carlos Callegari Herazo”. Expediente N° 0090-2004-AA/TC.
- Tribunal Constitucional (29/08/2006). “Vicente Rodolfo Walde Jáuregui”. Expediente N° 05156-2006-PA/TC.
- Tribunal Constitucional (03/09/2010). “Vicente Rodolfo Walde Jáuregui”. Expediente N° 01873-2009-AA/TC.
- Zegarra, D. (2016). *La Utilización de Conceptos Jurídicos Indeterminados en La Tipificación de Infracciones Administrativas*. (Ponencia). VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo. 697-711. LIMA. EBC Ediciones-Thomson Reuters. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/643312497/ZEGARRA-La-utilizacion-de-conceptos-juridicos-indeterminados-en-la-tipificacion-de-infracciones-administrativas-pdf>

Libertad de expresión. Corrupción

Corte IDH. *Caso Viteri Ungaretti y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 510

Por Edison Lanza¹

1. Introducción

La sentencia que aquí se comenta desarrolla en profundidad el vínculo existente entre el derecho a la libertad de expresión y la protección de denunciantes de hechos de corrupción, un asunto poco abordado hasta el presente por la jurisprudencia del SIDH.

Se trata de una decisión con un valor crítico para la región: por primera vez el tribunal de derechos humanos a nivel regional delimita la obligación estatal de proteger a funcionarios y a otras personas que denuncian actos de corrupción –tanto a través de canales internos como de la prensa– frente a procesos disciplinarios abusivos, represalias laborales y otro tipo de retaliaciones, y la vincula con el artículo 13 de la CADH que protege el derecho a la libertad de expresión.

En efecto, el tribunal interamericano condenó al Estado de Ecuador por la violación de diversos derechos de Julio Rogelio Viteri Ungaretti, un oficial naval ecuatoriano que denunció irregularidades en contrataciones militares a nivel de las instituciones estatales a las que servía, a raíz de lo cual fue

¹ Abogado y docente (Udelar). Se desempeñó durante dos mandatos como Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH (2014-2020). Actualmente es senior fellow en El Diálogo Interamericano (The Interamerican Dialogue) y consultor en libertad de expresión y protección de periodistas de UNESCO y diversas organizaciones de la sociedad civil. Desde noviembre de 2020 también se desempeña como secretario de Relaciones Internacionales y Gobierno Abierto del Gobierno Departamental de Canelones (Uruguay).

acusado de “ofender y afectar la disciplina militar”. Fruto de sus declaraciones públicas, también fue víctima de detenciones arbitrarias, traslados y distintos procesos disciplinarios que frustraron su carrera militar.

Viteri pertenecía a la Marina de Ecuador y se desempeñaba como Agregado Naval y de Defensa ante el Reino Unido cuando ocurrieron los hechos. En el año 2001 hizo conocer a través de canales institucionales a los Ministerios de Defensa y de Relaciones Exteriores acerca de una serie de presuntos hechos de corrupción en las contrataciones de seguros para aeronaves militares de su país, de los que había tenido conocimiento.

Lejos de abrir las correspondientes investigaciones respecto de los hechos denunciados, las autoridades militares ecuatorianas impusieron al Sr. Viteri severas sanciones de arresto a rigor. Adicionalmente, las mismas autoridades sancionaron y trasladaron al denunciante a un destino de inferior jerarquía, alegando que había declarado a la prensa sin “la debida autorización de sus superiores jerárquicos”.

En un continente donde el flagelo de la corrupción sigue siendo un factor que socava la estabilidad democrática y afecta el desarrollo económico y social, esta sentencia constituye un hito capaz de promover cambios legislativos y buenas prácticas judiciales en la región. De hecho, la Corte IDH resalta “la importancia de la protección contra represalias de [denuncias de] hechos de corrupción para promover una cultura de responsabilidad e integridad públicas y evitar un efecto intimidatorio respecto de potenciales futuros denunciantes” (Corte IDH, 2023: párr. 96).

En el aspecto dogmático esta decisión también es relevante debido a que en su análisis la Corte IDH considera a la corrupción como un asunto de interés público cuya divulgación a través de preservar la confidencialidad de los denunciantes requiere una protección reforzada del Estado: en palabras de la Corte IDH, la protección de denunciantes permite que este tipo de hechos que afectan múltiples derechos sean conocidos por parte de la sociedad y procesados por la Justicia.

2. Mecanismos de denuncia y protección de denunciantes

Al ponderar los derechos en juego, la Corte IDH entendió que el Sr. Viteri, como miembro de las Fuerzas Armadas del Ecuador, tenía el derecho y el deber de hacer uso de su derecho a la libertad de expresión para alertar sobre los presuntos hechos de corrupción que conoció durante el ejercicio de sus funciones.

Por unanimidad, los miembros del Tribunal recordaron que la corrupción ha dado lugar a pronunciamientos de diferentes organismos internacionales y al surgimiento de instrumentos internacionales y regionales para hacer efectivo su combate y persecución judicial.

A juicio de la Corte, los presuntos hechos de corrupción ventilados en el caso revisten un claro interés público, por tratarse de actuaciones de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones que tienen impactos en el goce de los derechos humanos de las personas (Corte IDH, 2023: párr. 88).

El Tribunal determinó que existe un legítimo interés de la sociedad en conocer respecto a la denuncia de hechos de corrupción, por lo cual constituye un discurso especialmente protegido a la luz del artículo 13 de la CADH. Esta calificación determina que se apliquen a este tipo de discursos los requisitos establecidos en el artículo 13.2 del tratado, respecto de posibles sanciones: determinación por ley, aplicadas de forma estricta y de la manera que afecte en menor medida al ejercicio del derecho.

De acuerdo con la sentencia, los Estados no pueden restringir esta libertad “ilegítimamente por actos normativos o administrativos o por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan o intenten ejercer la libertad de expresión” (Corte IDH, 2023: párr. 93).

La sentencia subraya que la obligación de denunciar también está contemplada en la Ley Modelo de la Organización de Estados Americanos sobre Denuncia de Actos de Corrupción. Allí, las personas que realizan esta labor han sido calificadas como “denunciante de irregularidades” o “denunciante de buena fe”.

La sentencia también aborda el estándar de veracidad que aplica a las personas denunciantes, en particular funcionarios públicos que conocen hechos irregulares y a la vez se encuentran sometidos a un régimen disciplinario. De acuerdo con la Corte IDH, quienes denuncian deberían verificar los hechos, pero no se requiere “establecer la autenticidad de la información divulgada” para exigir la protección, estableciendo un umbral más flexible del que deben alcanzar los operadores de justicia (Corte IDH, 2023: párr. 92).

Por otra parte, la Corte IDH ratificó que el periodismo y los medios de comunicación juegan un rol central en el combate a la corrupción, al subrayar que los denunciantes podrán recurrir legítimamente a otras vías, como la divulgación pública, para realizar las denuncias, sobre todo en el contexto de Estados que no sean eficaces o confiables en proteger a quien denuncia (Corte IDH, 2023: párr. 97).

3. Medidas efectivas para facilitar y proteger denunciantes

Luego de desarrollar el razonamiento expuesto, la sentencia reafirma la obligación estatal de garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y facilitar la denuncia de presuntos hechos de corrupción por parte de funcionarios públicos.

Y enfatiza que, para hacer efectiva esta obligación, los Estados deben adoptar medidas para proteger la identidad del denunciante y la confidencialidad de la denuncia, preservar su integridad, y adoptar disposiciones legales que impidan la sanción o despido injustificado por denunciar o difundir este tipo de hechos (Corte IDH, 2023: párr. 96).

Asimismo, el Tribunal estimó que ante la ausencia de disposiciones que contemplen mecanismos de denuncia de corrupción y protección de los denunciantes, el Estado incumple su obligación de adoptar disposiciones internas para el ejercicio de la libertad de expresión (conf. artículo 2 de la CADH).

La Corte IDH también estableció la violación del derecho al trabajo del militar (artículo 26 de la CADH), relacionado con el artículo 13, debido a que el Estado ecuatoriano no aseguró la estabilidad laboral del denunciante y la persecución desatada lo determinó a pedir la baja de la Armada y a la postre perder el sustento suyo y de su familia.

4. Libertad de expresión y seguridad nacional

Por tratarse de un caso vinculado al ámbito militar, la Corte IDH también analizó el conflicto entre el derecho a divulgar un hecho irregular, al que se tuvo acceso por la posición institucional del militar, y el alegado riesgo de generar un daño significativo a un interés de seguridad nacional.

El tribunal encuadró el conflicto en la figura del *whistleblower* o denunciante que accede a información por encontrarse dentro de instituciones donde, por su naturaleza, se presentan mayores obligaciones de confidencialidad y exigencias disciplinarias.

Al respecto, incluyó en la sentencia el aporte experto de la perito Vivian Newman Pont, que abordó esta figura:

Un *whistleblower* que debe mantener la disciplina en una institución, cuando encuentra irregularidades se enfrenta a dos regímenes o sistemas de valores aparentemente contradictorios. Por un lado, pareciera que su lealtad, compromiso y régimen disciplinario lo instan a guardar silencio. Por el otro, su moral y compromiso con el bien común lo instan a denunciar. En realidad, se trata de un falso dilema. La lealtad, disciplina y compromiso con la institución se materializan realmente con la denuncia y no con el silencio. La mejor forma de mantener la disciplina en las Fuerzas Armadas no es limitar la libertad de expresión de los denunciantes, sino fomentar las denuncias y construir legitimidad (Corte IDH, 2023: párr. 91).

Particularmente, en este caso la Corte IDH considera que la obligación de reserva busca preservar la seguridad nacional, pero

el deber de confidencialidad no puede aplicarse de forma general, sino que debe estar limitado de forma precisa y clara a aquella información cuya divulgación supone un riesgo real e identificable de generar un daño significativo a un interés de seguridad nacional legítimo (Corte IDH, 2023: párr. 98).

Al aplicar este estándar al caso concreto, la Corte IDH indicó que la normativa que regulaba el deber de reserva era tan amplia que tenía el efecto de limitar directamente el derecho a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas respecto de toda la información relacionada con sus funciones, incluso de aquella respecto de la cual había un legítimo interés de escrutinio y debate

público. Por lo tanto, estima que dicha limitación general a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas y al acceso a la información de los ciudadanos es contraria a la CADH (Corte IDH, 2023: párr. 110).

5. Algunas conclusiones

El caso supone un avance trascendente para la protección de los derechos de las personas denunciantes y la prensa a difundir investigaciones y denuncias de corrupción en el ámbito del Sistema Interamericano. Sobran ejemplos para afirmar que quienes abusan del poder o participan de estructuras de gran corrupción están dispuestos a defender estas posiciones poniendo en práctica la criminalización del denunciante, violencia *off* y *on line*, así como tomar represalias laborales contra estas personas.

En el caso, la Corte IDH dispuso que el Estado de Ecuador adopte las medidas legislativas o de otro carácter para adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en la CADH, de forma tal que establezca un ente independiente e imparcial con el mandato de recibir denuncias sobre presuntos hechos de corrupción en las Fuerzas Armadas (Corte IDH, 2023: párr. 214).

Este mecanismo deberá regirse por normativa que garantice la reserva de la identidad de los denunciadores, la confidencialidad de la información recibida, un plazo determinado para acusar recibo y dar respuesta definitiva a las denuncias en un plazo razonable, en los términos establecidos en la sentencia.

El fallo también establece parámetros sobre las características que deben tener las regulaciones en materia de protección de denunciadores en general, lo que permite deducir la vocación que tuvo la Corte IDH de inaugurar con esta decisión una tendencia jurisprudencial que busca estandarizar este tipo de herramientas para combatir la corrupción.

En efecto, el párrafo 94 de la sentencia subraya que los Estados deben establecer mecanismos de protección para preservar la integridad personal de denunciadores, se impida su sanción o despido injustificado a causa de las denuncias, se les provea asesoría legal en relación con la denuncia, se les proteja de posteriores responsabilidades civiles o penales cuando la denuncia se haya realizado bajo la creencia razonable de su ocurrencia y se prevean medidas correctivas para responder a actos de represalia. Esta protección debe incluir medidas preventivas frente a la existencia de un riesgo real e inmediato para la persona denunciante.

En el análisis de este avance también es indispensable reconocer el trabajo de varios años sostenido por las organizaciones de la sociedad civil, la CIDH y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, bajo el convencimiento de que la región debe avanzar en la protección de los derechos humanos que hacen posible la participación pública en la lucha contra la corrupción.

La CIDH dio un paso fundamental en integrar esta visión al SIDH con el dictado de la Resolución 1/18 sobre Corrupción y Derechos Humanos, donde destacó la necesidad de “crear un ambiente libre de

amenazas [...] de quienes investigan, informan y denuncian actos de corrupción y que la seguridad de las personas que se involucran en denuncias contra la corrupción [porque] es esencial para erradicarla”.

Poco después, el presente caso sería impulsado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y sometido a la jurisdicción de la Corte IDH, lo que también resalta la importancia del conocimiento experto de esta Relatoría y el valor del sistema de casos del SIDH. La sentencia también recoge los instrumentos regionales y universales en el combate a la corrupción, y dialoga con decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, estos dispositivos no tendrían sentido si no se reconoce que la corrupción tiene un efecto multidimensional en la protección de la democracia y los derechos humanos. Como lo recuerda el secretario general de Naciones Unidas en el prefacio de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción:

La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de Derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. [...] la corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo.

Derecho al medio ambiente sano. Derecho a la salud. Acceso a la información

Corte IDH. *Caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 511

*Por Gabriel Fernando Bicinskas,¹ Marcos Ezequiel Filardi²
y Juan Pablo Vismara³*

.....

1. Introducción

En el fallo que aquí se comenta, la Corte IDH, siempre interpretando la CADH como un instrumento vivo que debe adecuarse a las exigencias de los tiempos actuales, abrió una vez más la puerta de su artículo 26. En esta ocasión, lo hizo para darle mayor protección al derecho humano al ambiente sano,

- 1 Abogado (UBA). Profesor de Derechos Humanos y Garantías (UNPAZ) y de Derechos Humanos y Garantías, Terrorismo de Estado y Delitos de Lesa Humanidad y Función Social de la Administración de Justicia (UNDAV). Profesor de posgrado (UNPAZ). En la actualidad integra el Colectivo de Derechos Humanos Yopoi. Con anterioridad, fue director general del Observatorio de Derechos Humanos (Municipalidad de Quilmes) e integró el Departamento de Justicia y Paz del Obispado de Quilmes.
- 2 Abogado (UBA). Doctorando en Derechos Humanos (UNLa). Profesor de Derechos Humanos y Garantías (UNDAV). Profesor de posgrado (UNPAZ). Integrante de la Catedra Libre de Soberanía Alimentaria (Escuela de Nutrición, UBA), de la Red de Abogadas y Abogados por la Soberanía Alimentaria (REDASA), del Colectivo de Derechos Humanos Yopoi, del Movimiento por la Salud de los Pueblos (MSP) y del Museo del Hambre. Con anterioridad, se desempeñó como asesor en la Dirección Nacional de Agroecología (Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación).
- 3 Abogado (UBA). Diplomado en Gestión Ambiental y en Industria del Gas y del Petróleo (Universidad Austral). Docente de Derechos Humanos y Garantías (UNPAZ) y de Derecho del Ambiente y los Recursos Naturales (UNDAV). Profesor de posgrado (UNPAZ). En la actualidad integra el Colectivo de Derechos Humanos Yopoi. Con anterioridad, se desempeñó como director nacional de Control Ambiental y subsecretario de Desarrollo Sustentable (Secretaría de Ambiente de la Nación).

continuando lo que ya había hecho en la Opinión Consultiva OC-23/17 (Corte IDH, 2017) y en “Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat” (Corte IDH, 2020).

Los tres pronunciamientos representan un valioso intento de avanzar en la búsqueda de soluciones para los problemas socioambientales, pues muestran que los instrumentos de derechos humanos y sus mecanismos son herramientas adecuadas e idóneas para ello.

Eso resulta especialmente importante al observar que el derecho ambiental internacional, si bien ha mostrado importantes esfuerzos desde la Conferencia de Estocolmo en 1972, ha demostrado también gran ineficacia para afrontar y revertir la mayoría de los problemas socioambientales, en especial, los de escala global.

En el “Caso Habitantes de La Oroya”, la Corte IDH aprovechó un icónico caso de contaminación ambiental relacionado con la actividad minera en Perú, no solo para aplicar los estándares desarrollados en los pronunciamientos anteriores, sino también para ampliarlos.

Esos estándares deberán ser aplicados por los tribunales nacionales de los Estados parte de la CADH, por lo que el propósito de este trabajo es identificarlos y resaltarlos.

2. Los hechos del caso

Los acontecimientos ocurrieron, y ocurren aún hoy, en la localidad de La Oroya, ubicada en la Sierra Central del Perú, y tienen relación con las actividades del denominado Complejo Metalúrgico de La Oroya (en adelante, “el CMLO”).

El CMLO comenzó sus actividades en el año 1922. Desde sus inicios se dedicó a la fundición y refinamiento de concentrados polimetálicos con altos contenidos de plomo, cobre, zinc, con contenidos de metales como plata, oro, bismuto, selenio, telurio, cadmio, antimonio, indio y arsénico.

En un primer momento fue operado por la compañía estadounidense Cerro de Pasco Copper Corporation. En 1974 el complejo metalúrgico fue nacionalizado y pasó a ser propiedad de la empresa estatal Empresa Minera del Centro del Perú S.A. En 1997 fue adquirido por la empresa privada Doe Run Perú S.R.L., filial de la empresa estadounidense The Renco Group, Inc.

Los impactos en el medio ambiente de La Oroya por la actividad minero-metalúrgica del CMLO fueron demostrados por numerosos estudios, que establecieron que las concentraciones contaminantes en el aire, el agua y el suelo superaban los lineamientos establecidos por la legislación nacional y por los estándares internacionales y que eran consecuencia de la operación del CMLO.

Además, la contaminación ambiental produjo la presencia de plomo en la sangre de la población, la cual superaba tres veces el límite establecido por la Organización Mundial de la Salud. Un estudio comprobó también la afectación del suelo, el agua y la vegetación en un área estimada de 30.200 hectáreas. Esa

compleja contaminación le valió a La Oroya ser catalogada como una de las 10 ciudades más contaminadas del mundo en el año 2006.

Numerosos habitantes de La Oroya fueron afectados en su salud como consecuencia de la contaminación ambiental, inclusive muchos de ellos han fallecido. Sin embargo, en el caso que llegó ante la Corte IDH específicamente fueron identificadas 80 personas, de las cuales dos fallecieron.

Algunas de las víctimas presentaron una acción judicial en el año 2002 contra el Ministerio de la Salud y la Dirección General de Salud Ambiental ante el Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima, solicitando la protección del derecho a la salud y a un medio ambiente saludable. En 2006 el Tribunal Constitucional ordenó la adopción de medidas de emergencia para atender la salud de las personas afectadas por plomo, la realización de un diagnóstico de línea base y la realización de programas de vigilancia epidemiológica y ambiental, todo ello en la zona de La Oroya. Esas medidas no fueron cumplidas por los órganos estatales correspondientes.

Por otro lado, algunas de estas víctimas se organizaron para defender sus derechos, creando entre otras organizaciones el Movimiento por la Salud en La Oroya. Como consecuencia de esas actividades sufrieron hostigamientos y amenazas, las cuales, a pesar de haber sido denunciadas, no recibieron respuesta por parte de las autoridades.

3. Las víctimas del caso y los impactos colectivos

Las víctimas del presente caso fueron las 80 personas identificadas individualmente en el Informe de Fondo de la CIDH. No hay lugar a dudas de que en este caso las víctimas no fueron identificadas en su totalidad, pues los impactos de más de 100 años de contaminación ambiental necesariamente tienen que haber afectado a más personas. Inclusive, en el informe de la CIDH tampoco fueron incluidos los habitantes de La Oroya como sujeto colectivo.

Al respecto, la Corte IDH afirmó que no se apartaría de su jurisprudencia constante y no ampliaría el número de víctimas. Sin embargo, entendió que la limitación impuesta por el Informe de Fondo no le impedía tener en cuenta los impactos colectivos de las violaciones al derecho al medio ambiente sano, pues los impactos sobre la comunidad tienen, de acuerdo con el Tribunal, consecuencias jurídicas.

En ese sentido, el Tribunal sostuvo que

los altos niveles de contaminación afectaron el ambiente de La Oroya de tal forma que generaron un riesgo sistémico a la salud, vida e integridad personal, no solo de las víctimas del caso presentado ante el Tribunal, sino de todos los habitantes (Corte IDH, 2023, párr. 179).

Siendo ello así, consideró que “las acciones y omisiones del Estado configuraron violaciones también a la dimensión colectiva del derecho humano al ambiente sano” (Corte IDH, 2023, párr. 179).

Si bien la Corte IDH no se apartó de su jurisprudencia sobre la determinación de las víctimas, no encontró obstáculo para considerar que el derecho al ambiente sano se había afectado también en su dimensión colectiva o social. Además, al momento de determinar las reparaciones indicó algunas de impacto colectivo, como se verá con detalle más abajo. Esto parece abrir el camino para, en un futuro próximo, considerar a los sujetos colectivos como víctimas de la violación al derecho humano al ambiente sano.

4. Las obligaciones del Estado con relación a las actividades de las empresas estatales y privadas

En atención a que el caso versa sobre violaciones a derechos humanos provocadas por las actividades de una explotación minera que estuvo en algunos períodos bajo la responsabilidad de empresas privadas y, en otros, bajo una empresa estatal, es importante observar algunas cuestiones sobre las obligaciones que tienen los Estados en esos casos en virtud de la CADH.

En los casos en los que las violaciones derivan de actividades de empresas estatales el Estado es responsable por incumplir sus obligaciones de respeto consagradas en el artículo 1.1 de la CADH pues, en ellos, para la Corte IDH el ilícito internacional es directamente atribuible a un agente estatal (Corte IDH, 2023, párr. 155).

Ahora bien, respecto de los casos en que las violaciones provienen de las actividades de empresas privadas es importante recordar algunas cuestiones sobre la obligación estatal de prevención, que se desprende de la obligación general de garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos.

Esa obligación, que está receptada en el artículo 1.1 de la CADH, se relaciona estrechamente con el principio de prevención receptado en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (Corte IDH, 2017, párr. 133). Este principio de prevención, a su vez, forma parte del derecho internacional consuetudinario (CIJ, 2010, párr. 101).

La importancia fundamental de la prevención en el derecho ambiental radica en que, frecuentemente, no es posible restaurar la situación existente antes de la ocurrencia de un daño ambiental. En ese sentido, la CIJ ha afirmado que “la prevención debe ser la política principal respecto a la protección del medio ambiente” (CIJ, 1997, párr. 140).

Respecto del alcance de la obligación de prevención, la Corte IDH tiene dicho que cuando el Estado conoce (o debe conocer) una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, está obligado a adoptar las medidas necesarias que, dentro del ámbito de sus

atribuciones, razonablemente pueden esperarse sirvan para prevenir o evitar ese riesgo (Corte IDH, 2008, párr. 78).

Con relación al derecho al ambiente sano, la Corte IDH afirmó que, en virtud del deber de prevención, los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción causen daños significativos al medio ambiente. Esta obligación es una obligación de medio o comportamiento, no de resultado (Corte IDH, 2017, párr. 143).

A partir de allí es posible determinar algunas obligaciones específicas de prevención que los Estados tienen que cumplir para prevenir violaciones al derecho al ambiente sano y a cualquier otro derecho que pueda ser afectado como consecuencia de daños ambientales. Dentro de esas obligaciones pueden mencionarse las obligaciones de regular las actividades que puedan causar un daño significativo al ambiente; de supervisar y fiscalizar esas actividades; de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; de establecer planes de contingencia, y de mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental (Corte IDH, 2023, párr. 126; 2020, párr. 208; y 2017, párrs. 144 y 149).

A ello, en el caso que aquí se comenta agregó que los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’” son fundamentales en la determinación del alcance de las obligaciones en materia de derechos humanos de los Estados y las empresas (Corte IDH, 2023, párr. 110).⁴

En ese sentido, consideró que los Estados están obligados a adoptar medidas destinadas a que las empresas cuenten con:

a) políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; b) procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y c) procesos que permitan a la empresa reparar las violaciones que ocurran con motivo de las actividades que realicen, especialmente cuando éstas afectan a personas que viven en situación de pobreza o pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad (Corte IDH, 2023, párr. 112).

En complemento a lo anterior, señaló que

son las empresas las primeras encargadas de tener un comportamiento responsable en las actividades que realicen, pues su participación activa resulta fundamental para el respeto y la vigencia de los derechos hu-

4 Los “Principios Rectores” fueron elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Fueron adjuntados al informe final presentado al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31), que también incluye una introducción a dichos Principios y un resumen del proceso que llevó a su elaboración. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores. Conf. Consejo de Derechos Humanos. Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. A/HRC/RES/17/4, 6 de julio de 2011, resolutivo 1.

manos. Las empresas deben adoptar, por su cuenta, medidas preventivas para la protección de los derechos humanos de sus trabajadoras y trabajadores, así como aquellas dirigidas a evitar que sus actividades tengan impactos negativos en las comunidades en que se desarrollen o en el medio ambiente [...] La regulación de la actividad empresarial [...] debe dirigirse a que éstas realicen evaluaciones continuas respecto a los riesgos a los derechos humanos, y respondan mediante medidas eficaces y proporcionales de mitigación de los riesgos causados por sus actividades, en consideración a sus recursos y posibilidades, así como con mecanismos de rendición de cuentas respecto de aquellos daños que hayan sido producidos (Corte IDH, 2023, párr. 114).

Se trata de una obligación que debe ser adoptada por las empresas y regulada por el Estado.

5. El derecho humano al ambiente sano en relación con el derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida

En una clara demostración de la interrelación de todos los derechos humanos, la Corte IDH analizó conjuntamente las violaciones a los derechos al medio ambiente sano, a la salud, a la integridad personal, a la vida, al acceso a la información y la participación política en perjuicio de las 80 personas identificadas en el caso.

Reiteró los estándares relativos al reconocimiento del derecho al ambiente sano como derecho autónomo en el marco del artículo 26 de la CADH. También recordó que ese derecho está comprendido por un conjunto de elementos sustantivos y procedimentales, dentro de estos últimos mencionó el acceso a la información, la participación política y el acceso a la justicia (Corte IDH, 2023, párr. 118).

Asimismo, afirmó una vez más que

el derecho al medio ambiente sano protege los componentes del ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. De esta forma, los Estados están obligados a proteger la naturaleza no solo por su utilidad o efectos respecto de los seres humanos, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta (Corte IDH, 2020, párr. 203; y 2017, párrs. 59, 62 y 64).

Los hechos del presente caso le permitieron también esbozar algunos estándares específicos con relación a la contaminación del aire y del agua. Así, sostuvo que el derecho al medio ambiente sano incluye como componentes sustantivos los derechos al aire limpio y al agua (Corte IDH, 2023, párrs. 119 y 125).

Respecto del derecho al aire limpio dijo que las personas gozan del “derecho a respirar un aire cuyos niveles de contaminación no constituyan un riesgo significativo al goce de los derechos humanos”. Como correlato de ese derecho, los Estados están obligados a:

a) establecer leyes, reglamentos y políticas que regulen estándares de calidad del aire que no constituyan riesgos a la salud; b) monitorear la calidad del aire e informar a la población de posibles riesgos a la salud; c) realizar planes de acción para controlar la calidad del aire que incluyan la identificación de las principales fuentes de contaminación del aire, e implementar medidas para hacer cumplir los estándares de calidad del aire. En ese sentido, los Estados deben diseñar sus normas, planes y medidas de control de la calidad del aire de conformidad con la mejor ciencia disponible y de conformidad con los criterios de disponibilidad, accesibilidad, sostenibilidad, calidad y adaptabilidad e, inclusive, a partir de la cooperación internacional (Corte IDH, 2023, párr. 120).

Con relación al derecho al agua, en “Comunidades Indígenas de las Asociación Lhaka Honhat” ya había sostenido que está protegido por el artículo 26 de la CADH. Siguiendo con esa jurisprudencia, en el caso de La Oroya consideró importante aclarar que el derecho al agua tiene dos facetas, una como componente sustantivo del derecho al medio ambiente sano y otra como derecho autónomo. La primera faceta se fundamenta en una visión ecocéntrica y “protege los cuerpos de agua como elementos del medio ambiente que tienen un valor en sí mismo, en tanto interés universal, y por su importancia para los demás organismos vivos incluidos los seres humanos”. La segunda faceta parte de una premisa antropocéntrica y “reconoce el rol determinante que el agua tiene en los seres humanos y su sobrevivencia, y, por lo tanto, protege su acceso, uso y aprovechamiento por los seres humanos” (Corte IDH, 2023, párr. 124).

En cuanto al componente sustantivo del derecho al ambiente sano, el derecho al agua impone a los Estados las obligaciones de:

a) diseñar normas y políticas que definan los estándares de la calidad del agua y, reforzadamente, en aguas tratadas y residuales que sean compatibles con la salud humana y de los ecosistemas; b) monitorear los niveles de contaminación de las masas de agua y, de ser el caso, informar los posibles riesgos a la salud humana y a la salud de los ecosistemas; c) realizar planes y, en general, emprender toda práctica con la finalidad de controlar la calidad del agua que incluyan la identificación de sus principales causas de contaminación; d) implementar medidas para hacer cumplir los estándares de calidad del agua, y e) adoptar acciones que aseguren la gestión de los recursos hídricos de forma sostenible” (Corte IDH, 2023, párr. 121).

En cuanto al derecho al agua como derecho autónomo, la Corte IDH expresó que el acceso al agua comprende el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica, así como para algunos individuos también recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo. Asimismo, que el acceso al agua implica “obligaciones de realización progresiva”, sin perjuicio de las obligaciones inmediatas que tienen los Estados, como garantizar dicho acceso sin discriminación y adoptar medidas para lograr su plena realización. Además, aseguró, los Estados deben “garantizar un mínimo esencial de agua”, en aquellos casos particulares de personas

o grupos de personas que no están en condiciones de acceder por sí mismos al agua, por razones ajenas a su voluntad (Corte IDH, 2023, párr. 123).

Con respecto al derecho a la salud, la Corte IDH reiteró que es un derecho protegido por el artículo 26 de la CADH, a lo cual agregó que la garantía de ese derecho incluye la protección contra daños graves al medio ambiente. Ello es así porque “la contaminación ambiental, en tanto puede afectar el suelo, agua y aire, lo que a su vez puede alterar gravemente las precondiciones de la salud humana, puede ser la causa de afectaciones al derecho a la salud” (Corte IDH, 2023, párrs. 130 y 133).

Además, sostuvo que, en ocasiones, los casos de afectación al derecho a la salud también muestran una falta de acceso a las condiciones que garantizan una vida digna y, al mismo tiempo, se configuran como una violación al derecho a la integridad personal. Específicamente, afirmó que el acceso al agua limpia, a la alimentación y a la salud, son condiciones que impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos. En ese sentido, incluyó como una condición para la vida digna la protección del medio ambiente (Corte IDH, 2023, párrs. 136 y 138).

Con relación a los derechos de la niñez y la contaminación ambiental, la Corte IDH reiteró que los niños y las niñas constituyen un grupo especialmente vulnerable a los efectos de la contaminación y, siendo ello así, su protección requiere de medidas especiales frente a los impactos diferenciados que dicha contaminación puede tener en su salud y vida (Corte IDH, 2023, párr. 141).

Ello, a su vez, cobra especial relevancia si se considera el principio de equidad intergeneracional en virtud del cual el derecho a un medio ambiente sano se constituye como un interés universal que se debe tanto a las generaciones presentes como a las futuras. Los derechos de las generaciones futuras, imponen la obligación a los Estados de respetar y garantizar el disfrute de los derechos humanos de niñas y niños, y abstenerse de toda conducta que ponga en peligro sus derechos en el futuro. Siendo ello así cuando el tipo de contaminación producida por las operaciones de las empresas constituyan un riesgo elevado para los derechos de la niñez, los Estados deben exigir un proceso más estricto de diligencia debida y un sistema eficaz de vigilancia (Corte IDH, 2023, párrs. 141 y 142).

Finalmente, la Corte IDH observó que las afectaciones derivadas de la contaminación ambiental recaen de forma desproporcionada sobre las personas, los grupos y las comunidades que ya soportan el peso de la pobreza, la discriminación y la marginación sistémica. Así, el riesgo de daño es particularmente alto para aquellos segmentos de la población que se encuentran actualmente en una situación de marginación o vulnerabilidad, incluyendo a las mujeres embarazadas, niños, niñas, adolescentes, y personas mayores (Corte IDH, 2023, párr. 231).

Sentados esos estándares generales, corresponde ahora analizar algunos aspectos específicos de su aplicación en el caso de los habitantes de La Oroya, lo cual ayudará a entender mejor su alcance.

En primer lugar, es importante señalar que la Corte IDH consideró probado que la contaminación en el aire, el agua y el suelo de La Oroya estaba por encima de los estándares de calidad ambiental permitidos

por la legislación peruana y las recomendaciones internacionales, que esa contaminación era atribuible a las actividades del CMLO, y que el Estado conocía el riesgo significativo que eso constituía para el medio ambiente y para la salud y la vida de las personas. Asimismo, concluyó que esa contaminación era atribuible al Estado peruano por sus acciones durante la etapa en que la empresa fue estatal y por sus omisiones en regular y fiscalizar durante la etapa en que la empresa fue privada (Corte IDH, 2023, párrs. 159 y 176).

Respecto de la obligación de regulación de la actividad minero-metalúrgica, entendió que hasta el año 1993 no había existido una legislación reglamentaria específica en materia de protección del medio ambiente vinculada a ese tipo de actividades. Ello, a pesar de que se habían aprobado normas en materia ambiental y se habían incorporado obligaciones ambientales generales en otros instrumentos legales aplicables al sector minero. Esa omisión, para el Tribunal, constituyó una violación al deber de regulación (Corte IDH, 2023, párr. 162).

Con relación a la obligación de controlar y fiscalizar, consideró que, si bien la adecuación ambiental del CMLO tenía una alta complejidad que requería de una implementación progresiva, la mayor parte de las medidas adoptadas por el Estado fueron realizadas con posterioridad al año 2010, esto es, décadas después de que el Estado tuviera conocimiento de los altos niveles de contaminación. Antes de eso, a pesar de haber sido desarrollado un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental para el CMLO en el año 1996, la ejecución completa de dicho programa fue pospuesta numerosas veces por el Estado, aun teniendo conocimiento del alto riesgo que la contaminación continuaba generando para el ejercicio de los derechos humanos (Corte IDH, 2023, párrs. 63, 68 y 163).

Esas omisiones en regular y fiscalizar se hacen más evidentes si se tiene en cuenta que el nivel de intensidad necesario en la supervisión y fiscalización de las actividades que generan un riesgo significativo para el ambiente debe ser proporcional al nivel de riesgo que entraña la actividad.

El Tribunal consideró probado también que la exposición a la contaminación ambiental de las víctimas tuvo como consecuencia que estuvieran en una situación de riesgo significativo para contraer enfermedades y que de hecho desarrollaron algunas de estas enfermedades (Corte IDH, 2023, párr. 214).

Aquí, hizo una importante aclaración respecto de la atribución de responsabilidad del Estado por afectaciones a la salud por contaminación ambiental. En estos casos, para establecer la responsabilidad estatal por afectaciones al derecho a la salud, resulta suficiente establecer que el Estado permitió la existencia de niveles de contaminación que pusieran en riesgo significativo la salud de las personas y que efectivamente las personas estuvieron expuestas a la contaminación ambiental, de forma tal que su salud estuvo en riesgo. En todo caso, en estos supuestos le correspondería al Estado demostrar que no fue responsable por la existencia de altos niveles de contaminación y que esta no constituía un riesgo significativo para las personas (Corte IDH, 2023, párr. 204).

A ello debe sumarse que, de acuerdo con el principio de precaución, la ausencia de certeza científica sobre los efectos particulares que la contaminación ambiental puede tener en la salud de las personas no puede ser motivo para que los Estados pospongan o eviten la adopción de medidas preventivas, y

tampoco puede ser invocada como justificación para la ausencia de adopción de medidas de protección general de la población (Corte IDH, 2023, párr. 207).

Por otro lado, entendió que las víctimas identificadas en el caso se vieron afectadas porque la atención a la salud por parte del Estado no contó con establecimientos adecuados para el tratamiento de las enfermedades que las víctimas contrajeron por su exposición a la contaminación ambiental, puesto que el centro de salud ubicado en La Oroya no contaba con las condiciones para identificar y tratar esas enfermedades y los centros médicos que sí contaban con esas condiciones no estuvieron al alcance real de ellas. Asimismo, el tipo de tratamiento médico que recibieron no fue adecuado para contrarrestar los efectos de la exposición a la contaminación. Ello, para el Tribunal, representa un incumplimiento del deber del Estado de atención a la salud de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad en perjuicio de las víctimas identificadas (Corte IDH, 2023, párr. 213).

El daño a la salud y la falta de atención médica adecuada implicaron también una afectación a la integridad personal y, en algunos casos, la violación al derecho a la vida. En ese sentido, la contaminación ambiental puso en riesgo a los habitantes de La Oroya de contraer enfermedades relacionadas con el cáncer de piel y problemas pulmonares, como las que provocaron la muerte de dos de las víctimas (Corte IDH, 2023, párr. 219).

Asimismo, la Corte IDH advirtió que la exposición a la contaminación ambiental tuvo como consecuencia alteraciones en el estilo de vida de las víctimas identificadas. Estas afectaciones incluyeron que las personas no pudieran salir de sus casas cuando los niveles de contaminación eran muy elevados; no pudieran beber agua de forma segura por la presencia de partículas contaminantes; tuvieran problemas de ansiedad; las ventanas tuvieran que estar cerradas por la presencia de gases en el ambiente; y la actividad de agricultura y ganadería fuera severamente afectada ante los altos niveles de contaminación del suelo, agua y aire. Siendo ello así, se configuró también una violación al derecho a la vida digna (Corte IDH, 2023, párrs. 222 y 223).

Por otro lado, la Corte IDH observó que las víctimas identificadas en el caso sufrieron afectación a su integridad personal, no solo por la contaminación ambiental, el daño a la salud y la falta de respuesta del Estado, sino también como consecuencia de persecuciones y estigmatizaciones que padecieron por su oposición al CMLO. Ello les provocó sufrimientos psicológicos que, incluso, tuvieron repercusiones físicas. En algunos casos, ello provocó el abandono forzado de la localidad (Corte IDH, 2023, párr. 234).

Considerando que algunas de las víctimas eran niños y niñas y que, ante la especial situación de vulnerabilidad que tenían frente a la contaminación ambiental producida por el CMLO el Estado debió haber tomado medidas especiales de protección, concluyó que se configuró una violación a los derechos de la niñez (Corte IDH, 2023, párr. 242).

Es importante señalar también que, al analizar la legislación peruana sobre estándares de calidad ambiental, la Corte IDH encontró que el Estado había modificado regresivamente los estándares de calidad del aire vinculados con el dióxido de azufre en el aire en el año 2017 y que ello no tenía justificación

y que por lo tanto implicaba una violación de las obligaciones internacionales del Estado respecto del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Corte IDH, 2023, párr. 187).

Finalmente, consideró que los altos niveles de contaminación afectaron el ambiente de la Oroya de tal forma que generaron un riesgo sistémico a la salud, vida e integridad personal, no solo de las víctimas identificadas en el caso sino de todos los habitantes. Siendo ello así, consideró que las acciones y omisiones del Estado configuraron violaciones también a la dimensión colectiva del derecho humano al ambiente sano (Corte IDH, 2023, párr. 179).

6. El derecho humano al ambiente sano en relación con el derecho al acceso a la información y a la participación pública

A los efectos de analizar el derecho al acceso a la información debe considerarse que las actividades y los proyectos que podrían tener impacto ambiental son asuntos de evidente interés público (Corte IDH, 2017, párr. 214). En este sentido, la Corte IDH consideró de interés público, por ejemplo, información sobre actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas (Corte IDH, 2012, párr. 230) y el desarrollo de un proyecto de industrialización forestal (Corte IDH, 2006, párr. 73).

La contrapartida de ese derecho es la obligación estatal de garantizar el acceso a la información requerida de manera accesible, efectiva y oportuna, sin que el individuo que la solicita tenga que demostrar un interés específico. Además, implica la provisión de mecanismos y procedimientos para que las personas soliciten la información (Corte IDH, 2023, párr. 145).

Sin embargo, la obligación estatal no se limita a entregar la información requerida, pues incluye también el deber positivo de suministrarla de oficio, de forma tal que los interesados o la población en general pueda tener acceso a conocerla. Esta obligación, conocida como “obligación de transparencia activa”, especialmente en los supuestos en los que la información es relevante para el ejercicio de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud y al ambiente sano, impone a los Estados el deber de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa. Esa información debe ser completa, comprensible, brindarse en un lenguaje accesible, encontrarse actualizada y brindarse de forma que sea efectiva para los distintos sectores de la población (Corte IDH, 2023, párr. 255).

En igual sentido, el artículo 6 del Acuerdo de Escazú –que entró en vigor en 2021– incluye el deber de generar, recopilar, poner a disposición del público y difundir la información ambiental relevante de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible; que esa información sea actualizada periódicamente; que sea reutilizable, procesable y que esté disponible en formatos accesibles.

En el caso que se comenta, la Corte IDH entendió que el Estado tomó medidas claramente insuficientes para lograr un acceso efectivo a la información relacionada con el estado de la calidad del aire y el agua y los riesgos que la contaminación producida por el CMLO implicaba para la salud, la integridad

personal y la vida de las víctimas y de la población en general. Además, notó que dicha información era del conocimiento del Estado, por lo que se encontraba obligado a suministrarla activamente de conformidad con su obligación de transparencia activa. De esta forma, el Estado afectó el derecho a la información contenido en el artículo 13 de la CADH (Corte IDH, 2023, párrs. 255 y 265).

Por otro lado, con relación al derecho de participar en los asuntos públicos, la Corte IDH señaló que el artículo 23.1.a) de la CADH incluye la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante.

Asimismo, sostuvo que en lo que se refiere a la participación pública, el Estado debe garantizar oportunidades para la participación efectiva desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar al público sobre estas oportunidades de participación. Finalmente, señaló que los mecanismos de participación pública en materia ambiental son variados e incluyen, entre otros, audiencias públicas, la notificación y consultas, participación en procesos de formulación y aplicación de leyes, así como mecanismos de revisión judicial (Corte IDH, 2023, párrs. 231 y 232).

La Corte IDH concluyó que el Estado adoptó medidas insuficientes para la participación efectiva de la población de La Oroya en la toma de decisiones relacionadas con el CMLO. Especialmente, destacó que el Estado debía probar que las escasas medidas adoptadas permitieron a las presuntas víctimas tener una oportunidad efectiva de ser escuchadas y participar en la toma de decisiones respecto a aquellos aspectos sometidos a la participación ciudadana, y cómo es que estos fueron tomados en cuenta por el Estado al momento de decidir sobre su política ambiental respecto del CMLO (Corte IDH, 2023, párr. 260).

Además, advirtió que la ausencia de información constituyó un obstáculo a la efectiva participación política de la población y una violación al derecho al acceso a la información (Corte IDH, 2023, párr. 265).

7. El derecho a acceder a la justicia y los procesos judiciales iniciados por las víctimas

La Corte IDH analizó el principal proceso judicial que se llevó a cabo en las instancias nacionales con relación a los hechos de contaminación ambiental en La Oroya y las investigaciones iniciadas como consecuencia de las denuncias de hostigamiento y persecuciones de los defensores del ambiente sano.

El proceso judicial más importante fue el iniciado a partir de una acción judicial presentada por las víctimas en el año 2002 contra el Ministerio de la Salud y la Dirección General de Salud Ambiental ante el Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima, solicitando la protección del derecho a la salud y a un medio ambiente saludable de la población de La Oroya.

Ese proceso tuvo como resultado una sentencia del Tribunal Constitucional, expedida el 12 de mayo de 2006, en la cual se ordenó la implementación de un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por plomo; la realización de un diagnóstico de línea base para poder implementar planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire; la declaración del estado de alerta; y la realización de acciones para establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental (Corte IDH, 2023, párr. 298 y ss.).

Al analizar este proceso, la Corte IDH advirtió que la sentencia del 12 de mayo de 2006 constituyó un recurso idóneo para la protección de los derechos de las presuntas víctimas. Sin embargo, entendió que los órganos estatales correspondientes no cumplieron con las órdenes de la sentencia y que ello acabó generando una violación del artículo 25.2.c) de la CADH (Corte IDH, 2023, párrs. 1275 y 302).

En cuanto a los procesos judiciales por hostigamientos y persecuciones, la Corte IDH prestó atención aquellas denuncias realizadas por integrantes del Movimiento por la Salud en La Oroya, cuyo objetivo era adoptar las medidas que redujeran la contaminación ambiental a niveles acordes con la protección de la salud de la población. Ellos habían sido objeto de represalias orientadas a desalentar las denuncias y cuestionamientos sobre las actividades realizadas por el CMLO (Corte IDH, 2023, párr. 309).

La Corte IDH no dudó en calificar a los integrantes de ese movimiento como defensores y defensoras de los derechos humanos y del medio ambiente. Teniendo en cuenta ello, recordó los principales estándares sobre el tema y, en especial, destacó que el deber de investigar cuando se trata de amenazas y atentados a la integridad y a la vida de los defensores de derechos humanos, “son particularmente graves porque tienen un efecto no sólo individual, sino también colectivo” (Corte IDH, 2023, párr. 303).

En atención a algunas circunstancias del caso, sostuvo que

cuando se efectúen denuncias sobre actos de hostigamiento a personas defensoras de derechos humanos ante instancias estatales que no sean prima facie competentes, éstas no pueden omitir la realización de acciones encaminadas a dar cauce a dichas denuncias poniéndolas en conocimiento del órgano competente y orientando a las presuntas víctimas sobre la forma de proceder. Lo anterior resulta especialmente pertinente en casos donde existen elementos que muestren que la falta de actuación podría comprometer la vida e integridad personal de las personas defensoras de derechos humanos (Corte IDH, 2023, párr. 317).

Considerando que las denuncias no generaron las investigaciones necesarias, la Corte IDH consideró que en esos procesos se violaron los artículos 8 y 25 de la CADH por parte del Estado peruano.

Finalmente, recordó que en los países de la región se observa un número creciente de denuncias de amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas con motivo de su labor (Corte IDH, 2023, párr. 306).

8. Las reparaciones

De acuerdo con todo lo expuesto, la Corte IDH ordenó una serie de reparaciones que merecen ser comentadas.

Con respecto a las personas identificadas como víctimas, el Estado deberá indemnizarlas (Corte IDH, 2023, párr. 338). Además, deberá llevar adelante las investigaciones necesarias para determinar las responsabilidades de funcionarios o terceros respecto de la contaminación ambiental producida en La Oroya (Corte IDH, 2023, párr. 328).

A los fines de restituir el derecho al ambiente sano, deberá establecer un plan de acción para remediar los daños ambientales, lo que debe incluir un diagnóstico de línea base para determinar el estado de la contaminación en el aire, suelo y agua (Corte IDH, 2023, párr. 333). Asimismo, tendrá que diseñar e implementar un plan de compensación ambiental aplicable al ecosistema altoandino de La Oroya a efectos de que las operaciones del CMLO incluyan un compromiso ambiental de recuperación integral del ecosistema (Corte IDH, 2023, párr. 351).

Respecto de la afectación al derecho a la salud de la comunidad de La Oroya, la Corte IDH resolvió que el Estado tendrá que garantizar que los habitantes que sufran enfermedades relacionadas con la actividad minero-metalúrgica cuenten con una atención médica gratuita que incluya el tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico en la misma localidad. En los casos que las personas deban trasladarse a otras localidades para contar con esa atención, deberá garantizar traslado, hospedaje y alimentación; para ello deberá crearse un Fondo de Asistencia cuya administración deberá tener participación ciudadana. Para prevenir nuevos impactos a la salud, el Estado deberá garantizar un sistema de monitoreo y alerta respecto de la calidad del aire, suelo y agua y mecanismos adecuados para que las personas tengan acceso rápido a la información y a las consecuencias que podrían tener (Corte IDH, 2023, párr. 347-349).

El Estado deberá elaborar un plan para la reubicación de aquellos habitantes de La Oroya que deseen ser reubicados en otra ciudad (Corte IDH, 2023, párr. 355).

Adicionalmente, deberá tomar medidas de prevención con relación a la actividad minero-metalúrgica que trascienden La Oroya, pues deberá implementar un sistema de información que contenga datos sobre la calidad del aire y agua en todas las zonas del Perú donde exista esa actividad (Corte IDH, 2023, párr. 354). Tendrá que compatibilizar la normativa que define los estándares de calidad del aire con los máximos necesarios para la protección del medio ambiente y salud y deberá implementar una capacitación permanente en materia ambiental para funcionarios judiciales y administrativos que trabajan en las mencionadas actividades (Corte IDH, 2023, párrs. 346 y 353).

Por último, el Estado deberá garantizar que las empresas que ejecuten operaciones mineras o metalúrgicas atiendan los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas”. En ese sentido, deberá realizar las acciones necesarias para que la aprobación de instrumentos de gestión ambiental aplicables a proyectos mineros incorpore como un compromiso ambiental explícito,

la protección de derechos humanos, incluyendo el derecho a un medio ambiente sano (Corte IDH, 2023, párr. 352).

9. Conclusión

En el caso que aquí se comenta, la Corte IDH demostró una vez su vocación de ampliar, en forma permanente y progresiva, la protección de los derechos humanos de los habitantes de nuestra región. Para ella, la CADH es un instrumento vivo que debe interpretarse siempre de acuerdo a las necesidades que los nuevos tiempos imponen. Por eso, entiende que los problemas ambientales están en el ámbito de su competencia.

La ineficacia del derecho ambiental internacional, a pesar de los esfuerzos hechos desde la Conferencia de Estocolmo celebrada en 1972, sin dudas presionó al derecho internacional de los derechos humanos a intervenir en los problemas ambientales. La Corte IDH no escapó a ello y en la Opinión Consultiva 23/17, afirmó que la degradación ambiental afecta el goce y el ejercicio de todos los derechos humanos, especialmente de los grupos especialmente vulnerables.

Sin embargo, la preocupación del tribunal y su voluntad de avanzar con contundencia la llevó a afirmar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no solo protege a los seres humanos contra la degradación ambiental, también protege a los componentes del ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de riesgo a las personas individuales. La naturaleza está protegida no solo por su utilidad o efectos respecto de los seres humanos, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta.

En línea con esa mirada, es importante resaltar que para resolver los problemas ambientales, en primer lugar, es necesario romper con la mirada antropocéntrica que cree que todo lo que está en el planeta está a disposición del ser humano para ser usado y desechado de acuerdo a sus caprichos. Es decir, es necesario romper con la falsa separación entre los seres humanos y el resto de los seres vivos y entender y asimilar que todos somos parte de un mismo sistema y que cada una de esas partes está interrelacionada con las otras a tal punto que se necesitan recíprocamente para vivir.

Ahora bien, también hay que entender que las modificaciones negativas del sistema en el cual estamos insertos, si bien afectan a los seres humanos como especie, afectan con mayor intensidad a los grupos especialmente vulnerables. Ello es así porque no todas las personas sufren de igual manera ante la degradación ambiental. La Corte IDH tampoco quiso dejar pasar ello y lo destacó en los tres pronunciamientos que se han mencionado.

Siendo ello así, es posible afirmar que la profundización de los problemas ambientales acaba por profundizar las desigualdades sociales ya existentes. Por eso, resulta más completo y sincero hablar de problemas socioambientales.

En el caso *Habitantes de La Oroya*, además de volver a remarcar todas esas afirmaciones, la Corte fijó estándares específicos sobre violaciones a derechos humanos cometidas en el contexto de hechos de contaminación ambiental. Siempre entendiendo que todos los derechos humanos se ejercen y gozan en forma interrelacionada, sostuvo que la violación al derecho al ambiente sano como consecuencia de la contaminación estaba relacionada directamente con la violación a los derechos a la salud, a la integridad personal, a la vida, al acceso a la información y la participación política.

Asimismo, a pesar de que en el Informe de Fondo, la CIDH había identificado únicamente a 80 personas individuales, la Corte IDH no encontró obstáculo para resolver que el derecho al ambiente sano se había afectado en su dimensión colectiva. Debe aclararse que no afirmó que la comunidad de La Oroya era víctima en tanto sujeto colectivo, pero sí parece haber dejado abierta la posibilidad para hacerlo en próximos pronunciamientos.

El caso deja muchos aportes también respecto de las obligaciones de prevención que tienen los Estados frente al derecho al agua y al derecho al aire limpio, a los cuales la Corte IDH consideró parte sustancial del derecho al ambiente sano.

Puntualmente, con relación a las afectaciones al derecho a la salud por contaminación ambiental, hizo una importante aclaración sobre la atribución de responsabilidad al Estado que debe resaltarse. En estos casos, para establecer la responsabilidad estatal por afectaciones al derecho a la salud, resulta suficiente establecer que el Estado permitió la existencia de niveles de contaminación que pusieran en riesgo significativo la salud de las personas y que efectivamente las personas estuvieron expuestas a la contaminación ambiental, de forma tal que su salud estuvo en riesgo. En todo caso, en estos supuestos le correspondería al Estado demostrar que no fue responsable por la existencia de altos niveles de contaminación y que esta no constituía un riesgo significativo para las personas.

También el caso le permitió profundizar sobre las obligaciones de prevención que tienen los Estados con relación a las actividades de empresas privadas. Sobre ello, mencionó que los principios “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos” son fundamentales en la determinación del alcance de las obligaciones en materia de derechos humanos de los Estados y las empresas. En ese sentido, consideró que los Estados están obligados a adoptar medidas destinadas a que las empresas cuenten con políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos y para identificar, prevenir, corregir y reparar violaciones a los derechos humanos.

Con relación al acceso a la información y a la participación pública en la toma de decisiones sobre asuntos ambientales, la Corte IDH destacó que los Estados deben demostrar, no solo haber abierto instancias de participación reales, sino también haber escuchado y tenido en cuenta los aportes hechos por las personas.

Finalmente, volvió a resaltar la importancia de la protección de las defensoras y defensores del medio ambiente y lo hizo recordando el número creciente de denuncias de amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas con motivo de su labor en nuestra región.

En definitiva, el Caso Habitantes de La Oroya es una muestra más de que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos está a la altura de lo que las condiciones de vida actuales exigen a los sistemas jurídicos.

Para terminar, siempre es valioso recordar que la importancia de estudiar y comprender los estándares de protección que la Corte IDH fija en su jurisprudencia radica, entre otras cosas, en que deberán ser aplicados por los tribunales nacionales de los Estados parte de la CADH.

Referencias bibliográficas

CIJ. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*. Judgment of 25 September 1997.

CIJ. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010.

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

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

Corte IDH. *Caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 511.

Derecho a la verdad colectiva. Acceso a la información y seguridad nacional. Terrorismo internacional. Agencias de inteligencia

Corte IDH. *Caso Asociación Civil Memoria Activa Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de enero de 2024. Serie C No. 516

*Por Paula Litvachky,¹ Margarita Trovato²
y Erika Schmidhuber Peña³*

1. El atentado terrorista a la AMIA

El atentado a la Asociación Mutual Israelita de Argentina (AMIA) el 18 de julio de 1994 es, sin duda, uno de los hitos más trágicos de la historia reciente argentina y de América Latina. Una explosión que causó la muerte de 85 personas y cientos de heridos y que luego de treinta años permanece en la impunidad y oculto bajo el secreto de Estado.

La falta de respuesta no se debió solo a la complejidad de la investigación y a los intereses geopolíticos envueltos en el hecho, sino al encubrimiento deliberado de algunas de las más altas autoridades y funcionarios encargados de averiguar la verdad. El caso estuvo marcado por las deficiencias graves del aparato de inteligencia e investigación criminal que continúan hasta el día de hoy.

1 Abogada (UBA). Directora ejecutiva del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Patrocinantes ante el SIDH de los familiares de las víctimas del atentado nucleados en Memoria Activa.

2 Abogada (UBA). Especialista en Derechos Humanos (CLACSO). Consultora del CELS en el caso

3 Abogada y relacionista internacional (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente de México). Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Abogada del área internacional del CELS.

El atentado a la AMIA, una de las instituciones judías más importantes del país, fue el segundo atentado que nuestro país sufrió en un lapso de dos años. El 17 de marzo de 1992 una explosión había volado la Embajada de Israel. A pesar de este antecedente, el Estado no pudo prevenir el segundo atentado y un entramado político y judicial impidió que se pudiera llegar a la verdad.⁴

En lugar de orientar los esfuerzos estatales a dar apoyo y contención a los familiares y víctimas, y a encontrar a los autores intelectuales y materiales del atentado y a su posible conexión local, el Estado obstaculizó deliberadamente el acceso a la causa; pagó con fondos secretos de la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) para desviar la investigación y acusar falsamente a policías bonaerenses; ocultó y destruyó información relevante; fue negligente con la escena del hecho y las primeras medidas adoptadas; y ató la suerte de la investigación a la lógica de los servicios de inteligencia nacional y extranjeros.

El Estado utilizó la información de inteligencia como fuente primordial, sin ningún resguardo ni limitación y mantuvo bajo secreto gran parte de la documentación. Los responsables judiciales no avanzaron con líneas lógicas y concretas de investigación, desperdiciando años en omisiones deliberadas. En suma, el Estado trazó un camino de impunidad que encontró la resistencia de los familiares en el reclamo de justicia.

El 16 de julio de 1999 las y los familiares nucleados en Memoria Activa, con el acompañamiento del CELS, Alberto Zuppi y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional presentaron una petición ante la CIDH.

En 2005 el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la falta de prevención e investigación⁵ y se comprometió a adoptar medidas de reparación y no repetición. Sin embargo, ante la falta de avances significativos se dio por concluido el proceso de solución amistosa. Pasaron más de 20 años para que la CIDH emitiera su informe de fondo (CIDH, 2020). La Comisión finalmente presentó el caso a la Corte IDH. En la audiencia pública del 13 y 14 de octubre de 2022 celebrada en Montevideo⁶ el Estado aceptó nuevamente su responsabilidad internacional.

El 26 de enero de 2024 la Corte IDH emitió su sentencia. Fue la culminación de un largo proceso de los y las familiares de las víctimas del atentado, que necesitaron unirse para reclamar verdad y justicia ante la falta de respuesta estatal. La sentencia fue reparadora y novedosa en numerosos aspectos. Por primera vez estableció estándares concretos respecto a las obligaciones de los Estados para prevenir e investigar un atentado terrorista internacional; reforzó estándares sobre desclasificación y acceso a la información; e hizo un apuntado análisis sobre el derecho a la verdad como derecho colectivo. Sin embargo, como explicaremos más adelante, el Tribunal no logró desentrañar los problemas del caso vinculados con el secreto y la necesidad de establecer pautas claras para una desclasificación amplia.

4 Para mayor información sobre el proceso político y judicial vinculado con el atentado a la AMIA, ver el especial “30 años sin verdad” en <https://www.cels.org.ar/amia/>

5 Ver Decreto N° 812/05.

6 Ver audiencias ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos <https://www.youtube.com/watch?v=GLDkac-GLMI&t=2s>; <https://www.youtube.com/watch?v=MDuSMYRvONs&t=3569s>; <https://www.youtube.com/watch?v=Mlvq7YESFPo>

2. El terrorismo internacional como fenómeno mundial: territorio novedoso para la Corte IDH

2.1. La prevención del terrorismo como obligación estatal

La Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado argentino por la falta de prevención del atentado y la violación del derecho a la vida y a la integridad personal por las conexiones probadas entre el atentado a la Embajada de Israel y el de la sede de la AMIA.

El Tribunal ya había hecho un análisis en otros casos sobre el deber que tienen los Estados de prevenir violaciones a derechos humanos cometidas por particulares, en tanto las obligaciones derivadas de los derechos a la vida e integridad implican respetarlos, que se traduce en obligaciones negativas de no privar arbitrariamente de la vida; y garantizarlos, obligación positiva que implica proteger y preservar el derecho a la vida (Coret IDH, 2005).

Ante la ausencia de jurisprudencia interamericana sobre los deberes de los Estados para enfrentar el terrorismo internacional, la Corte IDH hace a lo largo de la sentencia una referencia permanente al Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (en adelante, Relator Especial sobre terrorismo). Incluso, la propia CIDH propuso como perito a Martin Scheinin, ex relator. Estas referencias sirvieron como base para establecer estándares importantes. También, el Tribunal hizo suyo el andamiaje jurídico internacional sobre terrorismo, incluyendo la Convención Interamericana contra el Terrorismo, acciones como la aprobación de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo y la jurisprudencia universal y regional.⁷

La Corte IDH reiteró que el

terrorismo es un fenómeno que pone en peligro los derechos y libertades de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados Partes en la CADH. Por lo tanto, los artículos 1.1 y 2 de dicha Convención obligan a los Estados Partes a adoptar todas aquellas medidas que resulten adecuadas, necesarias y proporcionales para prevenir y, en su caso, investigar, juzgar y sancionar ese tipo de actos (Corte IDH, 2024: párr. 120).

En este caso, la violación del derecho a la vida y a la integridad personal no se trató de una acción deliberada –directa o indirecta– del Estado. Lo que evaluó la Corte fue si el Estado adoptó las obligaciones positivas necesarias para asegurar la vida e integridad personal. De acuerdo con su jurisprudencia, reiteró que se debe realizar un triple test para determinar la responsabilidad estatal por la falta de prevención de actos cometidos por particulares.

⁷ En particular, el caso “Norín Catrimán y otros” sobre la tipificación de actos terroristas según el derecho internacional y las obligaciones estatales que derivan de las políticas de prevención y sanción (Corte IDH, 2014).

Este test consiste en verificar: 1) si al momento de los hechos existía una situación de riesgo real e inmediato para la vida y la integridad personal de un determinado individuo o grupo de individuos; 2) si las autoridades conocían o debían tener conocimiento de ese riesgo; y 3) si, pese a ese conocimiento, las autoridades competentes omitieron adoptar medidas razonablemente necesarias para prevenir o evitar las consecuencias de ese riesgo (Corte IDH, 2024: párr. 118).

Para evaluar al Estado en este caso concreto, la Corte IDH tomó como cierto lo determinado en la sentencia dictada por los tribunales nacionales en el año 2004 que declaró la nulidad de la investigación que había llegado a juicio oral.⁸ El TOF3 entendió que las deficiencias de la investigación del atentado de 1992 a la Embajada de Israel posibilitaron el segundo atentado y que posiblemente podría tratarse de los mismos organizadores y autores intelectuales —algunos de ellos inclusive estaban bajo sospecha y seguimiento—.

La Corte IDH también tomó como hechos probados que hubo numerosas alertas e información cierta sobre la posibilidad de un segundo atentado, que no derivaron en acciones específicas que mostraran debida diligencia (Grossman, 2005; Rúa, 2024).⁹ Por ejemplo, no investigó una alerta que se recibió en el consulado de Milán días antes del atentado en el que un ciudadano brasileño había avisado que habría otro atentado; entre numerosas otras situaciones. Este punto fue remarcado en los alegatos que presentamos y el Estado los aceptó explícitamente.

La sentencia es también novedosa porque la Corte IDH consideró que hubo una violación al principio de igualdad y no discriminación por el atentado al haber sido cometido contra una institución judía. No hay mayor argumentación de la Corte sobre este punto, como sí lo hizo la CIDH cuando estableció esta violación en su informe de fondo. La Corte se limitó a “exhortar” al Estado a que ratifique la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.

2.2. La obligación de investigar actos terroristas: la impunidad en el caso

No abordaremos los estándares tradicionales que la Corte IDH aplicó en este caso sobre la obligación de los Estados de investigar, juzgar, y en su caso, sancionar violaciones a derechos humanos con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable puesto que siguió su jurisprudencia histórica (Corte IDH, 1988).

Lo novedoso de este caso es la aplicación de aquellos estándares a la investigación de actos de terrorismo internacional.

8 Sentencia del Tribunal Oral Federal 3 del 29 de octubre de 2004, disponible en <https://www2.jus.gov.ar/amia/sentencia.htm>

9 Por su parte, el Área de Análisis de la UFI AMIA realizó durante 2024 un análisis sobre el accionar de la SIDE previo al atentado, en función de la documentación desclasificada que relevó. Sin embargo, al día de hoy este informe solo sería accesible para las partes y no público, en los términos de la interpretación que realizan del Decreto N° 213/2020, que desarrollaremos más adelante.

La Corte IDH consideró que este atentado fue un crimen de lesa humanidad. No señaló que cualquier acto terrorista lo fuera, sino que tomó como suya la declaración que hicieron los jueces nacionales. El Tribunal no hizo una argumentación jurídica sobre este punto, ni desarrolló si hay obligaciones particulares que derivan de esta determinación.

Para analizar el deber de investigar, el Tribunal trajo nuevamente la experticia del Relator Especial sobre terrorismo y definió los requisitos mínimos para la investigación de actos terroristas que incluyen, por ejemplo, actuar de oficio, llevar la investigación de forma razonablemente ágil, mantener plenamente informados a los familiares y darles la oportunidad de participar; así como que la investigación debe culminar con la identificación y el castigo de los responsables. Sostuvo también que en aquellos casos en que esté en juego la responsabilidad estatal, las autoridades que efectúan la investigación deben ser independientes de quienes puedan estar implicados en los hechos. A su vez, debe haber un conocimiento público de los hallazgos de la investigación.

Desde el primer momento, la investigación del atentado estuvo marcada por la negligencia, la ineficacia y la delegación absoluta en la agencia de inteligencia. En nuestra presentación hicimos un minucioso detalle de cada una de las omisiones e irregularidades cometidas por los policías, los agentes de inteligencia, los jueces y los fiscales encargados del caso que derivaron en acusaciones falsas, un juicio anulado en 2004 y varias condenas por el desvío y el encubrimiento en 2019. La Corte IDH hizo un esfuerzo importante por destacar muchas de ellas. Por ejemplo, la falta de exploración de pistas relevantes por el manejo arbitrario y secreto de la investigación, así como las diligencias mal realizadas o las pruebas perdidas.

La Corte IDH consideró que la Unidad Fiscal de Investigación AMIA —a la que se le delegó la investigación en 2005— recién realizó un esfuerzo importante por ordenar la causa más de veinte años después. Por ejemplo, en 2017 se hizo el cotejo de material genético para descartar la hipótesis del conductor del coche bomba; se identificó a la víctima 85 y se analizaron las autopsias para confirmar la mecánica del atentado.

El Tribunal entendió que el Estado, que tenía una obligación reforzada de investigar el atentado, adoptó deliberadamente acciones que impidieron conocer la verdad de lo sucedido y hacer justicia. A su vez, sostuvo que el Estado tampoco garantizó la obligación de investigar exhaustivamente las irregularidades cometidas por estos funcionarios y en un plazo razonable, lo que implicó mayor sufrimiento y esfuerzo para las víctimas que denunciaron por décadas estas maniobras e impulsaron las investigaciones que duran hasta hoy.

A partir de todo esto, la Corte IDH definió obligaciones concretas de investigación estableciendo lineamientos particulares sobre el cuidado de la escena del crimen y el tratamiento a las víctimas, que difiere, aunque no sustancialmente, de las obligaciones tradicionalmente ya establecidas en su jurisprudencia.

Uno de los aspectos en los que el Tribunal profundizó su análisis fue en el rol preponderante que tuvo el organismo de inteligencia en el manejo de la causa judicial por el atentado. Este involucramiento de los agentes de inteligencia sumió a la investigación en la lógica del secreto de Estado (favoreciendo las in-

numerables irregularidades cometidas), la volvió ineficaz y la puso en tensión con las garantías judiciales de víctimas y acusados.

El fallo establece algunos estándares novedosos sobre esta materia en relación con la debida diligencia estatal y el resguardo de garantías:

los informes de inteligencia contruidos a partir de información obtenida por fuentes cuya identidad es desconocida incluso por los funcionarios judiciales encargados de la investigación y de los que se pueden desprender ciertas conclusiones con sustento en presunciones o conjeturas, podrían servir como un criterio orientador para la autoridad investigadora. Sin embargo, en circunstancias en las cuales se pretenda generar una hipótesis investigativa basada en tales informes para fundamentar una eventual acusación penal, juzgamiento y condena, resulta necesario equilibrar la protección de las fuentes y de los métodos de reunión de información de inteligencia con el derecho de las partes del proceso de controlar la actividad probatoria estatal y contrainterrogar a los testigos. Ello implica que el Estado debe practicar en forma exhaustiva todas aquellas diligencias probatorias que resulten pertinentes para dar suficiente solidez a la versión de los hechos que se pretenden sostener (Corte IDH, 2024: párr. 191).

La Corte IDH expresó que en este caso particular en el que se intentó basar la investigación en informes de la SIDE,

debieron haber adoptado una serie de medidas en forma diligente y exhaustiva, con el objetivo de recabar la mayor cantidad de prueba que respaldara la versión de los hechos consignada en los informes de inteligencia. Ello incluía haber requerido el mantenimiento de un registro documental de la actividad de los servicios de inteligencia, con la finalidad de poder garantizar que tal información pudiera constituir una prueba en las actuaciones judiciales, o bien, facilitar la práctica de diligencias judiciales adicionales (Corte IDH, 2024: párr. 193).

La utilización de los agentes de inteligencia como auxiliares de la justicia federal fue un problema en nuestro país desde el caso AMIA. Lo resuelto por la Corte IDH es importante para dar cuenta de los problemas que derivan del cruce entre la lógica de inteligencia y la lógica de la investigación criminal. El Decreto de Necesidad y Urgencia N° 214/20 tomó nota de la necesidad de mantener separados estos ámbitos y dispuso que ningún organismo de inteligencia podrá realizar tareas represivas, poseer facultades compulsivas, ni cumplir funciones policiales o de investigación criminal. Sin embargo, en un claro retroceso, la reciente reforma del sistema de inteligencia dispuesta por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 614/2024 rehabilitó la posibilidad de que los organismos de inteligencia actúen como auxiliares de la justicia, sin dar directivas o prever salvaguardas sobre cómo debe ser su participación.

Por último, a pesar de los planteos que realizamos, la Corte IDH no abordó los problemas de investigación de la UFI AMIA posanulación del juicio en 2004 que, si bien no estuvieron vinculados con el desvío y el encubrimiento, mostraron una fiscalía negligente y atada a la información de inteligencia. Por este recorte, no estableció reparaciones específicas vinculadas con garantizar idoneidad, transparencia y rendición de cuentas de esa fiscalía, ni obligaciones para con las víctimas.

Tampoco se refirió al trabajo desplegado por la Unidad Especial de Investigación AMIA (UEI AMIA), a pesar de la importancia de esta unidad, que ha atravesado por distintas composiciones, jerarquías y desmanejos.

3. El derecho a la verdad: entre las tensiones para acceder a información secreta y el acceso real a la documentación

Una de las razones principales de la impunidad del atentado a la AMIA fue, sin lugar a duda, el secreto que rigió en la investigación. Las víctimas y la sociedad quedaron al margen bajo la excusa de que un caso de terrorismo debía encararse bajo el máximo secreto. Sin embargo, ese secreto no sirvió para hacer más eficaz la respuesta estatal sino para habilitar irregularidades e intereses espurios de actores políticos, judiciales y comunitarios. La opacidad permitió que desvíen la causa, encubran los hechos y nos alejen de la verdad.

Este caso es emblemático por ser el primero contra Argentina en el que la Corte IDH trata el derecho a la verdad como un derecho colectivo a conocer lo que pasó en el atentado y su encubrimiento y como derivación del derecho a acceder a información y a una tutela judicial efectiva. El desarrollo colectivo de este derecho por la Corte data de algunos años (Corte IDH, 2011 y 2018).

En este caso, la Corte IDH abordó con más profundidad sus implicancias y las obligaciones estatales que derivan de esta construcción. El Tribunal relaciona este derecho colectivo a la verdad intrínsecamente con el derecho de acceso a la información, y hace un énfasis particular en los obstáculos que la información de inteligencia impone para gozar de estos derechos.

En un caso como este: ¿qué estándares deben guiar el acceso a información producida por o en manos de las agencias de inteligencia? ¿Cómo se debe introducir información de inteligencia como prueba judicial? ¿Bajo qué parámetros se permite la confidencialidad de la información y cuándo se debe desclasificar? ¿Qué estándares deben guiar la política de desclasificación de información secreta o reservada? Estos interrogantes fueron el puntapié de la discusión con el Estado y con la Corte.

3.1. La tensión entre el derecho al acceso a la información y la tarea estatal de inteligencia

En el fallo, la Corte IDH recuerda sus estándares sobre la obligación positiva que tienen los Estados de suministrar información y la posibilidad de establecer restricciones al acceso; así como sobre la dimensión dual del acceso a la información: al igual que la libertad de expresión, tiene una faz individual y otra social, y ambas deben ser garantizadas por el Estado simultáneamente (Corte IDH, 2024: párr. 219).

Para determinar el alcance de estas obligaciones, recoge tres principios sobre los cuales deben actuar las autoridades estatales: publicidad, transparencia y máxima divulgación, que implica la presunción de que toda información es accesible como regla y solo está sujeta a excepciones puntuales que el Estado debe justificar. Una vez más la Corte IDH confirmó que

en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o procesos pendientes, y se debe incluir a las partes en el marco de estos procesos judiciales y administrativos. Las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba para alcanzar los objetivos de la investigación y abstenerse de realizar actos que impliquen obstrucciones para la marcha del proceso investigativo (Corte IDH, 2024: párr. 223).

El Tribunal expresó la importancia que pueden tener las agencias de inteligencia para prevenir hechos como el atentado a la AMIA, pero ponderó las tensiones entre estas actividades, que suelen ser secretas o reservadas, y la protección de los derechos humanos.

Retomó la jurisprudencia reciente del *Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” vs. Colombia* en el que definió las exigencias a las que deben estar sometidas las actividades de inteligencia para garantizar la protección de la CADH.

Por un lado, los Estados deben tener un marco legal preciso donde se regulen los supuestos bajo los cuales pueden realizarse y se contemple un mecanismo independiente de control (Corte IDH, 2024: párr. 231). A la vez, deben tener un fin legítimo y ser necesarias para una sociedad democrática. Para evaluarlo remite a los artículos 13, 15, 16 y 22 de la CADH, en función de lo que concluye que los únicos fines legítimos para la inteligencia pueden ser la protección de la seguridad nacional, el mantenimiento del orden público, la salvaguarda de la salud pública, y la protección de derechos humanos. Por último, agrega que la actividad debe también cumplir los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Corte IDH, 2024: párrs. 227-230).

La habilitación a que los Estados desarrollen actividades de inteligencia encuentra límites también en relación con el resguardo de la confidencialidad, aun cuando esté amparada en razones de seguridad

nacional. Para la Corte IDH, cuando se trata de conocer la verdad sobre graves violaciones a derechos humanos, el Estado debe garantizar la accesibilidad de la información.

Siguiendo su propia jurisprudencia, indicó que en el caso AMIA no existió una activa participación de las autoridades involucradas, quienes están obligadas a colaborar con la recolección de pruebas y deben evitar obstrucciones a la investigación. La Corte IDH confirmó que el Estado no puede ampararse en la reserva de información por razones de interés público o seguridad nacional para no aportar a la causa judicial pendiente (Corte IDH, 2024: párr. 237).

El tribunal reiteró estándares tomados del citado caso contra Colombia y de los Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información (“Principios de Tshwane”), respecto de la compatibilidad de la reserva de información con la CADH. En primer término, sostuvo que, si bien no es inconvencional la reserva de información como tal, puede serlo por el tiempo estrictamente necesario para el fin legítimo perseguido, con revisiones periódicas, períodos fijos de desclasificación automática de la información, y mecanismos de depuración y de desclasificación para el acceso al público cuando corresponda (Corte IDH, 2024: párr. 238).

En esta línea, confirmó que, si bien las normas permitían el uso de agentes de inteligencia para colaborar con las investigaciones judiciales al momento del atentado, el Estado no pudo demostrar de qué manera resultaban necesarias las restricciones que mantenían toda la actuación bajo secreto. La normativa no contemplaba salvaguardas que permitieran el acceso a la información ni recursos para controvertir la clasificación secreta de la documentación. La Corte IDH entendió que esta situación es contraria al derecho de acceso a la información.

Con el paso de los años, el sistema de inteligencia nacional tuvo muchas reformas normativas importantes, pero, como concluyó el Tribunal, aún existen algunos vacíos legales; por ejemplo, no existe una reglamentación sobre cómo introducir información de inteligencia en causas penales de modo que sea válida como prueba judicial y respete las garantías judiciales. Esto es un problema que persiste hasta la actualidad y que motivó que se ordenara al Estado adoptar las medidas necesarias para saldar este vacío.¹⁰

En sentido contrario a la reparación de la Corte IDH, el reciente DNU 614/2024 citado en la sección 2.2. habilitó la posibilidad de que los organismos de inteligencia actúen como auxiliares de la justicia, es decir, que se incorpore información recopilada o producida por ellos sin prever un procedimiento específico para la incorporación de esa información ni mecanismos de rendición de cuentas o control que aseguren la transparencia y trazabilidad.¹¹

¹⁰ Para más información, ver el peritaje de Fernando Domínguez en la audiencia pública <https://www.youtube.com/watch?v=MDuSMYRvONs> min. 40 hasta 2:08:00

¹¹ En este sentido, el DNU solicita en su artículo 28 al Ministerio Público Fiscal de la Nación que “adopte las medidas necesarias a los efectos de crear una Fiscalía Especializada en Inteligencia para cooperar, en el ámbito de su competencia, con la Secretaría de Inteligencia de Estado (SIDE) y sus órganos desconcentrados”, a lo que el titular del MPF respondió que el órgano encargado de esa función sería la Secretaría de Coordinación Institucional del Ministerio y que no se crearía una fiscalía nueva (resolución PGN 40/24). Es importante aclarar que este mecanismo no implica una regulación sobre prueba judicial en los términos que exigió la Corte IDH, tarea que, en todo caso, corresponde a la Procuración General de la Nación.

Si bien la discusión sobre acceso a la información en relación con la información clasificada por razones de seguridad nacional parece saldada con los estándares establecidos, la Corte IDH dejó lagunas que no permiten comprender plenamente cuáles son las obligaciones del Estado argentino para garantizar efectivamente el derecho de las víctimas y de la sociedad argentina al acceso a la información relacionada con el atentado a la AMIA y a su encubrimiento y, por consiguiente, el derecho a la verdad.

3.2. El archivo: ¿un almacén o un sitio de memoria y consulta?

Una vez saldada la discusión sobre la información producida por organismos de inteligencia, ¿qué obligaciones tienen los Estados respecto a la accesibilidad y conservación de la documentación? La Corte IDH, nuevamente, se apoya en estándares de la ONU para dar cuenta que el acceso a la información clasificada, su correcto archivo y su conservación son requisitos esenciales para garantizar el derecho a la verdad.

Fue central para esta discusión el peritaje de los expertos Antonio González Quintana y Blanca Bazaco Palacios¹² convocados por la CIDH al explicar que, en términos archivísticos, el derecho de acceso a información –y por lo tanto el deber estatal de asegurarlo– se basa en tres pilares: el legal, el de “conocimiento del contenido de los archivos” para los investigadores y para el público en general, y el logístico (medios materiales).

Los obstáculos denunciados en el caso respecto de los tres pilares son recogidos por la Corte IDH. El Tribunal expresó que los Estados tienen la obligación de garantizar un acceso real a la información y que, para ello, debe garantizar la debida conservación, preservación y acceso a esa información (Corte IDH, 2024: párr. 260).

Para la Corte IDH, el Estado no garantizó el derecho de acceso a la información en tanto no procesó aún un gran volumen de información de inteligencia resguardado en la fiscalía, ni lo conservó debidamente. Si bien el Estado ha hecho esfuerzos desde el 2002 por desclasificar información para los procesos judiciales y mucho más tardíamente desde el 2015 por unificar, organizar, sistematizar y conservar la documentación, aún el trabajo está lejos de terminar. La Corte IDH valoró positivamente la creación, más de veinte años después del atentado, del Grupo Especial de Relevamiento y Análisis Documental (GERAD), que tuvo la función de hacer este trabajo y que hoy pasó a ser la Unidad de Análisis de la UFI AMIA.

La Corte IDH fue clara al expresar que “una deficiente preservación de los fondos documentales vinculados con un caso de graves violaciones a los derechos humanos durante extensos períodos de tiempo compromete seriamente la responsabilidad internacional del Estado. Ello es así toda vez que

12 Para más información, ver el peritaje de Antonio González Quintana y Blanca Bazaco Palacios, expuesto por Blanca Bazaco Palacios en la audiencia pública <https://www.youtube.com/watch?v=MDuSMYRvONs> min. 3:37:10 hasta 4:37:27

impide que las víctimas y sus familiares puedan acceder de manera eficiente a la información en poder del Estado” (Corte IDH, 2024: párr. 261).

Como medida de reparación, estableció que el Estado ponga en funcionamiento un archivo histórico sobre el atentado, su encubrimiento y el rol de las víctimas, en particular de Memoria Activa. Esta medida de satisfacción es muy relevante para garantizar el derecho a la verdad de la sociedad y no solo de las víctimas del atentado.

3.3. El derecho a la verdad como derecho de la sociedad

El derecho autónomo a la verdad ha sido una construcción delicada de la Corte IDH desde hace varios años. Ha establecido que comprende el derecho de las víctimas y sus familiares e implica la obligación del Estado de esclarecer los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, pero no está ceñido a la esfera privada de las víctimas, sino que tiene una dimensión colectiva para que la sociedad conozca lo sucedido como una suerte de prevención de violaciones futuras (Corte IDH, 2024: párr. 263). En palabras de la Corte, “tiene el derecho a saber y también el deber de recordar” (Corte IDH, 2024: párr. 268).

En el caso pudimos probar que los obstáculos que impidieron conocer la verdad de lo sucedido sobre el atentado y su encubrimiento excedieron los problemas de la investigación judicial y no afectaron solo a las víctimas sino a la sociedad argentina. La Corte IDH reconoció la dimensión del derecho a la verdad derivada de la violación relativa al acceso a la justicia, enmarcada en los artículos 8 y 25 de la CADH y la dimensión colectiva, que se desprende del artículo 13.

Estableció que, “por su gravedad y alcances, (los hechos) deben ser conocidos por la sociedad argentina para su reflexión y, así, evitar su repetición” (Corte IDH, 2024: párr. 268).

Concluyó que la negligencia en la investigación y las acciones deliberadas de los funcionarios públicos por encubrir y obstaculizar la investigación, así como las dificultades de las víctimas para acceder a la información –por ser principalmente documentación de inteligencia–, han impedido conocer de manera integral lo que pasó el 18 de julio y los años posteriores.

Como medida de reparación, además del archivo histórico, en su esfera de difusión, ordenó que el Estado realice un documental para el restablecimiento de la memoria histórica, que trate sobre el atentado, su encubrimiento, el impacto que ha tenido en las víctimas y la búsqueda de justicia.

4. Las indefiniciones de la política de desclasificación para derribar el secreto de Estado

El punto nodal de la discusión jurídica con el Estado fue el alcance de la normativa que regula la clasificación de información como secreta por razones de seguridad nacional y las que fueron decretando desclasificaciones parciales relativas a la documentación del caso AMIA, a las actividades de los agentes de inteligencia que intervinieron de algún modo en la investigación de los dos atentados y a las declaraciones que debieron hacer en los juicios.

Como ya mencionamos, la sentencia desarrolló estándares importantes sobre acceso a la información y derecho a la verdad. Sin embargo, tuvo omisiones en relación con su aplicación en el caso concreto.

Nos referimos, en particular, a que la Corte IDH no abordó en qué medida estos estándares están cumplidos con el Decreto N° 213/2020 –la norma más reciente y, desde la perspectiva del Estado, más comprehensiva sobre el proceso de desclasificación–, y si existe una desclasificación real de la información.

4.1. Recorrido normativo

Antes de profundizar en este punto, es necesario reponer brevemente el marco normativo.¹³ A lo largo de las últimas dos décadas, primero gracias a requerimientos judiciales y después por iniciativa del Ministerio Público Fiscal o del propio Poder Ejecutivo, una serie de decretos relevaron del secreto y desclasificaron de forma particular distintos documentos o información relativa a la cuestión AMIA.

En un primer momento fueron, por ejemplo, las habilitaciones para que ex agentes de inteligencia pudieran declarar en el juicio por el atentado. Luego hubo también decisiones sobre desclasificaciones puntuales de documentos determinados. Todas estas desclasificaciones se dieron en el marco de las causas judiciales y, en principio, con alcance limitado porque solo eran accesibles para las partes. Muchas veces sucedieron de forma también muy restringida, por ejemplo, las querellas estaban habilitadas a ver determinados documentos, pero no a tener copia.

Más adelante llegaron los decretos generales. En 2015, mediante el Decreto N° 395, se decidió la desclasificación de conjuntos de información. Por ejemplo, un paquete de documentos enviado por la SIDE a la UFI AMIA en 2005 en el marco de las causas judiciales por el atentado y por su encubrimiento, a pedido de la propia UFI AMIA.

Si bien este decreto parecía establecer que la información desclasificada solo sería accesible para las partes de las causas, no quedó claramente explicitado ni detallado con qué alcance, ni qué pasaría con documentos puntuales que habían sido objeto de desclasificaciones previas con un alcance más restringido. Este decreto fue objeto de interpretaciones diversas y dispares, incluso dentro de la propia

¹³ Para ampliar este punto, recomendamos ver el peritaje de Natalia Federman ante la Corte IDH 2:09:37 hasta 2:58:28 disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=MDuSMYRvONs&t=14874s> y Filippini, 2019.

UFI AMIA, que osciló entre el entendimiento de que esta desclasificación era superadora de las previas y que en realidad las particulares debían prevalecer.

En esta confusión se dictó el Decreto N° 229/17, que desclasificó documentos para la causa judicial. Sin embargo, no aportó claridad sobre ninguna de estas cuestiones. Siguió la falta de certeza (incluso dentro del Estado) sobre qué información era accesible para las partes y con qué alcance. Lo que estaba claro es que luego de veinte años del atentado y con el desvío de la investigación comprobado, ninguna documentación o testimonio de inteligencia relativo al caso AMIA era público para la sociedad en general.

Con el cambio de gobierno, en marzo de 2020 se dictó el Decreto N° 213 que pretendía resolver las dudas interpretativas existentes y dirimir las tensiones sobre el alcance de la desclasificación y de la publicidad de la documentación. Pero no lo logró. Parece regular, aunque con muchas lagunas y términos confusos, dos supuestos: por un lado, la desclasificación de información para las partes en causas judiciales, que determina como “absoluta” y “de toda la información existente en dependencias de la Administración Pública Nacional”; por otro, la “publicidad para que trascienda el ámbito oficial”¹⁴ de información brindada desde el Estado nacional en procesos judiciales que ya tengan sentencia, sin aclarar si esta debe ser definitiva.

Además, el decreto ordena en ambos supuestos resguardar la información que permita identificar a agentes que declararon judicialmente y/o representantes de otros países. Para esta y otras tareas desprendidas del decreto, como, por ejemplo, terminar de recabar los documentos en distintas dependencias de la Administración, ordena la creación de una “mesa de diálogo” en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, que debe incluir a las querellas de los juicios, a “fin de procurar transparencia y eficacia en la recolección, tratamiento y difusión de la información estatal”. Al día de hoy, más de 4 años después, esa mesa fue convocada una vez.

Es importante aclarar que la diferencia entre estos dos supuestos del decreto no deja de ser una interpretación posible: los términos “publicidad” versus “desclasificación” permiten inferir el público al que están dirigidos. Así lo entendimos en función de los principios de máxima apertura y buena fe que deben regir estos casos. Sin embargo, el texto es confuso y la técnica legislativa muy problemática, con efectos perniciosos en la práctica porque la pulsión por el secreto del sector de la inteligencia nacional sigue vigente y porque los funcionarios judiciales que tienen la guarda de la información adoptan criterios restrictivos ante la amenaza de posibles denuncias por la violación de las reglas del secreto de Estado.

¹⁴ Esta publicidad la ordena en los términos del artículo 16 bis de la Ley Nacional de Inteligencia N° 25520 que refiere, justamente, a información que puede ser conocida por fuera del ámbito oficial.

4.2. La discusión sobre desclasificación ante la Corte IDH

Sobre estas cuestiones nos abocamos de manera exhaustiva en nuestro Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas (ESAP) y en el alegato final ante la Corte IDH.¹⁵ En tanto no esté resuelto qué información de inteligencia relativa al caso AMIA es accesible y para quién, no es posible evaluar la responsabilidad del Estado ni exigirle el cumplimiento de las obligaciones de reparación con precisión. El derecho de acceso a la información pública y el derecho a la verdad se encuentran indudablemente atados a la normativa vigente y a la interpretación que se hace de ella, tanto para pensarlos en su faz individual como colectiva.

Sobre este punto versó el peritaje de Natalia Federman que, luego de un *racconto* exhaustivo de las distintas desclasificaciones, hizo hincapié en la falta de claridad y en los problemas de aplicación de la normativa actual. Al momento de los alegatos finales, el propio Estado asumió los problemas interpretativos del Decreto N° 213/2020 sobre el alcance de la publicidad, aunque intentó subsanarlos resaltando la función de la mesa de trabajo prevista (que no volvió a ser convocada) (Corte IDH, 2024: párr. 250).

De acuerdo con el peritaje de los expertos Antonio González Quintana y Blanca Bazaco Palacios, la Corte IDH entendió que el derecho de acceso se vio obstaculizado por las maniobras de encubrimiento y el desvío y por la falta de una “política articulada de desclasificación”, a pesar de ciertos esfuerzos estatales (Corte IDH, 2024: párrs. 251-255).

La sentencia repasó la evolución normativa reseñada e hizo referencia al Decreto N° 213/20 únicamente en lo que refiere a la publicidad de la información de procesos judiciales con sentencia que salga por fuera del ámbito oficial, sin mencionar el otro supuesto que el decreto abarca: la desclasificación absoluta de información en dependencias de la Administración pública nacional para quienes sean parte en las causas judiciales.

Si bien esta segunda desclasificación está saldada en términos normativos, lo cierto es que en la práctica persisten obstáculos por no haber una interpretación clara ni unívoca de los distintos agentes estatales. La Corte IDH reafirma lo expuesto por la perita Federman sobre las diversas interpretaciones del decreto y agrega que, en términos prácticos, no hay previsto un verdadero acceso de la sociedad a la información desclasificada (Corte IDH, 2024: párrs. 256 y 257). Sostiene, también, de manera sucinta, que “subsisten obstáculos para garantizar un verdadero acceso público a la información” (Corte IDH, 2024: párr. 321).

Así las cosas, la Corte IDH es clara en dos cuestiones: el Decreto N° 213/2020 establece las reglas de desclasificación más recientes, pero, a su juicio, no es claro en términos de los alcances de la publicidad que dispone, ni resuelve las obligaciones estatales para dar accesibilidad.

¹⁵ Ver audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos 18:22 hasta 46:50 <https://www.youtube.com/watch?v=MDuSMYRvONs>

En concreto, en términos normativos la desclasificación de la información de todo lo vinculado con el caso AMIA (atentado y encubrimiento) es absoluta para las partes de las causas judiciales, aunque subsisten obstáculos prácticos para garantizar el acceso real y se mantienen los obstáculos normativos y prácticos para el acceso a la información de la sociedad en general. No está claro en términos normativos qué información está desclasificada con carácter público, ni existe un procedimiento específico para solicitar su desclasificación y acceso, ni están resueltos los problemas de acceso material. Si bien la Corte IDH reconoce estas barreras normativas y prácticas, no las presenta expresamente como una derivación de los problemas del Decreto N° 213/20. Aunque posiblemente se trate de un error material, acarrea consecuencias problemáticas para la definición de las reparaciones.

4.3. Sobre las reparaciones. El panorama hacia adelante

La omisión de la Corte IDH de hacer un análisis exhaustivo del alcance del Decreto N° 213/20 representa un problema para la interpretación de la sentencia. La Corte IDH parece haber dado por saldadas las discusiones jurídicas y los problemas prácticos derivados de su indefinición.

Esto trae dos consecuencias concretas: por un lado, la Corte IDH no impone ninguna medida de reparación específica relativa al Decreto N° 213/20 sobre la publicidad de la información, ni sobre lo que debe hacer el Estado con lo que falta desclasificar para el público en general, más allá de la creación de la mesa de diálogo referida. Recordemos que, como mencionamos en la sección 4.1, esta mesa tiene como objetivo

buscar una solución definitiva en lo relativo a la reunión y tratamiento de la información [...] que permita adoptar rápidas decisiones para que no existan demoras ni problemas institucionales que impidan el adecuado acceso al derecho a la verdad y a la información,

con el fin de “procurar transparencia y eficacia en la recolección, tratamiento y difusión de la información estatal”.

Igualmente, persisten estas preguntas: ¿el criterio sobre la desclasificación de información en procesos con sentencia es compatible con los estándares del fallo? ¿Se trata de cualquier sentencia o sentencia firme? ¿Debería trabajar esta mesa sobre la adecuación a los estándares que fija la Corte IDH? En otras palabras, los buenos estándares sobre acceso y minimización del secreto no se traducen en reparaciones específicas que salden estas discusiones por lo que será más difícil tornarlos operativos.

Por otro lado, estas indefiniciones hacen que sobre las reparaciones que sí ordenó la Corte IDH recaigan las mismas dudas acerca de a qué información refieren y por lo tanto a cómo se ejecutarán y evaluará su cumplimiento. Algunos puntos resolutivos mencionan la “información ya desclasificada” a la que deberá garantizarse el acceso a las víctimas y querellantes y al público en general (punto resolutivo 18) y

sobre la que la que trabajará el Área de Análisis de la UFI –antes GERAD– (punto resolutivo 19). Otro hace referencia a establecer procedimientos para el acceso a información removiendo los obstáculos que subsisten para el verdadero acceso (punto resolutivo 16).

Nos preguntamos entonces, ¿en qué información está pensando la Corte? ¿Información desclasificada para quién, en función de qué norma y con qué alcance? ¿Qué información hoy está disponible para toda la sociedad, de modo tal de exhibirla en un archivo histórico u ofrecerla a través del Área de Análisis de la UFI? ¿Cuáles son, en concreto, los “obstáculos” que menciona la Corte (Corte IDH, 2024: párr. 321) para el verdadero acceso, si no hay ninguna apreciación suya sobre la norma vigente? ¿Qué barreras persisten en los términos expuestos por los peritos Antonio González Quintana y Blanca Bazaco Palacios? ¿Solo las burocráticas? Más aún, pensando en la sentencia en general, de forma tal de implementar sus estándares, ¿qué materiales podrían ser libremente accesibles en internet, en escuelas, en capacitaciones para funcionarios públicos? ¿Qué testimonios hoy en día permanecen reservados en tribunales judiciales sin sentido? ¿Qué obligaciones concretas y exigibles tiene el Estado con respecto al uso de fondos reservados?

Sobre este último punto, es importante agregar que no hay reparaciones específicas con respecto a la administración de fondos reservados, la parte secreta del presupuesto de la Secretaría de Inteligencia del Estado que fue un eslabón indispensable para la maniobra de desvío y encubrimiento del atentado (Corte IDH, 2024: párrs. 242 y 243), a pesar de que a lo largo de la sentencia la Corte IDH problematiza su utilización por parte de organismos de inteligencia.

Los estándares que desarrolla sobre su regulación son muy relevantes, por ejemplo, al ponderar la convencionalidad de la actividad secreta del Estado en función de los principios de necesidad y proporcionalidad (Corte IDH, 2024: párr. 245). Sin embargo, esas definiciones no se traducen en reparaciones concretas que obliguen al Estado a adecuar su regulación y prácticas.

Vale recordar en este punto que poco tiempo después de la sentencia, en julio de 2024, el Poder Ejecutivo asignó a través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 656 \$100.000.000 a la SIDE como fondos reservados, es decir, un monto de ejecución secreta, discrecional y sin más control que el *ex post* parlamentario, a través de una Comisión Bicameral que funciona bajo la regla del secreto. El decreto fue rechazado luego por ambas cámaras del Congreso por lo que perdió validez, pero la pregunta sobre cómo regular estos fondos sigue vigente.

Las lagunas que fuimos detallando impactarán directamente en el cumplimiento de la sentencia. Se trata además de cuestiones sobre las que, como bien alerta el Tribunal, los Estados suelen ser reticentes. Las obligaciones de transparencia, rendición de cuentas y de respeto de las garantías judiciales que derivan de las acciones estatales que componen la “lucha contra el terrorismo” se refuerzan especialmente, en sentido contrario a lo que los funcionarios suelen alegar.

El Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, en su informe de diciembre de 2009 referido por la Corte IDH, sostuvo que “Los regímenes de vigilancia adoptados como medidas

antiterroristas han ejercido un profundo efecto de inhibición en otros derechos humanos fundamentales [...] La vigilancia se ha traducido también en errores judiciales, en inobservancia de las garantías procesales y en detenciones ilegales” (Consejo de Derechos Humanos, 2009: párr. 33) y que, a la vez, “la aplicación de privilegios de confidencialidad a los sistemas de vigilancia inhibe la capacidad de los legisladores, los órganos judiciales y el público en general de examinar los poderes del Estado” (Consejo de Derechos Humanos, 2009: párr. 54).

En consecuencia, la Corte IDH afirmó que los órganos públicos competentes en materia de inteligencia

deben [...] ser respetuosos, en todo momento, de los derechos fundamentales de las personas [...] y estar sujetos al control de las autoridades civiles, incluyendo no solo las de la rama ejecutiva, sino también las de los otros poderes públicos, en lo pertinente [...] [l]as medidas tendientes a controlar las labores de inteligencia deben ser especialmente rigurosas, puesto que, dadas las condiciones de reserva bajo las que se realizan esas actividades, pueden derivar hacia la comisión de violaciones de los derechos humanos y de ilícitos penales (Corte IDH, 2024: párr. 226).

5. A modo de conclusión

Han pasado más de treinta años desde aquel 18 de julio de 1994 en el que cambió la vida de cientos de personas. Esta histórica sentencia de la Corte IDH marca un punto de inflexión en la historia del caso. Ahora, no solo tenemos sentencias nacionales que confirman incapacidades y las maniobras inescrupulosas de agentes del Estado, sino que pesa sobre el Estado una condena internacional del máximo tribunal regional.

Esta sentencia confirma lo que Memoria Activa reclama desde hace décadas. El fallo aporta criterios jurisprudenciales novedosos y necesarios, aunque no termina de saldar muchos de los grandes interrogantes del caso. Aun así, no puede perderse de vista lo valiosa que esta sentencia es para las víctimas en términos reparatorios y de reconocimiento. Al mismo tiempo, sus estándares y medidas tendrán un impacto cierto en la construcción de la memoria colectiva sobre el atentado y en la búsqueda de transparencia para el funcionamiento de los sistemas de inteligencia y judicial.

Referencias bibliográficas

CIDH. Informe No. 187/20, Caso 12.204, Admisibilidad y fondo, Asociación Civil Memoria Activa (víctimas y familiares de las víctimas del atentado terrorista del 18 de julio de 1994 a la sede de la Asociación Mutual Israelita-Argentina), Argentina, 14 de julio de 2020.

Consejo de Derechos Humanos (2009). Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales contra el terrorismo, Martin Scheinin.

- Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- Corte IDH. *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353.
- Corte IDH. *Caso Asociación Civil Memoria Activa Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de enero de 2024. Serie C No. 516.
- Filippini, L. (2019). 25 Years After Argentina's AMIA Bombing: Justice vs. Impunity. *Southwestern Journal of International Law*. Recuperado de <https://www.swlaw.edu/node/17571>
- Grossman, C. (2005). Informe del observador internacional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el juicio de la AMIA, disponible en <https://www2.jus.gov.ar/amia/grossman.htm>.
- Rúa, A. (2024). *30 días. La trama del atentado a la AMIA*. Buenos Aires: Editorial Planeta.

Crímenes contra la humanidad. Prescripción. Derecho a la justicia Corte IDH. *Caso Vega González y otros Vs. Chile.* Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2024. Serie C No. 519

Por Boris Hau¹

1. Introducción, exigir justicia para los crímenes de la dictadura

Juan Luis Rivera Matus, militante del Partido Comunista que era dirigente sindical de su empresa, tenía 52 años cuando fue detenido el 16 de noviembre de 1975 por agentes de la dictadura. La detención de este sindicalista daba cuenta de la realidad en los primeros años de la dictadura en Chile: la represión tuvo como objetivos a militantes de izquierda, adherentes al gobierno derrocado, como dirigentes sindicales.

Tal como pasó en estas situaciones no se supieron más noticias del detenido luego de que fue apresado por agentes del Estado. Sus familiares interpusieron un recurso de amparo que fue negado por los tribunales. Al regreso de la democracia en Chile los familiares del Sr. Rivera Matus obtuvieron de parte del Estado el reconocimiento de que era una víctima de la dictadura, un detenido desaparecido.

El proceso de justicia transicional en Chile tiene la particularidad de que hubo una respuesta de la justicia de manera tardía; a pesar de ello sus familiares tuvieron luego de 32 años de ocurrido este crimen una sentencia de parte de la Corte Suprema el 30 de julio de 2007. En este fallo se ratificaron los hechos de la primera instancia, pero los cuatro agentes condenados vieron sus penas de cárcel rebajadas,

¹ Abogado (Universidad Alberto Hurtado). Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y doctor (candidato) en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Universidad Carlos III de Madrid). Profesor de la Universidad Alberto Hurtado.

obteniendo dos agentes penas de tres años de prisión y los otros dos, cuatro años de prisión. Salvo un agente, los otros tres fueron beneficiados con la remisión condicional de la pena, por tanto, cumplirán su pena en libertad.

El fundamento de la Corte Suprema para rebajar las penas fue utilizar la media prescripción, un beneficio procesal que está contemplado en el artículo 103 del Código Penal. Esta fue una de varias sentencias de crímenes de la dictadura donde la Corte Suprema aplicó esta norma, siempre con la misma consecuencia: la rebaja de las condenas de prisión para los responsables de estos crímenes, que quedaron con penas no privativas de libertad.

Este trabajo dará cuenta de los esfuerzos de familiares de víctimas de la dictadura que, en los procesos de justicia por su familiar ejecutado, detenido desaparecido, no tuvieron respuesta satisfactoria y reparadora de parte del Estado de Chile, al aplicar los magistrados de la Corte Suprema un resquicio legal que tiene como consecuencia la libertad de quienes fueron reconocidos como autores de crímenes de lesa humanidad.

Se denunciará esta situación en la cual luego de años de impunidad los responsables de crímenes atroces fueron condenados para luego seguir caminando libres por las calles de Santiago. Por esta situación, un grupo de familiares de víctimas llevaron el caso al SIDH.

2. La lucha contra la impunidad: una herencia histórica, una exigencia actual

La noche del 16 de octubre de 1998 el ex dictador Augusto Pinochet se encontraba recuperándose de una pequeña operación en una clínica de Londres, Inglaterra. Dos oficiales de la policía ingresaron a su pieza y le mostraron una orden de detención. “Señor usted está bajo arresto” (Ekaizer, 2003: 535). Un traductor le señaló que estaba detenido a solicitud de un magistrado en España. El ex dictador ofuscado les respondió que tenía un pasaporte diplomático. De nada sirvieron sus descargos: había quedado bajo arresto. Por primera vez quien detentó el poder absoluto en Chile durante 16 años, quien fue jefe del Ejército durante 25 años, estaba en prisión domiciliaria mientras se iniciaba un proceso de extradición.

El motivo de la orden de detención fue el asesinato de ciudadanos españoles durante los años de la dictadura. La querrela interpuesta en España, sumada a la primera querrela interpuesta por la dirigente comunista Gladys Marín el 12 de enero de 1998, fueron los primeros pasos de una exigencia de justicia que siguió luego de la detención del dictador con una masiva interposición de querrelas de parte de los familiares de las víctimas. La muralla de la impunidad de la dictadura, que durante años en Chile había permanecido inquebrantable, empezaba a crujir para iniciar un proceso para derribar esta impunidad impuesta (Lira y Loveman, 2002: 207).

A diferencia de la transición en Argentina, donde tempranamente un hubo un Juicio a las Juntas que dio cuenta de la imperiosa exigencia de justicia para las víctimas de una dictadura, en la transición en Chile no hubo un juicio. La permanencia del ex dictador Pinochet como jefe del Ejército lo tendría como un

vigilante de que no se hicieran reformas a la Constitución de 1980 heredada por la transición y que se mantuviera una impunidad para los crímenes cometidos por sus subalternos –la desaparición, ejecución de presos políticos–.

Una Ley de Amnistía impedía iniciar cualquier investigación penal contra los agentes de la dictadura. La impunidad era una exigencia del dictador para la transición. Este requerimiento de Pinochet fue una amenaza hecha antes del inicio de la democracia, dado que opinó que tomaría medidas cuando se lleve a juicio a alguno de sus subalternos, según lo dijo en una entrevista en el diario *El Mercurio* el 14 de octubre de 1989: “el día que toquen a alguno de mis hombres se acabó el Estado de derecho. Esto lo he dicho una vez y no lo repito más, pero sepan que va a hacer así” (Contreras, 2003: 30).

A pesar de que el dictador esperaba un olvido de los crímenes cometidos por sus subalternos, en Chile se siguió el ejemplo de Argentina de realizar una comisión de verdad que diera cuenta de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante los años de la dictadura. El 3 de marzo de 1991 el presidente Patricio Aylwin dio a conocer al país el Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, en el cual estaba el listado de los nombres de las víctimas de la dictadura detenidos desaparecidos y los ejecutados políticos. Luego surgieron iniciativas de reparación para los familiares de las víctimas que estaban en este informe.

Este documento fue el primer paso de las políticas de justicia transicional en Chile. Zalaquett opinó que el centro de la justicia transicional es la exigencia de la justicia, que debe ir acompañada de procesos de verdad y reparación. Para este jurista, el concepto de justicia transicional resume el proceso de la exigencia de reconstruir una sociedad quebrantada luego de una crisis por dictaduras o guerras civiles (Hidalgo y Toro, 2017: 90). Este anhelo de los familiares de las víctimas de la dictadura fue negado durante los primeros años de la democracia en Chile. Si bien hubo una verdad oficial y políticas de reparación, la justicia debió esperar. La Ley de Amnistía fue validada por los tribunales; es necesario aclarar que durante los años de la transición todos los magistrados habían sido nombrados por el ministro de Justicia de la dictadura, por lo que avalaban que no se iniciaran investigaciones penales por los crímenes de la dictadura.

Por ejemplo, la hermana de uno de los sacerdotes católicos asesinados en dictadura, el catalán Joan Alsina, interpuso una querrela contra los militares que lo detuvieron, torturaron y ejecutaron el 19 de septiembre de 1973. Una magistrada recibió la querrela, pero debió aplicar la amnistía, por lo que el 10 de febrero de 1992 dictó el sobreseimiento del caso por “encontrarse extinguida su responsabilidad criminal en virtud del beneficio legal de amnistía” (Jordá, 2008: 25). Erika Hennings exigió justicia por el caso de su marido Alfonso Chanfreau, quien fue detenido desaparecido en 1974. En la transición interpuso una querrela por su desaparición contra ex agentes de la dictadura, pero toda la investigación quedó paralizada cuando al estar involucrados militares en servicio activo la justicia militar exigió investigar el caso. La Corte Suprema el 30 de octubre de 1992 aceptó la competencia de los tribunales militares, traspasando toda la investigación a la justicia militar, que terminó aplicando Ley de Amnistía (Amnistía Internacional, 1992). Pero esta ausencia de justicia solo iba a durar unos años. A pesar de que el dictador no fue extraditado a España, al regreso a Chile debió responder a la justicia por una serie de

casos que fueron acumulándose, sumando varios casos en los cuales fue desaforado. Como procesado, murió antes de ser condenado, pero estos procesos judiciales siguieron para todos aquellos agentes que estaban bajo su mando.

El Poder Judicial nombró magistrados para investigar los casos de derechos humanos de la dictadura en todo el país, con lo cual una nueva generación de jueces fundamentó sus sentencias en el derecho internacional de los derechos humanos. La muralla de la impunidad en Chile empezó a derrumbarse.

El inicio de la nueva jurisprudencia para las víctimas de la dictadura se dio con la sentencia en el caso de un detenido desaparecido el 16 de abril de 2003. El ministro Alejandro Solís sentenció a ex agentes de la dictadura por el delito de secuestro calificado de Miguel Ángel Sandoval, militante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria. La relevancia de esta sentencia es que se fundamenta en el principio de la precedencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno. El 17 de noviembre de 2004 la Corte Suprema confirmó la tesis jurídica del secuestro permanente, por tanto, no se aplicó ni la prescripción del delito ni la Ley de Amnistía. Esta es una jurisprudencia que se ha mantenido inalterable para los casos de víctimas de la dictadura en Chile (Collins, 2013: 99).

En el caso de los ejecutados políticos, el sustento para no aplicar la Ley de Amnistía o la prescripción vino desde una sentencia de la Corte IDH. El 26 de septiembre de 2006 la Corte condenó a Chile por la ejecución del profesor Luis Almonacid, ocurrida en octubre de 1973. En esta sentencia se exigió al Estado la anulación de la Ley N° 2191 de Amnistía y que los tribunales se abstengan de su aplicación.

La Corte IDH confirmó lo señalado años antes en “Barrios Altos” en relación con la inconveniencia de las leyes de amnistía, ya que tienen como consecuencia la indefensión de las víctimas o familiares de estas, por lo que

el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la CADH acontecidos en Chile (Corte IDH, 2006: párr. 119).

Luego del dictado de esta sentencia, el Poder Judicial se ha abstenido de aplicar la Ley de Amnistía. La primera vez que se aplicó esta nueva jurisprudencia fue el caso de los ejecutados políticos Hugo Vásquez y Mario Superby (Observatorio Justicia Transicional UDP, 2024a).

La Sala Penal Corte Suprema ha aplicado esta jurisprudencia de la Corte IDH en las querellas interpuestas por víctimas sobrevivientes, en casos de tortura, de ejecutados políticos como detenidos desaparecidos, a pesar de que la Ley N° 2191 de Amnistía sigue vigente. Los distintos gobiernos luego de la transición no han cumplido con la sentencia de la Corte al no presentar un proyecto de ley que derogue la amnistía. De acuerdo con los datos del Observatorio de Justicia Transicional, al 30 de junio del 2024, la Sala Penal de la Corte Suprema ha dictado un total de 824 sentencias, 205 sentencias civiles,

que tratan sobre una indemnización civil, y 619 sentencias penales sobre crímenes de lesa humanidad (Observatorio Justicia Transicional UDP, 2024b).

Pero este proceso de justicia tuvo durante años un grupo de sentencias finales en la Corte Suprema que no cumplieron con los objetivos de dar una respuesta justa a los familiares de las víctimas, porque en la práctica ponían término a la investigación judicial, confirmando los hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad e identificando a los agentes del Estado responsables de esos actos delictuales, pero rebajaban las penas dictadas en primera instancia, lo que en definitiva dejaba a los autores de esos crímenes con penas de prisión tan bajas que esos agentes condenados podían cumplir esas condenas en la comodidad de sus hogares.

3. La media prescripción en los juicios de crímenes de la dictadura

El artículo 103 del Código Penal tiene por objetivo

la reducción de la condena a prisión que se le impone a un responsable de un delito en los casos en que este se presente o sea puesto a la orden del tribunal luego de haber transcurrido la mitad o más de la mitad del tiempo asignado para la prescripción de la acción penal o de la pena (Corte IDH, 2024: párr. 116).

Por lo que la consecuencia de la aplicación de esta norma fue la reducción de la pena de los condenados.

Esta situación empezó a comprobarse en los juicios de crímenes de lesa humanidad de la dictadura en el año 2007. De acuerdo con Fernández, hubo un cambio jurisprudencial cuando se aplicó este artículo por la Corte Suprema en la sentencia en el caso de la desaparición del Sr. Rivera Matus. Para esta abogada, en la aplicación de parte de la Corte Suprema de este precepto legal se produce una contradicción: el caso es calificado como un crimen de lesa humanidad, por lo que se declara la imprescriptibilidad de estos hechos, pero a la vez se aplica el artículo 130, que expresamente habla de la prescripción de los hechos a delitos que nunca prescribirán (Fernández, 2010: 481).

En efecto, décadas después de la detención del Sr. Rivera Matus su familia presentó una querrela, que fue investigada por el magistrado Joaquín Billard, quien dictó sentencia el 4 de mayo 2004. Se consideró probado que “se le mantuvo privado de libertad, sin orden administrativa o judicial que la justificare, en el recinto del Regimiento de Artillería Antiaérea de Colina (propiedad de la Fuerza Aérea de Chile), conocido como Remo Cero” (Expedientes de la Represión, 2004: 10). La sentencia da cuenta que restos humanos encontrados el 23 de marzo del año 2001 en el recinto Fuerte Arteaga en la comuna de Colina fueron sometidos a pericias para poder identificar al Sr. Rivera Matus. Para el magistrado, estos hechos fueron constitutivos del delito de secuestro calificado “sancionado en el artículo 141, incisos 1º y 3º del Código Penal; atendido que la víctima fue ilegítimamente privada de libertad, en un recinto clandestino de detención, prolongándose ésta por más de 90 días, resultando un grave daño en la

persona del detenido” (*Idem*). Por estos hechos, el magistrado condenó a ex agentes del denominado Comando Conjunto: dos agentes que participaron como encubridores fueron condenados a 600 días de presidio, otorgándoles el beneficio de remisión condicional de la pena, por lo que no es pena de prisión efectiva y otros dos agentes fueron condenados como autores del delito a las penas de 15 años y 10 años de presidio, ambas de cumplimiento efectivo. En segunda instancia la Corte de Apelaciones de Santiago, el 27 de junio de 2006, elevó las penas de los dos condenados como encubridores a diez años de presidio, mientras que a uno de los otros dos agentes le mantuvo su pena de 10 años y al otro se la rebajó de 15 a 10 años de prisión.

El proceso judicial terminó en la Corte Suprema, que el 30 de julio de 2007 confirmó los hechos, el delito, y sus autores, pero las condenas de penas de prisión para los cuatro agentes fueron modificadas: para dos agentes se aplicó la pena de tres años de presidio, otorgando la medida alternativa de la remisión condicional de la pena, mientras que a los otros dos agentes los condenaron a la pena de cuatro años de presidio, otorgándole a uno de ellos el beneficio de la libertad vigilada. En la práctica con la rebaja de estas penas por la detención, interrogatorios, torturas, ejecución y desaparición de un dirigente sindical, hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad, la pena fue cumplirla en libertad (Expedientes de la Represión, 2007: 10).

La Corte Suprema de Chile siguió aplicando este beneficio en otras sentencias de crímenes de lesa humanidad, teniendo siempre la misma consecuencia: la rebaja de las penas para los responsables de crímenes como el secuestro calificado u homicidio calificado, terminado los condenados por cumplir la pena en sus hogares. Por ejemplo, en el denominado “Episodio Parral”, que fue la investigación por 27 personas detenidas desaparecidas en la localidad de Parral, el magistrado Alejandro Solís condenó el 4 de agosto de 2003 a tres ex agentes del Estado por su responsabilidad en la detención, desaparición de estas personas, a las penas de 17 años, 10 años y 1 día y 7 años de presidio. El 27 de diciembre de 2007 la Sala Penal de la Corte Suprema aplicó el artículo 103 del Código Penal operando la media prescripción, de modo que, si bien uno de los condenados falleció antes de la condena, los otros dos recibieron las penas de cinco y cuatro años de prisión, siendo ambos beneficiados con la libertad vigilada (Corte IDH, 2024: párr. 141).

4. La denuncia de la situación de las penas de cárcel “en libertad” para responsables de crímenes de lesa humanidad

Ante estos procesos que terminaron con los responsables recibiendo penas que no tienen en consideración la gravedad de los crímenes de lesa humanidad por los cuales fueron condenados, un grupo de familiares denunció esta situación a través de una petición ante la CIDH. Fueron 14 casos de procesos judiciales, que corresponden a 52 víctimas de crímenes de lesa humanidad: el sindicalista Juan Luis Rivera, el caso de los 27 detenidos desaparecidos del “Episodio Parral”, el caso Cardenio Ancacura Manquián y otros, el caso Nelson Almendras y otros, el caso Eugenio Montti Cordero y Carmen Díaz Darricarrere, el caso Luciano Aedo Hidalgo, el caso Félix de la Jara Goyeneche, el caso Cecilia Bojanic

Abad y Flavio Oyarzun Soto, el caso Felipe Rivera Gajardo y otros, el caso José García Franco, el caso María Arriagada Jerez y Jorge Aillón Lara, el caso Marcelo Salinas Eytel, el caso Gerardo Encina Pérez y el caso Miguel Figueroa Mercado.

Luego de presentada la petición se unieron otros casos similares, todos con el fundamento de exigir la responsabilidad del Estado de Chile por

la aplicación por parte de la Corte Suprema de Justicia del instituto de la “media prescripción” o “prescripción gradual”, prevista en el artículo 103 del Código Penal chileno, en el marco de procesos penales por delitos de lesa humanidad perpetrados durante la dictadura militar chilena, lo que conllevó la atenuación de las penas impuestas a los responsables de los hechos (*Idem*: párr. 1).

El 19 de noviembre de 2021 la Comisión sometió a la jurisdicción de la Corte estos hechos denunciados.

Familiares de algunos de estos 14 procesos judiciales concurrieron a la audiencia ante la Corte IDH para dar testimonio de la situación de impunidad, injusticia que consideran fue el resultado del proceso judicial de sus familiares luego del fallo de la Corte Suprema. Iván Carrasco Mora es hijo del periodista José Carrasco, quien fue ejecutado por un comando de agentes de la Central Nacional de Informaciones el 8 de septiembre de 1986. En primera instancia, las penas para los agentes fueron de 18 años de prisión para el jefe del operativo, y 13 años, ocho años y cinco años para el resto de los agentes que participaron de las cuatro ejecuciones. En la Corte Suprema, se rebajaron las penas: solo el jefe operativo y tres agentes tuvieron penas de prisión, mientras que el resto de los once agentes condenados cumplieron su pena en libertad.

El Sr. Carrasco Mora habló sobre el caso de su padre y cómo la impunidad de su asesinato ha afectado a su familia. Relató cómo han sido los efectos que ha tenido la impunidad en su familia, declarando que

no puede ser que una persona que secuestra a una persona, la asesina o la hace desaparecer, tenga menos condena que una persona que se robó una bicicleta. Es absurdo. Esas condenas bajas son una afrenta a la memoria de los muertos a la lucha de las familias, a los derechos humanos. Estas bajas condenas generan un impacto en nuestras familias, dolor y mantienen el trauma permanente (Fossa, 2023).

Agregó que reducir la condena de los asesinos tiene efectos en la familia, dado que los familiares no solo buscan la verdad y que los culpables tengan condenas, sino también que sean efectivas.

Ante la Corte IDH el Estado de Chile reconoció dos hechos relevantes. Primero,

que la aplicación de la media prescripción vulneró el deber de sancionar los delitos de lesa humanidad cometidos en el presente caso. El reconocimiento se hizo particularmente con relación a las decisiones de los tribunales chilenos de aplicar la media prescripción a las causas (Corte IDH, 2024: párr. 16).

De este modo, se reconoció que estas sentencias vulneraron las garantías judiciales y la protección judicial –artículos 8 y 25 de la CADH–. En segundo lugar, se reconoció que “la aplicación de la media prescripción vulneró el derecho a la integridad personal de las presuntas víctimas del presente caso, en su calidad de familiares de las víctimas de desapariciones forzadas, y en algunos casos de ejecuciones extrajudiciales” (*Idem*: párr. 17).

La Corte realizó consideraciones sobre el tema en debate. En primer lugar, lo relevante de este caso es que es un conjunto de juicios penales en el contexto del juzgamiento de crímenes de lesa humanidad cometidos por agentes del Estado durante una dictadura, hechos reconocidos por una comisión de verdad. El Estado a través de los tribunales debe juzgar estos crímenes en consideración a su gravedad (*Idem*: párr. 236). En relación con el uso de la media prescripción en los hechos denunciados, la Corte IDH señaló que la utilización de este beneficio procesal “cuando se trata de delitos que sancionan graves violaciones de derechos humanos, promueve la impunidad y premia la evasión de la justicia de los responsables” (*Idem*: párr. 246).

La Corte IDH señaló tres motivos por los cuales el uso de la media prescripción en estos casos es inadmisibles: 1) “genera una atenuación a la dosificación punitiva que puede causar que la condena se vuelva irrisoria, haciendo en casos que la condena impuesta termine siendo inferior al mínimo establecido para ciertos delitos” (*Idem*: párr. 247); 2) atenta contra el principio de acceso a la justicia, al generar la impunidad de los condenados; y 3) afecta la proporcionalidad que deben tener las sanciones en casos de graves violaciones de derechos humanos.

Para el Tribunal, la aplicación de la media prescripción en los juicios de crímenes de lesa humanidad en Chile ha tenido efectos como la disminución de las penas de los condenados, teniendo como resultado un “factor de impunidad, incompatible con las obligaciones del Estado de investigación y sanción de crímenes de lesa humanidad” (*Idem*: párr. 257). Por tanto, concluyó que la aplicación de la media prescripción en los hechos denunciados violó los artículos 8 y 25 de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2.

En relación con el artículo 5 de la CADH, la Corte IDH estableció la responsabilidad del Estado en razón de que los familiares que participaron en estos juicios han padecido incertidumbre, sufrimiento y angustia, teniendo como consecuencia un detrimento de su integridad psíquica y moral. Se consideró que los familiares de las víctimas “han tenido un padecimiento en su integridad personal por los

sufrimientos causados a partir de las conductas estatales violatorias de derechos humanos examinadas en esta Sentencia” (*Idem*: párr. 280).

En la parte de reparaciones ordenadas por la Corte IDH, como garantía de no repetición, se exige al Estado que dentro de un plazo razonable, “debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a efectos de que la figura de la media prescripción o prescripción gradual de la pena no sea aplicable a condenas de delitos de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos” (*Idem*: párr. 309). Además, la sentencia ordena a los tribunales chilenos que se abstengan de aplicar el artículo 103 del Código Penal “en casos futuros que contemplen delitos de lesa humanidad y graves violaciones a derechos humanos” (*Idem*: párr. 310). También ordenó que el “Estado revisará y/o anulará las reducciones de las penas que hubieran derivado de la aplicación inconvencional de la media prescripción en los casos que fueron objeto de examen en la presente Sentencia” (*Idem*: párr. 335).

En lo ordenado por la Corte, las votaciones de sus integrantes no fueron unánimes, por lo que cuatro jueces realizaron votos individuales razonados.

5. Conclusiones, la justicia requiere penas acordes a los delitos sancionados

Esta es la quinta sentencia de la Corte IDH contra el Estado de Chile sobre temas de la dictadura y el proceso de justicia transicional. En la primera, dictada en 2006, la Corte IDH exigió lo mismo que en esta sentencia dictada 18 años después: que el Estado derogue la Ley de Amnistía y los tribunales se abstengan de aplicar esta ley en los juicios de crímenes de la dictadura.

El caso que aquí se comenta siguió la misma exigencia de justicia que se ordenó con el caso del profesor Almonacid, en base al artículo 8 de la CADH. Tal como se señaló, aún el Poder Ejecutivo no cumple con lo ordenado por la Corte IDH, por lo que se espera que para cumplir a cabalidad con esta sentencia impulse un proyecto de ley para derogar el artículo 103 del Código Penal o bien que no se aplicable a ciertos juicios como los crímenes de lesa humanidad.

El Poder Judicial en Chile ha respondido a lo exigido en el caso “Almonacid”, respetando el fallo y se ha abstenido de aplicar la Ley de Amnistía, posibilitando el juzgamiento y sanción de los represores de los crímenes cometidos durante la dictadura. En el caso de la media prescripción, se espera un comportamiento similar. Pero la Corte IDH hizo otra exigencia a la Corte Suprema: que revise y/o anule las reducciones de las penas. La Corte Suprema en Chile ha cumplido en casos similares: en “Maldonado y otros” (Corte IDH, 2016) la Corte IDH ordenó al Poder Judicial anular sentencias dictadas por los Consejos de Guerra de la dictadura, lo cual fue cumplido por la Corte Suprema de Chile. Además, ha establecido una jurisprudencia que ha permitido anular otras sentencias de otros Consejos de Guerra. En “Norín Catrimán y otros” (Corte IDH, 2014) también cumplió con lo ordenado por la Corte IDH.

La Corte IDH con esta quinta sentencia dictada sobre temas de la dictadura da sustento para seguir exigiendo una respuesta de justicia para familiares y víctimas en Chile. Es un aporte al proceso de justicia transicional en Chile para exigir que los tribunales dicten sentencias con penas que sean acordes con los crímenes que han sido objeto de investigación y sanción. Delitos graves que constituyen crímenes de lesa humanidad deben tener penas acordes, que sean una señal para la sociedad de que esos crímenes son graves. En definitiva, lo que se espera es justicia, para que los responsables de crímenes de lesa humanidad no sean sancionados con penas tan bajas que le permitan cumplirlos en sus hogares, lo cual tiene un solo nombre: impunidad. La sentencia del caso “Vera González y otros” es una señal, una exigencia de que en los juicios por crímenes de lesa humanidad la única respuesta posible desde los tribunales es hacer justicia.

Referencias bibliográficas

- Amnistía Internacional (1992). Chile: La Corte Suprema de justicia continúa bloqueando las investigaciones sobre pasadas violaciones de derechos humanos: El Caso Chanfreau. Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/06/amr220171992es.pdf>
- Collins, C. (2013). Chile a más de dos décadas de justicia de transición. *Revista de Ciencia Política*, 51(2), 79-113. Recuperado de <https://revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/view/30160/32102>
- Contreras, E. (2003). *El desafortado: crónica del juicio a Pinochet en Chile*. Santiago: El Periodista.
- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. *Caso Norín Catrín y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de septiembre de 2015. Serie C No. 300.
- Corte IDH. *Caso Vega González y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2024. Serie C No. 519.
- Ekaizer, E. (2003). *Yo, Augusto*. Madrid: Aguilar.
- Expedientes de la Represión (2004). Ministro Joaquín Billard, caso Juan Luis Rivera Matus, Rol 107.716, 4 de mayo de 2004. Recuperado de <https://expedientesdelarepresion.cl/wp-content/uploads/2018/03/sentencia-caso-juan-luis-rivera.pdf>
- Expedientes de la Represión (2007). *Corte Suprema, caso Juan Luis Rivera Matus, Rol 3.808-2006, 30 de julio de 2007*. Recuperado de <https://expedientesdelarepresion.cl/wp-content/uploads/2018/03/sentencia-cs-caso-juan-luis-rivera.pdf>
- Fernández, K. (2010). Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. *Estudios constitucionales*, 8(1), 467-488. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100018>

- Fossa, L. (11 de febrero de 2023). Hijo de José “Pepe” Carrasco: “a 50 años del golpe, la justicia sigue siendo esquivada, limitada, en la medida de lo posible”. *Interferencia*. Recuperado de <https://interferencia.cl/articulos/hijo-de-jose-pepe-carrasco-50-anos-del-golpe-la-justicia-sigue-siendo-esquiva-limitada-en>
- Hidalgo, P. y Toro, C. (2017). *Idealistas sin ilusiones conversaciones con José Zalaquett*. Santiago: Lolita.
- Jordá, M. (2008). *Mátame de frente. El martirio del P. Juan Alsina*. Santiago: Autoedición.
- Lira, E. y Loveman, B. (2002). *El espejismo de la reconciliación política: Chile 1990-2002*. Santiago: Centro de Investigaciones Diego Barros y Editorial Lom.
- Observatorio Justicia Transicional UDP (2024a). *Principales hitos Jurisprudenciales en causas DDHH en Chile 1990-2024*. Recuperado de <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2024/04/Chile-hitos-justicia-causas-DDHH-1990-2024-ESP.pdf>
- (2024b). “Que las promesas se vuelvan ciertas”: verdad, justicia, reparación, memoria y garantías de no repetición en Chile a 25 años de la reanudación de causas penales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2023 del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales*. Recuperado de <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2023/11/INFORME-ANUAL-DDHH-UDP-2023-CAP-2.pdf>

Desaparición forzada. Deber de investigar y sancionar

Corte IDH. *Caso Cuéllar Sandoval y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de marzo de 2024. Serie C No. 521

Por Benjamín Cuéllar Martínez¹

*Yo solamente tenía nueve meses de edad cuando mi mamá,
mi abuelo y la señora Julia fueron capturados.
Es claro que yo no tengo ningún recuerdo de ellos,
pero lo que sí tengo es un gran dolor constante en mi alma
y un sentimiento profundo por el vacío que sus ausencias me han causado.
Es un vacío el cual siento que nada ni nadie podría llenarlo de ninguna forma.
Es un vacío, que unos días lo siento más que en otros; especialmente el día de las madres,
el de su cumpleaños, el aniversario de las desapariciones,
en mis cumpleaños y las navidades, entre otros.
Este vacío siempre está presente en mi vida.*

Testimonio de Ana Gabriela Álvarez Cuéllar ante la Corte IDH

¹ Estudios de Ciencias Jurídicas y Administración Pública (Universidad de El Salvador). Egresado de Ciencias Políticas y Sociales (UNAM). Miembro fundador de Víctimas Demandantes (VIDAS). Ex director del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. Ex secretario ejecutivo del Centro de Derechos Humanos Fray Francisco de Victoria. Representante de las víctimas del presente caso.

1. Introducción

En nuestro arzobispado [denunció monseñor Óscar Arnulfo Romero y Galdámez el 20 de agosto de 1978] se ha elaborado un estudio muy minucioso sobre los desaparecidos. Son 99 casos bien analizados. Allí está el nombre, la edad, dónde lo capturaron, qué recursos jurídicos se han hecho, cuántas veces esa madre ha llegado buscando a ese ser querido. Y soy testigo de la verdad de esos 99 casos. Y por eso tengo todo el derecho de preguntas: ¿dónde están? Y en nombre de la angustia de este pueblo, decir: pónganlos a la orden de un tribunal si están vivos, y si lamentablemente ya los mataron los agentes de seguridad, dedúzcanse responsabilidades y sanciónese, sea quien sea. Ha matado, tiene que pagar. Yo creo que la demanda es justa (Romero, s./f.: texto 122).

Tras ese señalamiento, las desapariciones forzadas continuaron en El Salvador. Pero no fueron las primeras. Hace unos años, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia recibió una solicitud para proceder a la exhibición personal de tres personas que –en enero de 1932– fueron víctimas directas de dicha práctica criminal.

En una resolución emitida el 6 de marzo del 2019 se indica que “la desaparición fue cometida por miembros del Ejército de El Salvador en un contexto de represión militar de un levantamiento popular indígena que se saldó con la ejecución de miles de personas” (Corte Suprema de Justicia de San Salvador, 2019: 2). Posteriormente, la citada Sala derivó dicha solicitud a una demanda de amparo debido a que las edades de las víctimas directas eran de 65, 48 y 45 años al momento de los hechos; es decir, hacía 87 años. Por ello, descartó la posibilidad de que siguieran con vida y declaró improcedente el *habeas corpus*.

El amparo señalado quedó así registrado por “supuestas violaciones” a los derechos “a la protección jurisdiccional en sus manifestaciones de derecho a la verdad y a las medidas de no repetición de violaciones de derechos”, “a la integridad personal” y “a la identidad cultural del pueblo indígena al que pertenecieron las víctimas”.

La Sala sostiene

que, en los casos de graves violaciones de derechos fundamentales, las víctimas –tanto las directas como sus familiares– tienen derecho a conocer, con independencia del tiempo que haya transcurrido desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo y por qué se produjo”. Asimismo, tienen “el derecho a saber dónde están ubicados los restos de sus familiares, para poder sepultarlos con dignidad y respeto.

Además, expresó que

la reconstrucción y determinación de los hechos del pasado que violan derechos fundamentales es una medida de no repetición de tales violaciones, pues en tanto se considera que la sociedad también es titular del derecho a conocer la verdad, se posibilita la memoria colectiva, la cual permitirá construir un futuro basado en el conocimiento de dicha verdad, piedra fundamental para evitar nuevas vulneraciones de los derechos fundamentales (*Idem*, 2 y 3).

Y agregó que

el derecho a la integridad personal de los familiares de personas fallecidas como resultado de violaciones a derechos fundamentales y cuyos restos siguen sin ubicarse, comprende el derecho a que se reconozca su situación de dolor, angustia o sufrimiento derivado de ese desconocimiento, de la postergación indefinida del duelo y de la imposibilidad de disponer con dignidad y respeto de los restos de sus seres queridos.

La jurisprudencia de la referida Sala determina “que, respecto de ese tipo de acontecimientos, las versiones de las víctimas sobre lo ocurrido deben ser contestadas por el Estado, sin que el silencio, el olvido o la denegación de justicia valgan como respuestas aceptables” (*Idem*, 3).

El año durante el cual ocurrió el magnicidio de quien ahora ocupa un lugar en los altares de la Iglesia católica, san Romero de América, fue sumamente violento y a inicios del siguiente estalló el conflicto armado interno. Luego de la denuncia citada que nuestro mártir realizó en agosto de 1978, las desapariciones forzadas de personas se incrementaron.

El Socorro Jurídico del Arzobispado de San Salvador documentó de enero de 1979 a julio de 1981 más de 900 víctimas directas (Socorro Jurídico del Arzobispado de San Salvador, 1981: 143). El Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias de la Organización de las Naciones Unidas da cuenta de más de 2200 casos; la Comisión de la Verdad para El Salvador, sumadas las cifras arrojadas tanto por fuentes directas como indirectas, reporta casi 5000. Por último, organizaciones no gubernamentales de derechos humanos de dentro y fuera del país manejan alrededor de 8000 (Aguilar y Mersky, 2020: 20). Fue en ese marco que se produjeron las detenciones y las posteriores desapariciones de las tres víctimas directas del presente caso a manos de agentes estatales.

2. Los hechos, las víctimas y las gestiones en el sistema interno

En horas de la tarde del 28 de julio de 1982 Patricia Emilie Cuéllar Sandoval fue secuestrada por integrantes de uno de los mal llamados “cuerpos de seguridad” salvadoreños existentes durante la época.

No se sabe a cuál de estos pertenecían sus captores ni tampoco existe claridad en lo relativo al sitio concreto en donde la detuvieron ni acerca de su paradero.

Entre la medianoche y la madrugada del siguiente día llegó un contingente de sicarios al servicio del régimen a la casa de Mauricio Cuéllar Cuéllar –padre de Patricia Emilie– y junto con Julia Orbelina Pérez fueron víctimas de su detención ilegal y arbitraria para ser conducidas con rumbo desconocido, sin que hasta la fecha se sepa dónde se encuentran.

Mauricio era gerente general de la Asociación Salvadoreña de Industriales (ASI), una poderosa gremial empresarial; padecía una afectación hepática y su vida corría peligro si no se le brindaba la atención médica necesaria. Él y su hija colaboraban con el Comité Paz y Justicia, según un integrante de la ASI.

El 28 de julio de 1982, luego de recoger a sus nietas y su nieto en la guardería, comenzó a hacer las gestiones con sus contactos –que los tenía– para localizar a su hija. En eso se mantuvo hasta altas horas de la noche. Julia Orbelina había comenzado a laborar en la casa de Mauricio hacía menos de dos meses.

Patricia Emilie fue una joven estudiante universitaria quien a sus 24 años era madre de Maite María y Javier Ernesto Álvarez Cuéllar –de tres y dos años de edad, respectivamente– y de Ana Gabriela Álvarez Cuéllar, de apenas ocho meses. Nació en territorio estadounidense, pero también poseía la nacionalidad salvadoreña. Fue integrante de grupos cristianos y movimientos juveniles. Asimismo, formó parte de una asociación estudiantil dentro de la casa jesuita de estudios superiores.

Colaboró con organizaciones humanitarias que brindaban asistencia a comunidades desplazadas por la violencia política, entre las cuales destacaba el Secretariado Social del Arzobispado de San Salvador. En 1978 comenzó a trabajar en el Socorro Jurídico, el cual era parte de esta misma entidad de la jerarquía católica. Fue el primer organismo en el país dedicado a la defensa de los derechos humanos –principalmente de la población más vulnerable– ubicado primero en el colegio Externado de San José, también jesuita, para luego ser cobijado por la arquidiócesis metropolitana cuando se encontraba al frente de esta monseñor Romero. Si este prelado fue inmolado ante el altar el 24 de marzo de 1980, el personal del Socorro Jurídico también estaba en la mira de la dictadura al ser considerado parte de la “subversión”; por tanto, “enemigo” a perseguir y neutralizar como fuera. Así, la señora Cuéllar Sandoval quedó “marcada” como tal y pagó caro las consecuencias.

Días antes de su secuestro y desaparición forzada, Patricia Emile le comentó a su padre que estaba siendo perseguida, conforme lo declaró Ana Gladis Pérez de Castro, hija de Julia Orbelina, en la audiencia pública presencial por el caso desarrollada en la Corte IDH el 22 de noviembre del 2023. La señora Pérez de Castro se enteró de ello la última vez que su madre la visitó: el domingo anterior a la fatídica fecha; es decir, el 25 de julio de 1982. Además, un día antes de su detención, Patricia denunció en el Socorro Jurídico que al dirigirse a sus instalaciones la habían seguido un par de individuos que logró evadir.

El 31 de julio de 1982, Francisco Alfredo Álvarez Solís –exesposo de Patricia Emilie y padre de sus hijas e hijo– presentó un *habeas corpus* a favor de esta última, sin que se hubiera conseguido resultado alguno por parte del entonces Poder Judicial. En noviembre de 1982 se inició en el Juzgado Cuarto de lo Penal

de San Salvador –hoy Juzgado Cuarto de Instrucción de San Salvador– la Causa Penal N° 392-82 para “averiguar sobre el secuestro del licenciado Mauricio Cuéllar Cuéllar”. En esta también hubo referencias expresas sobre las desapariciones forzadas de las dos mujeres, pero la investigación era sobre el caso de él.

Según la versión oficial, las diligencias administrativas para averiguar sobre el secuestro y la desaparición de las tres víctimas consignadas fueron iniciadas por la desaparecida Guardia Nacional el viernes 30 de julio de 1982. Las judiciales terminaron siendo archivadas durante la etapa de instrucción del proceso en curso

debido a que no se logró tener indicios sustentados en fundamento alguno de la persona o personas responsables de los hechos, pues no se aportó dato alguno concreto para que los jueces que lo instruyeron pudieran ahondar en las mismas. Se advirtió además, que por el tiempo transcurrido era procedente la prescripción de la acción (CIDH, 2020: 4).

Lo anterior fue confirmado oficialmente por el Estado (Misión permanente de El Salvador ante la Organización de los Estados Americanos, 2010: 3), al reconocer “que prácticas como la desaparición forzada de personas tuvieron lugar en el contexto del pasado conflicto armado interno, causando profundo sufrimiento a las familias que fueron afectadas” (*Idem*, 2). Asimismo, señaló que “la Fiscalía General de la República, informó que el expediente con referencia 1287-UDV-03, el cual fue abierto en el año 2003, por denuncia del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana ‘José Simeón Cañas’, se encontraba archivado” (*Idem*, 2 y 3).

3. El caso ante la CIDH

La petición fue presentada en la CIDH el 27 de octubre del 2004 por la vulneración estatal de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial –en relación con la obligación de los Estados de respetar dichos derechos– por la desaparición forzada de Patricia Emilie, Mauricio y Julia Orbelina. El informe de admisibilidad fue aprobado el 20 de agosto de 2010, sin que se acordara entre las partes la búsqueda de una solución amistosa. El informe sobre el fondo del asunto se aprobó el 29 de diciembre de 2020. Más de dieciséis años habían transcurrido después de la activación de este mecanismo regional y casi cuatro décadas de la inacción de los recursos internos.

En la primera de las recomendaciones de la CIDH al Estado salvadoreño se determinó que debía reparar “integralmente las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente informe tanto en el aspecto material como inmaterial”, precisando la necesidad de “adoptar las medidas de compensación económica y satisfacción” (CIDH, 2020: 18). Asimismo, tenía que investigar el paradero de las tres víctimas directas “y, de ser el caso, adoptar las medidas necesarias para identificar y entregar” los restos humanos a sus familias con base en “un plan de búsqueda” convenido anticipadamente con estas. Tam-

bién debía “activar los mecanismos creados por la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Adultas Desaparecidas en el Contexto del Conflicto Armado en El Salvador para la búsqueda de las víctimas” (CIDH, 2020: 19).

De igual forma, le encargó al Estado adoptar “las medidas de atención en salud física y mental necesarias para la rehabilitación de los familiares de las víctimas de desaparición forzada del presente caso, de ser su voluntad y de manera concertada”, particularmente en beneficio del hijo y las hijas de Patricia Emilie, así como de la hija de Julia Orbelina, “teniendo en cuenta el especial impacto” que tuvo en sus vidas la desaparición de sus madres (*Idem*).

Continuar la investigación penal [fue otra recomendación de la CIDH] por desaparición forzada de manera diligente, efectiva y dentro de un plazo razonable con el objeto de esclarecer los hechos en forma completa, identificar todas las posibles responsabilidades e imponer las sanciones que correspondan respecto de las violaciones de derechos humanos declaradas.

En la misma se debía “incluir la línea de investigación relacionada con la participación de agentes estatales en los hechos y la persecución contra la organización Socorro Jurídico Cristiano en el conflicto armado”. Además, la investigación debía “abordar un posible contexto” en el cual se establecieran las diversas violencias a las que probablemente “pudieron ser sometidas las mujeres en el marco del conflicto armado”, lo que conllevaba el “adoptar una perspectiva de género en la investigación de los hechos respecto de Patricia Emilie Cuéllar y Julia Orbelina Pérez” (*Idem*, 19 y 20).

Por último, la CIDH pidió al Estado adoptar

las medidas necesarias, incluyendo aquellas de carácter legislativo, para evitar la repetición de los hechos del presente caso. En particular para (i) desarrollar una política de reparación integral a las víctimas del conflicto armado, (ii) regular, entre varios aspectos, la búsqueda de personas víctimas de desaparición forzada, la creación de banco genético [sic], procesos de exhumación, así como los derechos de los familiares relacionados a la ausencia de las víctimas desaparecidas; (iii) convertirse en parte de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (*Idem*, 20).

4. El caso ante la Corte IDH

El 14 de mayo del 2022 la CIDH sometió el caso ante la jurisdicción de la Corte IDH tras haber transcurrido dieciséis meses exactos de haberle notificado al Estado su informe de fondo y no recibir —a lo largo de ese periodo— “información concreta” acerca de “la existencia de avances sustantivos en el cumplimiento de las recomendaciones, especialmente teniendo en cuenta la situación de impunidad” prevaiente.

En mi calidad de representante de las entonces aún presuntas víctimas envié a la Corte IDH sus solicitudes, argumentos y pruebas el 31 de agosto del 2022. En lo esencial, coincidimos con lo alegado por la CIDH y le demandamos al tribunal regional declarar al Estado salvadoreño responsable por las violaciones de derechos humanos antes señaladas.

El Estado respondió el 30 de noviembre del 2022, reconociendo parcialmente su responsabilidad internacional.

Durante la audiencia pública presencial que tuvo lugar el 22 de noviembre de 2023, la comisionada Julissa Mantilla Falcón expresó que tras más de cuatro décadas de ocurridos los hechos las víctimas directas continuaban desaparecidas y la investigación no había “logrado identificar ni mucho menos sancionar a los responsables, generando una situación de total impunidad”. Además, sostuvo que en su informe de fondo sobre el caso, la CIDH “tuvo en cuenta el contexto de desapariciones forzadas en el marco del conflicto armado salvadoreño y, en particular, la persecución que sufrían los miembros de la organización Socorro Jurídico Cristiano por sus labores en defensa de los derechos humanos” (Corte IDH, 2023, transcripción propia).

Aseguró también que

identificó elementos indiciarios y contextuales así como la negativa estatal de brindar información sobre su paradero, para concluir que fueron agentes estatales los que participaron en la desaparición de las víctimas. Adicionalmente, la CIDH consideró al Estado responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial; ello, debido a que las autoridades no efectuaron una búsqueda exhaustiva inmediata de las víctimas ni agotaron todas las líneas de investigación. A esto se suma que las autoridades incumplieron su deber de debida diligencia reforzada, por la falta de un enfoque de género y al no analizar el impacto diferenciado en las víctimas mujeres desaparecidas en un contexto de conflicto armado (*Idem*).

La comisionada Mantilla Falcón manifestó que la CIDH

declaró responsable al Estado de El Salvador por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de los familiares de las víctimas debido a la situación de dolor, angustia e incertidumbre por la desaparición de sus seres queridos así como por la falta de una investigación efectiva y diligente que esclarezca lo sucedido (*Idem*).

La Corte IDH falló con fecha 18 de marzo del 2024. Casual y exactamente, ese día se cumplían 43 años del allanamiento y el cateo de la casa realizado poco antes de la media noche por un contingente de militares. Francisco Alfredo, quien estuvo presente, declaró en la audiencia presencial

antes referida que el que comandaba dicho operativo preguntó por la “comunista”; es decir, por su cónyuge quien no se encontraba presente.

“Hace algún tiempo –aseguró en su calidad de víctima– identificamos que el oficial que condujo el operativo de búsqueda de mi esposa [...] se llama Jorge Eduardo Morán Recinos”, ahora coronel retirado y recientemente precandidato a diputado suplente por el partido Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), fundado por quien señaló la Comisión de la Verdad para El Salvador como el autor intelectual del magnicidio de monseñor Romero: el fallecido mayor Roberto d’Aubuisson.

Además, Morán Recinos estuvo a cargo de la seguridad de la Asamblea Legislativa y al presente es candidato –también por ARENA– para el Parlamento Centroamericano. Según el Ministerio de la Defensa Nacional de El Salvador, entre enero y abril de 1982 Morán Recinos era capitán y jefe de inteligencia militar de la Policía de Hacienda (VOCES, 2024).

Al abordar el fondo del caso en litigio dentro de su sentencia, la Corte IDH declaró unánimemente la responsabilidad estatal por la violación de los siguientes derechos de Patricia Emilie establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: al reconocimiento de su personalidad jurídica y a la vida; a la integridad física, psíquica y moral; a la libertad personal; a la libertad de pensamiento y expresión; y a la libertad de asociación. En cuanto a Mauricio y Julia Orbelina, a excepción de los dos últimos, el resto de derechos declarados como violados por parte del Estado salvadoreño se incluyen en el fallo.

El Salvador también fue declarado responsable por la violación del derecho de las víctimas directas y sus familiares a ser oídas –respetando las debidas garantías y en un plazo razonable– por jueces o tribunales competentes, independientes e imparciales establecidos legal y previamente en cualquier litigio penal en su contra o para determinar “sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Igual ocurrió con el derecho a la protección judicial.

Finalmente, quedó establecida la responsabilidad de El Salvador por la violación de los derechos de Ana Gabriela, Javier Ernesto y Maite María Álvarez Cuéllar a la protección de la familia y de la niñez.

Partiendo del hecho de que la sentencia por sí misma es una forma de reparación, también por unanimidad la Corte IDH dispuso que el Estado continúe

eficazmente y con la mayor diligencia las investigaciones penales en curso a fin de esclarecer plenamente lo ocurrido e individualizar, juzgar y, en su caso, sancionar a todos los autores y partícipes de los hechos denunciados para los efectos penales correspondientes;

también que impulse la búsqueda de Patricia Emilie, su padre Mauricio y Julia Orbelina “de forma rigurosa, por las vías judiciales y/o administrativas que resulten pertinentes, realizándose todos los

esfuerzos para determinar, a la mayor brevedad posible, el paradero de las víctimas o la identificación de sus restos mortales”. Asimismo, deberá brindar

gratuitamente, de forma prioritaria y por el tiempo que sea necesario, tratamiento psicológico y/o psiquiátrico, según corresponda, para la señora Ana Gladis Pérez de Castro, el cual deberá incluir la provisión de medicamentos, y, en su caso, transporte y otros gastos directamente relacionados y necesarios (Corte IDH, 2024: 41).

Además, el Estado tiene que publicar tanto el resumen oficial de la sentencia del caso dictada por la Corte IID y la sentencia misma de forma integral, de diversas formas y por diferentes medios; dichas publicaciones especificarán que ese tribunal regional la emitió “en el presente caso declarando la responsabilidad internacional del Estado, así como el enlace en el cual se puede acceder de manera directa al texto completo de la misma” (*Idem*, 42 y 43).

También se ordenó –entre otras– que el Estado realice “un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional”, apruebe “el reglamento correspondiente de la Ley del Banco de Datos de ADN” a más tardar en un año plazo; cree e impulse

un plan de capacitación y sensibilización a funcionarios públicos, fuerzas de seguridad y operadores de justicia para garantizar que toda investigación y eventual judicialización de casos de desaparición forzada de mujeres se realice con perspectiva de género y un enfoque interseccional;

e incorpore

al currículo del Sistema Educativo Nacional, en los niveles educativos medio y superior, un programa de educación permanente sobre (i) las graves violaciones de derechos humanos, crímenes de guerra y delitos contra la humanidad cometidos por ambos bandos antes y durante el conflicto armado, y (ii) la normativa internacional en derechos humanos y la jurisprudencia de este Tribunal al respecto (*Idem*, 44 y 45).

De igual manera, el Estado deberá adoptar “las medidas ejecutivas y/o legislativas pertinentes para que se garantice y respalde la permanencia de la Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños y CONABÚSQUEDA [...], así como su independencia y autonomía financiera” (*Idem*, 50); tendrá que pagar las cantidades fijadas en la sentencia “por concepto de rehabilitación, daño material, inmaterial y el reintegro de costas y gastos” (*Idem*, 55). Finalmente, se determinó que en un año plazo deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir la sentencia, cuya supervisión estará a cargo de la

Corte IDH; esta “dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma” (*Idem*, 58).

5. A manera de conclusión²

Sin haberlo previsto, estoy terminando este texto cinco meses después de que la Corte IDH emitiera su sentencia en el presente caso. Y hasta la fecha, casi en la medianía del plazo establecido dentro de la misma para el cumplimiento pleno de lo dispuesto, lamentablemente solo puedo referirme a tímidos avances en el cumplimiento de la misma; muy tímidos y escasísimos –para ser más exacto– en lo que toca a la atención en salud de Ana Gladis Pérez de Castro, hija de Julia Orbelina.

A inicios de julio, en compañía de su hijo, se reunió con un delegado del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, tanto para establecer la coordinación y los enlaces pertinentes como para darle seguimiento al cumplimiento de lo establecido en el fallo. El 24 de dicho mes, dicho funcionario se comunicó con el hijo de Ana Gladis para hacerle saber que debía consultarle a ella sobre su expediente clínico en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social; por no poder atenderlo entonces debido a una emergencia, les ofreció llamarles próximamente, pero –a la fecha– no se ha vuelto a comunicar ni con él ni con su madre.

Por su parte, también iniciando julio, Francisco Alfredo le envió una carta al fiscal general de la República sin que a la fecha le haya respondido este siquiera con el acuse de recibo. Finalizando ese mes, el Estado salvadoreño no había comunicado a las familias de las víctimas directas información alguna sobre los avances en las investigaciones del caso y el impulso de cualquier otra acción encaminada a cumplir el mandato del tribunal regional.

El padre de las hijas y el hijo de Patricia Emilie –al cumplirse 42 años de su desaparición forzada– han expresado que continuarán demandando “la verdad y la justicia” para sus víctimas. También recordó el reconocimiento estatal ante la CIDH y la Corte IDH en cuanto a haber permitido que estos crímenes ocurrieran en el país, sin investigarlos debidamente; asimismo, aseguró que estarían pendientes del ofrecimiento de “una disculpa oficial privada y pública” por la responsabilidad por su autoría y el poco interés en resolver el presente caso.

Finalizo esta exposición sintetizada de la infamia cometida contra Patricia Emilie, Mauricio y Julia Orbelina por su desaparición forzada y en menoscabo de sus familias por el sufrimiento que les ha sido causado perversa e injustamente, con algo que aparece registrado en la sentencia referida.

Se trata del debate que tuvo lugar en la audiencia presencial realizada en la sede de la Corte IDH en noviembre del 2023, acerca de la aprobación de una ley ordenada en la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña al momento de expulsar del cuerpo normativo nacional la autoamnistía que se recetaron los responsables de las atrocidades. Esta última fue aprobada el 20 de marzo de 1993 y permaneció vigente, durante más de 23 años, hasta el 13 de julio del 2016.

2 ...del presente artículo, no del caso.

En esta fecha, el máximo tribunal salvadoreño ordenó a la Asamblea Legislativa “promulgar una nueva Ley de Reconciliación Nacional y Asistencia a las Víctimas del Conflicto Armado que permita armonizar los esfuerzos de las instituciones estatales de acuerdo con los estándares constitucionales e internacionales relativos a la justicia transicional” (Corte Suprema de Justicia de San Salvador, 2018: 12 y 13).

Para reforzar la necesidad de cumplir dicha sentencia de inconstitucionalidad, debo traer a cuenta que la CIDH –tras su visita *in loco* a El Salvador del 2 al 4 de diciembre del 2019– recomendó la adopción de una “Ley de Reconciliación Nacional acorde a los estándares interamericanos sobre justicia transicional”. Al día de hoy, más de ocho años después del mandato emitido, la misma continúa sin aprobarse.

Durante la citada audiencia pública presencial en la Corte IDH, la representación estatal alegó en su defensa que existe una “hoja de ruta” para elaborar y aprobar dicha normativa; asimismo, manifestó que en mi calidad de representante de la agrupación Víctimas Demandantes (VIDAS) participé en reuniones con la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, en el marco de –según se aseguró– una “consulta amplia con diferentes sectores de la sociedad que incluye organizaciones de la sociedad civil”. En realidad, solo fue una reunión el 24 de enero del 2022; es decir, hace más de dos años y medio.

En su posterior sentencia el tribunal regional advirtió que, “tal y como señaló el Estado”, ya había revisado “el trámite legislativo de un proyecto de ley de justicia transicional [...] en el marco de la supervisión de cumplimiento *del Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*”. Por ello, “no consideró necesario pronunciarse” al respecto (Corte IDH, 2024: 48). Pues en un ejercicio descarado de desprecio hacia las víctimas y sus demandas, la larga e improductiva “ruta” trazada cuya existencia aseguró la representación estatal ante las y los integrantes de la Corte IDH para su “descargo” ante mis cuestionamientos, llegó a su fin el 29 de mayo del presente año cuando la bancada oficialista –abrumadoramente dominante en el seno de la Asamblea Legislativa– decidió archivar la respectiva propuesta de ley por haber “perdido su vigencia” (DW, 2024).

Por último, cabe señalar que el cumplimiento estatal o no de sus obligaciones en el “Caso Cuéllar Sandoval y otros vs. El Salvador” durante el plazo establecido nos comenzará, quizás, a aclarar la respuesta a la siguiente interrogante añeja y crucial a partir de lo planteado por monseñor Romero hace casi cinco décadas. ¿Seguirá siendo la ley en El Salvador “como la culebra” que “solo pica al descalzo”? (Romero, s./f.: texto 123). Si las cosas continúan igual, seguiremos cuestionando estas tres dolorosas ausencias tan queridas y denunciando a un solo criminal: el Estado salvadoreño.

Referencias bibliográficas

- Aguilar, J. y Mersky, M. (2020). *La desaparición forzada en el contexto del conflicto armado de El Salvador. Una primera aproximación al fenómeno*. San Salvador: Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Adultas Desaparecidas en el Contexto del Conflicto Armado de El Salvador (CONABÚSQUEDA). Recuperado de https://arpas.org.sv/wp-content/uploads/2020/08/Documento-Informe-Oficial_FINAL-190820-1.pdf
- CIDH, *Informe No. 329/20*, Caso 12.774. Patricia Emilie Cuéllar Sandoval, Mauricio Cuéllar Cuéllar y Julia Orbelina Pérez. El Salvador, OEA/Ser.L/V/II Doc. 347, 29 diciembre 2020.
- Corte IDH. *Audiencia Pública del Caso Cuéllar Sandoval y otros Vs. El Salvador*, Parte 1, San José, Costa Rica, 22 de noviembre del 2023. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=GjjqrGkuR0E>
- Corte IDH. *Caso Cuéllar Sandoval y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de marzo de 2024. Serie C No. 521.
- Corte Suprema de Justicia de San Salvador, Sala de lo Constitucional. *Inconstitucionalidad 44-2013 (3)*, 13 de julio del 2018.
- Corte Suprema de Justicia de San Salvador, Sala de lo Constitucional. *Habeas corpus 33-2019*, 6 de marzo del 2019.
- DW. *Congreso de El Salvador archiva ley de víctimas de guerra*, Derecho y leyes, El Salvador, 30 de mayo del 2024. Recuperado de <https://www.dw.com/es/congreso-de-el-salvador-archiva-ley-de-v%C3%ADctimas-de-la-guerra/a-69219420>
- Misión permanente de El Salvador ante la Organización de los Estados Americanos. *Informe del Estado salvadoreño a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en referencia a la petición N° 1138-04, Patricia Emilie Cuéllar Sandoval, Mauricio Cuéllar y Julia Orbelina Pérez*, Antiguo Cuscatlán, El Salvador, 30 de abril del 2010.
- Romero, Ó. A. (s.f.). *Día a día con Monseñor Romero: (meditaciones para todo el año)*, texto 122. Los desaparecidos. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. Recuperado de https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/dia-a-dia-con-monsenor-romero-meditaciones-para-todo-el-ano--0/html/ff33506c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html
- Socorro Jurídico del Arzobispado de San Salvador (1981). *El Salvador, la situación de lo derechos humanos, octubre 1979-julio 1981*. México: Socorro Jurídico del Arzobispado de San Salvador.
- VOCES. *Testimonio de Francisco Álvarez, exesposo de Patricia Emilie Cuéllar Sandoval, ante la Corte IIDH*, Diario digital, Opinión, 8 de agosto del 2024, ver Testimonio de Francisco Álvarez, exesposo de Patricia Emilie Cuéllar Sandoval, ante la Corte IDH - VOCES Diario digital | El Salvador

Filiación. Identidad de género

TEDH. *Affaire O.H. et G.H. c. Allemagne* y *Affaire A.H. et autres c. Allemagne*, 4 de abril de 2023

Por Cecilia Aguirre¹

1. Introducción

El 4 de julio de 2023 la Sala Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en dos casos donde se discutió el reconocimiento del vínculo filiatorio entre un progenitor transexual y su hijo.

En ambos, la queja planteada por los demandantes giró en torno a la violación de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar y prohíbe la discriminación en el goce de los derechos y libertades reconocidas, en virtud de la negativa de las autoridades administrativas del gobierno alemán a inscribir, en el primer caso, a la demandante (mujer trans) como madre de un niño, por no haber sido quien lo había dado a luz y, en el segundo, a inscribir como padre de su hijo al actor varón trans, pese a que posteriormente obtuvo el reconocimiento judicial de su cambio de sexo.

El hijo de uno de los demandantes también se presentó como actor al considerar que había sido víctima de discriminación en relación con otros niños nacidos por maternidad subrogada que crecieron con dos padres (o dos madres) y en cuyas partidas de nacimiento figuraban dos progenitores con nombres de

¹ Abogada (UNLP). Coordinadora del Área de atención de casos del programa de extensión universitaria Diversidad Familiar y Derecho de Familias (UNLP). Abogada del/a niño/a y el/la adolescente.

pila masculinos, o en relación con los niños adoptados por un único progenitor varón, mientras que su partida de nacimiento no reflejaría su realidad familiar.

2. Resumen de los hechos de los casos analizados

En el primer caso, A.H. y G.H. conformaban una pareja estable. En el marco de ese vínculo, el 16 de junio de 2015 nació su hijo L.D.H., dado a luz por la segunda. En tanto, A.H., mujer trans que aportó sus gametos masculinos en la gestación, realizó el reconocimiento de la maternidad ante un notario con el consentimiento de la gestante.

El 15 de julio del mismo año, la oficina del Registro Civil inscribió a G.H. como madre del niño, pero denegó la inscripción del reconocimiento de maternidad realizado por A.H. al entender que carecía de validez jurídica, en virtud de lo prescripto por el artículo 1591 del Código Civil Alemán y la ley TSG (también llamada Ley de Transexualidad). El fundamento de la decisión de la autoridad administrativa fue que el derecho alemán solo reconoce a una madre legal por cada hijo, que es aquella que lo ha parido, por lo que solo era posible inscribir a A.H. como “padre” al contribuir a la procreación con sus gametos masculinos, y a pesar del reconocimiento judicial de su cambio de sexo antes de la concepción del niño.

En el segundo caso, el actor O.H. nació siendo mujer y el 1 de noviembre de 2008 contrajo matrimonio con un hombre, del que se divorció en 2013. El 26 de agosto de 2010, el Tribunal de Primera Instancia de Schönberg dictaminó que a partir de ese momento llevaría los nombres masculinos de O.G. Añadió que no podía aceptarse su solicitud de que se reconociera su pertenencia al sexo masculino, ya que aún no se había sometido a una modificación de sus características sexuales internas ni había perdido su capacidad de procrear. Meses después, el 11 de abril de 2011, el tribunal reconoció que O.H. es un hombre.

El 28 de marzo de 2013 dio a luz a su hijo G.H. y a los pocos días solicitó ante la oficina del Registro Civil ser inscripto como padre del niño. Manifestó que su hijo no tenía madre y, por ello, la casilla asignada al nombre de la madre debía permanecer vacía. Al momento de la solicitud, expresó que la persona recién nacida no tenía un segundo progenitor legal al haber sido concebida tras acudir a la donación de esperma de un anónimo que no tuvo intención de asumir responsabilidades parentales. Además, solicitó que en el certificado de nacimiento no se indicara el sexo ni la religión del niño.

3. El litigio a nivel interno

En el primer caso, la pareja solicitó el 28 de julio de 2015 ante el Tribunal de Primera Instancia de Schönberg su inscripción como madres del niño, y de A.H. con su nombre femenino, con fundamento en que la negativa privaría a su hijo de un vínculo jurídico con esta, más cuando había participado en la concepción del niño y posteriormente reconoció su maternidad. Dos meses después celebraron su unión civil.

El 11 de enero de 2016 el Tribunal rechazó la demanda, decisión que fue confirmada el 6 de septiembre de ese año por la Cámara. Tras impugnar nuevamente la decisión de la instancia de apelación, se desestimó la petición el 29 de noviembre de 2017 haciendo aplicación de la Ley de Estado Civil, el Código Civil alemán,² y la ley TSG.³ La pareja insistió con su reclamo y presentaron un recurso constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal, que desestimó el planteo el 9 de agosto de 2019, sin motivar su decisión.

En el caso de O.H. se aplicó el mismo marco normativo y se consideró que debía ser inscripto como “madre” de su hijo, a pesar del reconocimiento judicial de su cambio de sexo antes de la concepción.

El 2 de abril de 2013 el funcionario del Registro Civil expresó dudas sobre si O.H. debía ser inscripto como padre o madre del niño, o si debía inscribirse sin mencionar a los progenitores. Se elevó una solicitud de aclaración al Tribunal de Primera Instancia de Schönberg, que ordenó la inscripción del demandante como madre del niño.

El 30 de abril de 2014 el Tribunal de Apelación de Berlín confirmó la decisión y autorizó un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia, que confirmó el decisorio de la Alzada el 6 de septiembre de 2017.

En síntesis, podemos destacar los principales puntos en los que se apoyaron los órganos judiciales intervinientes en el primer caso para denegar el pedido de inscripción de A.H. como madre de su hijo: i) madre es quien pare; ii) solo se reconoce a una madre legal por cada hijo (con exclusión de toda otra forma posible de atribución de la condición jurídica de madre del niño, en virtud del derecho filiatorio); iii) la ley establece un vínculo jurídico inequívoco y acorde con las características biológicas de todo niño con un padre y una madre; iv) no está previsto en el ordenamiento jurídico alemán el reconocimiento de la maternidad; v) como A.H. contribuyó a la procreación mediante su esperma solo es posible establecer la paternidad; vi) atribuir a la persona transexual la condición jurídica de

2 El artículo 1591 del Código Civil alemán establece que la madre de un niño es la mujer que lo dio a luz, en tanto el artículo 1592 prescribe que “el padre del niño es un hombre que: 1) está casado con la madre del niño en el momento del nacimiento; 2) que haya reconocido la paternidad y 3) cuya paternidad haya sido establecida judicialmente”.

3 La ley TSG fue sancionada el 10/09/1980. Actualmente, exige un procedimiento judicial previo para lograr el cambio de nombre conforme al género autopercebido. Previamente, la persona deberá acreditar que “ya no se siente perteneciente al género indicado en su acta de nacimiento sino al otro género”, haber vivido al menos 3 años de acuerdo al género autopercebido y la probabilidad de que su sentido de pertenencia al género opuesto ya no cambie. El juez escuchará al peticionante y aceptará su solicitud previa obtención de informes elaborados por dos peritos, quienes evaluarán, entre otras cosas, si “según los resultados de la ciencia médica, es poco probable que cambie el sentimiento de pertenencia del solicitante”. En el acta de nacimiento de un hijo biológico o niño adoptado por el solicitante, ocurridos antes de la sentencia definitiva, deben indicarse “los nombres que el solicitante tenía antes de dicha decisión. Además, la sentencia que establezca que el solicitante debe ser considerado al sexo opuesto no afecta relación jurídica entre esta persona y sus padres, y entre el solicitante y sus hijos. La norma fue objeto de distintas modificaciones a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán; una de las más importante fue realizada como consecuencia de un fallo del 11 de enero de 2011 (BvR 3295/07) que declaró inconstitucional el artículo 8.1 de la norma, en la medida en que obligaba a una persona transexual a someterse a una operación de esterilización permanente. El Tribunal sostuvo que esta obligación exponía a dichas personas a una situación de coacción, ya que tenían que elegir entre negarse a la operación y renunciar al reconocimiento legal de su sexo, o aceptar la operación y sus importantes consecuencias para su cuerpo y su autopercepción. En 2017 el Tribunal también exigió a las autoridades alemanas que, a partir de diciembre de 2018, incluyera en los documentos administrativos un tercer género “intersexual” o “diverso”, pues consideró que la obligación de elegir entre sexo “masculino” y “femenino” en la partida de nacimiento discrimina y viola los derechos de las personas que no se sienten identificados con estas opciones.

progenitor derivada de su sexo de origen y de su función reproductiva característica, a pesar del hecho de que el progenitor fuera considerado del sexo opuesto desde el cambio de sexo, no viola sus derechos humanos; y vii) mantener el vínculo con el anterior estatuto del progenitor –a pesar del cambio de sexo jurídico– corresponde al interés del niño, especialmente protegido por la ley, que consiste en conocer la contribución específica del progenitor interesado a su concepción.

Los mismos fundamentos fueron expresados en el segundo caso, a los que podemos agregar: viii) cuando O.H. dio a luz a G.H. ya no era una mujer en el sentido jurídico del término, pese a lo cual la ley TSG le atribuye el estatus jurídico de madre; ix) el estatuto de la persona transexual (como madre o padre) debe permanecer inalterado a efectos de la búsqueda de la paternidad y de la impugnación de la paternidad; x) al referirse al derecho de filiación, la TSG pretende garantizar de manera general que el estatuto jurídico de la madre o padre del niño, definido biológicamente por el parto o fecundación, no pudiera modificarse en modo alguno; y xi) O.H. no solo no debía ser inscripto en el registro de nacimiento como padre, sino que además debía ser designado por su antiguo nombre de mujer. No era posible, en el caso, mencionar los nombres anteriores (femeninos) únicamente en forma de datos adicionales, e inscribir los nombres actuales (masculinos) de la madre del menor en el registro, porque la TSG se oponía a ello, al tener esa disposición por objeto el interés del niño en mantener en secreto la transexualidad de uno de los progenitores, evitando que aquel tuviera que presentar un certificado de nacimiento que permitiera concluir que el segundo es transexual.

Como en la gran mayoría de los sistemas jurídicos existentes en el mundo, el derecho alemán en materia de filiación se basa en el establecimiento de un vínculo entre las funciones reproductivas de los progenitores y su sexo, asignando el papel de la persona que da a luz a una mujer (la madre).

La ley fundamental no impone la obligación de crear un derecho de filiación neutro desde el punto de vista del género que redujera la paternidad y la maternidad a funciones puramente sociales y suprimiera ambos estatutos como categorías jurídicas.

En el caso de O.H., se consideró que no hubo discriminación, pues el derecho a la igualdad de trato no excluía la consideración legal de diferencias biológicas significativas a la hora de establecer la relación paterno-filial. O.H. se diferencia jurídicamente de otros varones en que tenía la capacidad biológica real de concebir y dar a luz un hijo, y esto justifica tratarlo de forma diferente a otros hombres que no tenían esa capacidad, en términos de su estatus en relación con un hijo que había traído al mundo.

En ambos casos, los órganos de justicia resaltaron el objetivo de las leyes invocadas, que es vincular jurídicamente a los hijos con sus padres biológicos, de manera que su filiación, si es contraria a su concepción biológica, no se vincule con dos madres o padres legales. Aquellas situaciones de discordancia entre la atribución del sexo jurídico y el papel de la persona en el nacimiento de un hijo (gestación, fecundación) afectan el vínculo de este con el padre y la madre. En conclusión, los niños han de tener la garantía de tener siempre un padre y una madre, aunque uno de sus progenitores cambie de género.

4. Decisiones del TEDH

En ambos casos, el Tribunal concluyó que no hubo violación por parte del Estado alemán a lo previsto en el artículo 8 del CEDH, dado que las temáticas invocadas “corresponden al margen de apreciación de los Estados”.⁴

Ahora bien, ¿qué significa otorgar margen de apreciación a los Estados? La doctrina lo define como un

criterio hermenéutico utilizado por los tribunales regionales de derechos humanos [...] con el fin de interpretar y aplicar las Convenciones Americana y Europea sobre Derechos Humanos [...]. Su existencia permite un poder de deferencia de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal. [...] Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados, lo que hace que los tribunales regionales se encuentren impedidos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada.⁵

La aplicación expresa de este criterio de interpretación la podemos extraer del considerando 114 del fallo “O.H. y G.H. c/Alemania”, cuando el TEDH observa que

no existe consenso entre los Estados europeos sobre la cuestión de cómo indicar en los registros del estado civil relativos a un menor cuya una de las personas que ostenta la patria potestad es transexual. En efecto, como demuestran los datos publicados por la organización Transgender Europe, solo cinco Estados miembros del Consejo de Europa han previsto que en dicho registros se haga referencia al sexo reconocido, mientras que la mayoría de los Estados siguen designando como madre del niño a la persona que lo dio a luz. Esta falta de consenso refleja el hecho de que el cambio de sexo combinado con la paternidad plantea cuestiones éticas delicadas, y en principio, debe concederse a los Estados un amplio margen de apreciación (traducción propia).

Agregó que la situación de O.H. no es comparable a la de un padre que concibió a un hijo utilizando sus gametos masculinos, por lo que la decisión del tribunal de origen no fue discriminatoria.

Sobre la pretensión del niño G.H., el TEDH aplicó las mismas consideraciones, y concluyó que no se encuentra en una situación comparable a la de los niños adoptados por parejas del mismo sexo o por un progenitor varón solo.⁶

4 TEDH. *Affaire O.H. et G.H. c. Allemagne*, Requête N° 53568/18 et 54741/18 y *Affaire A.H. et autres c. Allemagne*, Requête N° 7246/20, Cour (Quatrième Section), 4 Avril 2023, párrs. 112 y 116 respectivamente.

5 Barbosa Delgado, F.R. (2013). El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática. En E. Ferrer Mac Gregor y A. Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales* (p. 1090). México: Tirant lo Blanch.

6 TEDH. *Affaire O.H. et G.H. c. Allemagne*, nota 4, párr. 141.

En sus considerandos destacó que, en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el CEDH, se prohíbe el trato discriminatorio a las personas que “se encuentren en situaciones comparables sin justificación objetiva y razonable” y mencionó jurisprudencia que establece el criterio de que una diferencia de trato es discriminatoria si carece de una justificación objetiva y razonable; es decir, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Finalmente, los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si, y en qué medida, las diferencias entre situaciones análogas justifican diferencias de trato.⁷

En relación con la demanda de la progenitora A.H., el TEDH consideró que la atribución de la función de madre, en el sentido del artículo 1591 del Código Civil, a la persona que dio a luz a un niño se encuentra dentro del margen de apreciación de los Estados, por lo que su situación no puede compararse con la de una mujer que gestó y dio a luz a un niño.⁸

La decisión de tratarla de la misma manera que a cualquier persona que hubiera contribuido a la concepción del niño aportando sus gametos masculinos, de manera que permita consagrar oficialmente su vínculo biológico con el niño mediante el reconocimiento de su paternidad, corresponde también al margen de apreciación del Estado.

5. Reflexiones que habilitan las sentencias a la luz de nuestro ordenamiento jurídico interno

Del análisis de ambas sentencias podemos observar que el TEDH, aplicando el criterio del margen de apreciación nacional, no ha innovado en la temática en comentario cerrando de esta manera la posibilidad de contar con dos precedentes que permitan a las personas trans contar con una herramienta jurídica relevante para invocarla en sus reclamos ante la justicia. Para el Tribunal, el sostenimiento de un modelo único y tradicional de familia, caracterizado por la heterosexualidad, el biologicismo y el binarismo por parte de un Estado parte, no constituiría una vulneración a derechos consagrados en el Convenio.

Lo cierto es que en Alemania el derecho de las personas trans a ejercer la parentalidad de acuerdo con su identidad autopercibida no es posible; acceder a aquel derecho implicaría resignar esta última. La “ley de transexualidad” alemana ha sido objeto de cuestionamientos por activistas y organizaciones LGTBIQ+ porque, como señalamos anteriormente, se trata de un proceso judicial largo y costoso, donde luego de una audiencia con un juez, la persona deberá entrevistarse con dos peritos (psicoterapeutas, médicos) que la evaluarán de forma independiente, en el marco de una entrevista no exenta de preguntas incómodas y con marcados roles estereotipados de género. Cada perito presentará un informe y los honorarios correrán por cuenta de la persona solicitante, con costos elevados.⁹

7 TEDH. *Affaire A.H. et autres c. Allemagne*, nota 4, párr. 142.

8 *Idem*, nota 7, párr. 143.

9 Ver <https://www.dw.com/es/ley-transq%C3%A9nero-en-alemania-es-arcaica-y-degradante/a-57053767>

En agosto de 2023 se conoció la noticia de que el gobierno aprobó un proyecto llamado “Ley de Auto-determinación de Género”, con el objetivo de facilitar a las personas trans el cambio de género y nombre de pila a través de una solicitud administrativa ante el Registro Civil –como lo prevé la Ley N° 26743 de nuestro país–, pero aún debe ser votado por el Parlamento alemán. Este proyecto, pese a sus intenciones, también fue criticado porque en materia de familia la persona trans continúa impedida de poder establecer su parentesco en un acta de nacimiento conforme su identidad de género –por ejemplo, un hombre trans no podrá ser inscripto como padre–. El proyecto propone que se consigne “progenitor 1” y “progenitor 2”.¹⁰

Si comparamos el marco legal alemán con el argentino, desde el año 2012 aquí cualquier persona tiene el derecho al reconocimiento de su identidad de género autopercebida, en tanto el Decreto N° 476/2021 implicó el reconocimiento de identidades por fuera del binomio masculino y femenino.

En nuestro país ya habíamos asistido a la puesta en crisis del modelo tradicional de familia, en 2010, con la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario (N° 26618), que derivó en la regulación igualitaria de la comaternidad y copaternidad. Posteriormente, en 2013 se sancionó la Ley N° 26682 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida”, de gran importancia para aquellas parejas conformadas por dos mujeres. Finalmente, el 1 de agosto del año 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, con el objetivo de continuar el “proceso de constitucionalización del derecho de familia” y la premisa de receptar las nuevas y diversas realidades familiares bajo la idea de que el concepto de familia es cultural, consecuentemente sujeto a un constante cambio.

Retomando las conclusiones del TEDH en sus fallos, notamos también como el criterio es distinto al de su par regional, la Corte IDH, que en “Atala Riffo” declaró que

en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.¹¹

Tal vez tendrá que ver con el hecho de que, según opinión de algún autor, en el Sistema Interamericano la doctrina del margen de apreciación por los Estados no fue formulada en forma específica y habría sido utilizada en menor grado que en el sistema europeo. Por ejemplo, en el caso “Ríos Montt c. Guatemala” la Corte IDH señaló que debe ser utilizada conforme a las circunstancias específicas del caso y a las concepciones prevalecientes en el período histórico”.¹²

10 Ver <https://www.pagina12.com.ar/566940-ley-de-identidad-de-genero-en-alemania-como-es-el-proyecto-e> y <https://es.euronews.com/2023/08/23/alemania-a-un-paso-de-permitir-el-cambio-de-nombre-y-sexo-en-los-documentos-oficiales>

11 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 142.

12 *Idem*, nota 5, p. 1091.

No podemos dejar de mencionar la Opinión Consultiva N° 24/17, donde una vez más, la Corte IDH obliga a los Estados a reconocer los vínculos familiares y protegerlos de acuerdo con la CADH y los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Con ese objetivo

deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.¹³

En definitiva, entiendo que el TEDH ha dejado pasar la oportunidad de sentar un precedente jurídico fundamental que abarque, visibilice y reconozca la diversidad de formas familiares existentes no solo en Alemania, sino también en su región, en el mundo. Hubiera sido un precedente que otorgue un marco de legitimidad a esta pluralidad y no privilegie una forma de familia por sobre otra.

Referencias bibliográficas

Barbosa Delgado, F. R. (2013). El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática. En E. Ferrer Mac Gregor y A. Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. México: Tirant lo Blanch.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

TEDH. *Affaire O.H. et G.H. c. Allemagne*, Requête N° 53568/18 et 54741/18 y *Affaire A.H. et autres c. Allemagne*, Requête N° 7246/20, Cour (Quatrième Section), 4 Avril 2023.

¹³ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 228.

Violencia doméstica. Adolescentes

TEDH. *Case of A.E. v. Bulgaria*, 23 de mayo de 2023

Por Diego Oscar Ortiz¹

1. Introducción

La vulnerabilidad de las niñas y adolescentes en razón de la edad y del género debe ser un parámetro de intervención institucional que trascienda las fronteras, ya que no se le puede dar el mismo tratamiento que a una persona mayor de edad que cuenta con otros recursos. La violencia hacia estas personas existe en todos los Estados y trasciende el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, la opinión política o de otro tipo, el origen nacional o social, la asociación con una minoría nacional, la propiedad, el nacimiento, la orientación sexual, el estado de salud, la discapacidad u otra situación (Consejo de Europa, 2009).

Desconocer esa vulnerabilidad no solo omite intervenir de manera específica (no me refiero solo al ámbito judicial), sino que también perjudica directamente la integridad psicofísica de la víctima –como ocurre con la adolescente del fallo que se comenta–, al no resolver medidas de protección, abrir la instancia pública de investigación, y ofrecer dispositivos y maneras de trabajar acordes a su edad.

La fragilidad y vulnerabilidad de los niños y su dependencia de los adultos para el crecimiento y el desarrollo exigen una mayor implicación en la prevención de la violencia y la protección de los niños por parte de las familias, la sociedad y el Estado (*Idem*).

¹ Abogado y profesor universitario en Ciencias Jurídicas (UBA). Especialista en Violencia Familiar (UMSA).

El objeto de este comentario es analizar las falencias institucionales y visibilizar las diferentes vulnerabilidades del caso en el que está involucrada la integridad de una menor de edad en situación de violencia de género familiar.

2. Los hechos del caso y el análisis del TEDH

En el año 2018, la demandante A.E. acababa de cumplir quince años cuando comenzó una relación con un hombre de 23 años, D.M. En el mes de abril del año 2019 se mudó con él.

La demandante afirma que el 8 de septiembre del año 2019 este la golpeó, luego de lo cual pudo escapar y al día siguiente fue examinada en urgencias por un médico forense, quien informó que las lesiones traumáticas podrían haber sido causadas en la forma y en el momento descrito.

El 10 de septiembre, la madre de la demandante informó a los servicios sociales sobre el incidente. El 26 de septiembre el director de la Dirección local de Asuntos Sociales notificó al Ministerio Público que se había cometido un delito contra una menor de edad y solicitó que se inicien las diligencias penales previas al juicio.

El documento contenía descripciones de varias situaciones de violencia física: la mayoría de las veces la empujaba al suelo y la pateaba mientras ella yacía allí. Además, precisaba que, durante una de las últimas situaciones descritas, D.M. había abofeteado en la cara a la demandante, aplicó presión en su cuello, la empujó, le golpeó la cabeza y la pateó mientras estaba en el suelo. Por último, la notificación decía que la demandante había sido víctima de intento de asesinato.

El 7 de octubre del año 2019 los servicios sociales elaboraron un informe sobre la situación de la demandante, que había estado internada temporalmente en una clínica psiquiátrica. Con el fin de garantizar su salud y seguridad, los servicios sociales emitieron una medida de protección colocándola fuera de su familia.

El fiscal del distrito ordenó que se entrevistase a la demandante y a su madre. Según el informe policial, la demandante les dijo que su novio había causado las lesiones y pidió retirar la denuncia porque ya no la molestaba. El fiscal del distrito de Kostinbrod se negó a iniciar un proceso de instancia pública, ya que consideró que se había cometido un delito sujeto a un proceso privado como el de lesiones corporales leves.

La demandante impugnó la negativa del fiscal a abrir un proceso penal, ya que afirmó que había presentado pruebas de las situaciones de violencia cometidas en su contra y destacó la gravedad de esos delitos, en el contexto de su edad y género.

El 6 de febrero de 2020 el fiscal regional de Sofía confirmó la negativa a abrir un proceso penal y consideró que el daño corporal causado a la solicitante no había sido lo suficientemente grave como para ameritar la apertura de un proceso penal por tentativa de homicidio, dado que no toda aplicación de

presión en la garganta de una persona podría clasificarse como tentativa. Concluyó que la demandante podía solicitar justicia en el marco de un proceso de instancia privada.

La demandante recurrió esta decisión, considerando que la violencia física debía ser clasificada como malos tratos en virtud del artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica –que el Estado firmó el 21 de abril de 2016– y de la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, en abril de 2020 el fiscal de apelaciones confirmó la decisión del fiscal inferior.

El Gobierno argumentó ante el TEDH que la demandante no había agotado los recursos internos, ya que había omitido presentar una acusación particular a través de su madre, que también podría haber ido acompañada de una demanda civil. Agregó que para que un delito se cometa en contexto de violencia doméstica debe ir precedido de violencia física, sexual o mental en una relación matrimonial o de convivencia. En cuanto a las medidas, el Gobierno señaló que los servicios sociales habían sido parte de la protección estatal efectiva prevista para víctimas de delitos.

Con respecto al umbral de gravedad requerido para que una denuncia caiga en el ámbito del artículo 3 del CEDH, el TEDH ha sostenido que es relativo y depende de las circunstancias particulares del caso y reiteró que se necesitan medidas legales y de otro tipo para brindar a las víctimas protección y salvaguardias efectivas (TEDH, 2023, párr. 69).

En el presente caso se ha comprobado que las autoridades fallaron para actuar con prontitud tras recibir una denuncia y esta omisión la privó de toda eficacia.

El TEDH también ha sostenido que un proceso privado supone una carga excesiva para la víctima, transfiriendo a ella la responsabilidad de recopilar pruebas capaces de establecer la culpabilidad del agresor. Para el Tribunal, requerir instancias repetidas de comportamiento violento para que el Estado intervenga, teniendo en cuenta el riesgo real de que se produzcan nuevos incidentes, no cumple con las obligaciones de las autoridades de responder inmediatamente a las acusaciones de violencia y demostrar especial diligencia en ese contexto (*Idem*, párr. 93).

El TEDH está convencido de que en este caso la demandante demostró que se encontraba en una situación desigual que requería medidas por parte de las autoridades para corregir la desventaja asociada con su sexo.

Por lo tanto, concluyó que las normas jurídicas pertinentes no eran capaces de responder a la violencia doméstica a la que se enfrentan la mayoría de las mujeres víctimas en Bulgaria, en violación de los artículos 3 y 14 del CEDH.

3. La necesidad imperativa de proteger a la adolescente

3.1. La adolescente a proteger

Niños, niñas y adolescentes son protagonistas de toda intervención judicial e institucional, sobre quienes deberían existir medidas que genuinamente protejan. Las diferentes actuaciones deben velar por su bienestar evitando que el interés de las personas adultas prevalezca por sobre su propio interés (Ortíz, 2023).

El caso que aquí se comenta tiene como protagonista central a una adolescente de 15 años con conflictos con su madre, con la experiencia de haber estado internada y en situación de trata con fines de explotación sexual, lo que la coloca como un sujeto de protección vulnerable en razón del género, edad y las demás circunstancias vividas. A esto se agregan situaciones de violencia psicológica y físicas ejercidas por un mayor de edad, quien dice ser su pareja.

3.2. Mecanismos institucionales

Ahora la cuestión vira en analizar: i) los mecanismos institucionales existentes al momento de las situaciones descritas; ii) de qué manera dichos mecanismos operan para proteger la integridad de la menor de edad; y iii) qué herramientas jurídicas vigentes rigen el marco de actuación en estos supuestos.

Con respecto a lo primero, conocer los mecanismos existentes es fundamental para comprender la aplicación concreta en el caso particular (el modo oportuno y efectivo de operar, servicios profesionales que se prestan, eficacia de los mismos, etc.).

En cuanto a lo segundo, mecanismos institucionales como el Poder Judicial deben receptar y valorar la prueba ofrecida y producida, habilitar la instancia pública en caso de que sea necesario (como en este caso) y resolver medidas adecuadas para proteger a la menor de edad (lo cual se relaciona con el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño). En virtud de este escenario, se necesitan medidas legales y de otro tipo integrales para brindar a las víctimas de violencia doméstica protección y salvaguardias efectivas (Ortiz, 2022).

Asimismo, podríamos analizar los mecanismos institucionales, como los equipos de trabajo multidisciplinarios, existentes en ese momento o, en caso de inexistencia, las razones de su falta y la necesidad de contar con su abordaje en estos supuestos.

Las personas que integran los equipos interdisciplinarios deben trabajar de manera conjunta y coordinada para elaborar criterios de intervención acordes al caso. Sus aportes son fundamentales en torno a su disciplina y la especialidad de la temática y contribuyen a la decisión judicial mediante sus sugerencias (Ortiz, 2023).

Algunos ejemplos del accionar institucional en el caso se dan cuando la madre de la adolescente informó a la Dirección local de Asuntos Sociales sobre las situaciones de violencia física y el director notificó al Ministerio Público que se había cometido un delito contra una menor de edad y solicitó que se inicien las diligencias penales previas al juicio.

En una conversación telefónica entre la madre y personal de los servicios sociales, esta afirmó que D.M. había vuelto a golpear a su hija. En concreto le había desgarrado la ropa, tenía un hematoma detrás de una de sus orejas y se quejaba de que no podía oír. El personal de los servicios sociales emitió una medida de protección prevista en la ley de protección infantil.

Por último, en relación con lo tercero, debemos analizar el marco legal existente al momento del hecho en el país donde ocurrieron estas situaciones y si se ha aplicado de manera correcta. Se mencionaron tres tratados existentes en ese momento: la CEDAW –ratificada por Bulgaria en 1982–, el Convenio de Estambul y la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la Recomendación General N° 28 (2010), señaló que los Estados partes tienen la obligación de actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, procesar y sancionar actos de violencia de género. En la Recomendación General N° 35, recomendó que los Estados partes garanticen el acceso efectivo de las víctimas a juzgados y tribunales y que las autoridades respondan adecuadamente a todos los casos de violencia de género contra las mujeres, incluso mediante la aplicación del derecho penal y, según corresponda, el procesamiento de oficio para llevar a juicio a los presuntos autores de manera justa, imparcial, oportuna y expedita e imponiendo medidas adecuadas sanciones.

Uno de los términos mencionados a lo largo del caso en análisis es la “gravedad” como tamiz para investigar en profundidad o no lo ocurrido con las aclaraciones anteriores pertinentes. La demandante utiliza como herramienta el artículo 3 del Convenio de Estambul que brinda definiciones de violencia contra las mujeres, familia, género y violencia contra las mujeres por razones de género.

Con respecto al umbral de gravedad requerido para que una denuncia caiga en el ámbito del artículo 3 del Convenio de Estambul, el TEDH ha sostenido que es relativo y depende de las circunstancias particulares del caso, como la naturaleza y el contexto del tratamiento, su duración, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. Esto nos da la pauta de que existían méritos suficientes para que este caso concreto fuera encuadrado dentro del mencionado umbral de gravedad.

Otro de los aspectos utilizados para rechazar el encuadre dentro de la violencia doméstica es la inexistencia de convivencia entre solicitante y agresor.

El Gobierno precisó que, según el artículo 93.31 del Código Penal, para que un delito se cometa “en el contexto de violencia doméstica” debía ir precedido de “violencia física, sexual o violencia mental” y cometida contra una persona con quien el perpetrador vivía en una “relación matrimonial de hecho, o una persona con quien vivía o había vivido en el mismo hogar”.

Sin embargo, el artículo 3, inciso b del Convenio de Estambul define a la violencia doméstica como “todo acto de violencia física, sexual, psicológica o económica” que ocurre dentro de la familia o unidad doméstica o entre ex o cónyuges o parejas actuales, independientemente de que el perpetrador comparta o tenga compartía la misma residencia con la víctima”.

4. La valoración de la prueba

De antemano debemos trabajar en la idea de que el maltrato contra las infancias y adolescencias requiere un tratamiento específico dentro de la temática de la violencia familiar, donde no son cuestiones diferentes, sino que se relacionan directamente (Ortiz, 2023).

El tratamiento específico en el ámbito jurídico incluye lo relacionado a la prueba con perspectiva de género.

Como adelantamos, la valoración de la prueba por parte del poder judicial es otro de los elementos clave para proteger la integridad de la adolescente y responsabilizar civil y penalmente al agresor. La autoridad judicial debe resolver siempre lo más conveniente para esa persona menor de edad que vive en un contexto de violencia familiar ejercido por alguno de sus progenitores, ambos o una persona que tiene el deber de cuidarlos.

Aquí debe hacerse un reconocimiento de la gravedad del caso, de manera que las personas que tendrían que cuidar y bregar por la integridad de NNyA, ejercen situaciones encuadradas en los tipos de violencia y afectan su integridad (Ortiz, 2023). En este caso no se trataba de un progenitor agresor sino de la pareja mayor de edad que se aprovechó de la vulnerabilidad de la adolescente para ejercer violencia en varias ocasiones.

Con respecto a la prueba informativa, el informe médico forense concluyó, entre otras cosas, que las lesiones traumáticas que tenía la adolescente a raíz del último episodio habían sido causadas por golpes y presiones aplicadas con o sobre objetos duros y que las lesiones podrían haber causado el dolor y sufrimiento de la solicitante.

En conclusión, el Tribunal está convencido de que la solicitante ha demostrado que en virtud de ser una mujer víctima de violencia doméstica en Bulgaria, se encontraba en una situación desigual que requería medidas por parte de las autoridades para corregir la desventaja asociada con su sexo en ese contexto. Reitera que una vez que se haya establecido que la violencia doméstica afecta desproporcionadamente a las mujeres, el Gobierno tiene que demostrar qué tipo de medidas correctivas se han desplegado para abordar esa desventaja y garantizar que las mujeres pueden disfrutar plenamente de los derechos humanos y las libertades en igualdad de condiciones. Sin embargo, el Gobierno no ha demostrado qué políticas específicas orientadas a proteger a las víctimas de violencia doméstica y castigar a los delincuentes han perseguido y con qué efecto. Por lo tanto, entendió que las normas pertinentes no eran capaces de responder a la violencia doméstica a la que se enfrentan la mayoría de las mujeres víctimas en Bulgaria, entre ellas la adolescente del caso que se comenta (TEDH, 2023, párr. 120).

5. La no intervención eficaz del Poder Judicial

Una de las cuestiones importantes en el caso que se comenta es la no intervención en razón del presunto delito cometido hacia la menor de edad. La calificación penal es relevante (lesiones corporales leves o graves) para saber si se abre la instancia pública o no y, a su vez, abrirla significa un mayor esfuerzo profesional e institucional y una menor carga procesal para la implicada.

La violencia doméstica no es un delito específico según el Código Penal búlgaro. Desde febrero de 2019 es una circunstancia agravante con respecto a cada tipo de daño corporal sufrido por una víctima (menor, moderado o grave) y respecto de una serie de otros delitos, como el asesinato (arts. 115 y 116 del Código Penal), secuestro (art. 142 del Código Penal), privación de libertad (art. 142.a del CC) y de coerción (art. 143 del CC).

Según el artículo 131 y 161 del CC, causar lesiones corporales leves a menores es delito sujeto a procesamiento privado. Causar más de una vez lesiones corporales moderadas o graves daños es un delito sujeto a persecución pública, lo que atrae un mayor castigo en comparación con casos puntuales de castigo moderado o grave.

El artículo 49 del Código Penal establece que el fiscal podrá, en casos excepcionales, iniciar un proceso penal de oficio respecto de delitos sujetos a acusación particular, cuando la víctima no pueda defenderse sus derechos por encontrarse en estado de desamparo o dependencia del autor del crimen. Debe hacerlo dentro del plazo de seis meses desde el momento la víctima se entera del delito.

En el caso bajo análisis surge el trajinar de la solicitante para que se tomen medidas adecuadas dentro del país. El fiscal del Distrito de Kostinbrod ordenó que se entrevistase a la joven y a su madre para que pueda establecerse dónde y con quién vivía, si asistió a la escuela, quién la cuida y las circunstancias en las que ella había sufrido el daño consignado en el certificado médico. Sin embargo, se negó a impulsar un proceso penal de instancia pública, consideró que era solo un delito sujeto a un proceso privado, a saber, lesiones corporales leves.

El fiscal regional de Sofía confirmó la negativa a abrir un proceso penal, ya que consideró que el daño corporal causado a la solicitante no había sido lo suficientemente grave como para ameritar la apertura de un proceso penal por tentativa de homicidio. Para ser calificada como tal, la infracción debía ser de intensidad capaz de lograr el objetivo de asfixiar a la víctima, o al menos tener iniciado los procesos potencialmente mortales que se producen durante el estrangulamiento. Además, el informe médico posterior al incidente no contenía información de que su vida había estado en peligro.

En su sentencia el TEDH cita un caso relativo a una denuncia sobre violencia doméstica que implicó casos repetidos de malos tratos durante un período de tiempo (TEDH, 2013, párrs. 68 y 70). Allí el Tribunal consideró que, si bien la demandante había sufrido lesiones físicas menores, esas lesiones se habían visto agravadas por su sentimiento de miedo, angustia e inferioridad, hasta el punto de que sus malos tratos podrían considerarse lo suficientemente “degradantes” como para entrar dentro del alcance del artículo 3 del CEDH.

Otra de las cuestiones que se mencionan para no realizar la investigación es la supuesta no reiteración de situaciones de violencia. El Gobierno sostuvo que los tribunales nacionales han interpretado casos “reiterados” o “sistemáticos” que significan no menos de tres actos violentos.

Sobre este punto, el TEDH reitera que la violencia doméstica puede ocurrir incluso como resultado de un solo incidente (TEDH, 2021, párr. 81). En consecuencia, requerir instancias repetidas de comportamiento violento para que el Estado intervenga, teniendo en cuenta el riesgo real de que se produzcan nuevos incidentes de violencia con intensidad, no cumple con las obligaciones de las autoridades de responder inmediatamente a las acusaciones de violencia doméstica y a demostrar especial diligencia en ese contexto.

Relacionado con lo anterior, la apertura de una investigación de oficio o la posibilidad para la solicitante de realizarlo de manera privada marca diferencias procesales y sustanciales. El Gobierno argumentó en su defensa que la demandante no había agotado todos los recursos internos para llegar a la instancia internacional. Por su parte, la demandante afirmó que al menos los fiscales pudieron haber iniciado un proceso penal, ya que había formulado acusaciones creíbles y aportado evidencia. Sin embargo, se negaron a llevarla a cabo.

Según el Gobierno, los procedimientos penales privados constituyen un recurso interno efectivo. Sin embargo, la demandante enfatizó que la acusación privada no era un recurso efectivo en los casos de denuncias de violencia doméstica, ya que en los casos privados mencionados por el Gobierno no hubo uno solo en el que la víctima hubiera sido mujer y menor de edad (TEDH, 2013, párr. 83). Este párrafo es crucial para delimitar y justificar la acción privada en cualquier otro supuesto de la acción pública en casos de menores de edad en situación de violencia, vulnerables en razón del género, edad y situación de violencia padecida.

En la Recomendación (2002) sobre protección de las mujeres contra violencia, el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomendó, entre otras cosas, que los Estados miembros deben garantizar que todas las víctimas de la violencia pudieran iniciar procedimientos; adoptar disposiciones para garantizar que el proceso penal pueda ser iniciado por el fiscal; alentar a los fiscales a considerar la violencia contra las mujeres como factor agravante o decisivo para decidir si se debe procesar o no en interés público; garantizar, cuando sea necesario, que se adopten medidas para proteger eficazmente a las víctimas contra amenazas y posibles actos de venganza; y tomar medidas específicas para garantizar que los derechos de los niños estuvieran protegidos durante actas (Comité de Ministros del Consejo de Europa, 2009).

Por su parte, la Recomendación (2009) del Comité de Ministros sobre estrategias nacionales integradas para la protección de los niños de la violencia, destaca que

la fragilidad y la vulnerabilidad y su dependencia de los adultos para su crecimiento y el desarrollo exige una mayor inversión en la prevención de la violencia y protección de los niños por parte de las familias, la sociedad y el Estado (Comité de Ministros del Consejo de Europa, 2002).

En el ámbito del proceso penal, el derecho a ser escuchado se aplica respecto de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley –es decir, autores presuntos, acusados o condenados– y de quienes están en contacto con ella –por ser víctimas o testigos de delitos–. En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño señaló que los Estados deben hacer

todo lo posible para que se consulte a los niños víctimas y/o testigos de delitos sobre los asuntos pertinentes referidos de su participación en el caso que se examine y para que puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial;

y advirtió que el derecho a ser oídos/as

está vinculado al derecho a ser informado de cuestiones tales como la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, el papel del niño víctima y/o testigo, la forma en que se realizará el “interrogatorio”, los mecanismos de apoyo a disposición del niño cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial, las fechas y los lugares específicos de las vistas, la disponibilidad de medidas de protección, las posibilidades de recibir reparación y las disposiciones relativas a la apelación (Comité de los Derechos del Niño, 2009, párrs. 63 y 64).

Finalmente, la Corte IDH ha interpretado que las garantías judiciales y el derecho a la protección judicial (artículos 8 y 25 de la CADH) se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de la CADH, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de niños y niñas (Corte IDH, 2002, párr. 95).

En relación con las características particulares de la situación en que se encuentra el menor de edad, dicho tribunal internacional expresó que

para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia (*Idem*, párrs. 60 y 61).

6. Conclusión

Como conclusión de este comentario debemos destacar la vulnerabilidad de la adolescente en razón del género, edad y circunstancias particulares para requerir una intervención específica. Asimismo, la responsabilidad internacional del Estado que no proveyó del marco legal y de los mecanismos institucionales pertinentes.

Referencias bibliográficas

- Comité de Ministros del Consejo de Europa (2009). *Directrices sobre las estrategias nacionales integrales para la protección de los niños contra la violencia*.
- Comité de Ministros del Consejo de Europa (2002). *Recomendación a los Estados miembros sobre la protección de la mujer contra la violencia*.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009). *El derecho del niño a ser escuchado*.
- Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Ortiz, D. (2023). ¿Qué hacemos con niños, niñas y adolescentes? *Diario Digital Femenino*. Recuperado de <https://diariofemenino.com.ar/df/que-hacemos-con-ninos-ninas-y-adolescentes/>
- Ortiz, D. (2022). Violencia Doméstica. Detección oportuna del riesgo, TEDH. Case of Kurt v. Austria, *Debates sobre Derechos Humanos*, 6, Edunpaz, 199-208.
- TEDH. *Case of Valiulienė V. Lithuania*, Application no. 33234/07, Court (Second Section), 26 de marzo de 2013.
- TEDH. *Case of Volodina v. Russia*, Application no. 44419/19, Court (Third Section), 14 de septiembre de 2021.
- TEDH. *Case of A.E. v. Bulgaria*, Application no. 53891/20, Court (Third Section), 3 de mayo de 2023.

Juicio por jurados. Derecho a la confrontación de testigos

TEDH. *Case of Okropiridze v. Georgia*, 7 de septiembre de 2023

Por Andrés Harfuch¹

Prescindir de la confrontación porque el testimonio es obviamente confiable es similar a prescindir del juicio por jurados porque un acusado es obviamente culpable.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Crawford vs. Washington (2004)

1. Breve introducción

El TEDH confirmó la convencionalidad de una condena por homicidio en un juicio por jurados debido a la existencia de un testigo directo que presencié el crimen y también por pruebas materiales determinantes, como sus huellas dactilares en el coche del acusado VB, grabaciones de cámaras de video vigilancia que muestran al auto y su ropa encontrada en el apartamento de su abuela, tras un aviso de su novia TA (TEDH, 2023).

A pesar de no necesitar decir nada más para confirmar el veredicto de culpabilidad del jurado, el TEDH aprovechó el argumento del apelante para cuestionar severamente la admisibilidad de la declaración de una importante testigo ausente del juicio por jurados (TA, novia del acusado) que declaró

¹ Doctor en Derecho (UBA). Profesor adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA). Miembro de la Junta Directiva del INECIP. Defensor General del Departamento Judicial de San Martín.

en videograbación ante un notario en otro país (Estados Unidos) sin confrontación de la defensa. El juez le permitió al fiscal mostrarle el video al jurado. También se refirió críticamente a la admisibilidad de cuatro testigos de oídas o por rumores.

Compararemos este fallo con la superlativa regla delineada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en *Crawford vs Washington* de 2004, que erradicó por violatorias a la Cláusula de Confrontación de la Sexta Enmienda los subterfugios para admitir testimonios de oídas o ausentes que, no obstante, son los que el TEDH emplea para rechazar el agravio del apelante.

En el célebre fallo *Crawford*, la opinión unánime emitida por el juez Scalia dictaminó que la Cláusula de Confrontación de la Sexta Enmienda otorga a los acusados dos cosas fundamentales: 1) el derecho a confrontar a los testigos y 2) a contraexaminar su testimonio. Esto incluye a los testigos que la policía o el fiscal interrogan durante la investigación. La Corte razonó que los redactores de la Constitución de los Estados Unidos, por expresas razones políticas e históricas desarrolladas por siglos en el *common law*, pretendían que la Cláusula de Confrontación prohibiera el testimonio extrajudicial fuera del juicio público como prueba contra los acusados.

Cierta jurisprudencia permisiva del pasado hizo que en los Estados Unidos, al igual que lo hace todavía Georgia y parcialmente la Argentina, se autorizaran la admisibilidad en el juicio de testimonios de oídas y/o ausentes en video con la condición de que dichas pruebas “posean garantías particularizadas de confiabilidad”, que debían ser evaluadas por los jueces.

La Corte Suprema en *Crawford* barrió con ese argumento por considerarlo “amorfo”, “puramente subjetivo e indeterminado”, “imprevisible”, “por darle demasiados poderes discrecionales al juez”, “por priorizar una norma de equilibrio abierta en detrimento de una garantía constitucional” pero, fundamentalmente, por violentar la Cláusula de Confrontación de la Sexta Enmienda.

Sostuvo, entonces, que los interrogatorios previos de testigos de cargo que no estén disponibles para el juicio oral no pueden admitirse sin la confrontación del testigo y un contraexamen del abogado defensor.

Mandó así un mensaje inequívoco al mundo: toda la prueba de cargo debe ser indefectiblemente rendida en el juicio oral y público, delante del jurado y para que el acusado y su abogado defensor puedan confrontarla en el contraexamen, como única derivación posible de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

La inviolabilidad de la defensa en juicio prevista en el artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina solo puede ser interpretada en este único sentido: derecho de defensa es derecho de confrontación (Penna, 2024).

La confrontación de los testigos de cargo es inviolable. En esencia, en materia penal, “el principio de contradicción es la forma en que se manifiesta el derecho de defensa del imputado” e “implica que todo elemento que es utilizado por el acusador para fundar su pretensión de condena debe poder ser confrontado o contradicho por el acusado” (Binder, 2022: 309-312).

El TEDH, aun con las contradicciones argumentales que veremos y los límites autoimpuestos en respeto a la soberanía de cada Estado Miembro sobre la regulación de la admisibilidad de los medios de prueba,² respalda el sistema de jurados de Georgia y refuerza la centralidad absoluta del juicio oral. También demuestra que el juicio por jurados, como lo hizo a lo largo de la historia, es el escenario natural para el avance y desarrollo de una discusión seria del derecho probatorio en el marco de un derecho penal liberal y garantista.

2. Exposición de los hechos y controversia del caso

El tema más importante que el caso en análisis trata es el claro llamado de atención del TEDH a los recurrentes atajos que emplean fiscales y jueces para eludir la comparecencia y la posterior confrontación de los testigos de cargo que han dado información por fuera del juicio público. Dichos atajos fueron la norma habitual de la Inquisición y siguen vigentes en el *civil law* europeo continental de tipo mixto, pero también han existido en menor medida en el *common law*.

Lo cual es lógico conforme al concepto base que anida en el seno mismo de la justicia penal, que es la antinomia fundamental entre “eficiencia” y “garantía”. Binder nos lo enseña con toda claridad, y es el punto de partida indispensable para abordar esta discusión:

Proponemos utilizar como concepto base, en sustitución de la idea del proceso como un conjunto de trámites, lo que constituye la antinomia fundamental del proceso penal, esto es, la contraposición esencial y básica entre la búsqueda de la eficacia y los límites al poder punitivo (Binder, 2013: 99-106).

En la base de toda norma penal (y de todo caso penal que es litigado en corte abierta) anida siempre esta tensión fundamental, que caracteriza y desarrolla mejor que nadie el sistema acusatorio y adversarial: por un lado, la necesidad político criminal de búsqueda de “eficacia” del programa punitivo (esclarecer y castigar un crimen) y, por el otro, y a la vez contrapuesto a ella, los “límites” que en defensa de la libertad y la dignidad humana se han creado (protección del ciudadano acusado) (*Idem*, 114).

En la justicia penal coexisten ambas fuerzas, en permanente conflicto, choque y tensión. A veces se inclinará para un lado y el fiscal logrará probar la verdad de su hipótesis acusatoria. A veces se inclinará para el otro y el jurado o juez deberán absolver porque el fiscal no logró probar la verdad de su

2 El TEDH trata en general la admisibilidad de las pruebas como un asunto de regulación del derecho nacional y de los tribunales nacionales, por lo que su única preocupación es examinar si los procedimientos se desarrollaron de forma imparcial. Este es un punto de partida fundamental de este trabajo, ya que el propio TEDH reconoce ciertos límites para intervenir en el diseño de la admisibilidad de las pruebas de cada país. Es parte, como siempre, de los equilibrios políticos que los tribunales internacionales deben mantener para la cohesión del bloque, integrado por países con tradiciones jurídicas muy diferentes, por no decir antagónicas. Por tal razón, cuando se analizan las leyes de Georgia o de Argentina sobre la admisibilidad o no de los testigos de oídas o ausentes, nos daremos cuenta de que son muy diferentes a las de Inglaterra, Escocia, Irlanda, Puerto Rico, Canadá o de cualquier país del *common law* (TEDH, 2010, párr. 163).

acusación más allá de toda duda razonable. Hacia cómo se resolverá esa antinomia fundamental se dirigen los consensos sociales, algunos básicos y explícitos y otros, como los de este caso que aborda el TEDH, más sutiles.

Ejemplo clásico y evidente: por más que sepamos que en un domicilio se encuentran todas las bicicletas robadas imprescindibles para esclarecer el robo y alcanzar la verdad (eficacia), deberá la fiscalía contar con una orden de allanamiento de un juez para poder entrar en el domicilio del acusado (garantía).

No es posible allanar sin orden. En esos casos la eficacia debe ceder ante la mínima exigencia de la norma de garantía. La eficacia es así revestida de límites propios de la dignidad humana porque hacen a la esencia misma del desarrollo de los derechos humanos desde el siglo XVIII en adelante. Como bien dice Maier, la averiguación de la verdad como meta absoluta del procedimiento, tan típica de la Inquisición y justificadora de la tortura y las pruebas legales, ya no existe más y ha sido limitada, hasta al punto de hacerla ceder en ciertas ocasiones, para afirmar valores superiores encarnados en el programa de garantías de la Constitución (Maier, 1996, cap. VI).

Ejemplo sutil de este caso: cuatro testigos que ayudaron a huir al acusado a Rusia le escucharon decir que tenía que fugarse porque había matado a un hombre. La fiscalía llevó a esos testigos al juicio por jurados para probar su autoría en el crimen como confesión oblicua (eficacia), pero los mismos son inadmisibles por ser testigos de oídas o rumores (dichos de dichos o hearsay), que no pudieron ser confrontados por el defensor del acusado cuando dicha supuesta declaración se emitió por fuera del juicio (garantía).

Es decir, tanto con la testigo ausente que declara en video (porque se fue a vivir a otro país) como con estos testigos de oídas, el fiscal pretende llevar información al jurado que fue brindada por fuera del juicio y sin control alguno *ex ante* de la defensa.

El interrogante de siempre es: ¿deben ser admitidos esos testigos o no? ¿Eficacia o garantía? ¿Dónde está el límite?

En materia de derecho probatorio, los atajos más modernos en favor de inclinar la balanza hacia la eficacia, que fueron barridos por completo en *Crawford* y que todavía permanecen en legislaciones del *civil law* como Georgia –y en parte la Argentina– y de la interpretación devaluada y timorata del TEDH, son los que admiten testigos ausentes o de oídas sin confrontación en tanto provengan de fuentes confiables o presenten indicios de confiabilidad o que haya habido suficientes medidas de contrapeso o contrabalanceo.³

3 Entre tales medidas, se considera si la aproximación del tribunal a la evidencia no testeada ha sido cuidadosa y demuestra que se ha tenido en cuenta la potencial debilidad de la declaración; la existencia de instrucciones en tal sentido al jurado; la motivación detallada del fallo sobre la confiabilidad de la declaración del testigo ausente; la existencia e importancia de otras pruebas que la defensa sí ha podido desafiar en el juicio y, especialmente, de prueba de corroboración; el modo en que ha sido registrada la declaración previa (por ejemplo, si lo ha sido en audio y video); si se ha dado al acusado y su defensa la oportunidad de exponer su propia versión de los hechos y de poner en duda la credibilidad del testigo ausente, señalando cualquier incoherencia o contradicción con las declaraciones de otros testigos; la posibilidad (cuando la identidad del testigo es conocida por la defensa) de que se adopten medidas de investigación destinadas a evaluar si el testigo puede tener ningún motivo para mentir o si pudo haberse equivocado, etc. (TEDH, 2011, párrs. 147-165 y 2015, párrs. 107, 114-116, 125-131 y 145-160).

De allí que es evidente cómo quedan expuestos los dos modelos: o el juicio es oral y público y toda la prueba se produce en corte abierta delante del jurado y con plena confrontación de la defensa o, como en este caso, se admite información producida “fuera” del juicio, sin confrontación y afectando la garantía constitucional de la defensa en juicio. Porque eso es lo que sucede cuando dicha información pretende ser ingresada “dentro” del juicio por vía de testimonios de oídas o de testigos ausentes que declaran en video y que jamás estuvieron frente a frente con el abogado defensor.

En definitiva, la pomposa enumeración de “medidas de contrapeso o contrabalanceo” que hace el TEDH no es otra cosa que una larga lista de atajos utilizados para diluir la centralidad absoluta del juicio oral y público y para admitir en el juicio información que fue producida fuera de él, sin control alguno *ex ante* de la defensa. Ninguno de esos atajos puede suplir jamás la eficaz tarea de un litigante en el contraexamen delante de un jurado y en corte abierta.

Dichas “medidas de contrapeso o contrabalanceo” son exactamente lo mismo que “las garantías particularizadas de confiabilidad” que también usaron los estadounidenses entre 1980 y 2004 y al que el *leading case Crawford* les puso punto final por violar la Constitución.

Los estadounidenses habían relajado sutilmente este principio con el correr de los años. Bajo el rimbombante eufemismo de “las garantías particularizadas de confiabilidad”, desarrollaron un *caselaw* que les permitió durante años a los fiscales meter por la ventana información de cargo al juicio que los *framers* jamás habrían tolerado. Es decir, se fueron inclinando más y más hacia el valor de la eficacia en desmedro de la inadmisibilidad (garantía).

Allí apareció con toda su fuerza *Crawford vs. Washington* para volver a las fuentes y derogar el funesto precedente *Roberts vs Ohio*. La sentencia veda la competencia legislativa o jurisprudencial para crear nuevas excepciones al *hearsay* y advierte que la regulación es directamente por Constitución.

Por eso es importante este fallo del TEDH que aquí se comenta. Compartimos con el Tribunal que el juicio por jurados inserto en el modelo cultural del procedimiento penal del continente europeo no es otro que el heredero de la Inquisición. Debido a esta deformación cultural atentatoria de la inviolabilidad de la defensa en juicio, si una testigo clave declara en video porque se fue a vivir a otro país y no concurre al juicio, o si se admiten testigos que escucharon cosas que otros (que no vienen al juicio) les dijeron (rumores o *hearsay*), o si se incorporan de manera natural por lectura testimonios escritos de la instrucción, tal cosa no nos llama demasiado la atención.

Somos y hemos sido histórica y culturalmente más permisivos con pruebas que son de baja calidad y poco confiables. En definitiva, toleramos procesos penales en donde el rendimiento de la garantía de defensa en juicio es devaluado sin mayor problema, si es que lo comparamos con la robustez que posee la misma práctica en los países del *common law* que operan con jurados (Harfuch, 2019: 365).

Recordemos siempre la famosa cita de Ernst Beling en 1928:

El sistema inquisitorio de la época pandectista se convirtió, en gran parte, en un instrumento del Poder, desconocedor de los intereses individuales. Así dijo Voltaire: *Les formes, en France, ont été inventées pour*

perdre les innocents. Por el contrario, en Inglaterra se pone de relieve el hecho de que el proceso penal es un fair trial y que debe tratarse al acusado como a un gentleman. En este clásico país del liberalismo el proceso penal se aproxima al proceso civil, lo que significa un robustecimiento de la posición del acusado (Beling, 2000, 21).

Dicho esto, el fallo del TEDH deja establecido que el testimonio de la mujer que declaró por video desde EE.UU. no debió ser admitido y puso reparos al contenido de oídas (*hearsay*) de cuatro de los testigos. Deja a salvo la condena arribada por la justicia georgiana porque los vicios no eran dirimentes (debido a la existencia de prueba directa y material independiente) y, por lo tanto, concluyó que no se violaron el artículo 6.1 y el 6.3 d) del CEDH.

El valor (intrínseco, por cierto) del fallo es que deja el principio fijado de que tales pruebas son, en principio, inadmisibles y cuestionables.

La contracara, tan típica de las idas y vueltas del TEDH (que se resiste a aplicar tan altos estándares de límites a los acusadores, a pesar de los continuos reclamos de Inglaterra en el seno del bloque europeo) es que luego emplea los mismos justificativos de cuño inquisitorial para avalarlas *ex post* del derogado fallo *Roberts*, como por ejemplo, lo que ella denomina “medidas de contrapeso o contrabalanceo”, que desde luego serían repudiados no solo por la doctrina *Crawford*, sino por la tradición misma del sistema acusatorio adversarial, por ser violatorias a la defensa en juicio.

En resumen, no puede pasarse por alto que la expansión del juicio por jurados en los países del *civil law* como Georgia y Argentina (que tienen jurado clásico de doce miembros con regla de unanimidad y variantes menores) provocó lo mismo que desencadenó el jurado en los países del *common law* desde el siglo XIII en adelante, que es haber configurado el derecho probatorio con un nivel de discusión sin par.

La consecuencia más inmediata para los países del *civil law* que están adoptando el juicio por jurados es que obliga a sus sistemas de justicia a extremar los recaudos en torno a la admisibilidad y/o exclusión de la evidencia y a discutir en serio, con rigor y profundidad las pruebas. Pero, por sobre todo, reafirma que el principio cardinal es que los testigos tienen que declarar en el juicio público ante el jurado y no cualquier excusa es válida.

3. El jurado de Georgia como antídoto contra la corrupción judicial y como garante del juicio imparcial (*fair trial*)

Es imposible no reparar en un hecho incuestionable, frente a las diatribas que todavía una parte del pensamiento dogmático del *civil law* le dispensa a este modelo de enjuiciamiento: el juicio por jurados es el prototipo del juicio imparcial (*fair trial*) (Binder y otros, 2015: 47 y ss.). Es sinónimo de máxima transparencia, independencia total frente al caso y con casi nulas chances de ser corrompido (Mittermaier, 2024: 43 y 44).

Tanto en Georgia como en la Argentina el juicio por jurados llegó de la mano de una exigencia constitucional largamente incumplida y, también y en parte, de un extendido descrédito en el Poder Judicial.

Pero hubo en el caso de Georgia algo que no sucedió en la Argentina: la necesidad imperiosa que tenían de que la implementación del jurado los ayudara a equilibrar la ratio de condenas/absoluciones.

Los propios legisladores georgianos resaltaron que uno de los objetivos fundamentales de la adopción del juicio por jurados era reducir las tasas de condenas en Georgia, que llegaban a casi el 100% de las personas acusadas de un delito. Al igual que sucedió en la Unión Soviética y en todas las repúblicas que luego se independizaron de ella, la acusación del fiscal obtenía el éxito en el 99,9% de los casos.

El juicio imparcial era allí una falacia, un abuso del poder persecutor y no existía la menor chance de obtener una absolución. El juicio era literalmente una parodia dirigida por el fiscal y aprobada por el juez (AA.VV., 2015: 38-41).

La reintroducción del juicio por jurados clásico en Rusia, tras la caída del comunismo en 1991, tuvo el específico propósito de aumentar las absoluciones.

No solo fue un problema del comunismo o de la Unión Soviética. También Japón introdujo el juicio por jurados en 2009 para bajar la impresionante tasa de condenas (98,9%) (Fukurai, 2009: 1-23).

Desde que en 1993 se reinstauró el juicio por jurados en Rusia, la tasa de absoluciones del jurado se situó en el promedio mundial de 23% de los países con Estado de derecho, contrastado contra el 1% de los jueces profesionales previo a la introducción del jurado (Ziyadov, 2013). El mismo fenómeno de aumento inmediato de las absoluciones hacia una variable de aceptable normalidad en juicio justo (20% a 23% contra 78% a 80% de condenas) se verificó en Japón y en Georgia (Lomzadse, 2010).

Claro que la autocracia rusa se asustó pronto con tantas absoluciones. Tradiciones varias veces centenarias de castigos desmedidos sin contradicción y de una fuerte cultura burocrática e inquisitorial generaron una solapada contrarreforma. Los tribunales superiores rusos y su Corte Suprema comenzaron a declarar nulas varias absoluciones y ordenar nuevos juicios, aun contra la letra expresa de la ley que consagra la firmeza total de los veredictos de absolución del jurado (Thaman, 2001).

Afortunadamente ni Georgia ni Argentina cayeron en esa trampa de restauración inquisitorial atentatoria del derecho humano al *non bis inidem* y mantuvieron a rajatabla la firmeza del veredicto de no culpabilidad del jurado.

Pero el otro componente que justificó ampliamente la introducción del jurado en la República de Georgia fue la rampante corrupción judicial que asolaba a su sistema de justicia. El pueblo georgiano descreía profundamente de sus jueces. Ello tenía que ver con la forma de resolver los conflictos criminales. La cultura inquisitorial imperante en Georgia creó tales formas de corrupción en sus jueces a lo largo de cientos de años que los georgianos prefirieron métodos alternativos al proceso formal de los tribunales.

Como bien señala el jurista georgiano Giorgi Lomzadse,

durante la era soviética, y hasta los primeros años de la experiencia postsoviética de Georgia, muchos georgianos hicieron todo lo posible para mantener fuera de los las disputas, incluso los incidentes criminales, fuera de los tribunales. En muchos casos, los jefes del hampa, conocidos como *kanonieri kurdi*, actuaron como árbitros vinculantes de facto en una amplia variedad de disputas. Era mucho más eficiente resolver una disputa civil, o incluso una disputa criminal, a través de *kanonieri kurdi* que a través de tribunales de justicia totalmente corruptos. En medio de la caída de la confianza popular en el sistema de justicia de Georgia, el sistema de jurados puede promover la percepción de independencia judicial (Lomzadse, 2010).

Hay datos duros que comprueban la afirmación de que el jurado es el mejor sistema de enjuiciamiento para asegurar el castigo a los culpables y, a la vez, proteger a los inocentes. A partir de la célebre investigación empírica de Kalven y Zeisel en la década de 1960 en los Estados Unidos, se comprobó mediante el método científico de las ciencias sociales en 3500 casos que en el 78% de los casos los jueces técnicos coinciden con los veredictos de los jurados. Lo interesante es que en el 22% restante, los jurados absolvieron cuando los jueces hubieran condenado (Kalven y Zeisel, 1966). Cuarenta y cinco años después, un estudio similar reveló, asombrosamente, que dicha cifra se mantenía incólume, pero logró probar una nueva muy fuerte: los jueces condenan más porque “simplemente aparecen teniendo un mayor umbral de condena que los jurados” (Eisenberg y otros, 2005: 204). El jurado de todas las latitudes, como se comprobó con el mismo método en Argentina, se comporta del mismo modo (76% de acuerdos vs. 23% en que el jurado hubiera absuelto cuando el juez hubiera condenado) (Porterie y Romano, 2018: 156).

Como hemos señalado, todavía existen críticos al juicio por jurados en la Argentina y en el resto del *civil law* que pasan por alto con ligereza esta característica esencial que lo ha hecho tan popular en el mundo. El jurado es indiscutidamente un símbolo de la democratización del Poder Judicial y representa el mejor antídoto contra la corrupción en los tribunales. Además, es el sistema que mejor garantiza un juicio imparcial para las partes y, sobre todo, para el acusado que se enfrenta a la maquinaria estatal persecutoria. El jurado es el verdadero garante de la imparcialidad y las libertades individuales.

4. Marco constitucional sobre la confrontación. Intensidades

No hay duda de que la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es la que protege con mayor celo e intensidad en el mundo el derecho humano básico de cualquier persona acusada a confrontar a los testigos de cargo en corte abierta delante de un jurado imparcial de doce vecinos para poder contraexaminarlo. Es el estándar más alto que existe.

En Inglaterra, cuna del jurado, la Constitución no está escrita, pero está presente en sus precedentes y leyes. Los ingleses no hablan estrictamente “de derecho a la confrontación”, sino que lo hacen por la negativa como *rule against hearsay* (regla contra los testimonios de oídas). Así define y regula el *hearsay* el derecho inglés. El artículo 114 de la Criminal Justice Act 2003 define al testimonio de oídas “como cualquier declaración no hecha de manera oral durante el procedimiento”. Cualquier prueba que no sea rendida en el juicio público para probar la verdad de un hecho es prueba de oídas. La regla general es que tal declaración es inadmisibile para probar la verdad del hecho para la cual se ofreció. La regla se aplica tanto al examen directo como al contraexamen; sea que la declaración la haya hecho un testigo u otra persona y a cualquier declaración hecha por fuera del juicio oral y público, sea esta oral, escrita o por cualquier medio (Friedman, 2019: 865-886).

Confrontada con ellas, la CADH palidece por su pobreza y por su débil protección al acusado, por más que la Corte IDH haya hecho un importante esfuerzo interpretativo para acercarse a su par estadounidense.

El artículo 8.2.f de la CADH dice textualmente: “Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

La letra expresa de cómo está redactada esta cláusula no deja lugar a dudas. Por más interpretaciones que se hagan, la devaluación del derecho de defensa es patente. Por ejemplo, permite declaraciones de testigos ausentes en contra del acusado y, confrontada con la Sexta Enmienda, es aún más débil en cuanto a la comparecencia de los testigos y peritos de descargo (a su favor).

Aquella obliga al Estado a auxiliar a la defensa para hacer comparecer a los testigos a su favor bajo la fuerza pública. Es decir, los abogados defensores pueden usar a la policía para hacer comparecer a los testigos de descargo al juicio.

En cambio, la CADH se limita a declarar que la defensa “tiene derecho a hacer comparecer a testigos, peritos y personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. Ni siquiera habla de testigos de descargo o a su favor, sino aquellos que “contribuyan a esclarecer el hecho”. Vuelven por sus fueros las viejas tradiciones inquisitoriales que consideran a los abogados defensores como “auxiliares de la justicia” para establecer la verdad de los hechos y no para defender a ultranza a sus clientes sin ningún tipo de otra consideración (Harfuch y García, 2014).

Peor aún es la Constitución de la Nación Argentina de 1853, que carece de cualquier mención expresa al respecto. Es raro que así haya sucedido, dado que la Confederación Argentina tomó como modelo la Constitución de Estados Unidos, inspirada en los principios del liberalismo clásico y la doctrina política del federalismo. Quizás ello sucedió porque los constituyentes tomaron como base la traducción de la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 1811, que es casi una réplica exacta de la Constitución Norteamericana de 1789, pero sin las Enmiendas posteriores.

Por eso es que brillan por su ausencia en la Constitución argentina referencias explícitas a la garantía de *non bis in idem* (Quinta Enmienda) y a la garantía de la confrontación (Sexta Enmienda), con las funestas consecuencias para las garantías individuales que analizamos aquí.⁴

Sin embargo, Binder ha hecho una contribución importante sobre este tema. Afirma que hay dos modelos de redacción constitucional posibles sobre la garantía de defensa: el que opta por una definición específica (*common law*) y el que prefiere una fórmula genérica (Argentina). La Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es el perfecto ejemplo de la primera y tiene la virtud de hacer más fácil la construcción de soluciones puntuales y así echar luz sobre todos los temas que deben ser alcanzados por la cláusula constitucional. Argentina adoptó, en cambio, la fórmula genérica en el artículo 18 de la Constitución Nacional: es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

Dicha fórmula ha sido correctamente interpretada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de manera amplia. La CSJN siempre ha derivado de ella consecuencias concretas: necesidad de conocer los cargos, poder ofrecer prueba en su favor, contradecir la prueba de la contraparte, confrontar a los testigos, tener una audiencia previa, etc.

Las leyes de jurado clásico de las provincias argentinas se han apegado de manera estricta a esta interpretación constitucional amplia y han regulado de manera excelente el derecho a la confrontación y la admisibilidad y exclusión probatoria. Lo han hecho muchísimo mejor que los vetustos códigos procesales penales del país. Las normas de Georgia sobre contradicción, testigos ausentes y de oídas siguen la misma línea restrictiva que los códigos mixtos argentinos.

Concluye Binder que “el derecho a la confrontación es en esencia la garantía misma de defensa” y debe ser interpretado siempre de manera restrictiva en contra de los acusadores, como hizo el fallo *Crawford*:

El principio de contradicción es la forma en que se manifiesta el derecho de defensa del imputado. Por razones de precisión técnica, utilizaremos el nombre de “principio de contradicción” para hacer referencia a la cláusula constitucional genérica y “derecho de defensa” para hacer referencia al contenido más concreto del ejercicio de los derechos del imputado, tal como se manifiestan en un sistema que prevé la contradicción. Al calificar esa necesaria contradicción o defensa como inviolable, la ley fundamental inserta al principio de contradicción en el núcleo esencial de las garantías del juicio imparcial. Por ello, la contradicción, luego de la imparcialidad, es una garantía primaria, que cumple la función de condición de verificación, es decir, formas indispensables e inviolables para arribar a la imposición de una pena a través de un juicio en el que se le ha exigido al acusador la verdad de los hechos de su acusación (Binder, 2022, tomo VI: 309 y 310).

Afortunadamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el CEDH poseen normas casi idénticas que representan un estándar mucho más fuerte de protección del principio de contradicción.

4 Para un análisis exhaustivo de los perjuicios que trajo aparejada para el *non bis in idem* la no inclusión explícita de la Quinta Enmienda en la Constitución Argentina, ver Harfuch y otros, 2020).

Las diferencias con la CADH son notorias y se acercan mucho más al estándar superior de la Sexta Enmienda. Debe resaltarse el empleo fundamental de las palabras “testigos de cargo” (testigos en su contra, dicen los estadounidenses) y “de descargo”. Esto es muy importante porque uno de los signos perennes de la Inquisición fue el “principio de comunidad de la prueba”. Esto es, que las pruebas no son de las partes, sino comunes “al tribunal” bajo el espejismo *naive* de que “los testigos son neutros”.

Se han escrito ríos de tinta sobre el punto, pero esto no se corresponde con el método acusatorio de averiguación de la verdad que, como vemos, es el que abrazan los tratados de derechos humanos y que pone en cabeza del acusador, no del juez, probar la verdad de los hechos más allá de duda razonable (Ferrajoli, 1988: 41 y ss.).

Antes bien, se corresponde con un modelo inquisitorio que funcionó durante siglos sin partes, pero que hoy asume nuevos ropajes bajo la insistente deformación de considerar al juez como un sujeto epistémico superior o de llegar a afirmar que a las partes (sobre todo el acusador) no les interesa la verdad, pero al juez sí.

Binder es inmisericorde con esto:

Las rémoras sobre la función del juez de instrucción tan propia de la tradición inquisitorial, de que el juez tiene capacidades especiales para comprender la verdad de lo sucedido o una superioridad moral para comprender las necesidades sociales mejor que los acusadores públicos o los intereses de las víctimas mejor que ellas mismas. El mantenimiento de un aparato conceptual pensado para un sistema distinto, de base inquisitorial, es una de las causas importantes que nos empujan a no comprender “la lógica propia” de los sistemas adversariales (Binder, 2013, tomo I: 105).

5. Palabras de cierre

La extensión del derecho a la confrontación en corte abierta busca ampliar su intensidad. Entendemos que es una discusión muy importante, por lo que a los fines de ahondar en su contenido recomendamos leer el fallo del TEDH que aquí se comenta contra el Estado de Georgia en paralelo a la doctrina *Crawford* de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Referencias bibliográficas

- AA.VV. (2015). *European Integration Index 2014 for Eastern Partnership Countries*.
- Beling, E. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: DIN Editora.
- Binder, A. (2013). *Derecho procesal penal*, tomos I. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Binder, A.; Cape, E. y Namoradze, Z. (2015). *La defensa penal efectiva en América Latina*. Bogotá: Open Society Foundation.

- Binder, A. (2022). *Derecho procesal penal*, tomos VI. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Eisenberg, T.; Hannaford-Agor, P. L.; Hans, V. P.; Waters, N.; Munsterman, G.; Schwab, S. y Wells, M. (2005). Judge-Jury Agreement in Criminal Cases: A Partial Replication of Kalven and Zeisel's The American Jury. *2 Journal of Empirical Legal Studies*.
- Ferrajoli, L. (1988). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Friedman, R. (2019). The Confrontation Right. En D. K. Brown, J. I. Turner y B. Weisser (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process* (pp. 865-886). Oxford: Oxford University Press.
- Fukurai, H. (2009). Comparative Analysis of Popular Legal Participation in Japan and the U.S.: Differential Perceptions of Actual Jurors and College Students on the System of Lay Participation in Law. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 33(1).
- Harfuch, A. y García, M. (2014). *La defensa pública penal De la inquisición al sistema acusatorio. Modelos de actuación, litigio y organización*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Harfuch, A. (2019). *El veredicto del jurado*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Harfuch, A.; Cascio, A.; Deane, M. y Penna, C. (2020). La garantía del ne bis in idem y la prohibición del recurso del acusador público o privado contra la sentencia absolutoria. El precedente Alvarado/Sandoval de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *La Ley*, 19-33.
- Kalven, L. y Zeisel, H. (1966). *The American Jury*. Boston: Little, Brown and Company.
- Lomzadse, G. (2010). *Georgia: Jury Trials Aim to Bolster Public Confidence in Courts*. Tbilisi: Georgia Eurasianetl.
- Maier, J. B. J. (1996). *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Mittermaier, K. (2024). *Tratado de procedimiento criminal en Inglaterra, Escocia y América del Norte*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc
- Penna, C. (2024). Sin confrontación no hay defensa, ni juicio. En Libro de Homenaje a los 65 años de Alberto Binder. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, en prensa.
- Porterie, S. y Romano, A. (2018). *El poder del jurado, descubriendo el Juicio por Jurados en la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Ediciones INECIP.
- TEDH. *Case of Okropiridze v. Georgia*, Court (Fifth Section), 7 de septiembre de 2023.
- TEDH. *Case of Gäfgen v. Germany*, Court (Grand Chamber), 1 de junio de 2010.
- TEDH. *Case of Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, Court (Grand Chamber), 15 de diciembre de 2011.
- TEDH. *Case of Schatschaschwili v. Germany*, Court (Grand Chamber), 15 de diciembre de 2015.
- Thaman, S. C. (2001). Questions of fact and law in Russian jury trials : the practice of the cassational courts under the jury laws of 1864 and 1993. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2001/1, 72, 415-450.
- Ziyadov, N. (2013). Can Trials by Juries Bring More Leniency to Inquisitorial Systems? Focused Comparison of the Russian and Azerbaijani Criminal Justice Systems. Trabajo extraído de la tesis doctoral del autor: *Choosing for juries: Application and development of juries in old and new jury trial countries*. Chicago: Maklu Publishers.

Fertilización *post mortem*

TEDH. *Affaire Baret et Caballero c. France*, 14 de septiembre de 2023

Por Rocío Natalia Fernández¹

1. Breve introducción

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) como tercera fuente filial involucra varias cuestiones y, entre ellas, una en particular que tiene que ver con ¿qué sucede si en pleno tratamiento la pareja de quien va a gestar fallece? ¿Qué sucede con los gametos o con los embriones si los hubiera? ¿Procede la extracción compulsiva de material genético de la persona fallecida? El niño o niña que nace producto de esta técnica ¿genera un vínculo filial con la persona fallecida? ¿Qué sucede con los derechos hereditarios?

Estos son algunos de los interrogantes que se plantean al momento de abordar este supuesto que, como otros, ha quedado fuera de las reformas introducidas en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

Como se podrá ver, la problemática gira en tres situaciones fácticas posibles: 1) extracción compulsiva de material genético: el cónyuge o conviviente fallece y la pareja solicita la extracción compulsiva a los efectos de un futuro tratamiento de reproducción humana asistida; 2) la conviviente o cónyuge

¹ Abogada (UBA). Maestranda en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (UP). Secretaria del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de Villa La Angostura. Docente de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA).

supérstite solicita inseminarse con material genético de su pareja fallecida durante el tratamiento de fertilización; y 3) la mujer desea implantarse el embrión criopreservado con la conformidad prestada por el conviviente o cónyuge fallecido durante el tratamiento de fertilización.

El caso traído bajo análisis tiene que ver con las dos últimas situaciones.

2. Antecedentes fácticos

La cuestión puesta bajo consideración del TEDH traía aparejado el cruce entre las normas del Código de Salud Pública francés, específicamente los artículos L. 2141-2, 2141-4, 2141-9, 2141-11, 2141-11-1 y 2141-1 que refieren a las disposiciones vigentes sobre asistencia médica para la procreación; los artículos 16 y 16-8 del Código Civil francés y el artículo 8 del CEDH.

En la primera solicitud (Baret), la demandante solicitó al Centro de Estudio y Conservación de Óvulos y Espermatozoides Humanos (CECOS) en mayo de 2019 la exportación de los gametos de su marido desde un centro médico de Francia a un establecimiento sanitario español. Había mantenido una relación durante muchos años con su marido que, padeciendo un tumor cerebral, conservó su esperma antes de iniciar su tratamiento de quimioterapia a finales de 2016. Sin embargo, la muerte del marido en marzo de 2019 obstaculizó el segundo intento de inseminación.

El CECOS transmitió tardíamente su petición a la Agencia de Biomedicina. Ante la falta de respuesta de dicha Agencia, la mujer recurrió ante un juez en lo contencioso-administrativo alegando que en España solo puede realizar una AMP (procreación médicamente asistida) *post mortem* dentro de los doce meses siguientes al fallecimiento de su marido, es decir, en el caso particular, hasta marzo de 2020.

Dicha petición fue rechazada tanto en primera instancia como en el tribunal superior, bajo la justificación de que no había expirado el plazo de dos meses para que la Agencia de Biomedicina tome una decisión y que, además, la peticionante no aportó argumento suficiente que evidencie la incompatibilidad de las disposiciones que prohíben la inseminación *post mortem* y la exportación de gametos depositados en Francia con el artículo 8 del CEDH.

La segunda demanda (Caballero) versa sobre un hombre que no realizó la autoconservación de gametos debido a un tratamiento médico que podría alterar su fertilidad. Sin embargo, la pareja ya estaba realizando un tratamiento AMP y conservaron cinco embriones en febrero de 2018.

Tras el nacimiento de su segundo hijo en diciembre de 2018, a raíz una fecundación *in vitro* (FIV) los cónyuges renovaron la conservación de los embriones en febrero de 2019. Tras la muerte de su marido en abril de 2019, la demandante solicitó el traslado de los embriones a un hospital de Barcelona para poder continuar con su proyecto familiar.

Para ello, recurrió ante los tribunales administrativos, pero su solicitud fue rechazada en primera instancia y luego por el Consejo de Estado por considerar principalmente que la prohibición legal de inseminación *post mortem* no socava el derecho de la peticionante al respeto de la vida privada y familiar,

máxime teniendo en cuenta que ya había concebido a dos hijos por TRHA y que la prohibición legal de exportar los gametos responde al interés general de hacer respetar la prohibición referida.

3. La sentencia del TEDH

Dada las similitudes de las denuncias realizadas por las peticionantes, el TEDH consideró analizar ambos casos como uno solo. Así, se pronunció sobre el carácter absoluto de la prohibición de la procreación *post mortem* en el derecho francés, que impide no solo la aplicación de tal práctica en Francia, sino también la exportación de gametos y/o embriones (*post mortem*) e inseminación *post mortem* (gestación *post mortem*) en el extranjero.

La sentencia del TEDH deja algunas líneas contundentes y que justifican –en principio– la autorización de llevar a cabo este tipo de prácticas. Sus más importantes argumentos son 1) que la solicitud de AMP *post mortem* puede analizarse como la continuación de un proyecto de la relación parental que ya se materializó a pesar de la muerte del hombre; 2) que abrir la AMP a mujeres solteras haría difícil justificar el rechazo de las AMP *post mortem* a alguien cuyo cónyuge acaba de morir mientras se conservaron los embriones o gametos de la pareja; y 3) ¿No es preferible que el NNyA provenga de una AMP *post mortem*, lo cual le permitirá tener ascendencia bilineal y registrarse en doble linaje para crear vínculos con su familia paterna y conocer la historia y la identidad de su padre, antes que de una donación anónima de gametos? (TEDH, 2023, párr. 29).

Este último punto evidenció una gran contradicción, que describe como a una persona que se le deniega llevar adelante una práctica de fertilización *post mortem*, nada le impide por otro medio acceder a una práctica de TRHA con material genético aportado por un tercero.

Sin perjuicio de ello, el TEDH menciona que la prohibición de la procreación *post mortem*, implícita aquí, resulta de la mención del proyecto parental de la pareja; sin embargo, hay que ponerlo en perspectiva con las opciones que se ofrecen al miembro superviviente de la pareja en caso de muerte del otro (TEDH, 2023, párr. 75).

En ese sentido, el artículo L. 2141-4 dispone que sus embriones sean recibidos por otra pareja en las condiciones previstas en la norma; que sean objeto de investigación; que las células derivadas de ellos entren en una preparación de terapia celular con fines exclusivamente terapéuticos; que se ponga fin a la conservación de sus embriones.

Es así que el TEDH consideró que la solicitud de exportación tiene como objetivo eludir la ley francesa. Además, las demandantes no acreditaron ningún vínculo con España y no mencionaron ninguna circunstancia particular que justificara considerar que la prohibición vulneraba su derecho al respeto de la vida privada protegido por el artículo 8 del CEDH.

Asimismo, puso de resalto que las condiciones de acceso a la AMP aplicables eran las vigentes justo antes de las modificaciones introducidas por la ley del 2 de agosto de 2021 relativa a la bioética. En ese sentido, el Código de la Salud Pública de Francia, en su artículo L. 2142-2 establecía que

El hombre y la mujer que forman la pareja deben estar vivos, en edad fértil y dar consentimiento previo a la transferencia de embriones o inseminación. Son obstáculos a la inseminación o transferencia de embriones la muerte de uno de los miembros de la pareja, la presentación de una demanda de divorcio o separación legal o el cese de la comunidad de vida, así como la revocación por escrito del consentimiento por parte del hombre o mujer del médico responsable de implementar la procreación médicamente asistida.

Una vez conservados los gametos, su exportación deberá ser autorizada por la Agencia de Biomedicina. Dicha autorización se expide únicamente si

los gametos y los tejidos germinales son recolectados y destinados a ser utilizados de acuerdo con las normas de calidad y de seguridad vigentes, así como con los principios mencionados en los artículos L. 1244-3, L. 1244-4, L. 2141-2, L. 2141-3 y L. 2141-11 del citado código, así como de los artículos 16 a 16-8 del código civil francés. Asimismo, la Agencia de Biomedicina puede autorizar la exportación de embriones fuera del territorio nacional, pero estos movimientos de embriones tienen como finalidad exclusiva permitir la continuación del proyecto parental de esta pareja.

4. Derechos humanos involucrados

En el campo de la TRHA y, en particular, en la FPM nos encontramos con varios derechos humanos comprometidos: el derecho a formar una familia, a la vida privada y a tener acceso a los avances científicos; a la determinación del propio cuerpo; a la identidad, a conocer la realidad biológica y el interés superior del niño o niña que nacería de dicha práctica médica.

En cuanto al derecho a formar una familia, el CEDH lo regula en su artículo 8 y la DADH lo reconoce en su artículo VI. También lo recepta el PIDCP (art. 23, punto 2) y la CADH (art. 17).

El Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 19 sostuvo que

El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares (Comité DH, 1990, párr. 5).

Respecto de la libre determinación del cuerpo, la Corte IDH en “Artavia Murillo” ha señalado que el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la CADH. En respeto por la libertad, no se puede forzar a nadie a ser padre o madre (conf. art. 32, inc. 2º, 1ª parte, de la CADH). Si bien el derecho personalísimo cesa con la muerte de su titular, cualquier acto de disposición del propio cuerpo no puede ser suplido por terceros. Ello por cuanto nunca se sabrá a ciencia cierta cuál habría sido la voluntad del difunto, a menos que haya dejado plasmada en forma expresa su voluntad (Corte IDH, 2012, párrs. 142 y ss.).

El derecho comparado ofrece un panorama diferente en el tratamiento de la reproducción asistida *post mortem*. Se ha discutido mucho acerca de la conveniencia y justificación de admitir y regularla; existen tanto razones a favor como en contra, centradas, en principio, en tres argumentos: el derecho a la reproducción, el interés del niño/a y la finalidad terapéutica de las propias técnicas de reproducción asistida.

El argumento principal gira en torno al derecho a procrear, que se traduce en el derecho de la persona a tener hijos. La perspectiva contraria a ese derecho se encuentra en la inexistencia de un derecho fundamental a la reproducción.

España y Reino Unido permiten de forma más flexible la fecundación *post mortem*. España, desde la sanción de la Ley N° 35/1988, ha admitido la aplicación *post mortem* de las técnicas de reproducción humana asistida, porque, si bien niega la posibilidad de practicar estas técnicas una vez que haya fallecido el varón, guarda una salvedad: que el varón fallecido haya otorgado consentimiento expreso en los documentos legales previstos (escritura pública, testamento o documento de directivas anticipadas). Una vez se cumpla este requisito, también debe cumplirse el requisito “temporal”: el material genético debe ser utilizado en los 12 meses siguientes a la muerte.

Por otro lado, países como Italia, Alemania, Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Letonia, Portugal, Eslovenia, Suecia y Francia tienen una legislación restrictiva, en cuanto no admiten legalmente la reproducción *post mortem*. Por ello, que ambas demandantes en el caso bajo análisis solicitan que el material genético y embriones criopreservados sean exportados a España, lo que como adelantamos no fue autorizado por el TEDH.

Como se vio más arriba, si bien Francia prohíbe expresamente la FPM y el TEDH resuelve que ello se encuentra dentro del margen de apreciación que cada Estado tiene para la aplicación del CEDH y no menoscaba el derecho al respeto a la vida privada y familiar, cabe preguntarse ¿cuál fue el criterio que se utilizó para llegar a esa conclusión, cuando según la normativa imperante en Francia las peticionantes no tienen otra alternativa que decidir entre solicitar la destrucción de los embriones o gametos o donarlos con fines investigativos o a otra pareja, pero no continuar ellas con el proyecto parental cuya voluntad procreacional también fue dada por sus cónyuges en vida?.

Prosigo reflexionando: ¿dónde está precisamente la coherencia de un sistema que priva a una mujer de la posibilidad de tener un hijo a partir de gametos de su cónyuge y que, al mismo tiempo, le permite

convertirse en madre de un niño concebido con gametos de un tercer donante? En ambos casos, el niño quedaría huérfano.

Además, ¿cómo puede ser que en una situación de angustia extrema donde una mujer quiere continuar el proyecto parental libremente decidido con su cónyuge y por lo tanto planea realizarlo en un país que autorice la procreación *post mortem*, alguien quiera acusarla de querer cometer fraude a la Ley?

En nuestro país, la regulación de la FPM no fue incluida en el CCyCN. Sí lo proyectaba el anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial, en el artículo 563, que decía:

En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento; b) la concepción en la mujer o la implanta del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Los proyectos de ley que se han presentado en el Congreso en su mayoría siguen con esta línea de regulación y, como se podrá observar, guarda relación con la forma en que la aborda la legislación española.

5. Conclusión

El abordaje de la FPM resulta delicado y al mismo tiempo complejo. Su reglamentación representa claramente el desafío cotidiano al que tiene que enfrentarse el derecho. Sin dudas la FPM es un derecho humano que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana. Gracias a él es posible que las personas viudas o aquellas cuyo conviviente haya fallecido, y que así lo deseen, puedan llegar a alcanzar su proyecto parental, respetando ciertas condiciones.

No veo inconveniente alguno, legal ni mucho menos ético moral, que permita prohibir la FPM sin violar el derecho humano a formar una familia, pues “ninguna injerencia puede ni debe tener el Estado en una cuestión que sólo hace a la vida privada y familiar del hombre” (Nallar, 2004: 23).

En definitiva, la decisión de una pareja de concebir un hijo y utilizar AMP debería caer bajo la protección del artículo 8 de la CEDH, y tal elección constituye una forma de expresión de la vida privada y familiar. Esta posibilidad de que una persona ejerza la elección consciente y reflexiva sobre el destino que debe reservarse a los propios embriones (instrumentado mediante el consentimiento previo, libre

e informado) afecta a un aspecto íntimo de su vida personal y como tal cae dentro de su derecho a la autodeterminación y, por tanto, de la propia vida privada (TEDH, 2015, párr. 159).

Entonces, entiendo que, si bien cada Estado tiene un margen de apreciación para la aplicación del CEDH, este no debe ser restrictivo de los mismos derechos humanos amparados por el tratado.

Referencias bibliográficas

Comité de Derechos Humanos (1990). *Observación General No. 19. Artículo 23 - La familia*, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257.

Nallar, Florencia, (2004), “La inseminación artificial post mortem y los derechos sucesorios del hijo póstumo”, LA LEY Online.

TEDH, *Affaire Parrillo c. Italie*, Requête no. 46470/11, Cour (Grand Chamber), 27 de agosto de 2015.

TEDH, *Affaire Baret et Caballero c. France*, Requêtes nos. 22296/20 et 37138/20, Cour (Cinquième Section), 14 de septiembre de 2023.

Libertad de expresión. Inmunidades parlamentarias

TEDH. *Case of Ikotity and others v. Hungary*, 5 de octubre de 2023

Por Damián Loreti¹ y Luis Lozano²

.....

1. Introducción

Para comenzar, queremos advertir que la sentencia dictada por el TEDH en el caso “Ikotity y otros” que aquí comentamos quedó firme luego del rechazo en febrero de 2024 por parte del Comité de cinco miembros de la Grand Sala para tratar el recurso planteado.

2. Los hechos del caso

El 1° de marzo de 2017, tres diputados que representaban al partido verde de oposición húngaro Lehet Más a Politika (István Ikotity, Bernadett Szél y Róbert Benedek Sallai) solicitaron permiso para usar

1 Abogado (UBA). Doctor en Ciencias de la Información (Universidad Complutense de Madrid). Profesor titular de Derecho a la Información (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Ha sido perito ante la Corte IDH y desde 1990 asesora a organizaciones nacionales y regionales en materia de libertad de expresión, radiodifusión y entornos digitales.

2 Licenciado en Ciencias de la Comunicación (UBA). Candidato a Doctor en Derechos Humanos (UNLa). Trabajó como periodista en medios gráficos y digitales y en la Agencia Nacional de Noticias Télam. Dirigió el área de Comunicación del CELS y estuvo a cargo de la Dirección de Prensa y Difusión de la Defensoría General de la Nación. En la actualidad se desempeña como director de Relaciones Institucionales de la Procuración General de la Nación y como docente e investigador en la UBA.

carteles durante una interpelación promovida por un integrante de su propio grupo parlamentario para demostrar el alcance de la deforestación causada por planes de desarrollo en Budapest.

El Comité de Gobernanza de la Cámara de Diputados de la Asamblea Nacional no pudo llegar a una mayoría para decidir sobre el pedido, que finalmente fue rechazado por el presidente del Parlamento, que pertenecía a la alianza gobernante Fidesz-KDNP, encabezada por el primer ministro Viktor Orbán.

Cinco días después, mientras un colega estaba dando un discurso, los tres sancionados levantaron tres carteles de 50 cm x 60 cm que denunciaban el alcance de la degradación ambiental en Budapest. Los carteles contenían fotografías del paisaje urbano, antes y después de la afectación ambiental discutida en la interpelación.

Al mostrar carteles sin permiso, los diputados fueron acusados de violentar las reglas de la Asamblea Nacional. Por ello, el presidente de la sesión, también miembro de Fidesz, inició procedimientos disciplinarios contra los demandantes.

Como el Comité de Gobernanza de la Cámara de Diputados no pudo llegar a un consenso sobre la sanción a imponer, el asunto fue llevado nuevamente a la Presidencia. El 16 de marzo de 2017, el presidente decidió reducir el salario de los diputados cuestionados por ese mes en 100.000 florines húngaros (alrededor de 320 euros).

Los sancionados impugnaron la decisión ante el Comité de Inmunidad, que estaba compuesto por tres parlamentarios de Fidesz-KDNP y tres de la oposición. Como resultado de esta paridad, no hubo mayoría a favor de la solicitud de los sancionados, quienes luego pidieron al Parlamento en pleno que anulara las decisiones del presidente. Sin embargo, el 3 de abril de 2017, la mayoría de Fidesz-KDNP en el Parlamento confirmó las decisiones del presidente.

Es un elemento central del asunto, ya que luego fue llevado al TEDH, que los miembros de las coaliciones gubernamentales ocupaban 131 de los 199 escaños en la Asamblea Nacional en ese momento. Por lo tanto, como era dable de esperar según las constancias del proceso de las que da cuenta la sentencia del TEDH, el Parlamento votó, sin debate, para respaldar las decisiones del presidente y el salario de los sancionados fue –en definitiva– reducido.

En Hungría este tipo de decisiones del Parlamento, o de sus cámaras, no tienen trámite de impugnación ante el Poder Judicial, por lo cual se daba así por agotado todo trámite de derecho interno y los tres diputados decidieron llevar su caso ante el TEDH.

Para el análisis de lo actuado en este caso es necesario tomar en cuenta que, en el año 2016, el TEDH ya había decidido en “Karácsony y otros contra Hungría” (TEDH, 2016) que la imposición de sanciones disciplinarias a diputados sin salvaguardias procesales adecuadas era contraria al artículo 10 del CEDH que protege la libertad de expresión y estableció varios requisitos para que un sistema disciplinario cumpliera con ello.

El TEDH consideró que en aquel momento

la legislación nacional no preveía ninguna posibilidad de que los parlamentarios interesados participaran en el procedimiento pertinente, en particular al ser escuchados. El procedimiento en el caso de los sancionados consistió en una propuesta escrita del Presidente para imponer multas y su posterior adopción por el plenario sin debate. Por tanto, el procedimiento no proporcionó a los sancionados ninguna garantía procesal (TEDH, 2016, párr. 159).

Por esa razón, entendió que “la injerencia impugnada en el derecho a la libertad de expresión de los demandantes no era proporcional a los fines legítimos perseguidos porque no estaba acompañada por garantías procesales adecuadas” (TEDH, 2016, párr. 161).

Esta conceptualización resultará fundamental para entender la evaluación que el TEDH realizó en “Ikotity”. La regulación de la Asamblea Nacional de Hungría fue posteriormente modificada y el caso que aquí comentamos presentó la primera oportunidad para que el Tribunal examinara el nuevo sistema disciplinario y su aplicación. Por lo tanto, el encuadre de este nuevo caso habrá de diferir, en ese punto, respecto de su precedente. En este nuevo contexto, el TEDH concluyó que ni el procedimiento para obtener permiso para mostrar los carteles, ni la imposición de sanciones disciplinarias constituían una violación del artículo 10 del CEDH.

3. La sentencia del TEDH

Una vez más, el Tribunal de Estrasburgo partió de la idea de que “la interferencia con el derecho de los demandantes a la libertad de expresión solo podría justificarse si estuviera ‘prescrita por la ley’, persiguiera uno o más objetivos legítimos a la luz del párrafo 2 del artículo 10 y fuera ‘necesaria en una sociedad democrática’” (TEDH, 2023, párr. 30).

Asimismo, corresponde al TEDH determinar si la interferencia con el derecho de los demandantes a la libertad de expresión fue proporcionada al objetivo legítimo que pretendía perseguir. En este sentido, el Tribunal consideró apropiado abordar dos cuestiones principales: en primer lugar, si el procedimiento aplicable estuvo acompañado de garantías procesales suficientes y, en segundo lugar, si la denegación de autorización y la imposición de una sanción a los solicitantes por exhibir los carteles eran en sí mismas desproporcionadas y, por tanto, injustificadas. Estas preguntas no están relacionadas, porque la naturaleza y gravedad de la interferencia, por un lado, y la naturaleza y la importancia de la libertad de expresión en las circunstancias del caso, por el otro, podrían tener un impacto en la evaluación de ambas razones. de la interferencia y las garantías procesales requeridas en virtud del artículo 10. La Corte examinará a su vez la protección procesal y la necesidad de la interferencia (TEDH, 2023, párr. 33).

Los jueces encontraron que las garantías procesales introducidas en el sistema disciplinario luego del caso del año 2016 eran adecuadas y que la aplicación de las sanciones ulteriores por la publicación no autorizada de los carteles no era desproporcionada y cumplía con el estándar de necesidad en un estado de derecho (TEDH, 2023, párr. 45).

La gran pregunta es si el derecho a la libertad de expresión de los diputados conlleva el derecho a utilizar carteles en el Parlamento para reforzar el énfasis de la crítica o de una posición en particular. En algunos países de la región americana estamos acostumbrados a ver representantes o asambleístas con carteles, banderas o atuendos *ad hoc* como forma de protesta o apoyo. Esta conducta se considera legal y hasta protegida por inmunidades parlamentarias.

Sin embargo, en el caso que aquí comentamos, el TEDH consideró el uso de carteles como una forma de expresión sujeta a amplias restricciones, especialmente en los recintos parlamentarios, ya que estimó que los procedimientos parlamentarios ordenados son indispensables para la eficiencia del proceso democrático (TEDH, 2023, párr. 43).

El Tribunal reconoció que los carteles exhibidos por los demandantes no parecían provocativos ni insultantes, empero consideró que la sanción impuesta mediante la aplicación del reglamento parlamentario resulta válida también en el caso. Al respecto, sostuvo que las imágenes que contenían los posters podrían haber realizado razonablemente el punto que la persona que pronunciaba el discurso intentaba transmitir (TEDH, 2023, párr. 42). Sin embargo, el Parlamento y sus órganos designados estaban en mejores condiciones que el juez internacional para evaluar la necesidad de restringir conductas que pudieran perturbar el desarrollo ordenado de los debates parlamentarios (TEDH, 2023, párr. 42). A este respecto, el Tribunal no puede perder de vista la restricción antes mencionada sobre el uso de herramientas de presentación en el Parlamento húngaro, el amplio margen de apreciación del que disfrutaban los Estados y la autonomía de los parlamentos para regular el uso de medios que afectan a la forma de expresión más que el fondo del discurso (TEDH, 2023, párr. 39).

Dada la falta de razones específicas alegadas por los demandantes en el sentido de que los carteles no solo eran útiles sino necesarios para que la persona que pronunciaba el discurso transmitiera el mensaje y la falta de cualquier indicio de que las imágenes mostradas no pudieron ser proporcionadas a otros parlamentarios a través de algún otro canal, el Tribunal no consideró que al denegar el permiso de uso de los carteles se ejerciera de manera discrecional la potestad disciplinaria.

Por lo tanto, cuando al grupo de tres parlamentarios se les negó el permiso para usar carteles durante una interpelación y luego fueron sancionados por desafiar esa decisión, el TEDH no encontró violación del derecho a la libertad de expresión según el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Las principales críticas que le caben a la decisión, y que no serán objeto de revisión por la Gran Sala, según lo ya dicho, es que si recortamos el análisis a los límites estrictos del contexto europeo el fallo permite asumir que se limita a aplicar principios generales establecidos en el precedente “Karácsony”.

De tal modo, al cambiar el contenido del reglamento como se ordenaba, Hungría puede aplicar las mismas medidas que anteriormente habían sido cuestionadas.

Habiendo quedado firme la decisión, cabe formular algunas apreciaciones críticas:

- A diferencia de su precedente, aquí no hay análisis concreto de proporcionalidad de la medida de la sanción, en tanto el fallo no incluye un pormenorizado razonamiento sobre si la sesión parlamentaria se habría visto obstruida o no, siendo que la exhibición de los carteles no generó inconvenientes para su desarrollo.

- La segunda objeción que nos merece el fallo es la amplitud del margen de apreciación nacional que las reglas europeas permiten. Para el caso concreto, siendo que no ha habido intervención jurisdiccional previa, el punto aparece aún más complejo porque se aplica una restricción a los derechos fundamentales de parlamentarios de la oposición que buscaban repercusión en un paisaje mediático sumamente concentrado. Al respecto, hay que destacar que el Comité de Derechos Humanos ha evitado la dependencia de esta idea del margen de apreciación en los siguientes términos, que obran en el párrafo 36 de la Observación General N. 34: “El Comité recuerda que el alcance de esta libertad no debe determinarse por referencia a un ‘margen de apreciación’”.

- La tercera objeción recae sobre la admisión de un sistema de permisos previos. Siendo que el artículo 10 del CEDH admite la aplicación de restricciones y condicionalidades para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, la injerencia resultante de la negativa del presidente del Parlamento pareciera ser desproporcionada, al igual que la aplicación posterior de la sanción. Ello surge del hecho de que el fallo parece basarse en el precedente, pero omite analizar que en “Karácsony y otros” se habían interrumpido los procedimientos parlamentarios porque los luego castigados usaron un megáfono.

En materia del “margen de discrecionalidad”, el TEDH entiende que los parlamentos nacionales están en mejor posición que los jueces internacionales para determinar la necesidad de una restricción que pueda perturbar el orden durante los debates parlamentarios. El Tribunal afirmó, además, que los parlamentos tienen, tanto un amplio margen de apreciación, como la autonomía para regular la manera de expresión dentro de sus recintos (TEDH, 2023, párr. 34).

En relación con esto, observó que la solicitud de los sancionados para usar carteles no fue concedida porque no se consideraban necesarios para comprender el contenido del discurso de interpelación o para ampliar su significado. Si bien la Ley del Parlamento se ha interpretado de manera restrictiva con respecto al uso de herramientas de presentación, el Tribunal entendió que “no parece arbitraria ni manifiestamente irrazonable y no hay nada que sugiera que su propósito fuera otro que garantizar la efectividad del Parlamento” (TEDH, 2023, párr. 41).

Dado que los sancionados no lograron fundamentar la necesidad de difundir los carteles para transmitir su mensaje, el TEDH sostuvo que el presidente del Parlamento no había ejercido su poder de una manera incompatible con la libertad de expresión.

El TEDH también consideró el argumento de los sancionados sobre el uso de carteles para atraer la atención, ya que tenían un acceso limitado a los medios audiovisuales en Hungría. Para el Tribunal, los sancionados no habían probado que mostrar los carteles durante la interpelación fuera la única forma de informar al público. Si bien admite que los “medios no convencionales de comunicación” pueden ser efectivos para llamar la atención de los medios, encontró que tales medios de comunicación podrían obstaculizar el objetivo de “garantizar la autoridad y el funcionamiento efectivo del Parlamento y, por lo tanto, la eficiencia del proceso democrático” (TEDH, 2023, párr. 43).

Por último, en cuanto a la gravedad de la sanción impuesta, el Tribunal reconoció que la reducción de salario “puede no haber sido insignificante” (TEDH, 2023, párr. 44). Sin embargo, dado que Hungría goza de un amplio margen de apreciación en la regulación de las formas de expresarse dentro del Parlamento, el Tribunal decidió disminuir su escrutinio.

Lamentablemente, en este caso no se tomó en cuenta una especial protección que el mismo TEDH había otorgado a los parlamentarios hace ya treinta años, cuando afirmó:

Aunque la libertad de expresión es importante para toda persona, lo es especialmente para un representante elegido por los ciudadanos. Representa a su electorado, llama la atención sobre sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por consiguiente, las interferencias con la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como el demandante, exige el escrutinio más estricto por parte del Tribunal (TEDH, 1992, párr. 42).

Finalmente, el Tribunal de Estrasburgo concluyó que no hubo violación del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 del CEDH. Además, la queja de los sancionados vinculada con la posible violación del artículo 13 del tratado leído en conjunto con el artículo 10, relativa a la inexistencia de un remedio efectivo, fue desestimada debido a la superposición con las conclusiones del Tribunal sobre la existencia de garantías procesales al analizar el artículo 10.

Referencias bibliográficas

Comité de Derechos Humanos (2011). Observación General N° 34, *Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión*, 102º período de sesiones.

TEDH. *Case of Castells v. Spain*, Court (Chamber), 23 de abril de 1992.

TEDH. *Case of Karácsony and others v. Hungary*, Court (Grand Chamber), 17 de mayo de 2016.

TEDH. *Case of Ikotity and others v. Hungary*, Court (First Section), 5 de octubre de 2023.

Derecho a la huelga. Sanciones disciplinarias

TEDH. *Case of Humpert and others v. Germany*, 6 de diciembre de 2023

Por Federico Paruolo¹

1. Introducción

Actualmente en Argentina se observa una creciente conflictividad social a raíz de las consecuencias de las políticas económicas, sociales y culturales del gobierno electo en 2023. Esta conflictividad tiene a las asociaciones sindicales y sus respectivas centrales obreras como actores principales, que materializan sus reclamos mediante diversas acciones y medidas de fuerza.

Es el “paro activo con movilización” la principal medida de que disponen las y los trabajadores y mediante la cual se manifiestan no solo el sector trabajador en defensa de sus intereses, sino la sociedad en general (situación característica de nuestro país, en el cual las centrales obreras suelen reivindicar no solo reclamos propios del sector, sino de gran parte de la sociedad).

La respuesta del gobierno nacional a estos reclamos, y en particular al ejercicio del derecho de huelga, zigzaguea entre la aplicación de la fuerza represiva estatal para disuadir y disolver la movilización, sanciones económicas a trabajadores y centrales obreras y la restricción de derechos adquiridos mediante normativa *infra* legal, la presión mediática, la constante intención de modificar las leyes vigentes en

¹ Abogado (UBA). Doctorando en Derechos Humanos y Derecho Penal (UNPAZ). Docente de Práctica Profesional (UBA). Delegado general de FEDUBA en la Facultad de Derecho de la UBA.

desmedro del sistema de protección vigente (la pretendida modificación del artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo; el Decreto N° 70/23 y las modificaciones que realiza al sistema laboral y sindical; la ampliación de los servicios declarados esenciales) y la instalación de un discurso deslegitimante del derecho a huelga y de los derechos sindicales en general.

Asimismo, existe una exaltación, mediante la utilización de un aceitado aparato comunicacional, de la supuesta superioridad moral y civilizatoria de los países “centrales” como Estados Unidos, Alemania y Francia, entre otros, que son puestos de ejemplo de forma constante para contrastar sus realidades con la realidad local –exaltando solo aquellos caracteres convenientes al discurso que se pretende instalar e invisibilizando aquellos que resultan contradictorios a él– generando, en palabras de Zaffaroni, una invención de la realidad propia de una etapa de tardo-colonialismo que utiliza los aparatos de comunicación como una de sus principales herramientas de dominación (2022, capítulo V).

En el marco precedentemente descripto, el derecho a huelga ocupa un lugar central en las discusiones actuales, por ello la importancia del fallo que se analiza a continuación. El TEDH realiza un análisis del derecho a huelga, su relación con el derecho de asociarse de manera sindical, la importancia del derecho a huelga como herramienta para el correcto ejercicio de los fines de la asociación sindical y la posibilidad de restringir este derecho sin afectar o vaciar de contenido el derecho a sindicalizarse, haciendo un especial énfasis en la necesidad de un análisis conglobante de las circunstancias de hecho y de derecho que rodean cada caso.

Propongo realizar un análisis del caso y su posible vinculación con el sistema regional de derechos humanos y la realidad argentina, recordando que nuestro sistema constitucional reconoce el derecho a huelga como una acción directa, sin vincularlo con el derecho de asociarse sindicalmente, razón por la cual los argumentos del TEDH pueden aportar fundamentos a la discusión actual sobre el tema.

2. Los hechos, el derecho invocado y el conflicto por resolver

En Alemania, durante el inicio del año 2009, se produjo una conflictividad en torno al salario de las y los docentes de sectores inicial y secundario de educación pública, lo que llevó al sindicato que los nuclea a convocar distintas medidas de fuerza, entre ellas, una huelga.

Es relevante mencionar, para una mejor comprensión del caso, que en Alemania existen dos tipos de contratación a las que están sujetas las y los docentes del sistema público: una es el Régimen de Empleo Estatal Contractual (con derecho de huelga) y la otra es el Régimen de Funcionario Público,² que otorga diversos derechos y obligaciones³ y que tiene restringido el derecho a huelga.

2 Alemania, Ley de Bases de Funcionarios (sancionada en 1957) y Ley Federal de los Funcionarios (reformada en 1977) que establece reglas generales del servicio público.

3 Entre los derechos, se encuentran la condición “vitalicia” de los cargos; el monto del salario, que es más elevado que el del trabajador común (y uno de los más altos de la región); acceso a capacitación; derechos de previsión social, entre otros; y entre las obligaciones resalta la prohibición de huelga, conformando así un sistema recíproco de derechos y deberes interrelacionados que pone a estos trabajadores en una situación de condiciones laborales generales considerablemente mejor que la de simples trabajadores.

En el marco de estas acciones de fuerza, cuatro docentes pertenecientes al Sindicato de Educación y Ciencia, que al momento de los hechos eran profesores de escuelas públicas con estatuto de funcionarios,⁴ participaron en huelgas que incluyeron una manifestación organizada por su sindicato durante el horario de trabajo, para protestar contra el empeoramiento de las condiciones laborales de los docentes (lo cual implicó que no dictaran entre 2 y 12 horas de clases).

En virtud de ello recibieron una sanción mediante un proceso disciplinario, en el cual se estableció que habían incumplido sus deberes profesionales al participar de la huelga, dado que por su carácter de funcionarios carecen de derecho a huelga. Las sanciones impuestas, finalmente, fueron de entre 100 a 300 euros para cada docente.

Las personas reclamantes sostuvieron que se vio afectado su derecho constitucional a la huelga, el cual resulta un derecho accesorio al de asociarse en sindicatos. De otro lado, tanto el Máximo Tribunal Alemán (la Corte Federal Constitucional) como el gobierno en sus alegaciones sostuvieron que no se violó la ley fundamental, puesto que, si bien se verificaba una interferencia al derecho de huelga, esa interferencia estaba justificada por la ley fundamental, al entender que los funcionarios públicos carecen de derecho a huelga, y que se otorgaba (en función de jurisprudencia previa del TEDH, 2014) un margen amplio de interpretación al Estado, al tratarse de una limitación a un derecho accesorio.

Finalmente, las personas afectadas sostuvieron la violación del artículo 11 del CEDH por parte del Estado, que reconoce el derecho de asociarse o afiliarse a organizaciones sindicales y el alcance de las limitaciones a este derecho. El Estado alemán rechazó estas alegaciones y así queda, entonces, delimitada la cuestión para el TEDH.

3. El fallo del TEDH

El TEDH concluye por una mayoría de 6 votos a 1 que no se ha violado el artículo 11 del Convenio. Sostiene para ello que la libertad sindical no es un derecho independiente, sino que resulta de una derivación de la libertad de asociación reconocida en el artículo 11, y que este artículo otorga el derecho del sindicato a ser oído, sin garantizar ningún trato particular por parte del Estado.

Asimismo, entiende que la condición de “funcionarios” de las partes afectadas las ubica en una posición diferente de los simples empleados, lo que hace razonable la sanción impuesta, así como la interferencia al derecho de huelga denunciado (TEDH, 2023, párr. 142).

El TEDH aprovecha el caso para reforzar su doctrina en la materia y construye una serie de requisitos que se deben verificar en conjunto para que una limitación del derecho a huelga sea aceptable, ya que reitera en varios pasajes del fallo la importancia de este derecho como método para hacer efectivo el derecho de asociarse en sindicatos.

⁴ El estatuto de funcionario es relevante, puesto que la interpretación histórica del máximo tribunal acerca de la ley fundamental establece que no tienen derecho a huelga (art. 33.5).

Como veremos, estas consideraciones enriquecen profundamente el debate y permiten hacer una lectura del fallo en contraste con la realidad de nuestro país.

El TEDH propone un análisis de lo que considera “principios generales” relativos al derecho de asociación sindical, sosteniendo los argumentos de la doctrina que estableciera en “Demir y Baykara” (TEDH, 2008).

Estos principios deben ser analizados junto con las consideraciones globales del caso, tanto fácticas como jurídicas (TEDH, 2023, párr. 102). Se deben considerar la totalidad de las medidas adoptadas, tanto por parte del sindicato y de sus afiliados como del Estado, analizando si existían acciones alternativas eficaces, si la restricción obedecía a una ley previa (TEDH, 2023, párr. 114), si la sanción impuesta resultaba razonable, entre varios aspectos, es decir, no deja librada a una aplicación mecánica de la ley la posibilidad de injerencia del Estado sobre el derecho a huelga (TEDH, 2023, párr. 134).

También establece que no son aceptables restricciones que vacíen de sentido la libertad sindical. Este punto es reiterado en varios pasajes del fallo y resulta central: si la injerencia sobre el derecho a huelga vuelve ineficaz la acción sindical, dicha injerencia es inaceptable (TEDH, 2023, párrs. 113-115).

Se establece que el artículo 11 del Convenio efectivamente protege la huelga –en tanto sea convocada por un sindicato– (TEDH, 2023, párr. 104) y, en consecuencia, la prohibición de una huelga es una restricción del poder del sindicato para proteger los intereses de sus miembros, es decir, una restricción de la libertad de asociación del sindicato y una restricción a la libertad de asociación de los sindicalistas (TEDH, 2023, párr. 104-112).

Este punto también resulta central, puesto que hace una vinculación directa de los derechos en juego: el derecho a asociarse implica el derecho a asociarse sindicalmente, el derecho a asociarse sindicalmente implica el derecho a realizar huelgas, y la huelga resulta ser una herramienta de realización de los derechos de las personas sindicalizadas.

En cuanto al alcance, el TEDH sostiene que este derecho no es absoluto y acepta ciertas condiciones y restricciones, en particular, la prohibición de huelga impuesta a los funcionarios que ejercen poderes públicos en nombre del Estado o de los trabajadores que prestan servicios esenciales a la población, de conformidad con jurisprudencia previa en el mismo sentido (TEDH, 2018).

Ahora bien, solo puede establecerse la legalidad de cualquier restricción de la libertad sindical en un contexto determinado y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Nuevamente la aplicación de una restricción de esta naturaleza no es automática ni mecánica.

En el caso estos principios fueron aplicados tomando en cuenta: (a) la prohibición de huelga de los funcionarios públicos debido a su condición; (b) que la prohibición estaba prescrita por ley; (c) que dicha ley establece claramente los motivos de la restricción que (c.1) ha de perseguir objetivos legítimos y (c.2) es “necesaria en una sociedad democrática” para lograr tales objetivos; (d) que la interferencia correspondía a una “necesidad social apremiante”; (e) que las razones dadas por las autoridades nacionales para justificarla eran (e.1) pertinentes y suficientes y (e.2) que la interferencia era proporcionada al objetivo

legítimo perseguido; (f) que se tuvo en cuenta el justo equilibrio que debe lograrse entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto (en este punto para el TEDH resultaba fundamental el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes) (TEDH, 2023, párrs. 115-143).

Entendió el TEDH que, en el caso particular, habida cuenta del conjunto de medidas que permiten a los sindicatos de funcionarios y a los propios funcionarios defender eficazmente los intereses profesionales pertinentes, la prohibición de huelga no priva de sustancia a la libertad sindical de los funcionarios y que las medidas disciplinarias contra los demandantes no fueron severas; esto le permite concluir que las medidas adoptadas contra los demandantes no excedieron el margen de apreciación concedido al Estado demandado en las circunstancias del presente caso y demostraron ser proporcionales a los importantes objetivos legítimos perseguidos (TEDH, 2023, párrs. 144-147).

Como se observa, si bien se ha convalidado una injerencia del derecho a huelga, se ha establecido una serie de criterios de suma importancia para la consolidación de este derecho, así como un decálogo de estrictas pautas que deben seguirse para que su restricción, por más leve que sea, pueda ser admitida.

Párrafo aparte merecen las consideraciones del juez Serghides, quien, en disidencia, entiende que la restricción impuesta resulta una violación al artículo 11 del Convenio.

Brevemente, sostuvo Serghides que el derecho a huelga por su carácter y naturaleza no puede depender de un análisis de diversas circunstancias en cada caso concreto. El derecho a huelga es inseparable del derecho de asociarse libremente para negociar condiciones laborales y debe ser así reconocido en abstracto para todos los casos. Considera el derecho a huelga como un “valor” de la sociedad democrática y lo entiende como la herramienta para realizar las negociaciones colectivas de manera efectiva.

Serghides sostiene que no resulta lógicamente coherente establecer el derecho a huelga como parte del derecho de asociarse libremente, entender el mismo como una forma de realización del derecho de asociarse sindicalmente y aceptar una restricción a este derecho. Sus argumentos enriquecen el fallo de la mayoría y amplía el horizonte de derechos que en dicha mayoría se establecen.

4. Una posibilidad de diálogo interregional

Si bien el fallo del TEDH aplica a una sociedad concreta en la cual las condiciones laborales distan de ser las de nuestra región, tanto respecto de la posibilidad de realización que otorga el salario a las y los trabajadores de la educación en Alemania (que son de los más altos dentro de la Unión Europea) como de los derechos de salud, capacitación, carácter vitalicio de los empleos y acceso a altos estándares en materia de seguridad social y previsional, que garantiza el estatus de “funcionario”, entiendo que el análisis del derecho a huelga que realiza el TEDH nos aporta muy valiosas consideraciones que podemos poner en diálogo con nuestra realidad.

El fallo del TEDH puede “dialogar” con el tratamiento del derecho a huelga en el sistema interamericano. Podemos ver que en la Opinión Consultiva OC 27/21 se establecen criterios semejantes a los

fijados por el TEDH. Así, la Corte IDH estableció, entre otras cosas, que “el derecho de huelga es uno de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones”, citando diversas normas internacionales que así lo establecen (artículo 45.c de la Carta de la OEA, 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, 8.b del Protocolo de San Salvador y 8.1.d del PIDESC) (Corte IDH, 2021, párr. 95).

Agregó –en consonancia con el fallo aquí analizado– que

el ejercicio del derecho de huelga puede limitarse o prohibirse sólo con respecto a: a) los funcionarios públicos que actúan como órganos del poder público que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado, y b) los trabajadores y las trabajadoras de los servicios esenciales

y estableció la necesidad de que “existan garantías compensatorias a favor de aquellos servicios considerados esenciales y para la función pública” (Corte IDH, 2021, párr. 103). Las semejanzas son notorias y permiten profundizar sobre los elementos que puede aportar al sistema interamericano el fallo del TEDH.

Ambos tribunales regionales establecen, al parecer, el mismo criterio de limitación para los casos de trabajadores públicos de actividades consideradas “esenciales”, como ser fuerzas de seguridad o trabajadores considerados esenciales para el funcionamiento del Estado.

Lo que el fallo del TEDH agrega es un “diferencial” al considerar, como un elemento esencial, las condiciones de trabajo de las y los trabajadores sindicalizados. Ello, de forma tal que la limitación a su derecho a huelga esté, de alguna manera, previamente compensada logrando así que la limitación no afecte el derecho de asociarse en sindicatos, derecho del cual el derecho a huelga resulta ser consecuencia necesaria para el correcto ejercicio de la defensa de las y los trabajadores.

Este diferencial está dado por derechos adquiridos previamente que mejoran sustancialmente condiciones laborales –tales como salario, descanso, capacitación, salud, jubilación, entre otros– que, en la región, y en particular en nuestro país, estamos lejos de verificar en la realidad.

También adquiere importancia el tratamiento que el TEDH hace al derecho laboral internacional que, si bien no es considerado para resolver el conflicto por razones técnicas, sí parece hacer un llamamiento *de lege ferenda* al Estado alemán. El Tribunal reconoce una tendencia de instrumentos y órganos internacionales a considerar que no se debería prohibir *per se* a los funcionarios públicos realizar acciones de huelga y a considerar que la noción de servicios esenciales debe entenderse en sentido estricto y sin incluir la educación pública, reconociendo que el derecho de huelga constituye un instrumento importante para que un sindicato proteja los intereses profesionales de sus miembros y, a su vez, para que los miembros de un sindicato defiendan sus intereses (TEDH, 2023, párr. 125).

En el mismo sentido el voto en disidencia puede –y debe– ponerse en diálogo con nuestra realidad, puesto que otorga al derecho a huelga un valor central en las sociedades democráticas. Esto es fundamental en una región que ha sufrido golpes de Estado en casi todos los países y cuyas democracias se ven debilitadas en forma constante por nuevas formas de “golpes de Estado”, como son los golpes institucionales que han ocurrido en Paraguay, Perú, Bolivia, Brasil, entre otros. Afianzar los valores democráticos es darle cohesión y coherencia al sistema y el derecho a huelga como el “ADN” del derecho a sindicalizarse es un valor de la sociedad democrática que hay que fortalecer.

El “diálogo” propuesto entre el TEDH y la Corte IDH es un ejercicio fundamental, en particular luego de que Seibert-Forth sostuviera la existencia de “una creciente tendencia en la jurisprudencia internacional de derechos humanos a hacer referencia a la jurisprudencia de otras instituciones” y realizara un valioso recorrido del TEDH refiriendo a la jurisprudencia regional (en particular, en casos de juzgamiento de desapariciones forzadas de personas) (Corte IDH, 2020, p. 181).

Este diálogo nos permite hacer el siguiente ejercicio: el derecho a huelga es reconocido por la Corte IDH como un derecho humano fundamental y como un principio de derecho internacional que puede ser limitado en casos específicos. De otro lado, el TEDH reconoce el derecho a huelga en el mismo sentido que la Corte IDH: lo considera un valor de la sociedad democrática y –por ello– establece qué parámetros se han de considerar para analizar si el derecho a huelga puede ser, en cada caso, de alguna manera limitado, entendiendo que dicha limitación solo puede ser limitada y seriamente estudiada para evitar vaciar de contenido a la serie de derechos interrelacionados que están en juego (asociarse libremente-asociarse sindicalmente-derecho a huelga) y que son un pilar de la vida democrática.

Finalmente, del fallo del TEDH debemos rescatar una cuestión fundamental que debe ser la guía para su lectura y puesta en diálogo: el derecho a huelga (y los derechos en general) solo pueden ser restringidos –en su justa medida– si las condiciones materiales de vida de la sociedad y de las personas cuyos derechos en particular se quieren afectar garantizan un piso de derechos que cubra las necesidades fundamentales del ser humano.

Referencias bibliográficas

Corte IDH. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)*. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27.

Corte IDH (2020). *Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

TEDH. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, Court (Grand Chamber), 12 de noviembre de 2008.

TEDH. *Case of the National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, Court (Fourth Section), 8 de abril de 2014.

TEDH. *Case of Humpert and others v. Germany*, Court (Grand Chamber), 6 de diciembre de 2023

TEDH. *Case of Ognevenko v. Russia*, Court (Third Section), 20 de noviembre de 2018.

Zaffaroni, E. R. (2022). *Colonialismo y Derechos Humanos. Apunte para una historia criminal del mundo*. Buenos Aires: Taurus.

Derecho al cuidado. Políticas de salud. Discapacidad. Margen de apreciación TEDH. *Case of Diaconeasa v. Romania*, 20 de febrero de 2024

Por Juliana Gabriela Kina¹

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el fallo del TEDH en el caso “Diaconeasa”, en el que concluyó que el Estado demandado, al denegar la continuación de la prestación de asistencia personal a una persona mayor con discapacidad, que había sido concedida con anterioridad, violó su derecho al respeto de la vida privada previsto en el artículo 8 del CEDH.

En el caso, la falta de acceso a esa asistencia financiada por el Estado derivó en una importante disminución de la autonomía y calidad de vida de la actora.

2. Antecedentes del caso y la sentencia del TEDH

En 2013, la demandante, ciudadana rumana de 60 años de edad, sufrió un derrame cerebral que la dejó con una discapacidad que le impedía moverse, hablar o atender adecuadamente sus necesidades básicas. En el año 2015, y luego en noviembre de 2016, la Comisión para la Protección de los Adultos

¹ Abogada (UBA). Doctoranda (Universidad de Salamanca). Profesora Adjunta de Contratos Civiles y Comerciales (UBA). Secretaria letrada de la Procuración General de la Nación.

con Discapacidad (en adelante, la “Comisión”) emitió un certificado por un año, en el que indicaba que la Sra. Diaconeasa sufría una discapacidad grave que requería de un asistente personal, que fue asignado por el Estado rumano.

El 29 de junio de 2017 un neurólogo en el marco de una nueva evaluación a la actora, concluyó que era capaz de utilizar el teléfono y de administrarse su medicación, pero incapaz de ir a hacer las compras, preparar la comida, limpiar la casa, lavar la ropa, utilizar medios de transporte o utilizar dinero, por lo que le asignó una puntuación global de 2/8. En la misma línea, ese profesional médico, de acuerdo con la escala de Barthel,² determinó una puntuación de 45/100,³ valorando que dependía totalmente de otras personas para mantener su higiene personal, necesitaba ayuda para alimentarse y vestirse, ir al baño y utilizar las escaleras, y solo podía caminar con ayudas mecánicas o con ayuda.

Por su parte, el 3 de octubre de 2017 la Comisión realizó una “evaluación compleja” de las capacidades de conformidad con lo dispuesto por el derecho interno de Rumania⁴ y observó que la actora recibía ayuda de sus dos hijas y recomendó que continuaran apoyándola. Con base en el informe anterior, el 22 de noviembre de 2017 la Comisión expidió un nuevo certificado con dos años de validez, en el que se observaba que el grado de discapacidad de la Sra. Diaconeasa era grave, pero que no requería asistente personal.

Ante la impugnación presentada por la requirente, el 26 de septiembre de 2019 el Tribunal del Condado de Hunedoara anuló el certificado y ordenó a la Comisión que expidiera uno nuevo en el que constara que la demandante necesitaba la ayuda de un asistente personal. A tal efecto, el tribunal local advirtió que el estado de la actora no había mejorado desde la evaluación del año 2016, que era incapaz de valerse por sí misma, y que en el certificado no se especificaban los motivos por los que se había modificado la medida adoptada.

Esta decisión fue apelada por la Comisión y el 15 de junio de 2020 el tribunal de alzada la anuló y confirmó el certificado expedido el año 2017. Para así decidir, consideró que la actora podía desplazarse con la ayuda de un bastón o andador, y que solo necesitaba asistencia parcial para sus actividades domésticas cotidianas.

Paralelamente, el 20 de noviembre de 2019 la Comisión había emitido un nuevo certificado en los mismos términos del que había sido impugnado (año 2017), donde agregó que la afección de la solici-

2 Se trata de un instrumento que mide la capacidad de la persona para la realización de diez actividades básicas de la vida diaria, obteniéndose una estimación cuantitativa del grado de dependencia del paciente (Escobedo e Izquierdo, 2023).

3 El neurólogo en su evaluación precisó que la puntuación máxima según ese sistema es de 100 puntos, que representa la autonomía completa, 60 puntos representa independencia asistida y 75 puntos representa casi independencia.

4 La Ley N° 448/2006 de Protección y Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad establece para cada condado una comisión de evaluación de adultos con discapacidad, que funciona bajo la autoridad del consejo local correspondiente y está formada por dos médicos, un psicólogo, un representante de la sociedad civil y un asistente social. Prevé la realización de “evaluaciones complejas” de las personas que solicitan prestaciones por discapacidad, que sirven como base para la Comisión para establecer el nivel de discapacidad (leve, media, elevada y grave). Según el artículo 35 de esa ley, una persona con discapacidad grave tiene derecho a un asistente personal.

tante era permanente y no requería una evaluación periódica. Este certificado fue emitido con sustento en un informe de investigación social elaborado por la Dirección de Bienestar Social de Lupeni el 4 de septiembre de 2019, en el que se precisaba que la Sra. Diaconeasa necesitaba apoyo integral para las tareas de higiene personal y de su hogar, para trasladarse al exterior, para utilizar el transporte público y el teléfono, para preparar la comida, administrar el dinero, pero que podía caminar con un bastón o con el apoyo de otra persona y que podía alimentarse en forma independiente. Ese informe, además, indicaba que sufría una pérdida total de memoria, que estaba desorientada en tiempo y espacio, y que necesitaba los cuidados de sus hijas.

Ese último certificado fue impugnado por la demandante con fundamento en que su estado no había mejorado desde el año 2016. El tribunal de Condado de Hunedoara, el 25 de noviembre de 2020, estimó el recurso y anuló el certificado de fecha 20 de noviembre de 2019, ponderando el informe emitido por la Dirección de Bienestar Social de Lupeni que el 24 de junio de 2020 había reiterado las conclusiones arribadas en el informe del 4 de septiembre de 2019. El 12 de abril de 2021 el tribunal de apelaciones anuló esta última sentencia y confirmó el certificado expedido por la Comisión, para lo cual afirmó que la Sra. Diaconeasa “no es una persona que no pueda moverse; no está inmóvil ni depende de una silla de ruedas; no es una persona con una falta total de capacidad para cuidar de sí misma y realizar sus tareas cotidianas y necesitada de ayuda permanente [y sólo esta última situación] entra en la categoría de discapacidad grave con necesidad de un asistente personal”.

En tales condiciones, el TEDH, en primer lugar, consideró temporánea la presentación de los agravios ante esa Corte. En segundo lugar, declaró admisible el recurso y concluyó que se había producido una violación al artículo 8 del CEDH.

Para así decidir, precisó que el artículo 8 tiene por objeto principal la protección del individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, y que ello genera obligaciones negativas y positivas para el Estado. Por un lado, debe abstenerse de injerencias indebidas, y también se requiere el cumplimiento de obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada, que pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar ese derecho, incluso en el ámbito de las relaciones de los particulares entre sí (TEDH, 2024, párr. 47). Al respecto, el Tribunal aclaró que el Convenio suele conceder un amplio margen de apreciación al Estado en cuestiones de política general, incluidas las sociales, económicas y sanitarias (TEDH, 2014: párr. 54).

Sin embargo, aclaró que, si una restricción de los derechos fundamentales está dirigida a un grupo especialmente vulnerable de la sociedad, como las personas con discapacidad, el margen de apreciación del Estado se reduce considerablemente y deben existir razones suficientemente fundadas para llevar adelante esa restricción (TEDH, 2024: párr. 48).

En ese contexto, señaló que una injerencia como la de esta causa (dejar de proporcionarle un asistente personal) viola el artículo 8 del CEDH a menos que pueda justificarse en virtud del apartado 2 de ese artículo, es decir, en cuanto

esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Por ello, concluyó que si bien la injerencia fue conforme al derecho interno (Ley de Discapacidad y orden N° 762/1992/2007), y siguió un fin legítimo (bienestar económico del Estado y los intereses de otros usuarios de asistencia), las decisiones adoptadas en la causa no alcanzan un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego tal como exige el mencionado artículo 8 (TEDH, 2024: párr. 64).

En particular, consideró que la restricción no era necesaria en una sociedad democrática, para lo cual partió de la consideración de la Ley de Discapacidad que exige la protección de las personas con discapacidad a la luz de principios rectores como la libertad de elección, la inclusión social y el respeto de las necesidades específicas de las personas afectadas (TEDH, 2024: párrs. 54 y 55).

En concordancia con lo anterior, valoró que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fomenta el respeto de la dignidad, la autonomía individual y la independencia. De tal forma, concluyó que no fueron abordadas por el tribunal de alzada las defensas presentadas por la accionante, vinculadas a que su estado médico no había mejorado desde el 2016, fecha en la que había sido otorgada la asistencia personal por la Comisión, y que necesitaba ayuda para las tareas más básicas conforme surgía de los informes de los profesionales médicos y de los servicios sociales (TEDH, 2024: párrs. 61-63).

Además, el TEDH destacó que, no obstante haber reconocido que la demandante necesitaba asistencia parcial, las autoridades locales no evaluaron la realización de medidas para garantizar el respeto de su dignidad y el disfrute efectivo de su derecho a la autonomía, sin que haya resultado suficiente la mención de la ayuda familiar, que no fue evaluada en orden a su calidad o fiabilidad. En relación con esto último, el Tribunal señaló que no es posible aceptar que el apoyo prestado espontáneamente por los miembros de la familia tenga aptitud para sustituir prestaciones que son obligación del Estado, para garantizar el nivel adecuado de cuidados y dignidad (TEDH, 2024: párr. 61).

En tales condiciones, resolvió que el Estado demandado violó el artículo 8 del Convenio y lo condenó a abonar una indemnización en concepto de daño moral⁵ de 7.500 euros más intereses e impuestos.

3. Derecho al cuidado

El derecho al cuidado es un derecho humano y comprende no solo el derecho a recibir cuidados, sino a cuidar y el autocuidado (Pautassi, 2007). Tiene fundamento en la protección de la dignidad, la autonomía y la igualdad real de las personas, fomenta la inclusión y la vida en comunidad (Alto Co-

⁵ El Tribunal excluyó la reparación por daños patrimoniales en tanto no habían sido justificados por la parte accionante.

misionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2023: párr. 5), y aunque no siempre se menciona explícitamente, está presente de manera implícita en muchos tratados internacionales vinculado a otros derechos fundamentales, como el derecho a la salud, a un nivel de vida adecuado, a la seguridad social y a la no discriminación.⁶

Este derecho comprende el “apoyo” como un término que busca reflejar la asistencia que requieren las personas con discapacidad para realizar actividades de la vida cotidiana y participar en la sociedad, con especial énfasis en la autonomía y promoción de la independencia, evitando sistemas de subrogación de la voluntad y de segregación.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) reconoce al apoyo como una obligación transversal de todo el tratado, y el término cuidado aparece en pocas oportunidades en el tratado. Este cambio profundo del modo de entender el cuidado, que –de alguna manera– se expresa en la utilización de la noción de “apoyo”, tiene su génesis en el enfoque de derechos humanos y en el modelo social de la discapacidad incorporado por la CDPD, que implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva (Corte IDH, 2012: párr. 133 y 2015: párr. 237).

Para superar esos obstáculos, la CDPD promueve la adopción de medidas tendientes a lograr que la persona alcance el más alto nivel posible de salud, independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, garantizando la inclusión y participación plena y efectiva en todos los aspectos de la vida (arts. 3, inc. c; 19; 24; 25 y 26).

El Consejo de Derechos Humanos recientemente ha señalado que el sistema de cuidados y de apoyo

son esenciales para que las personas con discapacidad puedan participar de forma plena y efectiva en la sociedad, con opciones iguales a las de las demás personas, vivir con dignidad, autonomía e independencia, y vivir en forma independiente en la comunidad, como se establece en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDH, 2023).

Además, destacó que las personas mayores se enfrentan a una serie de obstáculos específicos para el disfrute de sus derechos humanos, entre ellos la falta de acceso a una asistencia sanitaria de calidad y a los cuidados y el apoyo a largo plazo, lo cual pone de relieve la necesidad de instalar entornos inclusivos y favorables para esas personas y de proporcionar servicios de apoyo que promuevan la dignidad,

6 Arts. 22 y 25, DUDH; 19, 25, 26, 28, CDPD; 11 2.c, 14 2.c, CEDAW; 18, 23, CDN; 12 y 19 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores; 25 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; 9, 11 y 12, PIDESC; y 9, Protocolo de San Salvador.

autonomía e independencia para que puedan permanecer en su hogar en la medida que envejecen, respetando sus preferencias personales.

Bajo tales premisas, existe un vínculo estrecho entre el sistema de cuidados y apoyos y la dignidad. En este punto, resulta interesante recordar que, a partir de la DUDH de 1948, en respuesta a las violaciones de derechos humanos cometidas en la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional adoptó un compromiso con la dignidad tanto en el preámbulo de la Declaración como en su articulado (art. 1).

El concepto de dignidad humana se desprende, además, de otros tratados de derechos humanos, entre ellos: la CADH (arts. 5, 6 y 11); la CEDAW (Preámbulo); la CDN (Preámbulo, arts. 23, 28, 37, 39); la Convención de Belém do Pará (Preámbulo, arts. 4 y 8); el PIDESC (Preámbulo); y la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (Preámbulo, arts. 3, 6, 9, 12, 16). Y etimológicamente, la palabra *dignidad* deriva del latín *dignitas* y esta, a su vez, tiene su origen en *dignus* que significa digno, merecedor, de allí que el respeto y reconocimiento de la dignidad resulta inseparable de la persona.

En línea con ello, por ejemplo, en el Preámbulo de la DUDH se incorpora la noción de dignidad como principio o valor basamental, junto con el reconocimiento de los derechos humanos inalienables, para la libertad, la justicia y la paz del mundo; y su artículo 1 refuerza la importancia del concepto al puntualizar que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Es decir, la persona humana posee dos rasgos ontológicamente relevantes: la dignidad y los derechos humanos (Juri, 2021). Entonces, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana es uno de los valores más fundamentales y debe concebirse como transversal a todos los derechos humanos.

Este vínculo directo entre la dignidad y los sistemas de cuidados y apoyo fue reconocido por el TEDH. Así, en “McDonald”, con sustento normativo en el artículo 8 del Convenio, consideró que la falta de servicios adecuados para personas con discapacidad viola el derecho a la vida privada y subrayó que los Estados tienen la responsabilidad de garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a cuidados y apoyos que respeten su dignidad y les permitan vivir de manera independiente (TEDH, 2014).

En igual sentido resolvió en “Jivan”, oportunidad en la que señaló que la negativa del Estado a proporcionar un asistente personal a una persona mayor con discapacidad violaba el artículo 8 del CEDH, aclarando que el derecho a la vida privada incluye el desarrollo personal y las relaciones sociales, por lo que era necesario que las autoridades rumanas realizaran una evaluación adecuada sobre cómo la falta de asistencia había afectado la dignidad y autonomía del actor (TEDH, 2022).

El artículo 8 del Convenio prevé que “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” y agrega que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho

sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

El TEDH ha precisado que el concepto de respeto a la vida privada abarca, entre otras cosas, la integridad física y psicológica de una persona (TEDH, 2014: párrs. 46 y 47), el derecho al “desarrollo personal”, y la noción de autonomía personal (TEDH, 2002). A su vez, ha sostenido que el artículo 8 era aplicable en las reclamaciones sobre financiación pública para facilitar la movilidad y la calidad de vida de las personas con discapacidad (TEDH, 2003).

En el fallo en comentario, la demandante reclama por la pérdida de la prestación de asistente personal que había sido otorgada en un primer momento debido a su grave discapacidad, sin que haya mediado modificación alguna de su situación de salud. El TEDH enfocó el asunto como una injerencia en el derecho de la demandante al respeto de su vida privada, consideró que ni la Comisión ni el tribunal de apelación habían estudiado “disposiciones prácticas alternativas para garantizar el respeto de su dignidad y el disfrute efectivo de su derecho a la autonomía” y que si bien era cierto que la Comisión había recomendado que la demandante siguiera recibiendo ayuda de sus hijas, no fue evaluada la calidad y fiabilidad de dicho apoyo.

Son varias las observaciones que, sobre la base del derecho humano al cuidado, corresponde realizar sobre el caso. Para ello, es necesario recordar que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes, están relacionados entre sí, y los Estados deben tratar los derechos humanos en pie de igualdad y de manera justa y equitativa (Conferencia Internacional de Derechos Humanos, 1993: párr. I.5), actuando siempre sobre la base del principio de progresividad y no regresividad.

Además, la plena efectividad de esos derechos exige obligaciones para los Estados tanto negativas (abstenciones) como positivas (implementación de condiciones para su efectiva vigencia) (Abramovich y Courtis, 2021: 4; Abramovich y Courtis, 2006: 24). Existen cuatro *niveles* de obligaciones estatales: una obligación de respetar, una obligación de proteger, una obligación de garantizar y una obligación de promover el derecho en cuestión (Abramovich y Courtis, 2000: 26), siempre actuando sin discriminación y sin que se encuentre condicionado ese compromiso (Comité DESC, 1990).

En consecuencia, ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado, existe la vía de la justiciabilidad o exigibilidad judicial, que forma parte de las características constitutivas de los derechos humanos y garantía de su pleno ejercicio. Por ello, otorgar derechos implica “reconocer un campo de acción y poder para sus titulares, renacimiento que limita el margen de acción de los sujetos obligados, entre ellos, el Estado” (Pautassi, 2023: 29 y 30).

Ahora bien, las autoridades rumanas en todo momento reconocen la grave discapacidad que padece la Sra. Diaconeasa, que necesita asistencia para sus necesidades básicas (como la higiene personal,

vestirse, ir al baño, limpiar, cocinar, utilizar medios de transporte, hacer las compras, y gestionar el dinero), y que esa situación –evaluada en el año 2016 por la Comisión para otorgarle asistencia permanente– no se modificó al momento de resolver retirarle ese sistema de cuidado en el 2017 y en el 2019 (TEDH, 2024: párrs. 6, 10 y 16).

En tales condiciones, el TEDH entendió que la medida en cuestión constituyó una injerencia del Estado en la vida privada de la accionante, desde que redujo el nivel de atención que se le prestaba y dejó de proporcionarle un asistente personal. En este punto, no puedo dejar de agregar que la interrupción de la asistencia personal a la actora resulta ser una solución regresiva en tanto se enmarca en el mismo contexto fáctico que el verificado en el año 2016.

El principio de progresividad y no regresividad veda la posibilidad de adoptar, de manera meramente voluntarista y sin plena y adecuada justificación, medidas regresivas respecto del alcance de los derechos económicos, sociales y culturales (Corte IDH, 2021: párr. 96 y CSJN, *Fallos* 327:3753, 331:2006 y 332:2454).

La progresividad, junto con el principio *pro homine*, conducen a que el resultado de la aplicación de una norma siempre proteja en mayor medida a la persona humana (CSJN, *Fallos* 344:1070).

Bajo esa luz, la decisión de las autoridades locales de retirar la asistencia personal respecto de una persona en situación de vulnerabilidad que requería una protección reforzada atentó contra su dignidad y amenazó otros derechos fundamentales como la vida y la integridad personal. De tal forma, la carga de la prueba le correspondía a quien adoptó esa decisión, porque debe justificar la no prestación que venía otorgando.

En particular, el Estado rumano debió acreditar que la interrupción de la prestación obedecía a una decisión razonada, adoptada luego de verificar las consecuencias de su implementación, como así también la situación del grupo familiar y de la persona interesada, y la continuidad y regularidad de los tratamientos médicos involucrados, entre otras cuestiones relevantes.⁷

La sentencia precisa sobre este punto que en todo momento las autoridades nacionales resaltaron que la Sra. Diaconeasa contaba con el apoyo de sus hijas y, en oportunidad de retirarle la asistencia permanente, sugirieron que continuase ese sistema de cuidado familiar.

En relación con esto último, no es posible obviar un análisis con perspectiva de género, pues la consideración de que la asistencia de las hijas, sin una evaluación de su alcance y existencia, puede sustituir las obligaciones positivas del Estado, se enmarca en una idea estereotipada del cuidado como una responsabilidad exclusiva de las mujeres; en este caso, de las hijas.

Estas situaciones obedecen a la idea naturalizada en sociedades patriarcales de que el cuidado es una tarea femenina. Como señala Pautassi de manera tan clara,

⁷ Sobre la continuidad de la prestación, v. dictamen de la Procuración General de la Nación del 18 de agosto de 2016, en autos “P., V. E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”.

el patriarcado, como estructura y maquinaria de poder, ha generado sus múltiples artilugios para sostenerse, entre los cuales la “neutralidad” aparece como uno de los más potentes y que opera fuertemente en el ámbito de lo público y con implicancias en lo privado (Pautassi, 2023: 25 y 26).

La desigual distribución de las responsabilidades del hogar tiene consecuencias en la participación de las mujeres en el trabajo y en el acceso a los bienes, lo cual repercute también en el bienestar de las personas que tienen a su cargo. El acceso de las mujeres a la economía productiva ha sido y es signado por diversas desigualdades que son producto de la forma en la que se entablan las relaciones sociales entre los géneros, la asignación de roles y la construcción de estereotipos que reproducen desigualdades entre ellos (Kina y Rodríguez Pería, 2022: 78 y 79).

Numerosos informes y estudios dan cuenta de las importantes tasas de desempleo en las mujeres y minorías de género, de informalidad laboral, y que la posibilidad de esas personas de encarar proyectos económicos se ve diluida dada la constante exposición a situaciones de discriminación y violencias por motivo de género y orientación sexual.

En la Argentina, conforme el informe del INDEC (2024), las mujeres tienen una tasa de actividad 17% menor que los varones, lo que refleja una menor participación en el mundo laboral. La tasa de desempleo es 1,4% superior a la de los varones. Según ONU Mujeres (2018), se calcula que en nuestro país el valor del tiempo destinado al trabajo de cuidado y doméstico no remunerado es del 10% y el 31%, respectivamente, del PBI.

Un dato que resulta revelador es que el nivel alto de cualificación actúa como un eximente del cuidado para los varones, pero no para las mujeres, que tienen lo que se denomina “doble jornada laboral”, que es la carga de trabajo que adquiere una persona cuando además de contar con un empleo cubre tareas de cuidado o labores domésticas. Las mujeres dedican el 75% de su tiempo a tareas de cuidado y los hombres solo el 24%, por eso se llama doble jornada laboral a la carga de trabajo que adquiere una persona cuando además de contar con un empleo cubre tareas del hogar.⁸

En todo el mundo, las mujeres dedican 2,5 veces más horas al día que los hombres al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado (3,1 veces en el África subsahariana y 4,9 veces en el norte de África y Asia occidental) (ONU Mujeres, 2024).

Sin embargo, gracias a una profunda y comprometida lucha en pos de la igualdad real entre varones y mujeres —y minorías de género—, se divisan aires transformadores que lograron visibilizar las tareas de cuidado, concientizar sobre las responsabilidades de los varones, y promover y reforzar políticas de salud y cuidado por parte de los Estados, destinadas a reducir desigualdades estructurales y asumir las responsabilidades a las que se comprometieron respecto de los derechos sociales.

8 www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf y <https://www.cepal.org/sites/default/files/presentations/valorizacion-economica-trabajo-no-remunerado-hogares-cepal-2021.pdf>

En la última edición de *El progreso en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: Panorama de género 2024*, presentado en septiembre de este año por ONU Mujeres y el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, se destaca el progreso alcanzado a escala mundial en materia de igualdad de género y empoderamiento de las mujeres y niñas. En este sentido, se indica que las mujeres ocupan 1 de cada 4 cargos parlamentarios, y que se han promulgado hasta 56 reformas jurídicas que tienen por objetivo cerrar la brecha de género (ONU Mujeres, 2024).

4. Margen de apreciación y control de proporcionalidad

El margen de apreciación puede entenderse como el reducto de discrecionalidad a cargo de los Estados y su existencia tiene fundamento en la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte sobre distintas cuestiones que impiden la construcción de una regla de interpretación unificada (Barbosa Delgado, 2011: 109 y 110).⁹ El Protocolo 15 que modifica el CEDH y que entró en vigor en agosto de 2021 fortalece la relevancia del principio de subsidiariedad, el margen de apreciación y el control del Tribunal Europeo, añadiendo una referencia explícita en el Preámbulo:

Afirmando que corresponde en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y en sus protocolos, y que gozan para ello de un margen de apreciación, sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido por el presente Convenio.

El margen de apreciación está limitado intrínseca y extrínsecamente y solo se aplica en relación con los derechos que pueden ser limitados (Clérico, 2018) (arts. 8 a 12 del Convenio) y no se aplica respecto de los derechos que están protegidos en forma absoluta, como la prohibición de desaparición forzada de personas, la prohibición de la tortura o la prohibición de tratos inhumanos, crueles y degradantes. Los Estados en relación con estas prohibiciones no tienen margen de apreciación.

El tipo de derecho restringido también condiciona la determinación del margen. Al respecto, el TEDH ha ido identificando factores relevantes a los efectos de delimitar el margen de apreciación de los Estados, a saber: el tipo de derecho involucrado, su importancia e intensidad, el objeto de la interferencia, y la existencia o no de un consenso en la materia, el tipo de obligación estatal y el tipo de interés perseguido con la medida (Aldao, 2019).

⁹ En el caso *Handyside v. Reino Unido* (1976), el TEDH estableció la doctrina del margen de apreciación. Allí se estableció que la salvaguarda del Convenio tiene un carácter subsidiario respecto de los sistemas de garantía de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales establecidos por la legislación de cada país. El Convenio reserva, por ello, a los Estados la competencia de legislar en la materia, y confiere a sus órganos un razonable "margen de apreciación" en la aplicación e interpretación de las leyes.

El Tribunal Europeo aclaró en “S. and Marper” (2008) que la amplitud de este margen varía y depende de una serie de factores, como la naturaleza del derecho del Convenio en cuestión, su importancia para el individuo, la naturaleza de la injerencia y el objeto perseguido. Además, precisó que el margen tenderá a ser más estrecho cuando el derecho en cuestión sea crucial para el disfrute efectivo por el individuo de su intimidad o derechos fundamentales y si está en juego una faceta particularmente importante de la existencia o la identidad de un individuo, el margen concedido al Estado será restringido. Sin embargo, aclaró que cuando no exista consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa, ni sobre la importancia relativa del interés en juego ni sobre la mejor manera de protegerlo, el margen será más amplio.

En orden al alcance del margen de apreciación, el TEDH en “Diaconesa” sostuvo que el margen de apreciación del Estado es sustancialmente más estrecho y debe tener razones de mucho peso para la procedencia de las restricciones, cuando estas se aplican a un grupo especialmente vulnerable de la sociedad que ha sufrido una discriminación considerable en el pasado, como las personas con discapacidad o las personas mayores dependientes (TEDH, 2024: párr. 48).

Sentado ello, el límite intrínseco al margen de discrecionalidad de los Estados lo constituyen las obligaciones y deberes adquiridos por los Estados al ratificar los tratados de derechos humanos,¹⁰ y el límite extrínseco es aplicado por las cortes regionales en oportunidad de controlar las decisiones de los tribunales nacionales mediante la utilización del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad como método de corrección de la jurisprudencia internacional de derechos humanos opera como “el límite del límite”¹¹ que controla ese espacio de discrecionalidad reconocido a los Estados. El CEDH no menciona expresamente ese principio, su existencia surge implícita de su texto y el TEDH lo utiliza con frecuencia como fundamento jurídico en sus pronunciamientos.

En efecto, el Convenio establece una serie de exigencias para la limitación de los derechos individuales, en particular, en el artículo 8 aplicable al fallo que se comenta, después del reconocimiento del derecho fundamental (“[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”), prevé un límite basado en el interés general y concretos fines que se consideran admisibles:

10 La Corte IDH es reticente a utilizar la figura del margen de apreciación. En “Barreto Leiva” sostuvo que “[s]i bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso [doble instancia judicial], no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana. Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso” (Corte IDH, 2009: párr. 90). En este caso, aun ante el reconocimiento de un espacio de implementación nacional de las medidas para el efectivo ejercicio de los derechos humanos, la Corte no renuncia a realizar un control de valoración fáctica y jurídica propio del ejercicio de los derechos humanos.

11 El concepto “límites de los límites” de los derechos fundamentales tiene su origen en el año 1864 cuando Gerber expresó que “los límites a los derechos fundamentales se deben extender sólo a aquello que sea necesario para conseguir la finalidad que los justifica” (cit. por Fernández Nieto, 2008: 61).

[n]o podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto [y] en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En ese marco, el análisis de proporcionalidad realizado por el TEDH en el caso se dirige a verificar si la limitación del derecho al respeto de la vida privada estaba prevista en la ley, si está justificada en la consecución de alguno de los fines legítimos, y, finalmente, si esa limitación era necesaria en una “sociedad democrática”. En cuanto a esta última referencia, el Tribunal indica que la sociedad democrática, para existir, debe poseer tres elementos esenciales: pluralismo, tolerancia y espíritu abierto (TEDH, 1976: párr. 49) y esa noción de sociedad democrática domina todo el Convenio. La democracia es entendida “como el espacio en el cual se respeta el pluralismo, la tolerancia de las personas, se acatan los derechos humanos, se desarrollan las relaciones de confianza con sus instituciones y se entiende la participación y la libre discusión como factor esencial de legitimidad” (Barbosa Delgado, 2011: 123), y es esa concepción de sociedad la que actúa como parámetro o estándar a la hora de evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales.

En este punto, resulta clarificador precisar que tanto el margen de apreciación como el análisis sobre la proporcionalidad son la cara y contracara de una misma moneda. En efecto, en el sistema descripto, el análisis de proporcionalidad se vincula directamente con el margen de apreciación nacional, desde que cuanto más amplia sea esa discrecionalidad, más difícil será para el TEDH declarar la vulneración de un derecho con sustento en el principio de proporcionalidad. El Tribunal no realiza una autónoma y completa verificación de la proporcionalidad de una injerencia al derecho al respeto de la vida privada, ya que su análisis se limita al juicio sobre el margen de apreciación del Estado (Fassbender, 1998).

En tales condiciones, el TEDH precisó en la sentencia que lo que está en juego no es la elección entre una asistencia básica o una asistencia adicional más costosa, que, al tratarse de una cuestión de asignación de recursos estatales limitados, entra dentro del margen de apreciación del Estado, sino de garantizar a la demandante el nivel adecuado de cuidados y dignidad, tal como establece la ley y su interpretación a la luz de sus objetivos y principios (TEDH, 2024: párr. 63). Observó que la injerencia fue conforme a derecho, es decir, a la Ley de Discapacidad y la Orden N° 762/1992/2007 y aceptó que perseguía un objetivo legítimo (el bienestar económico del Estado y los intereses de otros usuarios de asistencia) (TEDH, 2024: párr. 53).

Finalmente, examinó si la limitación del derecho era necesaria en una sociedad democrática para la satisfacción de los fines perseguidos, con el alcance expuesto en los párrafos anteriores. A tal efecto, la evaluación se estructuró sobre la base de los derechos de las personas con discapacidad. En particular, precisó que la CDPD de la que es parte el Estado demandado reconoce a las personas con discapacidad como sujetos de pleno derecho y titulares de derechos, y fomenta el respeto de la dignidad, la autonomía individual y la independencia. Destacó que el Estado demandado, como parte de dicho

tratado, ha reconocido la igualdad de derechos de todas las personas con discapacidad y su derecho a un nivel de vida adecuado y a la protección social, y se ha comprometido a adoptar medidas efectivas y pertinentes para ayudar a las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad, así como a garantizar su movilidad personal.

En tal contexto normativo, la denegación de una prestación que había sido concedida anteriormente sin que se haya modificado la situación de discapacidad de la accionante, calificada en todo momento como grave, viola el *corpus* de derechos humanos.

El TEDH descartó que el apoyo de las hijas referido por las autoridades locales resulte un sustituto válido de las obligaciones asumidas por el gobierno, en tanto no fue evaluada su calidad y fiabilidad.

Por lo demás, destacó los derechos en juego como la situación de vulnerabilidad de la actora que requería una protección reforzada, y concluyó que la Comisión y el Tribunal de Apelación no parecen haber alcanzado un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego, tal como exige el artículo 8 del Convenio.

5. Palabras de cierre

Este caso configura un avance en la doctrina sobre el margen de apreciación de los Estados, presentada como una herramienta que permite llenar vacíos ante la falta de consenso entre los Estados sobre diversos aspectos. El TEDH restringe ese reducto de discrecionalidad atribuido a los Estados, teniendo en cuenta la situación de desigualdad estructural de la actora, persona mayor con discapacidad, perteneciente a un grupo históricamente desaventajado (TEDH, 2024: párr. 48),¹² promoviendo la profundización de los compromisos asumidos con los estándares de derechos humanos.

En virtud de ello, los Estados disponen de un estrecho margen de apreciación para disponer restricciones al derecho al cuidado respecto de personas que pertenecen a grupos especialmente vulnerables. Es un precedente relevante,¹³ que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos y que requieren la adopción de medidas especiales de equiparación (Saba, 2007: 20), lo cual conduce –en definitiva– a la igualdad real entre las personas, como una visión superadora de la de igualdad entendida como no arbitrariedad.

12 En igual sentido, TEDH, 2016, en el contexto de la discriminación de un niño con discapacidad física; 2010, en el contexto de la restricción del derecho de voto de una persona con discapacidad mental; 2011, en el contexto de la discriminación de una persona con VIH; 2020, en el contexto de la restricción del derecho de un progenitor con una enfermedad mental a mantener contacto con su hijo; y 2022, en el contexto de una persona mayor con discapacidad que solicitaba una prestación médico asistencial.

13 En “McDonald”, con un contexto fáctico sustancialmente análogo al presente caso, el Tribunal Europeo no restringió el margen de apreciación en los términos descriptos en relación con el presente caso.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2000). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En M. Carbonell, J. C. Parceró y R. Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Ediciones El Puerto.
- Abramovich, V. y Courtis C. (2021). *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. En C. Courtis y R. Ávila (eds.), *La protección de los derechos sociales*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Aldao, M. (2019). *Entre la deferencia y la indiferencia: margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos*. DOI:10.18601/01229893.n44.03
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2023). *Los sistemas de apoyo para garantizar la inclusión en la comunidad de las personas con discapacidad, entre otras cosas como medio para construir un futuro mejor tras la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19)*, A/HRC/52/52.
- Barbosa Delgado, F. (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*, (26), 107-135.
- Clérico, L. (2018). *La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes*. *Derechos En Acción*, 7(7). <https://doi.org/10.24215/25251678e153>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto).
- Conferencia Internacional de Derechos Humanos. *Acta Final de la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia de Viena*, A/Conf. 157/23, 12 de julio de 1993.
- Consejo de Derechos Humanos (11 de octubre de 2023). Resolución 54/6. Importancia de los cuidados y el apoyo desde una perspectiva de derechos humanos.
- Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.
- Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
- Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- Corte IDH. *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439.
- Escobedo, R. e Izquierdo, M. (2023). *El Índice de Barthel como predictor de fragilidad en el anciano en urgencias*. Santa Cruz de la Palma: ENE.
- Fassbender, B. (1998). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 51-74.

- Fernández Nieto, J. (2008). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Madrid: Dykinson.
- INDEC, Mercado de trabajo. Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH) Primer trimestre de 2024. Recuperado de www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_1trim2485E02B3519.pdf
- Juri, Y. E. (2021). Inteligencia artificial y dignidad humana: los desafíos para el derecho. *Justicia & Derecho*, 4(2), 1-12.
- Kina, J. y Rodríguez Pería, M. E. (2022). Título Preliminar. En M. Herrera y N. de la Torre (comps.), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*. Buenos Aires: Editores del Sur.
- ONU Mujeres (2018). Reconocer, Redistribuir y Reducir el Trabajo de Cuidados. Prácticas Inspiradoras en América Latina y el Caribe. Panamá: ONU Mujeres.
- ONU Mujeres (2024). Progress on the Sustainable Development Goals: The Gender Snapshot 2024.
- Pautassi, L. (2007). El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos. Serie Mujer y Desarrollo n° 57. CEPAL.
- Pautassi, L. (2023). *De la polisemia a la norma. El derecho humano al cuidado*. Buenos Aires: Fundación Medifé Edita.
- Saba, R. (2007). (Des)igualdad estructural. En M. Alegre y R. Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires: Lexis Nexis.
- TEDH. *Case of Handyside v. The United Kingdom*, Court (Plenary), 7 de diciembre de 1976.
- TEDH. *Case of Pretty v. The United Kingdom*, Court (Fourth Section), 29 de abril de 2002.
- TEDH. *Sentges v. The Netherlands*, Court (Second Section), 8 de julio de 2003.
- TEDH. *Case of S. and Marper v. The United Kingdom*, Court (Grand Chamber), 4 de diciembre de 2008.
- TEDH. *Case of Alajos Kiss v. Hungary*, Court (Second Section), 20 de mayo de 2010.
- TEDH. *Case of Kiyutin v. Russia*, Court (First Section), 10 de marzo de 2011.
- TEDH. *Case of McDonald v. The United Kingdom*, Court (Fourth Section), 20 de mayo de 2014.
- TEDH. *Case of Gubernia v. Croatia*, Court (Second Section), 22 de marzo de 2016.
- TEDH. *Case of Cînța v. Romania*, Court (Fourth Section), 18 de febrero de 2020.
- TEDH. *Case of Jivan v. Romania*, Court (Fourth Section), 8 de febrero de 2022.
- TEDH. *Case of Diaconeasa v. Romania*, Court (Fourth Section), 20 de febrero de 2024.

Libertad de expresión. Acceso a la información pública. Acceso a la información judicial TEDH. *Case of Sieć Obywatelska Watchdog v. Poland*, 21 de marzo de 2024

Por Damián Loreti¹ y Luis Lozano²

1. Introducción. Los hechos del caso

El 21 de marzo de 2024 la Sección Primera del TEDH resolvió el caso que aquí se comenta, vinculado al acceso a la información pública, con particular énfasis en el acceso a agendas de reuniones de funcionarios públicos, incluyendo ministros de gobierno y miembros de la cancillería del primer ministro.

En el año 2017 circularon en los principales medios nacionales de Polonia informaciones sobre supuestas reuniones entre J. Przyłębska, presidenta del Tribunal Constitucional, y M. Muszyński, vicepresidente del Tribunal Constitucional, con el ministro coordinador de Servicios Especiales, M. Kamiński. Diversas publicaciones de prensa indicaron que tales reuniones habían tenido lugar, pero nunca se dieron las fechas y circunstancias exactas, ni tampoco la fuente de la información.

En el momento de las supuestas reuniones, el Tribunal Constitucional estaba tramitando una solicitud del fiscal general del 8 de junio de 2017 (caso N° K 8/17), la cual buscaba declarar inconstitucionales

1 Abogado (UBA). Doctor en Ciencias de la Información (Universidad Complutense de Madrid). Profesor de grado y posgrado en Libertad de Expresión desde 1988. Profesor titular de Derecho a la Información (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Ha sido perito ante la Corte IDH y desde 1990 asesora a organizaciones nacionales y regionales en materia de libertad de expresión, radiodifusión y entornos digitales.

2 Licenciado en Ciencias de la Comunicación (UBA). Candidato a doctor en Derechos Humanos (UNLa). Trabajó como periodista en medios gráficos y digitales y en la agencia nacional de noticias Télam. Dirigió el área de Comunicación del CELS y estuvo a cargo de la Dirección de Prensa y Difusión de la Defensoría General de la Nación. En la actualidad se desempeña como director de Relaciones Institucionales de la Procuración General de la Nación y como docente e investigador en la Universidad de Buenos Aires.

determinadas partes del derecho procesal penal interno relativas a los indultos presidenciales. Los hechos subyacentes al caso K 8/17 estaban vinculados a las acciones anteriores del ministro coordinador como funcionario del gobierno. Por lo tanto, la sentencia en este caso afectaría su situación particular en el proceso penal pendiente.

El 6 de julio de 2017, la ONG demandante, Sieć Obywatelska Watchdog Polska, envió un correo electrónico al Tribunal Constitucional en el cual le solicitaba que divulgara información sobre las agendas de reuniones de los jueces Przyłębska y Muszyński después del 1 de enero de 2017, en la medida en que se referían al desempeño de sus funciones oficiales.

La organización de la sociedad civil también solicitó los registros de todas las personas que habían entrado y salido del edificio del Tribunal Constitucional desde el 1 de enero de 2017. La solicitud no contenía ningún razonamiento ni referencia a una base jurídica en el derecho interno.

El 9 de agosto de 2017, la oficina de prensa del Tribunal Constitucional informó a la ONG que un diario de reuniones no era un documento oficial y no constituía información pública de conformidad con las disposiciones de la Ley de Acceso a la Información Pública. Además, el Tribunal Constitucional no llevó registros de las personas que entraban y salían del edificio y, por lo tanto, no pudo proporcionar dicha información.

El 7 de septiembre de 2017 la organización presentó una denuncia ante el Tribunal Administrativo Regional de Varsovia (Wojewódzki Sąd Administracyjny) en la cual alegaba inactividad por parte del Tribunal Constitucional. Solicitó además al tribunal administrativo que obligara al presidente del Tribunal Constitucional a proporcionar la información pública requerida.

El 23 de enero de 2018 el Tribunal Administrativo Regional de Varsovia desestimó la denuncia. Sos-tuvo que las agendas de reuniones del presidente y del vicepresidente del Tribunal Constitucional, en la medida en que guardaban relación con el desempeño de sus funciones profesionales, no constituían información pública.

Agregó que un diario de reuniones no era un documento oficial, sino un documento interno de oficina utilizado para organizar el trabajo y no prescribía cursos de acción para el Tribunal Constitucional. Además, según la jurisprudencia de los tribunales administrativos, un libro de registro de visitas que registraba las personas que entraban y salían del edificio no guardaba relación con el funcionamiento del Tribunal Constitucional y, como tal, no contenía información pública.

La demandante interpuso un recurso de casación, basándose en particular en las disposiciones de la Constitución polaca y mencionando también el artículo 10 del CEDH. Allí cuestionó principalmente la conclusión de que la información sobre las reuniones celebradas por el presidente y el vicepresidente del Tribunal Constitucional y las personas que ingresaban al edificio de ese Tribunal no constituyera información pública.

El 18 de junio de 2019 el Tribunal Supremo Administrativo desestimó el recurso de casación y coincidió con la valoración jurídica del Tribunal Regional. Los diarios de reuniones y los libros de visitas

constituían documentos internos y no contenían información pública relativa al funcionamiento del Tribunal Constitucional, porque no se referían a la esfera pública de la actividad de dicho Tribunal.

En cuanto al diario de visitas, consideró que no podía considerarse información pública porque no contenía datos sobre las actividades públicas realizadas por el Tribunal Constitucional; contenía información sobre terceras personas que no estaban relacionadas con la administración pública, sino con el trabajo del mostrador de recepción y sirviendo para mantener la seguridad y el buen orden en el edificio del tribunal.

Añadieron, además, como argumento del rechazo, que el derecho de acceso a la información pública a que se refiere el artículo 61.1 de la Constitución de Polonia apunta únicamente a la información sobre las actividades de los órganos constitucionales que estuvieran dirigidas al desempeño de tareas públicas específicas.

El Tribunal Administrativo Supremo señaló que, contrariamente a la afirmación de la ONG, el Tribunal Administrativo Regional no había declarado que la información sobre las reuniones celebradas por el presidente y el vicepresidente del Tribunal Constitucional no constituía información pública, sino que se limitó a considerar que la solicitud de acceso a la información relativa a las agendas de reuniones no se refería a información pública.

Agotadas las instancias internas, la ONG demandante se presentó ante el TEDH por violación al artículo 10 del CEDH.

2. La cuestión de la desventaja o daño significativo

Un tema previo al análisis de la cuestión de fondo, como en todos los tribunales regionales, se vincula a la admisibilidad de los casos que se presentan. De acuerdo con el artículo 35 del CEDH, son inadmisibles las peticiones en las que el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el tratado y por sus protocolos exija un examen del fondo de la demanda.

El Estado de Polonia se basó en ese argumento para sostener que la solicitante no había demostrado que hubiera sufrido ninguna desventaja o daño significativo de naturaleza financiera o moral. También apuntó a que los diarios de reuniones del presidente y del vicepresidente del Tribunal Constitucional no constituían información pública en el sentido del derecho interno, por lo que la ONG no podía alegar razonablemente que su derecho a obtener información sobre las actividades del Tribunal Constitucional había sido violado.

La demandante sostuvo que, incluso si el Tribunal determinara que no había sufrido una desventaja significativa, la solicitud debía ser examinada en cuanto al fondo en aras del respeto de los derechos humanos tal como se definen en el Convenio y sus Protocolos (artículo 35.3(b) del Convenio).

Para el TEDH la gravedad de una violación debe evaluarse teniendo en cuenta tanto las percepciones subjetivas del solicitante como lo que objetivamente está en juego en un caso particular. Tales percepciones individuales abarcan no solo el aspecto monetario de una violación, sino también el interés general del demandante en continuar con el caso, pero este interés no puede bastar por sí solo para concluir que ha sufrido una desventaja significativa. La percepción subjetiva debe justificarse por razones objetivas y demostrarse que la violación del Convenio puede afectar a importantes cuestiones de principios y, por tanto, causar una desventaja importante independientemente del interés pecuniario.

El TEDH agrega que, en relación con el artículo 10 del CEDH, ha resaltado la suma importancia de la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la realización personal y que, por lo tanto “en casos relacionados con la libertad de expresión, la aplicación de este criterio de admisibilidad debe tener debidamente en cuenta la importancia de esa libertad y debe estar sujeta a un cuidadoso escrutinio por parte del Tribunal” (TEDH, 2024: párr. 25). Este escrutinio debe abarcar, entre otras cosas, elementos tales como la contribución a un debate de interés general y si un caso involucra a la prensa u otros medios de comunicación.

Sobre el caso concreto, el Tribunal acepta que el punto en cuestión es claramente de importancia subjetiva para la ONG solicitante, cuya principal área de actividad es recopilar información, compartirla con el público y contribuir al debate público. Por tanto, la decisión de denegar el acceso a la información socava el núcleo mismo de su actividad.

En cuanto a lo que estaba objetivamente en juego, observa que el caso ha atraído la atención de los medios de comunicación y se refiere a la cuestión de si la agenda de reuniones del presidente del Tribunal Constitucional debería caracterizarse como información pública que debería ser accesible a una ONG que actúa como organismo de control público. Teniendo en cuenta lo anterior, el TEDH también destaca la importancia objetiva del acceso de las organizaciones no gubernamentales a información que puede ser importante para el público.

3. Sobre el fondo de la cuestión

Para el TEDH, el objeto del caso es determinar si el artículo 10 del CEDH puede interpretarse en el sentido de que garantiza a la ONG solicitante el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas. Por lo tanto, debía pronunciarse sobre si la denegación de acceso a la información solicitada por la ONG demandante resultó, en las circunstancias del caso, en una interferencia con su derecho a recibir y difundir información garantizado por el artículo 10 del tratado.

Algunas apreciaciones del TEDH en esta sentencia nos pueden parecer ciertamente conflictivas, sobre todo a tenor de los estándares que el SIDH –por vía de los fallos de la Corte IDH, la ley modelo aprobada por la OEA y los informes de la CIDH– nos ofrece como referencias comparativas, así como los alcances del concepto de interés público que se recoge en el fallo.

El Tribunal Europeo observa que el artículo 10 no confiere al individuo un derecho de acceso a la información en poder de una autoridad pública ni obliga al Gobierno a comunicar dicha información al individuo. Sin embargo, tal derecho u obligación puede surgir cuando el acceso a la información es fundamental para el ejercicio del derecho individual a la libertad de expresión y cuando su denegación constituye una interferencia con ese derecho.

El TEDH cita en ese sentido un antecedente contra Hungría (2016) para evaluar el caso teniendo en cuenta los siguientes criterios: el propósito de la solicitud de información, la naturaleza de la información buscada, el papel del solicitante, y si la información estaba lista y disponible. En ese sentido afirma que “una persona que solicita acceso a información en poder de una autoridad pública debe hacerlo para permitirle el ejercicio de la libertad de ‘recibir e impartir información e ideas’ a otros” (TEDH, 2024: párr. 50). Por lo tanto, el Tribunal ha puesto énfasis en si la recopilación de información fue un paso preparatorio relevante en las actividades periodísticas o en otras actividades que crean un foro o constituyen un elemento esencial del debate público.

Al respecto, sostuvo que

para que el artículo 10 entre en juego se debe determinar si la información solicitada era de hecho necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión (...) Obtener acceso a la información se consideraría necesario si su retención obstaculizara o menoscabara el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (...) incluida la libertad de recibir y difundir información e ideas, de manera consistente con los deberes y responsabilidades que pueden derivarse del párrafo 2 del artículo 10 (TEDH, 2024: párr. 50).

En cuanto a la naturaleza de la información solicitada,

los datos o los documentos a los que se pretende acceder deben cumplir generalmente una prueba de interés público para que sea necesario su divulgación en virtud del Convenio. Tal necesidad puede existir cuando, entre otras cosas, la divulgación proporciona transparencia en cuanto a la conducción de los asuntos públicos y en cuanto a cuestiones de interés para la sociedad en su conjunto (TEDH, 2024: párr. 51).

Sobre esta cuestión del interés público, el TEDH pareciera dejar de lado posiciones más amplias. Asimismo, en este aspecto podemos hacer una comparación con los dichos de la Corte IDH en los casos “Lagos del Campo” (2017) o “Fontevicchia y D’Amico” (2011) para apreciar la magnitud y espesor de tal concepto en la jurisprudencia regional.

Desde una mirada más restrictiva, el TEDH afirma:

la definición de lo que podría constituir un tema de interés público dependerá de las circunstancias de cada caso. El interés público se refiere a cuestiones que afectan al público en tal medida que éste puede legítimamente interesarse por ellas, que atraen su atención o que le conciernen en un grado significativo, especialmente porque afectan al bienestar de los ciudadanos o la vida de la comunidad. Lo mismo ocurre con asuntos que pueden dar lugar a una controversia considerable, que atañen a una cuestión social importante o que implican un problema sobre el cual el público tendría interés en estar informado. El interés público no puede reducirse a la sed del público de información sobre la vida privada de otros, o al deseo de sensacionalismo o incluso *voyeurismo* del público. Para determinar si una publicación se refiere a un tema de importancia general, es necesario evaluar la publicación en su conjunto, teniendo en cuenta el contexto en el que aparece (TEDH, 2024: párr. 52).

En este sentido, resulta relevante la posición privilegiada que el Tribunal concede en su jurisprudencia al discurso y al debate político sobre cuestiones de interés público. En tal contexto, queda poco margen para la aplicación de las restricciones que admite el Convenio en general en su artículo 10.2.

Sobre la naturaleza del solicitante, el TEDH apela a precedentes en los que se ha dado especial importancia a periodistas, actores sociales, organismos de control u organizaciones no gubernamentales cuyas actividades se refieren a asuntos de interés público. Para el caso,

la función de crear diversas plataformas para el debate público no se limita a la prensa, sino que también puede ser ejercida, entre otras, por organizaciones no gubernamentales, cuyas actividades son un elemento esencial del debate público informado [...] cuando una ONG llama la atención sobre cuestiones de interés público, está ejerciendo un papel de vigilancia pública de importancia similar a la de la prensa (TEDH, 2024: párr. 55).

El Tribunal está convencido de que la ONG demandante deseaba ejercer el derecho a difundir información sobre un asunto que consideraba de interés público y buscó acceso a la información con ese fin. Desde esta perspectiva establece que la información solicitada era necesaria para que la ONG demandante ejerciera su derecho a la libertad de expresión. De ello se deduce que, en las circunstancias del caso, se cumplió el criterio de la finalidad de la información solicitada sobre acceder a las agendas de reuniones.

Para el TEDH, en las circunstancias específicas del caso, especialmente a la luz del contexto político, se debería haber considerado que los diarios de reuniones tenían un carácter de interés público y, al no realizar ninguna evaluación individual de los intereses en juego, las autoridades nacionales negaron efectivamente a la ONG solicitante el acceso a información que, en opinión del Tribunal, era de interés público.

En virtud de ello, la denegación de acceso a la información equivalía a una interferencia con el derecho de la ONG solicitante a recibir y difundir información. Por lo que pasó a considerar si dicha interferencia estaba justificada por la protección de un fin legítimo y era “necesaria en una sociedad democrática”.

A este respecto, observa que las autoridades nacionales no presentaron ningún argumento, ni en el procedimiento interno ni en las observaciones del Gobierno, para demostrar que la denegación de información solicitada por la ONG demandante había perseguido algún objetivo legítimo o había sido “necesaria para una sociedad democrática”.

El Tribunal es consciente del hecho de que el acceso a determinada información puede restringirse por razones de seguridad o para la protección de secretos de Estado o la vida privada de otros. Sin embargo, las autoridades internas no hicieron referencia a ninguna de esas razones para justificar la denegación de acceso a la información. Sin tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, las autoridades húngaras limitaron su argumento a afirmar que la información solicitada no podía caracterizarse como “pública” en el sentido de las disposiciones internas y, por lo tanto, no estaba sujeta a divulgación.

En consecuencia, sostiene la sentencia, se ha producido una violación del artículo 10 del Convenio respecto de la denegación del acceso a las agendas y documentos de las reuniones.

El TEDH trató por separado la solicitud referida a la denegación de los registros de entradas al edificio del Tribunal Constitucional. Al respecto, remite a la decisión de los tribunales domésticos:

en el derecho interno no existía la obligación de mantener registros de las personas que entraban y salían de edificios públicos. De ello se deduce que, en el caso del diario de registro que registra las personas que entran y salen del edificio del Tribunal Constitucional, no hay pruebas de que la información solicitada por la ONG solicitante estuviera “lista y accesible” (TEDH, 2024: párr. 65).

Por lo tanto, el Tribunal rechaza que haya existido violación al artículo 10 del Convenio sobre este aspecto.

Sin embargo, la sentencia incluye un voto disidente del juez Wojtyczek, quien indica que el artículo 10 no es aplicable al caso. Además, agrega: “Encuentro problemáticos algunos argumentos específicos desarrollados en el razonamiento de la sentencia. En particular, no estoy de acuerdo con el trato especial reservado a periodistas y ONG según la jurisprudencia del Tribunal” (párr. 2).

Wojtyczek sostiene que la ONG solicitante no requirió una lista de las reuniones celebradas, sino más bien los diarios de reuniones: “Dada la jurisprudencia nacional bien establecida sobre el acceso a dichos diarios, no estoy convencido de que al solicitar los diarios de reuniones la ONG solicitante haya dejado claro que buscaba información sobre las reuniones realmente celebradas”.

4. Conclusiones

Si bien en los hechos concretos y las decisiones, lo resuelto parece poco novedoso, a los ojos de la casuística y estándares del SIDH algunas cuestiones llaman poderosamente la atención. Una de ellas es que el derecho de acceso a la información no es *per se* un derecho consagrado en el CEDH porque no surge del texto del artículo 10 y que este artículo solo es violentado cuando la información concernida podría tener utilidad posterior para recibir o difundir. Es decir, se debe acreditar para qué se pretende la información y ello califica la legitimación. En este sentido, el TEDH mantiene una línea precedente.

Comparativamente, tampoco está explícito el reconocimiento de este derecho en el artículo 13 de la CADH. Sin embargo, la CIDH en su Declaración de Principios de Libertad de Expresión (2000) lo considera directamente reconocido. Lo mismo surge de la Ley Modelo de Acceso a la Información Pública (2012), la cual además predica que no debe siquiera justificarse la razón de la petición. Estos principios son sostenidos en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Otra cuestión a destacar es la definición de interés público, en referencia a otros precedentes del TEDH, en los cuales se consideró como tal hasta el salario de un gerente de una automotriz en el marco de un conflicto, o el funcionamiento de una estación de televisión estatal. Al respecto, vemos que la interpretación de ese concepto se va volviendo poco a poco más restrictiva en la visión del TEDH, tal como hemos señalado en artículos precedentes (Loreti y Lozano, 2021).

Referencias bibliográficas

CIDH (2000). Declaración de Principios de Libertad de Expresión.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

Loreti, D. y Lozano, L. (2021). Vida privada. Derecho a la intimidad. TEDH. *Case of Dupate v. Latvia*, 19 de noviembre de 2020. *Debates sobre derechos humanos*, (5), Edunpaz.

OEA (2012), Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, OEA/Ser.P AG/RES.2607 (XL-O/10).

TEDH. *Case of Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, Court (Grand Chamber), 8 de noviembre de 2016.

TEDH. *Case of Sieć Obywatelska Watchdog v. Poland*, Court (First Section), 21 de marzo de 2024.

Medio ambiente. Cambio climático

**TEDH. *Case of Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others v. Switzerland*,
9 de abril de 2024**

Por Iara Sol Milano¹

1. Introducción

Los seres humanos convivimos con eventos climáticos tendientes a la catástrofe. Con el paso del tiempo vemos un claro incremento en su agresividad, cantidad y consecuencias para la población mundial: escasos días pasaron desde que el huracán Milton dejó en el Estado de Florida diez muertos.

Esta problemática se extiende como una pandemia que azota todos los rincones del planeta Tierra en mayor o menor medida. La Organización de las Naciones Unidas no ha sido indiferente a esta problemática, creando en el año 1988 el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, siendo este el principal órgano internacional para la evaluación de dicho fenómeno (IPCC, 2015).

En nuestro continente, la Corte IDH ha reconocido el daño al ambiente como una afectación a la vida y a todos los derechos humanos, ya que están intrínsecamente ligados: “la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos” (Corte IDH, 2017: párr. 47).

¹ Abogada (UNDAV). Se encuentra cursando la Diplomatura en Derecho Ambiental (UBA).

No obstante, cuando vivimos en un país cuyo techo está lleno de goteras y grietas, los cinturones están ajustados y los ánimos caldeados, esta relación inherente pasa desapercibida, en tanto la gran masa poblacional no puede proyectar su futuro con una distancia mayor a un año y los ciudadanos de a pie no se permiten pensar en esta causalidad como un problema terrenal, quienes seguramente al escuchar o leer esta noticia pueden pensar “solo pasa en Suiza”. Por lo mismo es importante destacar la organización y lucha de esta marea plateada Y el resultado final.

2. Hechos del caso

En agosto del 2016 un grupo de cuarenta mujeres septuagenarias se unieron conformando la asociación Senior Women for Climate Protection Switzerland o Verein KlimaSeniorinnen con un claro objetivo: lograr medidas efectivas por parte del Estado suizo en cuanto al cese de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), los cuales contribuyen a la crisis climática deteriorando su salud física y mental.

En noviembre del mismo año solicitaron al Consejo Federal de Suiza, al Departamento Federal de Medio Ambiente, Transportes, Energía y Comunicaciones (DETEC), a la Oficina Federal de Medio Ambiente (FOEN) y a la Oficina Federal de la Energía (OFEE) mantener el aumento de la temperatura por debajo de 2 grados centígrados en línea con lo pactado en el Acuerdo de París, y para el año 2020 la disminución del 25% de las emisiones de GEI con respecto al año 1990. Por último, solicitaron para el año 2030 un decremento del 50%.

Según la asociación, las políticas implementadas por el gobierno en materia ambiental resultaban insuficientes para la reducción eficiente de GEI y no resultaban compatibles con los artículos 2, 6, 8 y 13 del CEDH y con los artículos 10, 73 y 74.2 de la Constitución Federal.

Cabe destacar que las solicitantes acompañaron estudios médicos que respaldaban el hecho de que las olas de calor provocadas por el cambio climático incrementaban sus dolencias físicas adquiridas propiamente por su edad, causando un deterioro acelerado en su salud, y posicionándolas en una situación de vulnerabilidad mayor al no poder socializar o salir de sus casas para prestar mayor atención a los cuidados de sus respectivas enfermedades como asma, gota y problemas cardíacos.

El 25 abril del 2017 el DETEC, alegando falta de legitimación, rechazó la solicitud presentada bajo el artículo 25 de la ley de procedimiento administrativo, ya que “no afectaba derechos concretos” y debían contener un “interés digno de proteger”.

La asociación recurrió el 26 mayo del 2017 ante la Corte Administrativa Federal reiterando los argumentos expresados con anterioridad y haciendo hincapié nuevamente en que su interés no era motivado por acciones abstractas, sino con la finalidad de la obtención e implementación de acciones específicas según el artículo 25.A de la Ley de Procedimiento Administrativo.

El 27 de noviembre del 2018 el Tribunal Administrativo Federal desestimó el recurso de las demandantes. Reconoció la existencia de un interés digno de protección de las tres mujeres que habían hecho la

presentación particular en conjunto con la asociación, pero no por la asociación. Por su parte, reconoció que la resolución de la DETEC carecía de motivación. Examinando la reclamación de las demandantes en relación con la vulneración del derecho a ser oído categorizó la solicitud de *actio popularis*.

Consideró que, en lo que respecta a la aplicación del artículo 25.A de la Ley de Procedimiento Administrativo, el factor decisivo es la existencia de una necesidad de protección jurídica individual. Desde la perspectiva del tribunal, se requería una estrecha proximidad entre los demandantes y el asunto en disputa, pero esta problemática iba más allá de la proximidad que el público general pudiese reclamar. Entendió que, aunque el cambio climático pudiese afectar a Suiza en todas sus regiones, los impactos serían de naturaleza general y sus efectos adversos variarían según los grupos de población en términos de impactos económicos y de salud. Para el tribunal el grupo de mujeres mayores de 75 años no estaría particularmente afectado por los impactos del cambio climático para permitirles presentar una acción en virtud del artículo 25.A de la Ley de Procedimiento Administrativo.

El 21 de enero del 2019 las demandantes interpusieron un recurso de apelación contra la sentencia ante el Tribunal Supremo Federal, alegando nuevamente un interés digno de protección, actual y práctico, y que, a falta de una acción correctiva Suiza perpetuaba las emisiones excesivas de GEI, que afectaban sus vidas y su salud. Subrayaron que la asociación demandante estaba apelando en su propio nombre, pero también en nombre de sus miembros, quienes representan un grupo vulnerable y presentaban un detrimento en su calidad de vida como consecuencia del calentamiento global.

El 5 de mayo del 2020 el Tribunal Supremo Federal desestimó el recurso de los demandantes. Consideró que las solicitantes tenían legitimidad para interponer un recurso contra la sentencia, sin embargo, cuestionó si la asociación solicitante tenía legitimidad para interponerlo. En cuanto al fondo, expresó que las decisiones de la DETEC y del Tribunal Administrativo habían sido debidamente motivadas. Con respecto a la invocación del artículo 25.A de la Ley de Procedimiento Administrativo, destacó que esta disposición tiene por objeto proporcionar una protección jurídica contra actos reales, refiriéndose a un concepto amplio de actos u omisiones del Estado, y no como vía de acción popular.

En noviembre del 2020 las demandantes recurrieron ante el TEDH.

3. El fallo del TEDH

El TEDH declaró, por 16 votos a 1, la violación del artículo 8 (derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia) y por unanimidad la violación del artículo 6.1 (Derecho a un proceso equitativo) del CEDH, condenando a la Confederación Suiza al pago de €80.000 en concepto de gastos y costas.

El Tribunal se pronunció acerca de las cuestiones referidas al cambio climático y estableció que solo podía conocerlas dentro de los límites del ejercicio de su competencia (TEDH, 2024, párr. 411). Aclaró que la inoperatividad de la Confederación Suiza para la toma de medidas en cuestiones ambientales agravó las consecuencias y amenazas para el disfrute de los derechos humanos (*Idem*, párr. 413).

Al referirse al cambio climático antropogénico, reconoció que resulta una grave amenaza para el goce de todos los derechos humanos, garantizados en el tratado, actualmente y para las generaciones futuras, recordando que los Estados son conscientes de esta amenaza y su capacidad para adoptar políticas públicas eficaces para reducir el calentamiento y que este se limite a 1.5°C es urgente (*Idem*, párr. 432).

Para el Tribunal, la condición de víctima en virtud del artículo 34 del CEDH en relación con el cambio climático, debe cumplir con la afectación personal directa por la acción u omisión de las autoridades públicas, resultando fuertemente expuesto a los efectos del cambio climático, y debe existir la necesidad imperiosa de garantizar la protección individual del recurrente (*Idem*, párr. 465). Esta condición es especialmente elevada, ya que el tratado no admite reclamos de interés público.

Por ello, tras examinar la naturaleza y características del reclamo, así como las pruebas presentadas, concluyó que las mujeres que presentaron su caso individualmente no cumplían con los criterios para revestir la condición de víctimas según el artículo 34 del CEDH (*Idem*, párr. 486). En cuanto a la Asociación, sostuvo que correspondía autorizar a la asociación a promover una acción judicial bajo el parámetro de que el cambio climático afecta interseccional e intergeneracionalmente a toda la humanidad (*Idem*, párr. 502).

Sostuvo, además, que la obligación de un Estado parte es adoptar y aplicar normas efectivas para mitigar los efectos potencialmente irreversibles del cambio climático, derivado de la relación causal entre el cambio climático y el disfrute de los derechos humanos garantizados por el CEDH (*Idem*, párr. 545).

Según el TEDH, el artículo 6.1 del CEDH resultaba aplicable en tanto se refería a las medidas efectivas para la mitigación del cambio climático previstas en la legislación vigente. Consideró, que los tribunales nacionales de La Confederación Suiza no manifestaron por qué desestimaron el fondo de las denuncias. Destacó la importancia del accionar de los tribunales en materia de cambio climático y el papel clave que desempeñan en el acceso a la justicia (*Idem*, párr. 639).

Finalmente, destacó que la Confederación Suiza debía y estaba en condiciones de adoptar medidas efectivas en cumplimiento con la sentencia para la protección contra el cambio climático (*Idem*, párr. 657).

4. A modo de cierre

En 1995 el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático publicó la segunda evaluación sobre cambio climático, en la cual comprobó que la actividad antropógena provocaba alteraciones en el ambiente y que el clima se veía afectado en el incremento de su temperatura debido a la emisión de GEI. Los expertos destacaron la necesidad de los Estados de adoptar políticas públicas de mitigación para reducir el impacto del cambio climático y las consecuencias que ello implica.

En 1997 se adoptó el Protocolo de Kyoto, cuya finalidad es la promoción del desarrollo sostenible, implementando políticas de protección energética, protección de sumideros, promoción de nuevas formas de energía y, en especial, medidas para reducir la emisión de GEI. La aplicación del protocolo

en su primer período se centraba en la reducción de emisiones de los países desarrollados, por lo que las partes manifestaron la necesidad de un nuevo instrumento.

El Acuerdo de París de 2015 surge como respuesta a esta necesidad; abarca la mitigación, lucha y adaptación contra el cambio climático, compromete a todos los Estados a tomar medidas para que la temperatura no supere 1,5°C y establece objetivos globales para aumentar la capacidad de adaptación y reducir la vulnerabilidad frente al cambio climático.

La Confederación Suiza, como parte adherente, fue el primer Estado en presentar un plan de acción en línea con el Acuerdo de París; sin embargo, este plan de acción no fue llevado a la práctica de manera eficaz según las demandantes.

Es importante destacar que el IPCC en 2022 reconoció que las mujeres son más vulnerables frente al cambio climático, en especial aquellas que ya cuentan con un factor de vulnerabilidad como la pobreza o la edad.

En este contexto el accionar de la asociación en este caso resulta sumamente trascendente, no solo por lograr un fallo histórico, sino porque su persistencia en la lucha contra el cambio climático teniendo en cuenta el factor de edad y género contribuye a colocar esta problemática en agenda con perspectiva interseccional, lo que considero un punto clave a la hora de su análisis, y sin dudas vuelve a confirmar que la protección de un ambiente sano es necesaria para el disfrute de todos los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

OMM, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (1995), Segunda evaluación Cambio Climático 1995, Recuperado de <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/05/2nd-assessment-sp.pdf>

OMM, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (2023). La acción climática urgente puede garantizar un futuro habitable para todos. Recuperado de https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/press/IPCC_AR6_SYR_PressRelease_es.pdf

United Nations Climate Change (2015). Suiza presenta su plan de acción climática de cara a París 2015. Recuperado de <https://unfccc.int/es/news/suiza-presenta-su-plan-de-accion-climatica-de-cara-a-paris-2015>

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Reseña del libro

Derecho Internacional y deber de investigar y sancionar las graves violaciones de DDHH

Rey, S. A. (2024). *Derecho Internacional y deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Sur.

Por Pablo Salinas¹ y Roberto Salim²

1. Introducción

El libro que aquí reseñamos es fundamental para el estudio del período previo al de la última dictadura militar argentina y para comprender los alcances de los instrumentos jurídicos del presente.

El autor analiza la eventual aplicación de la legislación internacional y nacional en la resolución de casos de graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el país entre 1972 y 1976.

Además de la lucidez, exhaustividad y criterio con que trabajó, corresponde destacar que se trata de un recorte temporal menos transitado por historiadores y científicos sociales que el de la dictadura (1976-1983). Allí radica una de las claves que explican la enorme relevancia de esta propuesta. Todo aquel que desee investigar y conocer lo sucedido en ese período en el que la historia “se aceleró” encontrará en esta publicación un acervo histórico, documental y jurídico ineludible.

El prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni, que introduce la obra de Rey, al igual que el prólogo que Jean Paul Sartre le hizo al libro de Frantz Fanon *Los Condenados de la Tierra* (1961), opera como factor

1 Abogado (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente investigador (UNCuyo). Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Mendoza.

2 Licenciado en Ciencia Política y Administración Pública (UNCuyo). Docente investigador (UNCuyo).

potenciador de la tesis doctoral por la sencilla razón de que se constituyó en una síntesis brillante de un proceso histórico único que nadie como el maestro Zaffaroni puede describir en tan pocas palabras y con tanta profundidad.

Dicho esto, pasamos a relatar los puntos centrales de esta obra, que es el resultado de la tesis doctoral de Sebastián Rey defendida en la Universidad de Buenos Aires a fines de 2023.

2. Las tres hipótesis de investigación

El libro parte de tres hipótesis principales que el autor logra responder a lo largo de las 675 páginas que lo componen.

En primer lugar, que tuvo que ocurrir una gran tragedia a nivel mundial para que los Estados reaccionasen y, por primera vez en la Historia, decidieran modificar las bases del derecho internacional clásico de modo sustancial.

Recién con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial apareció la noción de comunidad internacional, como una directa consecuencia del conflicto armado, lo cual motivó el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos y el desarrollo del derecho internacional penal, ambos eventos impensados a comienzos del siglo XX.

El surgimiento de la comunidad internacional fue indispensable para la aparición del concepto de norma imperativa de derecho internacional general o *jus cogens*.

En segundo término, que las construcciones teóricas y los desarrollos normativos originados entre 1945 y 1968, vinculados concretamente con la obligación de garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos y el deber de los Estados de investigar y sancionar a los responsables de haber cometido graves violaciones a estos, dieron lugar a que, a la hora de adoptarse el texto de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se produjera un punto de quiebre en materia de combate de la impunidad de estos crímenes.

Este tratado consagró una norma imperativa sobre la materia y, a su vez, reflejó una costumbre ya existente en el derecho internacional. Ello tuvo incidencia tanto en lo relativo a la responsabilidad del Estado por graves violaciones de derechos humanos, como en lo atinente a la persecución de los individuos involucrados en los crímenes cometidos.

A partir de allí, diferentes órganos de aplicación de tratados de derechos humanos –Comité de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos– así como tribunales penales internacionales han desarrollado importantes estándares sobre la materia, algunos de los cuales son obligatorios para la Argentina.

En particular, el autor demuestra que tanto los órganos de aplicación de tratados de derechos humanos, como los tribunales penales internacionales han reconocido que antes del golpe de Estado del

24 de marzo de 1976 ya existía un deber de castigar la comisión de crímenes contra la humanidad. Lo señalado resulta importante, toda vez que, como dispone el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la jurisprudencia es un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”.

La tercera y última hipótesis consiste en que estos desarrollos que se produjeron en el derecho internacional en materia de combate de la impunidad no encontraron una correcta recepción en el Poder Judicial argentino al momento de tener que investigar las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el período 1972-1976, tanto al momento de la comisión de los crímenes, como tiempo después cuando se los juzgó.

Ello obedeció en gran medida a un desconocimiento de los operadores jurídicos del contenido del derecho internacional y a la falta de utilización de sus normas, situación que se vincula con la postura adoptada a lo largo del tiempo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre las relaciones y jerarquía entre el derecho internacional y el derecho interno.

3. Breve reseña de los capítulos

El primer capítulo se refiere al derecho internacional de los derechos humanos y resulta muy útil para estudiantes, docentes e investigadores, ya que ofrece una ágil descripción de la evolución del derecho internacional desde la paz de Westfalia, de mediados del siglo XVII, hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, que tuvo como principal consecuencia la creación de la Organización de las Naciones Unidas y el surgimiento del moderno derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos, que converge con el derecho internacional humanitario y el derecho internacional penal.

El capítulo 2 es, sin dudas, el más importante a los fines de los procesos de juzgamiento, ya que sistematiza la práctica, normativa y jurisprudencia relacionada con el deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos en el derecho internacional penal y en el derecho internacional humanitario. El autor navega (sin perder la brújula) en todos los juicios por crímenes contra la humanidad realizados en la historia reciente. Resulta complementario al Tratado de Derecho Penal (1949-1963) de Luis Jiménez de Asúa, que es el que mejor describe todo el proceso de juzgamiento del derecho internacional hasta su época (por supuesto sin entrar en la Corte Penal Internacional por la sencilla razón de que no existía).

El autor logra vincular los temas planteados con el principio de jurisdicción universal de los crímenes contra la humanidad. Describe y analiza con detalle las experiencias de juzgamiento anteriores a la Segunda Guerra Mundial, los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y del Lejano Este, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales, así como a los desarrollos posteriores que culminaron con la creación de los tres tribunales penales internacionales más importantes: el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Corte Penal Internacional.

Más adelante, el profesor Rey se dedica a desarrollar con profundidad el tema del deber de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. Este, el tercero, es el capítulo central de su tesis.

En el capítulo 3 se estudian los estándares en materia de responsabilidad internacional por graves violaciones de derechos humanos, que configuran hechos internacionalmente ilícitos de acuerdo con el derecho internacional. A partir del examen de las obligaciones generales establecidas en los tratados de derechos humanos y los criterios de atribución de responsabilidad internacional al Estado, se explican los alcances de la obligación del Estado argentino vigente tanto durante la década de 1970 como en la actualidad.

El contenido de los capítulos 2 y 3 del libro incluye textos de acceso difícil en inglés y francés, que en esta obra aparecen traducidos al castellano, lo que permite contar con una jurisprudencia y doctrina de enorme valor. Estos documentos, que normalmente serían inaccesibles para la gran mayoría de los lectores hispanohablantes, han sido cuidadosamente traducidos y analizados por el autor. Esto representa un aporte que permite poner a disposición del público de habla hispana un *corpus* jurisprudencial y doctrinal de enorme riqueza y profundidad. Estos textos abarcan análisis críticos de casos emblemáticos, interpretaciones jurídicas innovadoras y desarrollos teóricos de vanguardia, que sin duda servirán como herramientas fundamentales para estudiosos, profesionales y aplicadores del derecho en el mundo de habla hispana. La inclusión de estos materiales, antes reservados a unos pocos, enriquece significativamente el alcance y la utilidad de esta publicación.

Se destaca el desarrollo de la evolución del deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos en el ámbito del Sistema Universal de protección de Derechos Humanos, desde sus dos aristas más importantes: la tarea de los órganos principales de la Organización de las Naciones Unidas sobre esta temática –la Asamblea General y el Consejo Económico y Social– y la de los órganos de aplicación de tratados universales de derechos humanos, haciendo hincapié en el Comité de Derechos Humanos y en el Comité contra la Tortura.

Asimismo, se explican los criterios y estándares establecidos por los órganos de aplicación de los tratados regionales de derechos humanos más importantes. En particular, se desarrollarán los argumentos esbozados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para defender la función del derecho penal para asegurar el respeto y garantía de los derechos humanos, los alcances que asignó al deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos, así como su interpretación del principio de legalidad y el *ne bis in idem* a los fines de lograr la punición de los crímenes internacionales.

El Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, por su parte, recibe un análisis más profundo, en virtud de que los pronunciamientos de sus órganos y los estándares que han derivado de los instrumentos regionales de derechos humanos son tenidos en cuenta al momento de analizar las investigaciones penales por graves violaciones de derechos humanos llevadas adelante en Argentina.

El autor analiza las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el deber de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y las obligaciones específicas que surgen ante graves violaciones de derechos humanos. Del

mismo modo, estudia los desarrollos respecto de la incompatibilidad de las leyes de amnistía en casos de graves violaciones de derechos humanos y la interpretación que los órganos del SIDH han realizado del principio de legalidad, el *ne bis in idem* y la cosa juzgada cuando se investigan estos delitos.

En el cuarto apartado, Rey considera la recepción de los estándares internacionales en la investigación de las graves violaciones a los derechos humanos, y lo más importante es que entra en la historia argentina. Se pregunta cómo ha sido integrado el derecho internacional en el derecho interno a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y brinda respuestas a partir del examen de la normativa constitucional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia.

El compromiso del profesor Rey con la historia y con los desaparecidos está presente a lo largo de toda su tesis y se expresa más cabalmente con las conclusiones, que llegan en el capítulo 5. Allí cita textual a Rubén Blades y agrega ese contenido sentido y comprometido que hace que este libro sea sencillamente maravilloso. “¿A dónde van los desaparecidos?”, se pregunta con el poeta costarricense. Este pasaje nos transportó directamente al poema “Florece el aire” de Carlos Erasmo Aguirre, compuesto en la cárcel de La Plata en 1979:

el rostro de los niños
y los hijos sin padres
me van tirando nombres
que se vuelven gigantes
mañana o tal vez siempre
volverán de la muerte
en millones de labios
sonriendo mansamente.
Si mañana en mi boca
despertara el silencio
y en mi lengua cansada
no están mis compañeros
que mal rayo me parta
y en el mar de su sangre
que naufrague mi nombre
pues merezco ser nadie.

4. Sobre los casos elegidos como muestra

Tres hechos emblemáticos, la Masacre de Trelew, las tres A y el Operativo Independencia se constituyen en los casos de hipotética aplicación de la legislación estudiada. El autor elige bien estos tres hitos centrales; analiza las resoluciones dictadas al momento de la comisión de los crímenes y el corpus de los expedientes judiciales en los que se juzgó a los responsables.

Aquí debemos hacer algunas reseñas importantes, comentarios y evaluaciones críticas de la historia, que colaborarán con las personas que deseen abordar la obra de Rey.

Entre el primer golpe de Estado, perpetrado el 6 de septiembre de 1930, y el último, del 24 de marzo de 1976, la política argentina recorrió un camino sinuoso y lleno de interrupciones, cambios bruscos y violentos. Desde aquella interrupción por parte de Uriburu se sucedieron varias interrupciones al sistema democrático y, además, se concretaron hechos de violencia e intolerancia política de niveles cada vez más acentuados. El golpe de 1955 fue particularmente significativo porque abrió un período de inestabilidad institucional, democracias tuteladas, proscripción, represión y resistencias que alcanzó su expresión más oscura veinte años después en el genocidio perpetrado desde el Estado. Sin embargo, todas estas prácticas se diferencian de modo sustancial de lo consumado en la década de 1970: genocidio y terrorismo de Estado sostenido en la desaparición física de las personas.

Este plan criminal del terrorismo de Estado no fue invento de los represores argentinos, sino que fue copiado del régimen nazi –contó con el mismo antisemitismo que en sus orígenes– y emulado de la estrategia de la guerra moderna ensayada por los franceses en Argelia (finalizada en 1962).

Comenzó a perfilarse durante el gobierno democrático de Frondizi con la creación del Plan de Conmoción Interna del Estado (CONINTES), continuó con la participación de militares argentinos (y del todo el Cono Sur) en la Escuela de las Américas durante los sesentas y se concretó en el Plan Cóndor, todo en el contexto de la denominada “guerra fría” que, en estas latitudes, no tuvo nada de fría, sino que fue, por el contrario, muy caliente.

Una muestra de este contexto en que se desarrollaron los hechos que describe el autor en su libro, puede resultar interesante mencionar el caso Verd, acaecido en 1971. A mediados de la década de 1960, Marcelo Verd y Sara Palacio partieron junto a sus dos hijas tras el mismo sueño revolucionario de muchos jóvenes y se fueron a Cuba para formarse y entrenarse.

Según algunas investigaciones, a partir de que la CIA accedió a los datos de las personas que recibieron instrucción en Cuba, la inteligencia argentina, que estaba articulada con la inteligencia norteamericana, comenzó a seguir los movimientos del matrimonio. La comunidad ideológica y las redes de colaboración entre militares de los distintos países latinoamericanos con Estados Unidos contribuyeron a las prácticas ilegales contra la población civil. Las fuerzas de seguridad del Estado ya venían formadas en la Escuela de las Américas en los métodos ilegales de lucha contra la guerrilla y, entre otros, el matrimonio Verd-Palacios se convirtió en objeto de la persecución.

Se instalaron en San Juan, Marcelo trabajaba en un centro odontológico y las nenas iban a la escuela. El 2 de julio de 1971 fueron secuestrados a plena luz del día y delante de sus dos hijas. En respuesta a las denuncias de los vecinos y familiares, las autoridades se enfocaron –antes que en aclarar el secuestro– en señalar la presunta “actividad extremista” de Verd, que fue imputado por la justicia federal de San Juan, convirtiéndolo además en “prófugo de la justicia”. Podemos suponer que la estrategia de zona liberada comenzaba a ser puesta en práctica.³

Lo expuesto demuestra que la estrategia de la desaparición forzada comenzó a aplicarse en 1971 en San Juan con el secuestro, tortura, asesinato y posterior desaparición del matrimonio Verd-Palacios. Allí cambió la naturaleza del raid violento de la represión militar en Argentina que continuó hasta la recuperación de la democracia en 1983. Desde entonces, la desaparición forzada y la tortura se constituyeron en herramientas centrales del plan criminal del terrorismo de Estado y del genocidio perpetrado en Argentina entre 1971-1983. Como explica Rey,

la eliminación física de opositores políticos y el adoctrinamiento de la población en general por medio del terror había comenzado a ser aplicado en menor escala a partir de los gobiernos *de facto* de Onganía, Levingston y Lanusse y continuó durante la tercera presidencia de Perón y Martínez de Perón.

Los tres casos que toma el autor están enmarcados en este contexto. Todas expresiones del terrorismo de Estado en los prolegómenos de la última dictadura y muestra cabal de la impunidad del accionar ilegal con que operaban los grupos criminales. Es evidente que los responsables contaron con el mismo pacto de impunidad que se mantuvo vigente hasta recuperada la democracia: la cruel promesa de protegerse mutuamente en el silencio ilegal, sin decir dónde están los cuerpos de los desaparecidos sin importarles que los familiares puedan darle sepultura y tener un lugar donde llevar una flor.

4.1. La Masacre de Trelew

Rey desarrolla el hecho sucedido en la Base Almirante Zar, en la ciudad de Trelew, el 22 de agosto de 1972, cuando fueron asesinados 16 jóvenes después de un intento de fuga y posterior recaptura. Por su parte, los sobrevivientes María Antonia Berger, Alberto Miguel Camps y Ricardo René Haidar lograron sobrevivir y testimoniar antes de ser desaparecidos por la última dictadura cívico-militar.

Los asesinatos fueron analizados por el Tribunal Federal de Comodoro Rivadavia, que dictó prisión perpetua contra Emilio del Real, Luis Sosa y Carlos Marandino por crímenes contra la humanidad. La condena quedó firme en 2021.

³ Conf. <https://www.lesahumanidadsanjuan.org/el-caso-verd-el-caso-maestre/>

Los hechos, tal como destaca Rey, quedaran en la historia argentina como un hito en el camino del plan criminal del terrorismo de Estado. El asesinato de estos jóvenes venía a escalar la masacre de 1955: de los fusilamientos de los militares ordenada por Aramburu y Rojas; ahora se masacraba a jóvenes militantes, comprometidos con la realidad de su país, y se daba inicio a la utilización de los asesinatos, las torturas y la desaparición forzada para doblegar la resistencia social y política a los gobiernos de facto.

En una nota al margen, nos interesa mencionar que la provincia de Mendoza, de donde somos los autores de esta reseña, está vinculada estrechamente con la Masacre de Trelew. El poeta Paco Urondo escribió *La Patria Fusilada*, un libro en el que entrevistó a los sobrevivientes de la Masacre, de manera similar a como Rodolfo Walsh entrevistó a los supervivientes de la Masacre de los basurales de José León Suárez. Además, el Fiscal Dante Vega fue el acusador en el juicio por Trelew y es –en la actualidad– el fiscal de Lesa Humanidad de la provincia de Mendoza.

4.2. La Triple A

Nuevamente acierta el profesor Rey en tratar las tres A (que puede ser Alianza Anticomunista Argentina o puede ser algún nombre esotérico oscurantista de los que se vanagloriaba el asesino López Rega) desde la perspectiva de los estándares internacionales. La elección es correcta, ya que queda claro que estos grupos ocultos manejaban el Estado en las sombras y eran instrumentos que claramente dominaban el poder del terrorismo de Estado.

Rey relata aquí las muertes producidas y el mecanismo utilizado por las tres A ofreciendo una investigación que refleja muy bien la complejidad de este período. Para quienes gustan del cine, pueden acercarse al clima de esta época con *El secreto de sus ojos*, película ganadora de un Oscar, protagonizada por Ricardo Darín con el guion magistral del escritor Eduardo Sacheri.

El libro describe algunos de los delitos cometidos por la organización liderada por el ministro López Rega. Entre los primeros asesinatos, destaca el del padre Carlos Mugica, quien había denunciado la corrupción de López Rega. Citando los datos aportados por Amnistía Internacional, Rey expone que fueron más de 1500 crímenes, con un pico de 300 asesinatos solo en 1974. Finalmente, se fusionaron y disolvieron en el Estado terrorista el 24 de marzo de 1976.

Miguel Bonasso, en su libro *El presidente que no fue*, se refiere a este mecanismo como un nuevo “somatén”, milicia parapolicial copiada de la metodología nazi (camisas pardas) y fascista (camisas negras), pero aplicado en España con la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930) y reestablecida por el franquismo hasta 1978, en que se reestableció la democracia (sobre este asunto puede verse la obra de José Luis Rodríguez Jiménez).

“Somatén es lo que hace falta”. Ese era el pensamiento del asesino de horca y cuchillo llamado López Rega, que va a llegar a dominar el poder del Estado a la muerte de Perón en 1974. Con esta mirada,

organizó grupos voluntarios de asesinos que colaboraran con el régimen y se confundieran con la sociedad civil, pero son armados por el Estado y sostenidos con sueldos estatales.

Esta forma de violencia, bien desarrollada en el trabajo de Rey, resulta muy siniestra, ya que se aprovecha la perversidad de quienes se unen a estas bandas criminales, ofreciéndoles impunidad y dándoles permiso para actuar más allá de lo exigido para dar rienda suelta a todas las atrocidades más allá de lo imaginable.

4.3. El Operativo Independencia

En marzo de 1974, entre 40 y 50 miembros del ERP se trasladaron a las montañas de Tucumán para comenzar formalmente su entrenamiento en tácticas de guerrilla rural. La mayoría de ellos no tenían experiencia previa, pero consideraban que las montañas eran el lugar ideal para todo revolucionario combativo.

Rey expone meticulosamente todo el instrumental legislativo reflejado en los decretos secretos del gobierno democrático que habilitaba a las Fuerzas Armadas a ensayar el terrorismo de Estado lisa y llanamente. A partir de esta operación se pusieron a prueba de forma sistemática la aplicación del continuo aberrante de secuestro, traslado a centros clandestinos de detención, interrogatorios bajo tortura, asesinato y posterior ocultamiento de los cuerpos.

El libro desarrolla el resultado del megajuicio por el Operativo Independencia y la sentencia del Tribunal Federal de Tucumán (confirmada por la Cámara de Casación Penal en 2024) por la que condenó a diez acusados y absolvió a otros siete.

5. Consideraciones finales

El libro expone –en ejemplo triple– las graves violaciones a los derechos humanos de la primera parte de la década y las respuestas jurídicas posibles en el ordenamiento internacional y nacional. Pero, además, cuenta con la base constituida por las sentencias argentinas dictadas a lo largo de veinte años en el proceso de juzgamiento de los crímenes contra la humanidad (desde 2005, con el fallo “Simón”, hasta la actualidad).

Recordemos que, según la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, en Argentina se han sancionado hasta el año 2023 a 1173 personas por crímenes de lesa humanidad en 316 sentencias dictadas en todo el país. El informe refiere que en estos 17 años fueron requeridas por el MPF para su investigación 3744 personas y que actualmente hay 685 causas en trámite. En tal sentido, indica que “continúa siendo significativo el número de personas que atraviesa el proceso de juzgamiento y aún no han obtenido sentencia (50%). De ellas, 394 se encuentran procesadas, 146 con falta de mérito y 94 sobreesidas”. Agrega que “hay 510 personas que tienen pedido de indagatoria sin que ésta se

haya desarrollado, y 92 personas imputadas ya fueron indagadas sin que se haya resuelto su situación procesal”.⁴

Argentina es, así, el único país en el mundo con tamaño cuerpo documental de sentencias, fundamentos y juicios por crímenes contra la humanidad. Todo este cuerpo documental es analizado por Rey en este libro.

Esta obra es un estudio minucioso y detallado de los diversos documentos que conforman este valioso archivo, utilizando técnicas de análisis documental y hermenéutica para desentrañar el significado y la importancia de cada uno de ellos en el contexto histórico correspondiente. Por lo tanto, la propuesta del autor resulta muy valiosa, novedosa y necesaria.

No se dice –no se reconoce– pero Argentina es un faro en el mundo en cuanto juzgamiento de crímenes contra la humanidad y el libro del profesor Rey logra constituirse en un trabajo académico para el mundo y para aquellos que busquen justicia.

4 Conf. <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/son-1173-las-personas-condenadas-por-crimes-de-lesa-humanidad-en-316-sentencias-dictadas-en-todo-el-pais-desde-2006/>

Reseña del libro

La lucha por el pasado: cómo construimos la memoria social

Jelin, E. (2024). *La lucha por el pasado: cómo construimos la memoria social*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Por Nayla Santisteban¹

Para comenzar la presente reseña, me parece oportuno advertir que se trata de una nueva edición de un texto ya publicado por su autora. Su primera impresión data del año 2017, motivo por el cual, la obra se inicia con una nueva reflexión sobre los motivos que llevaron a su reedición.

El prefacio contiene un fragmento de “No te rindas”² invitando entre líneas al lector a reflexionar sobre las formas de sentir y de pensar las temporalidades.

Como su nombre lo indica, estamos frente a un texto que da cuenta y reflexiona acerca de los procesos de memoria en el Cono Sur; las significaciones del pasado; y las políticas de memoria, verdad y justicia.

Esta nueva edición se pone en marcha entre fines de 2023 y comienzos de 2024 ante una coyuntura en donde las discusiones en torno a la memoria y al pasado se encuentran en la agenda pública. Este escenario no es inocente: nos encontramos frente al ascenso de un gobierno de derecha que viene a disputar los sentidos e interpretaciones del pasado. De esta forma, el pasado es sustancialmente dinámico y responde a las interpretaciones de una época.

¹ Abogada (UBA). Se encuentra cursando la Especialización en Derecho Penal (UBA) y en Criminología (UNQUI). Integrante de diversos proyectos de investigación (UNPAZ-UBA). Ayudante de Derecho Penal y Criminología (UBA).

² Poema del autor Mario Benedetti

Este libro funciona como una herramienta analítica que invita a seguir reflexionando e interrogándonos acerca de las disputas en la forma en que construimos el pasado con miras al futuro.

La obra consta de una introducción y ocho capítulos donde los ejes transversales son el pasado, la violencia política, y los estudios de memorias. En este sentido, la autora sostiene que no existe una única lucha por el pasado ni una única memoria, sino más bien interpretaciones cargadas de sentidos. Pensar la historia como algo quieto inmóvil es erróneo.

El primer capítulo, denominado “La conflictiva y nunca acabada mirada sobre el pasado”, se inicia con una nota de la autora en donde explica que el texto se desarrolló en la primera década del actual siglo y bajo el programa de memoria de la represión³ que dirigió.

La centralidad de este pasaje radica en analizar las maneras que se manifiestan las memorias y las interpretaciones del pasado desde una perspectiva global entendiendo la necesidad de profundizar y reflexionar acerca de lo acontecido en el Cono Sur.

El interrogante del capítulo gira en torno a la manera en que los Estados democráticos confrontan con los recientes pasados violentos. Frente a esta pregunta la autora cita el caso alemán para luego analizar lo sucedido en América Latina, principalmente en la Argentina.

De esta forma describe los contextos políticos y temporales en los cuales se dieron los golpes de Estado en Chile, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, como así también los procesos transicionales democráticos. Jelin identifica un rasgo en común vinculado con que el pasado dictatorial no quedó clausurado con el retorno de las democracias.

La obra continúa con el segundo capítulo llamado “La conformación de un campo de investigación: Estudios sobre memoria y género en las ciencias sociales latinoamericanas”, en el cual plantea la necesidad de analizar de forma complementaria el desarrollo de la perspectiva de género y el estudio de las cuestiones ligadas a los derechos humanos y a la memoria social.

Se trata de campos donde existen grandes similitudes que pueden integrarse dejando de lado desarrollos autónomos o paralelos. Su relación permite cuestionar perspectivas ya establecidas en las maneras en que cada sociedad reflexiona acerca de los conflictos sociales. Lo enriquecedor de esta parte del libro es el desarrollo temporal de los campos de conocimiento de las ciencias sociales y las diferentes olas y avances feministas en la región. El recorrido temporal se inicia en los años sesenta hasta la actualidad planteando nuevos y viejos desafíos.

De lo hasta aquí mencionado me gustaría detenerme en dos aspectos: 1) el análisis del rol de la mujer en los movimientos de derechos humanos abandonando el ámbito doméstico para llevar a cabo una lógica del afecto que motorizó la búsqueda del ser querido, y 2) las reflexiones en torno a la construcción del concepto de ciudadanía que se ubican a mediados de los ochenta.

3 Comité de América Latina del Social Science Research Council.

“Certezas, incertidumbres, y búsquedas. El movimiento de derechos humanos y la construcción democrática en la Argentina” es el nombre del tercer capítulo del libro. En él se evidencia un profundo análisis del surgimiento y desarrollo de los organismos de derechos humanos desde diferentes perspectivas.

La autoría comienza detallando el accionar de aquellas personas afectadas, sean familiares o allegadas de la persona desaparecida. En este sentido, se profundiza en los inicios y conformación de las agrupaciones que hasta la actualidad persisten. Asimismo, se explicitan las diferentes posturas que estas fueron tomando en torno a la búsqueda, difusión y denuncia del terrorismo de Estado.

Los contrastes entre alineamientos y disputas giraron fundamentalmente en torno a las distintas posturas sobre la estrategia que sería llevada a cabo en la búsqueda de justicia. Estas diferencias se relacionaban, fundamentalmente, con la manera en que se gestaba el vínculo con el Poder Judicial durante el golpe de Estado, como así también con el Poder Ejecutivo en la transición democrática.

Durante el desarrollo del texto se da cuenta del rol que tuvieron los organismos de derechos humanos durante la visita de la CIDH en el año 1979; los aportes en torno a la confección del informe *Nunca más*; la búsqueda de los/las nietos/as; las implicancias del juicio a las juntas; las diferentes posturas en torno a las exhumaciones y las resistencias a la Ley de Punto Final y a la Ley de Obediencia Debida.

Finalmente, y teniendo en cuenta el subtítulo propuesto en el libro, la autora analiza nuevos horizontes en la lucha contra el olvido. De esta forma, incluye un exhaustivo análisis de la postura de los organismos de derechos humanos en torno a indemnizaciones a las víctimas y/o familiares de desaparecidos; la presentación de las primeras querellas por la sustracción de menores; y el avance de la declaración de inconstitucionalidad y posterior anulación de las leyes de la impunidad.

El capítulo finaliza detallando la apertura de los juicios por crímenes de lesa humanidad y la importancia de la implementación de políticas de Estado cuya finalidad fue acompañar la lucha de los organismos de derechos humanos.

El libro continúa con el cuarto capítulo “Marcar para recordar. Fechas, lugares, archivos”. Siguiendo la línea de análisis expuesto en el capítulo anterior, Jelin reflexiona en torno a las tensiones y disputas políticas existentes sobre las conmemoraciones, marcas territoriales y organización de archivos y documentación. Entiende que forman parte de las luchas por memoria, verdad y justicia. Finalmente, se involucra en los diferentes sentidos que se le dan a las fechas conmemorativas y las demandas políticas que estas traen aparejadas para los movimientos de derechos humanos.

“¿Víctimas, familiares o ciudadanos? Las luchas por la legitimidad de la palabra” es el título del quinto capítulo que aborda un tema central para pensar la trascendencia del libro. La autora plantea que existen voces cuya veracidad y legitimidad son determinantes para participar en la discusión pública fundamentalmente sobre las significaciones del pasado.

De esta manera, analiza lo que ella denomina el “familismo” en torno a las políticas de memoria, haciendo hincapié en el rol que tuvo el concepto de familia en el discurso militar y como, posteriormente, este discurso fue el que habilitó que solo los familiares de las víctimas pudieran denunciar lo sucedido.

Lo trascendental del capítulo es la invitación a construir un compromiso cívico más incluyente que permita construir una memoria producto de una participación social más democrática e inclusiva.

Continuando el recorrido emprendido en el segundo apartado del libro, la autora mantiene su reflexión alrededor de la perspectiva de género y los estudios de las memorias. Para ello, el sexto capítulo aborda “Los abusos sexuales como crímenes de lesa humanidad y el respeto a la intimidad”.

Jelin comienza calificando la violación como una práctica política que puede entenderse también como una táctica de guerra. Sostiene que el poder ejercido durante la represión se dio en el marco de las relaciones de género en donde la masculinidad se ejercía produciendo dolor y sufrimiento. La agresividad y la dominación fueron características exacerbadas durante la represión militar en donde el cuerpo femenino era considerado un objeto para los torturadores.

El capítulo concluye con un análisis del contexto social en el cual se dieron estos aberrantes hechos, enumera los instrumentos nacionales e internacionales que condenan este tipo de prácticas y finaliza reflexionando acerca de las implicancias que tuvo la incorporación de la perspectiva de género al momento de recibir el testimonio de la víctima.

El anteúltimo capítulo, “Tomar la palabra. El testimonio en el tiempo”, ahonda en la trascendencia de las declaraciones durante el tiempo. La autora se detiene en analizar la temporalidad de los relatos y el modo en que las percepciones personales de quien presta el testimonio van moldeando una idea de lo ocurrido.

En este sentido, presta especial atención a los relatos que dan cuenta de experiencias de violencia política teniendo en cuenta las consecuencias de los padecimientos vividos por sus protagonistas. A modo de ejemplo, se presentan tres entrevistas que tienen en común reflexiones en torno a la dictadura. Al respecto, el libro recoge y analiza las experiencias de vida reflejadas en cada relato.

El libro finaliza con el octavo capítulo denominado “Memoria, ¿para qué? Hacia un futuro más democrático”. En las notas que acompañan la nueva edición la autora se pregunta pensando en el futuro ¿para qué sirve el pasado? Estas reflexiones se acompañan de la necesidad de desarticular y descomponer la relación entre democracia y memoria. Para ello el capítulo trae a colación procesos institucionales llevados a cabo en España, Chile y finalmente en Argentina en donde se pone de relieve el rol del Poder Judicial en las construcciones de órdenes más democráticos.

En el caso de nuestro país, Jelin recurre a la metáfora de la “cascada de justicia”⁴ para reflejar lo ocurrido en torno a los juicios de lesa humanidad. Asimismo, pone de relieve la dimensión pedagógica de la memoria detallando diferentes experiencias en donde existen programas educativos que conllevan una idea-fuerza respecto del “deber de memoria”.

Por último, sostiene la necesidad de ampliar el concepto de derechos humanos entendiendo que es un concepto que se encuentra fundamentalmente ligado a los hechos de violencia política ocurridos

4 Concepto de Kathryn Sikkink.

durante la dictadura militar, pero que actualmente la agenda de los mismos incluye un sinnúmero de reclamos muchos más amplios que deben ser tenidos en cuenta con miras a construir un presente más democrático.

En el actual contexto social y político, donde posturas negacionistas llegaron al Poder Ejecutivo, la obra de Jelin resulta un aporte imprescindible para seguir dando la disputa en torno a qué tipo de memoria queremos construir para nuestro presente y, sobre todo, para las generaciones futuras. El texto es una herramienta que permite reflexionar en torno al camino construido desde una perspectiva crítica, pero revalorizando la lucha de los organismos de derechos humanos y sus conquistas. “La lucha por el pasado” da cuenta de la necesidad de seguir construyendo una sociedad democrática donde la defensa de la memoria como pilar fundamental siga abrazando las banderas de memoria, verdad y justicia.

Reseña del libro

Niñez, género y discapacidad

Fernández, S. E. (2023). *Niñez, género y discapacidad. Un enfoque interseccional en el ejercicio de los derechos sexuales reproductivos y no reproductivos*. Buenos Aires: Editores del Sur.

Por Daniela Verónica Maza¹

1. Introducción

La investigación científica feminista es un lugar donde atravesamos las existencias de quienes han estado excluidas de estos procesos de conformación de conocimiento. La epistemología como disciplina filosófica se encarga de analizar y evaluar críticamente los productos de la actividad científica; sin embargo, su posición tradicional encontró cuestionamientos provenientes de las ciencias sociales, la psicología y la sociología. El derecho quedó atrapado en un entramado científico clásico y es precisamente en este lugar donde la filosofía feminista avanzó para dar lugar a nuevos modos de producir conocimiento científico, sin silenciamientos ni observadores ocultos.

Históricamente las mujeres, las adolescentes y las niñas han experimentado la disconformidad con su condición social y estatuto simbólico, pero recién en las últimas décadas los cambios en la investigación científica mediante la intervención de mujeres han permitido que se fundan las experiencias en la producción de conocimiento para trascender al plano de la materialidad, ingresar en el mundo de la realidad y ser parte de la cotidianeidad.

¹ Abogada (UNL). Especialista en Género y Derecho (UBA). Especialista en Políticas Públicas y Justicia de Género (CLACSO). Magíster en Estudios de Género (UCES). Doctora en Ciencias Jurídicas (UMSA). Docente de Derecho del Trabajo (UBA) y de Contratos (USI).

2. Metodología en contexto

El siglo XXI nos impone múltiples desafíos que incluyen no solo la rigurosidad de los posicionamientos que adoptamos y la elección de los métodos analíticos, sino las preguntas sobre cómo nos enfrentamos, con qué herramientas, y quiénes somos ante las violaciones a los derechos humanos y las desigualdades que se observan.

El análisis interseccional que propone Fernández como método crítico le resulta hábil para visibilizar y revelar los diferentes niveles de opresión y lo plantea como un camino necesario para comprender cómo se nuclean, articulan, ensamblan y disciplinan las opresiones. La formulación de preguntas que justifican la aplicación de la interseccionalidad aparece un direccionador que, como sujeta cognoscente, utiliza para ingresar en un nuevo estado de subjetivación para no naturalizar las prácticas sociales que son del orden del poder, y las de los dominios del saber que son del orden del saber.

Los interrogantes que realiza dan respuesta a todo un entramado de configuraciones narrativas y vivenciales que proyectan la complejidad de los obstáculos que enfrentan las adolescentes con discapacidad en el ejercicio de los derechos sexuales y no reproductivos (en adelante DSNoR). Al identificar las sujetas de la investigación, aparecen nuevos valores, deberes y garantías como la debida diligencia reforzada, nuevas técnicas como la aplicación de la perspectiva de género, el abordaje interseccional, y nuevos conceptos que se entrelazan de manera inescindible a otros como lo es el género, la discapacidad, la edad, los estereotipos, la autonomía y los derechos sexuales no reproductivos.

La riqueza epistémica y metodológica en este libro la encontramos en los giros narrativos donde las normas y experiencias se ligan en interpretaciones que ponen en evidencia las formas en las que históricamente se han identificado a las personas según su género, edad y situación/posición/condición de discapacidad.

La autora propone una visión constructivista de la identidad de género que se basa en las relaciones de poder, historia de las personas, contexto histórico, etc., y reconoce que el género es un producto no acabado que se reproduce constantemente, ya que todas las personas aportan a esta construcción social del género.

3. Contenido del libro

Intersectar. Esta primera palabra con la que la autora decide introducirnos a su obra constituye un posicionamiento y una línea epistémica que nos permitirá comprender cómo se desarticulan las lógicas generadoras de la desigualdad, la discriminación y la violencia en la investigación feminista. De este modo, revela su intención de producir conocimiento desde un enfoque expansivo.

En el centro del trabajo se encuentran las mujeres con discapacidad que en su adolescencia transitan experiencias de exclusión y silenciamiento, sin un camino diagonal que evite las vivencias de subalter-

nidad, la disnea de opresiones y la sensación de otredad que las atraviesa en el ejercicio de sus derechos sexuales y no reproductivos frente a normas capacitistas, sexistas, androcéntricas y edadistas.

La obra presenta esta riqueza al adoptar dinámicas de escucha y diálogos que favorecen la identificación de nuevas y no exploradas experiencias. Siguiendo a Crenshaw, aplica la perspectiva interseccional, quien la compara con el tráfico en una intersección de calles con autos que van y vienen en todas direcciones, causando la discriminación la herida que se le causa a la mujer negra ubicada en la intersección con motivo del flujo de variables que transitan esa ruta. Esta perspectiva de interseccionalidad que asume, para la autora implica sostener que no es suficiente con hacer visibles únicamente las relaciones de dominación de género, sino que debe analizarse que este sistema de poder se relaciona y se coconstruye con otros como la raza, la clase, la sexualidad, la posición económica, etc. De omitirse estas lógicas que interactúan, se refuerza la opresión y dominación que los feminismos critican.

Explora las diferencias entre interseccionalidad y discriminación múltiple y explica cómo la transversalización de la perspectiva de género al colectivo de la niñez con discapacidad se desarrolla como un sendero obligado para desentrañar e interpelar las diversas discriminaciones que atraviesan a las niñas y adolescentes bajo la vigencia de estereotipos y mandatos patriarcales y adultocéntricos.

Sostiene que no es lo mismo ser niña o niño en materia de ejercicio de derechos sexuales y no reproductivos, ya que la niña tendrá una experiencia propia que produce identidad y debe ser deconstruida desde esta visión interseccional para reflejar adecuadamente sus experiencias. Lo mismo plantea en relación con las variables género y discapacidad, ya que esta intersección permite identificar su posición de forasteras respecto de la sociedad dominante y los dominios de poder socialmente vigentes (capacitistas y sexistas), incluso dentro de los propios feminismos. Nutre el análisis desde la perspectiva feminista y del movimiento de las personas con discapacidad, debido a que ambos tienen los mismos objetivos, como el derecho a la dignidad y a la capacidad de elección.

Explora los marcos teóricos que se aplican transversalmente al analizar la condición, situación y posición de la sujeta de estudio, para identificar los niveles de opresión y exclusión social, así como los diversos focos de discriminación vinculados con la niñez, la discapacidad y el género. Estos marcos lo constituyen la protección especial de los derechos de niños, niñas y adolescentes; el modelo social de la discapacidad y sus renovaciones a través del modelo de la diversidad y el modelo de derechos humanos; y, finalmente, la perspectiva de género con los aportes de los feminismos jurídicos.

El libro avanza en la indagación de los modelos proteccionistas en relación con los niños y niñas. Distingue el proteccionismo tradicional, vigente hasta la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) en 1989, y el proteccionismo renovado, que propone la protección de sus derechos, que sean reconocidos como titulares de derechos y participen en su ejercicio teniendo en cuenta su edad y madurez.

Desarrolla la trayectoria anterior a la CDN plasmada en numerosos documentos internacionales en favor de las personas menores de edad. La CDN aglutina los principios de derechos humanos, posi-

ciona al niño/a como sujeto/a de derecho y destinatario de protección. La autora identifica un cambio en la visión cultural de la infancia en su posicionamiento jurídico y político.

Aplicando la técnica interseccional, Fernández se pregunta ¿cuál ha sido la atención prestada a las infancias con discapacidad en el *corpus iuris* de derechos humanos? ¿Se adopta un enfoque diferencial de género? Estos interrogantes revelan que la discapacidad mencionada en el artículo 23 de la CDN está alejado del modelo social de la discapacidad y enfatiza y cuestiona la terminología adoptada. Considera que la redacción del artículo aparece centrada en los derechos de prestaciones de asistencia, cuidados, prevención y tratamientos, y reafirma el modelo rehabilitador. Por otro lado, destaca que afirma la dignidad de los niños y niñas con discapacidad, y esto condice con la noción de dignidad extrínseca explicitada por el modelo de la diversidad, aunque la falta de perspectiva transversal de la discapacidad en la CDN ha llevado a descuidar su situación en el ejercicio de sus derechos. Distingue paternalismo de protección especial y establece distinciones para su identificación, puesto que la protección no puede quedar alineada con el proteccionismo tradicional.

En cuanto al interés superior del niño, señala que muchas veces bajo este concepto se revelan prácticas que restringen el ejercicio de derechos personalísimos de adolescentes con discapacidad. Destaca que la indeterminación del concepto ha dado lugar a decisiones de carácter sustitutivo contrarias al modelo de capacidad jurídica con apoyo basado en el respeto de las voluntades y preferencias (conf. arts. 3 y 13 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante CDPD), afectando la autonomía progresiva (art. 5 CDN), y profundizando la discriminación por motivos de discapacidad (art. 2 CDPD).

La autora observa que al establecer estándares de normalidad en las interpretaciones, se fortalecen las visiones estereotipadas sobre la discapacidad, dado que se esconde el paternalismo y el capacitismo. Como investigadora doctoral, no se detiene en la exploración y la crítica, sino que avanza para descubrir cuál es el concepto de interés superior del niño. Una búsqueda sostenida en una tecnología científica le ha permitido expandirse a otros planos normativos en los que la complejidad de la composición narrativa y argumental trasciende las interpretaciones tradicionales. De este modo, enfrenta la indefinición de este concepto en la Observación General N° 14 del Comité del Derechos del Niño en la que el Comité lo define como un derecho, un principio interpretativo y una norma de procedimiento.

Una vez más con la herramienta de la interseccionalidad nos muestra cómo los estereotipos de género, minoría de edad y discapacidad operan de manera yuxtapuesta y oprimen a las adolescentes en el ejercicio de sus derechos sexuales y no reproductivos. No es la intersección lo que limita su autonomía, sino la confluencia permanente de múltiples factores que se combinan en las dinámicas de la vida en relación y establecen escenarios complejos que las muestran dependientes, vulnerables, débiles, asexuadas, inactivas o hipersexualizadas. Una clara marca negativa que se oculta en una construcción del imaginario normativo vigente en la interpretación, pero se aleja del objetivo jurídico e histórico fundante de las normas que dan sentido y garantizan los derechos de las adolescentes con discapacidad.

Sus narraciones cuestionan los comportamientos asumidos y, por esta razón, muestra inquietud ante la lentitud con la que se deshojan las capas de desigualdad y discriminación que causan los estereotipos. Pone de relieve cómo uno de los actores más importantes en el ámbito del SIDH, la Corte IDH, en los casos “Campo Algodonero Vs. México”, “Atala Riffo Vs. Chile” y “Fornerón Vs. Argentina”, mantienen una posición sobre estos patrones conductuales y explica con claridad aquellos fenómenos que impactan diferencialmente sobre ciertas poblaciones.

El poder de la construcción del mensaje de la autora radica en el desarrollo del relato y cómo él atraviesa las figuras predominantes asociadas a la pasividad, fragilidad y debilidad. Mujeres adolescentes que por su discapacidad son observadas con detenimiento.

La palabra patriarcado ocupa en el discurso no solo un posicionamiento teórico, sino que cobra sentido al exhibir cómo mediante la aplicación de la perspectiva de género se desmantela el contenido androcéntrico que subyace cuando nos referimos a personas con discapacidad y, con ello, excluimos las experiencias de las mujeres, adolescentes y niñas.

El lenguaje homogéneo mediante el empleo de la palabra *persona* es cuestionado señalando las lógicas que marcan el camino de las vidas marcadas por la exclusión, el aislamiento y la invisibilización, en relación con los hombres con discapacidad.

Respecto de la evolución de los derechos de las personas con discapacidad, señala cuatro estadios: positivación, generalización, internacionalización y especificación. Para ingresar en el estudio de los marcos teóricos y visionados de cuya evolución surge el modelo social de la discapacidad, pone de relieve las principales críticas y repasa brevemente las principales notas del modelo social de la discapacidad, de prescindencia y sus submodelos de marginación y eugenésico, y el modelo médico, rehabilitador.

Entre los principales hallazgos, se observan las críticas y cuestionamientos centrales al modelo social de la discapacidad, dado que no toma en cuenta las diferencias entre las personas con discapacidad, como el género, la raza, el sexo, la edad, entre otros. Este recorrido le permite advertir que, si bien resulta un marco teórico necesario, es insuficiente para la investigación. Su propósito es avanzar más allá de este modelo debido a la falta de visión de la experiencia personal de la diversidad, la ausencia de perspectiva de género y la omisión de la necesaria interseccionalidad. A ello se suma la conceptualización androcéntrica y adultocéntrica del término persona con discapacidad. Edita los espacios sionormativos en los que se producen las dinámicas de dominación y provocan desigualdades de género, edad, clase, raza, entre otros. La identificación de las experiencias de habitar distintos géneros, un cuerpo no hegemónico, y hacerlo desde diferentes posicionamientos, desestabiliza los tradicionales abordajes adultocéntricos con el que estudian, analizan e interpretan los derechos sexuales y no reproductivos de las adolescentes con discapacidad.

Propone traer al discurso el tema de la diversidad funcional con el que se reemplaza al peyorativo o negativo de deficiencia adoptado por la CDPD y la OMS. El modelo habla de diferencia en vez de deficiencia y de diversidad funcional en lugar de discapacidad. El propósito es colocar la experiencia personal del cuerpo y la mente de las personas con diversidad funcional, lo que tiene un impacto directo

en materia de derechos personalísimos, entre ellos, los DSNoR. La diversidad en este modelo debe ser pensada en relación con la transgresión de una capacidad corporal obligatoria, una corporalidad hegemónica. Se resignifican conocimientos previos y se reproducen configuraciones imaginarias discriminatorias y potentes. Este modelo busca interpelar a la sociedad y frenar la violencia y discriminación que sufren las personas con una corporeidad diferente, pero no solo eso, sino también deconstruir y desarmar los discursos, traumas, obstáculos y limitaciones que encuentran durante su vida en relación.

Con el objetivo de superar las críticas al modelo social, se ha postulado el modelo de derechos humanos, ya que se explican las estructuras discriminatorias y opresivas y sienta las bases para una teoría social de la discapacidad, pero no proporciona valores, lo que sí hace la CDPC. Sin embargo, ha recibido críticas de especialistas, como Palacios, quien entiende que la renovación del modelo social debe hacerse desde el modelo de la diversidad, porque considera la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y no como un modelo, sino como una perspectiva y un enfoque. El análisis recrea en un diálogo de fuentes (Palacios y Degener) y constituye uno de los puntos más álgidos del capítulo III, al resolver tensiones e interrogantes que clarifican la posición de la investigadora. Llega a la raíz al problematizar las variables fundamentales que intersectan en la accesibilidad a derechos, los ajustes razonables y no discriminación, y los apoyos.

Fernández identifica la importancia de aplicar la perspectiva de género en la investigación científica, y no solo en la investigación jurídica. Escenificando críticamente las situaciones, condición y posición que experimentan las adolescentes con discapacidad en el ejercicio de sus DSNoR, desarrolla un marco teórico en el que determina conceptos, establece las distinciones y resuelve la rigidez analítica y unidireccional provenientes de los abordajes tradicionales, androcéntricos, sexistas y no interseccionales. De este modo, propicia las condiciones para otorgar significado a sus experiencias en el ámbito institucional, en la sociedad y la familia.

Recurre a vasta literatura feminista y de género de la mano de Lerner, Facio, Mackinnon, Feldman y Lagarde, entre otras, que confluyen en la reflexión crítica y la enriquecen. Los feminismos y sus aportes desde una perspectiva histórica le dan color a una obra que no se detiene en las normas jurídicas, sino que se atreve a comprender su sentido y contenido. No encuentra fronteras para explicar las opresiones que experimentan las mujeres frente a los desarrollos teóricos, al diseño normativo y a las interpretaciones jurídicas, de las cuales no escapan las adolescentes con discapacidad que son constantemente conminadas a horizontes que no les pertenecen.

Centra su atención en las olas feministas como líneas temporales que le permite identificar cuál es la vertiente más apropiada para el tratamiento del tema. El recorrido lo inicia con los discursos de la primera ola, en la que se reivindica la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. En ella se destacan Olympia de Gouges con la “Declaración de los derechos de la mujer ciudadana” y Mary Wollstonecraft con “Vindicación de los derechos de la mujer”. En la segunda ola, ubicada a fines de la Segunda Guerra Mundial, se detiene en Betty Friedan con “El problema que no tiene nombre”, “El Segundo Sexo” de Simone de Beauvoir y el “Contrato sexual” de Carole Pateman. La tercera ola de fines del siglo XX

y principios del XXI, caracterizada por sus constantes debates entre las intersecciones de opresión, identifica la comunidad negra, *queer*, transgénero, lesbiana, las doctrinas post y anticoloniales, y las referencias antiimperialistas y anticapitalistas. Por último, bien algunas autoras hablan de una cuarta ola, que todavía es una idea en construcción.

Propone articular el contenido de la CDPD y de la CDN para dar respuesta a la exigencia de formas diferenciales de protección y el ejercicio de la capacidad jurídica por mujeres adolescentes con discapacidad en el campo de los derechos personalísimos. Advierte la necesidad de un diálogo interconectado entre los discursos del género y los de la discapacidad para identificar los estereotipos y prejuicios que operan a las tres situaciones –niñez, género y discapacidad– presentes en los abordajes sanitarios y judiciales, una amplia comprensión del derecho de accesibilidad y el aseguramiento de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, conforme la autonomía progresiva de las adolescentes.

El libro profundiza en la distinción de los derechos sexuales reproductivos y no reproductivos. Define la sexualidad e imprime una mirada más detallada y compleja a sus dimensiones: biológica, cultural, psíquico-emocional, social e histórica. Imágenes y patrones comportamentales representados en los diálogos organizados, adquieren relevancia mediante palabras que otorgan sentidos y contenido simbólico. Sexo, salud sexual y no reproductiva, derechos sexuales, diferencias biológicas, diversidad son algunos de los conceptos y dominios del saber que trascienden el relato para anclar en el *corpus iuris* y en las obligaciones de los Estados, para fortalecer las intervenciones judiciales y tornen accesible las peticiones de las adolescentes en un marco de garantías y derechos humanos.

La vulnerabilidad en niñas y niños con discapacidad se produce por su incapacidad de oír, moverse, vestirse, bañarse independientemente, al vivir aislados de sus familias, en la dificultad de comunicación o discapacidad intelectual que pueden ser objeto de incredulidad, o por encontrarse bajo presión debido a problemas físicos y emocionales, o cuando se considera que no son seres sexuales, entre otras. Todas estas razones dan sentido a la Observación General N° 9 del Comité de Derechos del Niño, en la cual recomienda a los Estados que proporcionen a los adolescentes con discapacidad información, orientaciones y consultas adecuadas, y tengan en cuenta la Observación General N° 3 sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño y la Observación General N° 4 sobre salud y el desarrollo a los adolescentes en el contexto de la CDN.

Ningún otro grupo ha sufrido una restricción tan significativa de sus DSNOR ni ha sido tratado tan negativamente como las mujeres con discapacidad y, entre ellas, las adolescentes. Esto se verifica en la identificación de múltiples obstáculos a nivel de accesibilidad: los más habituales son las actitudes negativas del personal sanitario, la falta de accesibilidad física de edificios y equipos (camillas, mamografías), la falta de transporte accesible, la no asequibilidad de los servicios, la ausencia de información en formatos accesibles, las barreras en la comunicación, sustitución de la información, el aislamiento en instituciones, residencias o en el hogar familiar, y la falta del enfoque de género que atraviesa la Convención (arts. 3, 6, 7, 8, 13, 16, 18, 23, 15 y 30). Esto conduce a la investigadora al estudio de la educación sexual integral, anticoncepción, esterilización quirúrgica, acceso al aborto seguro o a la

interrupción legal y voluntaria del embarazo, y los dispone como ejes centrales al hablar de sexualidad y no reproducción como derechos humanos.

La inobservancia y desconocimiento de su igualdad ante la ley y de su discapacidad produce las violaciones a los DSNOR de las adolescentes con discapacidad (art. 12 CDPD), vulnera su derecho a vivir de forma independiente y ser incluidas en la comunidad (art. 12), a la libertad, intimidad y sexualidad (art. 19), a la protección contra la discriminación en las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la parentalidad y las relaciones personales, incluido el derecho a mantener la fertilidad y decidir el número de hijos/as y el intervalo entre nacimientos (art. 23).

4. Conclusión

La obra pone en evidencia que la geopolítica de la desposesión y el debate sobre los cuerpos y territorios desde una mirada crítica feminista encuentra estrechos vínculos con el lugar que ocupan las adolescentes con discapacidad en la sociedad y en el ejercicio de sus DSNOR. Tiene como valor agregado un enfoque diferencial para superar en el acceso al ejercicio de estos derechos.

El capital académico y político feminista de la investigación está en el posicionamiento epistemológico y metodológico, como en su propuesta para establecer modificaciones legislativas a normas vigentes, para que se establezcan prácticas más respetuosas en clave de derechos humanos, para prevenir daños en el acceso efectivo al goce de estos derechos conforme al principio de prevención vigente en el ordenamiento jurídico argentino (art. 1710 CCyCN).

En síntesis, este libro enriquecerá no solo las lecturas de cualquier persona que busque desarrollar su sistema de pensamiento y potenciar su conocimiento, sino que brindará herramientas útiles para enfrentar el desafío de transformar estructuras tradicionales del pensamiento, el análisis crítico y desestabilizar los cimientos del patriarcado.

Reseña del libro *Los nietos te cuentan cómo fue. Historias de identidad*

Argento, A. y Zaffaroni Islas, M. (2023).
*Los nietos te cuentan cómo fue. Historias de
identidad. Buenos Aires: Marea.*

Por Sebastián Alejandro Rey¹

Hace tiempo que no suelo reseñar libros de derechos humanos. Pero *Los nietos te cuentan cómo fue* me pareció una obra tan imprescindible que sentí la necesidad de escribir estas páginas para que los/las lectores/as se vuelquen a la lectura de esta obra que, de un modo original, se adentra en el mundo de las desapariciones forzadas llevadas adelante durante la última dictadura militar en la Argentina, la sustracción de niños y niñas y los pormenores de los procesos que transcurrieron hasta recuperar sus identidades.

Zaffaroni Islas cuenta que no podía creer que a nadie se le hubiera ocurrido contar la historia de los 132 casos resueltos por Abuelas de Plaza de Mayo hasta marzo de 2023. El resultado de las charlas con Argento y la editorial fue dividir los 40 años desde el regreso de la democracia en cuatro décadas y contar tres historias de cada una de ellas. Esto también permitiría comparar las diferencias que existen entre enterarse la verdadera identidad siendo niños/as o a los 45 años de edad.

Considero que el libro tiene grandes aciertos por los motivos que a continuación desarrollaré.

¹ Doctor en Derecho (UBA). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Abogado (UBA). Profesor e investigador (UBA/UNPAZ). Director de la revista Debates sobre Derechos Humanos. Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación.

En primer lugar, porque está dirigido –principal, aunque no exclusivamente– a una nueva generación de adolescentes y jóvenes que no solo nacieron en democracia, sino que no vivieron las luchas contra las leyes de impunidad y la reapertura de los procesos judiciales a comienzos del siglo XXI.

Es decir, una gran cantidad de personas a quienes los crímenes cometidos por la dictadura les suenan ajenos y lejanos, casi como los cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Algo que pertenece a los libros de Historia, pero no a sus propias historias o a las de la sociedad en la que viven.

Para un porcentaje importante de este grupo etario –que podríamos identificar entre los 18 y los 30 años de edad– la lucha contra la impunidad no es un problema que los interpele, como muestran las encuestas de opinión. Por eso, junto a adultos mayores que añoran que los fusiles y las botas salgan de los cuarteles y regresen a las calles son los destinatarios favoritos de los discursos negacionistas que con gran ímpetu han adquirido espacio en los medios de comunicación y, desde fines de 2023, en los poderes del Estado (especialmente en el Poder Ejecutivo y de modo minoritario en el Legislativo).

Para poder “conectar” con este público, acostumbrado a las redes sociales y a las nuevas tecnologías, eligieron 13 casos de nietos y nietas reencontrados/as. Pero no se limitaron a dar información sobre los secuestros de sus padres biológicos, sino que incluyeron anécdotas, películas, canciones y libros favoritos, y ponen a disposición varios códigos QR para obtener más información sobre videos, películas y libros que se encuentran en Internet. Como ejemplo, en el caso de Paula Eva Logares se cuenta que en la película *El viaje de Chihiro*, a la protagonista de 10 años que había perdido a sus padres le advierten que no debe olvidar su nombre, porque de lo contrario quedará atrapada en el mundo de los espíritus para siempre.

De este modo, entiendo que, si este libro llega al público al que está destinado, las autoras van a lograr que quien lo lea pueda empatizar con sus protagonistas, un verdadero hallazgo si lo que se busca es contar historias tan complejas y tristes como las que esta obra narra.

Otra virtud del libro es su extensión: 152 páginas, que considero adecuadas, dado que las nuevas generaciones quieren la información resumida y de fácil acceso. Con muy buen criterio las autoras les ofrecen eso y mucho más, en capítulos que rondan las 10 páginas cada uno, con hermosas ilustraciones de otra hija restituida, Sabrina Gullino Valenzuela Negro, que aun busca a su hermano mellizo que fue apropiado junto a ella.

Mucho se ha escrito sobre el caso de la familia Julien-Grisonas. En varios expedientes judiciales se han condenado a los autores de los crímenes que padecieron Mario Julien, Victoria Grisonas, y sus dos hijos, Anatole y Victoria. Incluso la Corte IDH condenó a la Argentina en el año 2021 por la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial.²

² Corte IDH. *Caso Familia Julien Grisonas Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C No. 437.

En el primer capítulo del libro las autoras cuentan este caso desde la perspectiva del niño y la niña –hoy ambos adultos– y cómo vivieron el proceso de restitución de identidad luego de haber sido secuestrados en la Argentina en el marco del Plan Cóndor y abandonados en una plaza en Valparaíso, Chile.

En este capítulo inicial ya se manifiesta algo que a lo largo de todo el libro se va mostrando con crudeza pero con humanidad: que cada niño/a reencontrado transitó de maneras muy diferentes ese proceso de restitución de su identidad, con sentimientos a veces contrapuestos y que fueron cambiando con el paso del tiempo. Porque, como destacan las autoras, “la búsqueda de la identidad sigue en permanente construcción y búsqueda”. El respeto y sobre todo el relato de lo que surge de las entrevistas sin juzgar a los/as niños/as reencontrados es otro formidable logro de las autoras, que se diferencia de las reacciones de algunos familiares o integrantes del Poder Judicial.

En este sentido, Zaffaroni Islas señala que cada proceso es increíblemente único e irrepetible, más allá de que tienen elementos en común porque son producto del mismo accionar de la dictadura. De igual modo, Natalia Suárez Nelson Corvalán, que relata transitó por momentos de confusión, rebeldía y enojo, quiere que quede su testimonio “como muestra de que cada uno es único y no hay recetas para gestionar esto que nos pasó”.

Un aspecto que el libro narra con criterio es el rol cómplice que tuvo el Poder Judicial durante la dictadura, al convalidar inscripciones de nacimientos falsas y entregas en adopción a familias de militares, y luego del retorno de la democracia al tener que juzgar a apropiadores/as y lidiar con la obtención de pruebas que permitieran acreditar la identidad de los niños y niñas reencontrados/as.

La obra también muestra diferentes puntos de vista sobre la tensión entre el derecho a la verdad de la sociedad y de las familias que buscaban a sus parientes desaparecidos y estos niños y niñas que habían crecido en entornos distintos y se encontraban en la disyuntiva de dar información que pudiera perjudicar a quienes los/as criaron y alterar sus propias vidas.

Así, Ximena Vicario Gallicchio, a quien le sacaron ocho veces sangre para certificar quién era, se define como un “botín de guerra” disputado entre dos familias, y cuenta lo que implicaba ir con custodia policial a la escuela por temor a una fuga y que sus compañeros dejaron de invitarla a cumpleaños, o la autorización judicial para ir de viaje de egresados con la exigencia de que un policía subiera al micro. Su reclamo ante el Congreso de la Nación permitió que se modificara la ley para que se pudiera anular una adopción plena.

Por su parte, Adriana Garnier Ortolani cuenta que su mamá no podía tener hijos y estuvo doce años en lista de espera para adoptar, por lo que cuando le contaron que una vecina había conseguido un bebé en una clínica la fue a retirar, pagó el precio y se la llevó sin saber de dónde venía ni cuál era su origen. “Me llevaron a la casa de mis abuelos e hicieron una fiesta. Fijate la alegría de una familia y el dolor de otra [la biológica] conviviendo a la par”, explica. Para Juan José Morales, “[h]ay dos tipos de situaciones, no es lo mismo una persona que se apropia de vos matando a tus padres, que una persona que se apropia de vos cuando tus padres ya están fallecidos”.

Paula/Carolina Cortassa Zapata expresa que “saber quién sos implica una liberación de la duda que te carcome la cabeza. Pero esa confirmación trae aparejadas muchas historias de dolor y tristeza”. Su caso fue el primero en el que una hija de desaparecidos se acercaba a Abuelas de Plaza de Mayo a buscar información sobre sus orígenes en lugar del camino inverso.

Muchos nietos/as querían saber quiénes eran, pero no querían cargar en su conciencia la culpa de ser la prueba que mandara presos a sus adoptantes o apropiadores. Conocido es el caso de Evelyn Vázquez Ferrá, quien se negó a dar su muestra de sangre y logró que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolviera que la obtención de ADN a partir de la extracción de sangre no podía practicarse compulsivamente.³

Afortunadamente, esa disyuntiva dejó de presentarse cuando los desarrollos científicos permitieron obtener ADN de efectos personales, como cepillos de dientes, almohadas o prendas de vestir. A Ezequiel Rochistein Tauro lo tuvieron que llevar hasta Tribunales y en el Juzgado lo obligaron a entregar su remera, medias y hasta su calzoncillo. “Me sacaron una mochila, me dije: no es responsabilidad mía. Puede parecer violento, pero yo salí liberado”, relata.

Otros nietos/as no querían ver la realidad que los resultados de los exámenes de ADN arrojaban. “Lo negué, te lo muestran y lo negué” recuerda Alejandro Pedro Sandoval Fontana, cuando explica por qué creyó todo lo que le dijo su apropiador. Alejandro incluso había engañado al Poder Judicial por indicación del gendarme Víctor Rei, cuando entregó elementos personales que no eran de él durante el allanamiento de su domicilio para obtener su ADN y se mostraba hostil con quienes investigaban los delitos cometidos. Todo eso comenzó a cambiar una semana después de que su apropiador fuera condenado en el año 2009, el día que fue a visitarlo al penal de Marcos Paz. “¡Por culpa tuya estoy acá!”, le recriminó el gendarme. “No sabía que nacer era un delito, lo que vos hiciste sí es un delito”, respondió Alejandro, que por primera vez enfrentaba a su apropiador. La condena de su apropiador también fue importante para Ezequiel: “me parece importante la sanación, que viene con la justicia. También es una reivindicación para mi abuela, que falleció hace siete años y siempre me buscó”.

En muchos de los procesos de búsqueda de sus identidades de estos niños y niñas que fueron apropiados en la década de 1970 y ahora tienen todos entre 40 y 50 años de edad, el nacimiento de sus propios hijos/as ocupó un lugar central. Desde el hecho de que sus hijos/as pudieran tener sus verdaderos apellidos y, por ende, que sus nombres reflejaran sus identidades reales, hasta comprender a sus familias biológicas: “Cuando nació mi primera hija pensé qué habría hecho yo. La hubiera buscado hasta el fin del mundo, esa fue mi conclusión”, cuenta Ezequiel cada vez que analiza lo que pasó con él.

Que una de las autoras se animara a incluir su propia historia también resulta interesante. Mariana cuenta que varias familias de militares se fugaron a Paraguay con sus hijos e hijas para eludir al Poder Judicial argentino, les cambiaban sus nombres y cortes de pelo. Los mandaban a los mismos colegios y se juntaban a celebrar. “Todavía quedan cosas por encajar, las emociones van y vienen y nunca son

3 Rey, Sebastián A. (2021). *La Argentina en el banquillo. La historia detrás de las denuncias contra el Estado por violaciones de derechos humanos*, Buenos Aires: Colihue, pp. 234 y ss.

definitivas. Pero lo acepto así, ya no me resisto y trato de acompañar la vida”, afirma con sinceridad. La autora destaca la paciencia de su familia biológica, al punto que señala: “Pasaron ocho años desde que recuperé mi identidad hasta que me permití abrirme y conocerlos desde otro lado”. Al referirse a Adriana Garnier Ortolani, menciona que “algunas dificultades para entablar relación con abuelas de carácter difícil nos unían más allá de todas las diferencias que parecía haber en nuestras historias”.

Por último, el libro brinda información valiosa sobre el Equipo Argentino de Antropología Forense, la CONADI (Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad) o el surgimiento del “índice de abuelidad” a partir del trabajo de las Abuelas de Plaza de Mayo con genetistas a nivel mundial a comienzos de la década de 1980. Este índice de probabilidad genético permite acreditar la filiación de una persona con la sangre de sus abuelos.

En síntesis, *Los nietos te cuentan cómo fue* revela a quien atraviesa sus páginas las historias de nietos y nietas –los que aparecieron y los que faltan aparecer– y de sus progenitores desaparecidos, que tienen en común que “son difíciles, tremendas, oscuras”. La mayoría no tiene un final feliz, sino el final al que sus protagonistas pueden llegar. Considero que estamos frente a una obra única sobre los crímenes cometidos durante la última dictadura que brinda información muy necesaria, pero a la vez emociona hasta las lágrimas.

Reseña del libro

Desaparición forzada de personas **De Langhe, M. (2023). *Desaparición forzada de personas*. Buenos Aires: Hammurabi.**

Por Pablo Camuña¹

El fenómeno criminal de la desaparición forzada de personas (DFP) es complejo y multidimensional. Se puede ingresar a su análisis o estudio por los más diversos caminos, pero aquel que se elija siempre se cruzará y urdirá con otro u otros si se emprende la tarea con un mínimo de profundidad.

Aun desde el limitado campo jurídico, tanto el derecho internacional de los derechos humanos, como las dos vertientes del derecho penal (el internacional y el local), han desarrollado doctrina y jurisprudencia en torno a la figura y han generado una trayectoria histórica e interrelaciones de distinto tipo; a veces pacíficas, otras veces con conflictos limítrofes, tensiones, diálogo, afiliaciones.

El libro que aquí se reseña ingresa a esa complejidad con la mirada puesta en el derecho local y va avanzando hasta colocar en el centro analítico la incorporación al Código Penal argentino del artículo 142^{ter} a través de la Ley N° 26679 en el año 2011 y, en particular, a su interpretación y aplicación a la luz de –o en su interacción con– el derecho internacional.

¹ Abogado (UNT). Especialista en Derecho Penal (UNL). Doctorando en Derechos Humanos (UNLa). Docente de Derechos Humanos (UNT). Fiscal a cargo de la Fiscalía ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán.

En los casos problemáticos que constituyen el núcleo de su trabajo la autora expone los distintos sentidos posibles que pueden dárseles (a veces en pugna) y opta, a la vista del lector, por alguno de ellos, procedimiento que constituye indudablemente una de las fortalezas de la publicación.

Primeramente (capítulo I) historiza las definiciones iniciales o antecedentes de la figura penal de la DFP, que paradójicamente fue gestada por un tribunal internacional no penal, la Corte IDH, como respuesta natural al siniestro privilegio de los países latinoamericanos de haber sido precursores en esta práctica atroz.

La autora aborda desde la primera sentencia del tribunal americano en un caso contencioso (una revisita al archiconocido “Velázquez Rodríguez v. Honduras” de 1988) siguiendo luego su evolución, que rastrea hasta 2018. En ella observa principalmente aquellos elementos que luego robustecerán su análisis. En primer lugar, los contornos de las definiciones típicas que, con algunas variaciones y detalles, continúan siendo desde su inicio la privación de la libertad de una persona y la posterior falta de información por parte de agentes estatales o de terceros actuando bajo su aquiescencia. En segundo lugar, las obligaciones a cargo de los Estados en función de la CADH y, en los casos posteriores a su entrada en vigencia, de la Convención Interamericana sobre DFP (CIDFP) frente a la ocurrencia de un hecho de estas características.

Más adelante (capítulo III), suma a este marco internacional la definición de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, según el Estatuto de Roma. En ello presta especial atención a los elementos generales de contexto (conducta llevada a cabo por el autor como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, con conocimiento del ataque), que serán cruciales en la interpretación y aplicación de la figura penal argentina.

Finalmente, a este examen del marco internacional le añade (capítulo II) un atinado análisis sobre la cuestión del bien jurídico protegido por la figura penal. Inercialmente tenderíamos a pensar que la DFP constituye un ataque a la vida o a la integridad física. Sin embargo, su indagación nos pone frente a un marco conceptual mucho más complejo (la protección de la seguridad personal y colectiva, así como la agresión a otros bienes) que colabora a justificar, como lo hará al final, la necesidad de un tipo penal autónomo, puesto que la suma de otras conductas típicas no consigue receptor el nivel de injusto y/o de lesión que contiene la conducta de “desaparecer” a una persona, que define acertadamente como un hecho típico de naturaleza compleja y pluriofensivo.

En este punto (capítulos IV y V) comienza a andar la parte más medular del trabajo, que ya se anuncia desde la Introducción. Sucede (y esto está explicado de manera amplia) que el derecho argentino presenta una dificultad adicional a la ya desafiante tarea de armonizar una norma local con una internacional. Porque nuestro ordenamiento jurídico no solo desarrolló el tipo penal del artículo 142^{ter}, sino que además previamente convirtió todo el bagaje normativo y conceptual del derecho internacional en derecho local, otorgándole plena vigencia.

En efecto, todos los instrumentos del ámbito internacional referidos a la DFP se fueron incorporando con el correr de los años a nuestro ordenamiento jurídico mediante leyes: la CIDFP fue primero

ratificada, luego puesta en vigencia en el orden interno por ley en 1995 (Ley N° 24556) y luego se le otorgó jerarquía constitucional en 1997 (Ley N° 24820); y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y el Estatuto de Roma son ley vigente desde el año 2007.

Este proceso fue meramente sedimental o de incrustación: no respondió a ninguna idea de sistema, ni de coordinación o complementariedad. Como señala la autora, esta incorporación inarmónica conlleva para el operador local la necesidad de resolver algunas graves contradicciones a la hora de interpretar el alcance y aplicar (o no) el tipo del artículo 142^{ter} de nuestro Código Penal.

Es en esta zona en la que la autora dedicará el mayor esfuerzo de su trabajo, a partir de dos problemas principales. El primero de ellos es la discusión de si la DFP debe ser un tipo penal autónomo. En este punto, no se queda con la constatación formal de la existencia de un deber convencional adquirido a partir de la ratificación argentina de la CIDFP y su constitucionalización posterior, sino que propone debatir si existen razones de fondo que justifiquen un tipo autónomo local, lo cual responde afirmativamente aunando el análisis con el punto siguiente. Este involucra al segundo problema central (y es lo que le llevará el tercio más enjundioso de la publicación) y que consiste en la determinación de las exigencias del tipo penal argentino de DFP.

En líneas generales la cuestión tratada con mayor amplitud consiste en determinar si se considera que el tipo se configura a partir de la verificación fáctica de sus dos elementos típicos esenciales y a la vez ya tradicionales (la privación de la libertad y la negativa a dar información) o si, además, resulta exigible la demostración de que el hecho se produjo como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil y con las demandas típicas del Estatuto de Roma de la CPI (art. 7, párr. 1, inc. i).

Como dijimos, la cuestión se plantea con estridencia porque en nuestro derecho convive el artículo 142^{ter} del Código Penal con la vigencia “directa” del Estatuto de Roma, lo que requiere una toma de posición. ¿El Estatuto de Roma suma en el orden interno las exigencias típicas del crimen de lesa humanidad a la DFP establecida en el Código Penal? O, lo que es lo mismo, ¿será la DFP siempre –entonces– un delito de lesa humanidad y no puede haber desapariciones forzadas “aisladas”? ¿O es que también hay DFP que son delitos comunes? De la respuesta que se dé a estos interrogantes dependerán varias cuestiones de gran importancia práctica, con incidencia en la realidad.

En primer lugar, la posible consagración normativa (y así lo sostiene la autora) de un área de impunidad por atipicidad de aquellas conductas que, siendo una desaparición forzada, no lo son de acuerdo con los elementos generales de contexto del Estatuto de Roma. Ellas quedarían solo eventualmente subsumidas en otros delitos incapaces de dar acabada cuenta de la gravedad del hecho o directamente resultarían impunes, en ambos casos poniendo en cuestión la responsabilidad internacional del Estado argentino.

En segundo lugar, y en el sentido contrario, la extensión o no de aquellas características propias de los delitos de lesa humanidad a las situaciones de DFP comunes: imprescriptibilidad y aplicación retroactiva a eventos previos a la entrada en vigencia del artículo 142^{ter} del Código Penal.

Tercero, el posicionamiento sobre la cuestión terminará influyendo en la manera en la que se desarrolla la investigación, la intervención de instituciones de seguridad, la colección y valoración de la prueba, en fin, en la necesidad de una investigación emprendida con seriedad frente a una posible grave violación de derechos humanos.

Los defectos de investigación y su influencia en el resultado final de los procesos resultan de toda evidencia en la exposición detallada de los casos de la jurisprudencia nacional y tienen su correlato (por contraste) en la detallada exposición en los primeros capítulos de las obligaciones que engendra para el Estado la desaparición forzada de una persona bajo su jurisdicción.

Por último, tendrá impacto en la graduación de la pena: el Estatuto de Roma prevé como sanción máxima 30 años de prisión, mientras que en el artículo 142^{ter} del C.P. el máximo son 25 años de prisión.

Los tribunales nacionales no tienen una posición unánime al respecto, ni mucho menos. En el repaso por las pocas sentencias existentes queda patente una posición que considera a los elementos internacionales como parte del tipo en el caso de Santiago Maldonado (“S.A.M.”, con sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal) y la posición exactamente contraria patentizada en la sentencia condenatoria del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia en el caso “Torres Millacura” al considerar la desaparición forzada de la víctima como un delito común, decisión que –por cierto– tiene como antecedente una gravitante sentencia de la Corte IDH en la que se declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino.

En el medio, algunas resoluciones marcan una notoria mezquindad en otorgar a posibles situaciones de DFP la diligencia e importancia debida en las investigaciones penales, que culminan en una grave situación de impunidad (así, esencialmente, el caso “Karhanyan” y la actuación de la Policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero también “S.A.M.”).

Las conclusiones de la autora (capítulo VI) se pueden resumir en que 1) es necesario el tipo autónomo/local y 2) que conviven en nuestro sistema dos figuras: una de derecho nacional o local, que podríamos llamar DFP “común” y otra del derecho internacional. Señala De Langhe:

[r]esulta a todas luces evidente que la interpretación más adecuada, y que se propone, es la que permite sancionar la desaparición forzada de personas como delito y, si se encuentran presentes los recaudos típicos previstos del Estatuto de Roma, como crimen de lesa humanidad.

Como fundamento de su posición elabora una amplia serie de argumentos que van desde los propios instrumentos internacionales (en particular, la CIPPDF en su preámbulo) y, sobre todo, las expresivas sentencias en este sentido de la Corte IDH (“Torres Millacura v. Argentina”, pero también “Goiburú y otros v. Paraguay” así como otros antecedentes que abonan esa posición dual).

No debe perderse de vista aquí que la sistemática general del derecho penal internacional y de su intervención se basa en la existencia de delitos comunes “que se convierten” en crímenes internacionales en determinados contextos; así hay tipos internos que prevén casi todas las conductas enumeradas en el artículo 7 del Estatuto de Roma (asesinato, esclavitud, violación, etc.). Lo mismo propone, en definitiva, la autora respecto de la DFP exponiendo la práctica jurisprudencial de la CPI *a contrario sensu*.

Su razonamiento está conducido por la ingente necesidad –normativa– del Estado argentino de investigar y sancionar “todos” los casos de DFP y no solo aquellos que sean, a la vez, crímenes internacionales. Remarca la autora: “(u)na interpretación contraria traería aparejada, como consecuencia ineludible, la atribución de responsabilidad internacional estatal”, lo cual nos parece adecuado sistemáticamente y se corresponde además con una consistente y amplia casuística de la Corte IDH que ha declarado la responsabilidad de distintos Estados por la falta de la debida diligencia en la investigación de DFP, aunque estas sean “comunes” o “aisladas” (así principalmente “Gómez Palomino v. Perú” que analiza prolijamente).

Para finalizar –y desde luego que no por casualidad– la autora nos deja claro cuáles son las consecuencias prácticas de esta cuestión. Lejos de ser una mera teorización, la adopción de un punto de vista como el que propone implica, necesariamente, un impacto crucial en las investigaciones de las DFP, que disminuirían las chances de consagrar impunidad por vías de hecho.

Resaltar la relevancia institucional de una posible desaparición forzada implicará en el orden interno y en el cotidiano devenir de una investigación penal una sujeción a estándares mucho más exigentes, una vigilancia exigible de las autoridades judiciales y del Ministerio Público Fiscal sobre las agencias de seguridad en el desarrollo de las pesquisas y un control de los tribunales superiores mucho más exhaustivo.

En apoyo de la relevancia de esta cuestión detalla algunos casos (muchos de ellos de gran resonancia pública) de la práctica judicial argentina además del ya mencionado “Karhanyan”: Facundo Astudillo, Luciano Arruga y otros.²

Como conclusión, de modo global, entiendo que las soluciones propuestas por la autora frente a las distintas preguntas que se formula resultan, a mi modo de ver, las más amplias desde una perspectiva de tutela de los derechos humanos, contrapesando cuidadosamente las garantías del debido proceso.

Su fundamentación es convincente y puede resultar de utilidad no solo en el contexto nacional –ya sea para ayudar a unificar una jurisprudencia mezquina en la materia o impulsar una necesaria reforma legal o protocolos específicos–, sino también para aquellos países que han adoptado disposiciones penales locales similares a nuestro artículo 142ter en cumplimiento de la CIDFP.

2 Respecto de “Espinoza”, en el que por razones funcionales me tocó intervenir como fiscal, me permitiré disentir formal y parcialmente con la autora en su breve referencia.

Reseña del libro

Maternidades enjuiciadas. Delitos de omisión

Hopp, C. M. (2023). *Maternidades enjuiciadas. Delitos de omisión*. Buenos Aires: Didot.

Por Julia Ben Ishai¹

La obra que aquí se reseña está dividida en 7 capítulos que recorren un camino hasta arribar al punto nodal de esta búsqueda referido a los delitos de omisión y sus consecuencias en las vidas de las mujeres madres condenadas por los crímenes que sufren sus hijas-hijos no a manos de ellas.

La búsqueda de Hopp parte de los intereses feministas y relativos al derecho penal que la profesora detenta desde hace décadas a partir de sus investigaciones, clases, conferencias y los equipos de trabajo que integra. Hopp forma parte de la Red de Profesoras de la Facultad de Derecho de la UBA y del equipo de investigación Doctrina Penal Feminista.

¿Qué sucede con las mujeres-madres en el sistema penal? Esta pregunta nos enfrenta a varios territorios y campos semánticos que están desarrollados en el libro.

En primer lugar, el lugar de las mujeres, especialmente las madres en el sistema penal. Siendo el sujeto penal por excelencia el varón joven, todo lo relacionado con las prisiones femeninas y las acciones desarrolladas por mujeres delincuentes sigue formando parte de las literaturas que, dentro de la investigación, siempre encuentran novedad en los lectores por la poca presencia en el mundo académico jurídico.

¹ Abogada (UBA). Maestranda en Estudios de Género y Políticas Públicas (UNTREF). Docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA) y de Derechos Humanos (UNPAZ).

Esta curiosidad proviene de dos de los antecedentes que encontramos en la biografía de la autora. La primera, obviamente, es la obsesión por el derecho penal como campo abierto de investigación, de praxis y de interés supremo. Así, parte de la búsqueda de este libro está teñida de debates técnicos referidos prioritariamente a las acciones y omisiones en el derecho penal.

Hopp, más allá de que no es el tema central del libro, se extiende de forma vasta sobre los debates de la dogmática en torno a dichas temáticas. Si bien tienen un amplio recorrido en la doctrina penal en español, la aplicación de las categorías estudiadas y sus diferentes versiones de acuerdo con la biblioteca seguida en cuestiones relativas a asuntos de género no es tan reconocible.

En este sentido, lo que desde un primer momento capta positivamente la atención es cómo la mirada feminista está inmersa en los aspectos dogmáticos del conocimiento penal, y viceversa. Hopp nos permite visibilizar cómo la violencia contra las mujeres y contra las niñas suele encontrar en el derecho penal una simplificación de conflictos complejos que no desarma las relaciones desiguales de poder que las originan.

La investigación trabaja sobre los enjuiciamientos a las maternidades, pero se focaliza en los delitos de omisión que se les imputan. La autora señala que las condenas por delitos de omisión a mujeres en posición de garante sobre sus hijos ante delitos cometidos por otros adultos convivientes suelen estar basadas en estereotipos no penales de malas madres, malas esposas y malas mujeres.

La aplicación de la ley penal por fuera de los principios normativos y en clara violación al principio de legalidad y de máxima taxatividad legal e interpretativa, lo cual supone una conducta inviable en los términos de la Constitución Nacional, implica que deben descartarse dichas imputaciones por atípicas.

La postura idiosincrática de Hopp es que en ciertas oportunidades las defensas penales se apresuran a invocar la exclusión de la culpabilidad por razones de extrema violencia cuando las imputadas suelen ser afectadas por estereotipos no penales en los cuales los estándares no se condicen con las posibilidades reales de actuación de las acusadas. De esta manera, señala una discriminación basada en el género que aparece no en las leyes *per se* sino en la aplicación de estas dentro de la dogmática y praxis judicial-jurídica.

Esta tesis es francamente interesante al abordar una mirada que revitaliza la conocida afirmación acerca de la falsa neutralidad de las normas que no incorporan una perspectiva de género. En este caso lo que se hace es llevar tal aseveración aplicándola a la teoría del delito y mostrando sus deficiencias en términos de género.

La investigación de Hopp está basada primordialmente en el análisis jurisprudencial. Para ello, estudió más de cincuenta sentencias de tribunales orales y cámaras de casación de la República Argentina. Los casos estudiados comprenden diferentes calificaciones jurídicas, imputaciones, roles en la comisión de los ilícitos por parte de las acusadas, fueros en razón del territorio, etc.

El trabajo a partir de casos es, además de sumamente pragmático, esencialmente práctico y gráfico, permitiendo visibilizar las inconsistencias de nuestro sistema, en donde si bien no existe la obligación de seguir precedentes judiciales por parte de los tribunales inferiores, llama la atención la enorme diversidad a la hora de resolver demandas que poseen rasgos similares. Lamentablemente, esta diversidad, en la mayor parte de los casos, no se expresa en favor de las imputadas.

Los dos primeros capítulos del libro son introductorios y descriptivos de los avances en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y de la construcción de los estereotipos discriminatorios. El tercero, necesario para los posteriores, pone en conocimiento de lxs lectores una temática muy trabajada en el feminismo: la intervención o no del Estado ante situaciones de violencia de género, considerando a este un asunto privado.

Si bien el texto no se inmiscuye en el debate sobre la investigación de oficio- investigación por instancia de parte, sí manifiesta las dificultades que aparecen, señaladas por diferentes organismos internacionales desde hace años, cuando el Estado se retira de la esfera de la violencia o no investiga ni castiga a quiénes la imparten, dando la sensación de tolerancia o aquiescencia a tales actos.

Los puntos centrales de la investigación, a mi entender, se encuentran en los capítulos 4 y 5, en los cuales se manifiestan las discriminaciones que aparecen en las imputaciones penales y en el proceso penal y las marcas de género que aparecen basadas en la tendencia-creencia de mujeres cuyo exclusivo rol o máximo rol es el de ser madres, por lo que las acciones no desarrolladas, no intentadas, no perfeccionadas que protejan a sus hijas-hijos-hijas de agresiones externas son meritorias de una condena en términos de la posición de garante que estas detentan sobre ellos-as-es.

Los últimos dos capítulos del libro trabajan sobre las “maternidades enjuiciadas” pero ya no únicamente desde los delitos de omisión. Aquí se introduce una búsqueda que podría tranquilamente ser objeto de una nueva obra. Se pone de resalto cómo las políticas de protección de las niñas suelen traducirse en un giro punitivista que afecta de manera perjudicial a las mujeres madres. En este sentido, el capítulo 7 hace una introducción comparativa de los estudios de género en estos campos dentro de los Estados Unidos de América.

En relación con las fuentes no jurisprudenciales, es asombrosa la cantidad de bibliografía y especialmente destacable la cantidad de autoras femeninas y feministas. Resulta resaltable también que muchas de ellas son argentinas, es decir, colegas de Hopp. Mujeres penalistas y feministas. Destacamos esta óptica pues pone de manifiesto una práctica feminista que es la de referenciarse y nutrirse de otras/es, dando espacio y voz y esparciendo el conocimiento creado a partir de las redes que se van tejiendo entre quienes poseen una mirada en clave de género.

Es interesante allí ver cómo el último capítulo incluye una mirada sobre las formas en que se abordan las temáticas trabajadas en los Estados Unidos de América. Considero válido preguntarse ¿por qué elegir este país, cuyas condiciones y características son tan disímiles respecto de nuestra realidad nacional, en la cual el federalismo en términos políticos y jurídicos posee largo camino por resolver, así como la forma de comprensión de la lucha política es tan disímil (si bien nuestra Constitución tiene

reminiscencias a la vieja constitución de California)? Basta con comprender las diferencias conceptuales entre activismo y militancia.

Es dable aclarar o recordar que la autora ha estudiado en los Estados Unidos y de allí trae experiencias, investigaciones y lecturas sumamente interesantes a la hora de tender puentes y delinear paralelismos que permiten entender las maniobras que el patriarcado ejecuta para ejercer el punitivismo y el machismo jurídico.

El análisis que presenta es que la mirada punitiva sobre las maternidades aparece como una consecuencia de las prácticas que ponen el foco en las violencias impartidas sobre las mujeres. Al buscar aumentar las protecciones en el centro del hogar, pero utilizando las herramientas ya conocidas, las medidas dan como resultados no deseados estas persecuciones que aparecen en los Estados Unidos desde mediados de la década de 1980 y en Argentina a partir de la década de los 2000.

En palabras de Hopp, “[l]a literatura feminista estadounidense no logró mejorar los estándares bajo los cuales se juzga a las madres por no lograr proteger a sus hijos e hijas. Sin embargo es de enorme valor como advertencia sobre las condiciones en que estas prácticas fueron en un contexto en el que se pretendía avanzar en la protección de las mujeres contra la violencia de sus parejas” (p. 403).

Para finalizar, quisiera rescatar una de las contribuciones más interesantes que a mi modo de ver hace Hopp en el apartado cinco del capítulo homónimo denominado “Abogacía feminista, movilización social y defensa eficaz”. Allí la autora pone en consideración la importancia de que no solo las mujeres cuenten con defensas técnicas propicias, que estén desarrolladas por abogadas con una perspectiva feminista, sino también de la construcción de una abogacía feminista que esté motivada, acompañada y construida desde la movilización social. Para ello, cuenta no ya con antecedentes jurisprudenciales, sino con hechos que provienen de la vida cotidiana y la organización político-feminista detrás de las luchas para combatir situaciones de injusticias.

Si bien creo que la revalorización de la lucha feminista y la política es algo sumamente llamativo en la Academia –y podríamos hasta afirmar que implica una valentía por parte de Hopp, teniendo en cuenta lo poco permeable que estos ámbitos son a la política en tanto herramienta de transformación de la realidad–, considero importante señalar la ausencia, en tiempos de debate de una reforma judicial (trans) feminista, de menciones a dichos debates o de la consideración a las estructuras patriarcales judiciales y jurídicas que enmarcan y permiten las condenas a mujeres por acciones no típicas.

Es preciso reconocer que una mirada en términos de violencia institucional y estructural es una posición que quizás puede sonar sumamente exigente con el texto, cuya principal búsqueda es una denuncia de las prácticas judiciales y tribunales desde una mirada menos antropológica y más propia de la dogmática penal y los debates dentro de la Academia que una problematización de las instituciones y los mecanismos que conllevan las mismas.

La tesis doctoral de Hopp era una pieza necesaria en la literatura de la dogmática penal y de la doctrina penal feminista. Las trayectorias de militancia académica y de investigación con perspectiva de género

sin abandonar las marcas de la dogmática institucional se pueden vislumbrar en cada párrafo y son disfrutables a la hora de aprender sobre cuestiones penales. De la misma manera, la lectura permite apreciar una investigación necesaria para pensar los vínculos del Poder Judicial, la lucha contra las violencias en términos de intervención estatal y desarrollo de políticas públicas y comprender el mapa social argentino de las maternidades en conflicto con el sistema penal.

En síntesis, considero que estamos frente a una obra que faltaba en las bibliotecas diversas en las que puede ser introducida y probablemente será influencia de futuras investigaciones de más abogadas feministas.

Reseña del libro

Derechos Humanos, fundamentación y razonamiento jurídico

Díaz Martínez, G. A. (2023). *Derechos Humanos, fundamentación y razonamiento jurídico*. San Miguel de Tucumán: Bibliotex Editorial Jurídica.

Por Viviana Beigel¹

El libro que aquí se reseña es el resultado de una investigación realizada por el autor sobre el origen y desarrollo histórico de los derechos humanos. En su texto, profundiza sobre el concepto y las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos en su interrelación con el derecho internacional humanitario, penal y la responsabilidad de los Estados en su carácter de obligados por los tratados y convenciones suscriptas y ratificadas.

En esta reseña, se destacarán las ideas centrales que dan estructura a la obra, como, por ejemplo, la interrelación entre el derecho natural y el derecho positivo, las tensiones generadas entre legalidad y moralidad, y el papel de los derechos humanos como un límite a la autoridad estatal. También se examinarán las influencias teóricas que dan soporte a los argumentos del autor, como el iusnaturalismo clásico, el garantismo y las críticas al positivismo jurídico, resaltando, de esta forma, cómo Díaz Martínez articula estas perspectivas en relación con la defensa de los derechos humanos.

La investigación contenida en este libro está organizada en cuatro partes. En las dos primeras se aborda la conceptualización de los derechos humanos y su fundamentación. En el tercero se analiza el razonamiento jurídico y su recorrido que parte desde la Revolución francesa hasta los juicios de Núremberg

¹ Abogada con medalla de honor (Universidad Champagnat). Especialista en docencia universitaria y doctora en Ciencias Sociales (UNCuyo). Profesora de Derechos Humanos (UC).

y explica los distintos modelos teóricos, analizando el iuspositivismo decimonónico y a los doctrinarios Savigny, Kelsen, Dworkin, Ferrajoli y Alexy.

Por último, en sus conclusiones, el autor considera que el debate entre las posiciones doctrinarias respecto del nacimiento y justificación de los derechos humanos se encuentra absolutamente vigente. Comparte la posición de Bobbio cuando alega a favor de la eficacia de los derechos humanos por cuanto “no se puede exigir o defender algo que no se entiende o conoce”.

La primera parte del libro hace un recorrido filosófico y teórico sobre los derechos humanos desde una perspectiva iusnaturalista. En este sentido, Díaz Martínez se alinea con la tradición clásica de Locke, quien sostenía que los derechos naturales son inseparables a la condición humana. De esta forma, han existido de forma previa a la creación de cualquier estructura de gobierno o norma jurídica. Según esta tradición, los derechos humanos no dependen de la legislación ni del reconocimiento estatal; más bien, son inmutables y universales, están basados en la dignidad que se haya intrínseca de cada ser humano. Esta idea se diferencia de la visión positivista, que sostiene que los derechos solo existen en función de las leyes que los consagran.

Díaz Martínez argumenta que los derechos humanos no solo son anteriores al derecho positivo, sino que constituyen un límite de gran magnitud al poder estatal. Esta concepción es retomada de autores como Dworkin (1977), el cual asevera en su obra *Taking Rights Seriously* que los derechos humanos tienen que ser considerados principios morales fundamentales, por lo que deben funcionar como guía para la interpretación de la ley.

Según Dworkin, los derechos no pueden ser violados por la legislación ordinaria, ya que se encuentran por encima de la autoridad del Estado. Esta defensa del iusnaturalismo es la que Díaz Martínez utiliza para reforzar su argumento sobre la supremacía moral de los derechos humanos, independientemente de su positivización en normas.

Fundando su marco teórico en el iusnaturalismo, el autor considera que los derechos humanos, en cuanto derechos morales, no pueden ser derogados por el derecho positivo y, más aún, son la medida en que debe ajustarse la interpretación de lo que ha sido incorporado en las normas. Adoptando estas perspectivas iusfilosóficas vinculadas al no-positivismo jurídico en sus diferentes vertientes explica el origen de los derechos humanos, considerando que el derecho está relacionado con la moral y, por lo tanto, se limita al derecho positivo otorgando una jerarquía mayor a los derechos humanos.

Una crítica que surge contra el iusnaturalismo es la supuesta falta de concreción en su aplicación jurídica. La pregunta que surge tiene que ver con ¿cómo se traducen principios considerados tan abstractos en una realidad legislativa concreta? Díaz Martínez responde a esta objeción utilizando ejemplos históricos que han marcado una era, como el reconocimiento de los derechos humanos luego de la Segunda Guerra Mundial. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 fue el resultado de un convencimiento que supo ir más allá de las normativas legales de los Estados en aquel momento, lo que demuestra que los principios morales pueden, y deben, guiar la creación del derecho positivo.

El segundo eje central del libro está asociado a la cuestión sobre la validez de los derechos humanos desde una perspectiva moral y jurídica. En el desarrollo del trabajo, el autor realiza un repaso de los principios generales y los caracteres de los derechos humanos, volviendo a pensar todas sus dimensiones y las características definitorias según el iusfilósofo alemán Alexy, que considera que “un derecho vale moralmente si puede ser fundamentado frente a cada uno que participe en una justificación racional”. Señala que la validez de los derechos es su existencia y que esa existencia depende de su fundamentabilidad.

El autor toma las teorías del iusfilósofo alemán, sosteniendo que la validez de los derechos no se limita únicamente a su existencia en una norma legal, sino que también debe basarse en su justificación racional. La teoría de Alexy resuena fuertemente en el libro, cuando el autor se plantea y defiende que los derechos humanos deben ser justificables desde el punto de vista moral, y no simplemente reconocidos por los textos legislativos. Desde esta perspectiva, la validez de un derecho tiene una doble dimensión, por un lado, su existencia en el marco normativo y, por otro, su fundamentación ética.

Este enfoque es relevante en situaciones donde las leyes positivas de un Estado se enfrentan con los principios morales universales. Como ejemplo, se podría mencionar que aquellas leyes que permiten la discriminación racial o de género podrían ser válidas desde un punto de vista positivista, pero dicha validez moral se ausenta en el marco de los derechos humanos.

Díaz Martínez menciona una gran variedad de casos históricos en los cuales los distintos tribunales internacionales han tenido que enfrentarse a legislaciones nacionales que violaban los principios fundamentales de derechos humanos. Se mencionan casos como el *apartheid* en Sudáfrica o las leyes segregacionistas en los Estados Unidos previo al movimiento por los derechos civiles.

En este sentido, este libro también destaca que la justificación racional y moral de los derechos humanos no debe ser aplicada de forma unitaria por los tribunales nacionales, sino que debe hacerse extensiva a las cortes internacionales, quienes tienen la responsabilidad de actuar como árbitros en aquellos casos donde las leyes de los Estados se encuentren en conflicto con los derechos universales.

Díaz Martínez señala que la Corte IDH ha desempeñado un papel fundamental en la defensa de estos principios en Latinoamérica, obligando a los Estados a reformar prácticas y leyes que violaban derechos humanos.

En la tercera parte de este libro se analiza el vínculo que existe entre el derecho positivo y los derechos humanos. Siguiendo a Ferrajoli (2010) en la línea del garantismo, el autor argumenta que el derecho positivo debe encontrarse subordinado a la protección de los derechos fundamentales. Esto significa que las leyes nacionales deben interpretarse y aplicarse de forma tal que respeten y protejan los derechos humanos, y cuando una norma entre en conflicto con estos principios debe ser considerada inválida.

Díaz Martínez aborda la interpretación jurídica de los derechos humanos y de qué forma deben influir en la toma de decisiones judiciales. Desde este punto de vista, hace referencia a la obra de Dworkin sobre

los “casos difíciles”, en los que los jueces se ven obligados a acudir a principios morales con la finalidad de resolver conflictos que no pueden ser resueltos únicamente por la aplicación de las normas legales.

En este sentido, todo razonamiento jurídico que pretenda resolver un “caso difícil” deberá basarse en la argumentación jurídica, ya que la aplicación directa de la ley no brindará respuestas fundadas en los derechos humanos. Según Dworkin, los jueces tienen la obligación de interpretar las leyes a la luz de los derechos humanos, especialmente cuando se enfrentan a situaciones donde la ley presenta ambigüedades o no es suficiente para garantizar la justicia.

En este apartado, el autor también examina la jurisprudencia de varios tribunales internacionales, como el TEDH o la CPI, que han sido pioneros en la aplicación de principios que corresponden a los derechos humanos en casos de crímenes de guerra, genocidio y violaciones masivas de derechos. Díaz Martínez toma como argumento que estos tribunales han jugado un papel clave en la evolución del derecho internacional, brindando ejemplos concretos de cómo los derechos humanos pueden actuar como un límite real y efectivo a la soberanía estatal.

Una parte importante del análisis del autor se encuentra centrado en la responsabilidad internacional que poseen los Estados en la protección y promoción de los derechos humanos. En esta sección, el autor cita a Cassese, quien sostiene que los derechos humanos generan obligaciones donde todos los Estados se ven forzados a proteger estos derechos no solo dentro de sus propias fronteras, sino también en el ámbito internacional. Este enfoque es fundamental en un mundo dominado por la globalización, donde las violaciones de derechos humanos en un país pueden tener rápidas repercusiones a nivel global.

El autor pone en discusión el papel de los tratados y convenciones internacionales, tales como el PIDCP y la CCT, como instrumentos que obligan a los Estados a cumplir normas concretas de derechos humanos. Díaz Martínez subraya que, si bien muchos Estados ratifican estos tratados, su implementación efectiva a menudo no es eficiente. La falta de cumplimiento de las obligaciones internacionales, argumenta el autor, no solo infringe la legitimidad de los Estados ante la comunidad internacional, sino que también logra poner en peligro toda la estructura del sistema global de derechos humanos.

Un ejemplo de la importancia de estas obligaciones internacionales se haya en los procesos judiciales que fueron llevados adelante luego de los juicios de Núremberg, en los cuales se responsabilizó a individuos por violaciones masivas de derechos humanos, estableciendo un precedente de suma importancia para la responsabilidad penal internacional. Díaz Martínez analiza cómo estos principios han sido desarrollados posteriormente con la creación de la CPI.

En las conclusiones, el autor se refiere a la influencia de Kelsen, quien defendía que el derecho debía ser interpretado de manera independiente de consideraciones morales. En *Teoría pura del derecho* (1945) Kelsen argumentaba que lo válido de una norma jurídica depende exclusivamente de su conformidad con el sistema normativo, y no de su correspondencia con principios éticos. Díaz Martínez se presenta como crítico de esta postura, y argumenta que los derechos humanos van más allá de cualquier ordenamiento jurídico nacional, por lo que deben ser vistos como principios universales que no dependen de la voluntad de los Estados.

Para finalizar, el autor reafirma su postura a favor de un enfoque no-positivista del derecho, poniendo en relieve la inseparable relación entre derecho y moral en la efectiva protección de los derechos humanos. Argumenta que los derechos humanos tienen la capacidad de trascender las normas jurídicas por lo que deben ser vistos como principios morales universales que limitan el poder del Estado.

Además, sostiene que cualquier sistema jurídico que aspire a ser justo debe basarse en una interpretación racional y profunda, priorizando la dignidad y los derechos fundamentales sobre la mera aplicación mecánica de las leyes. Las conclusiones a las que llega el autor invitan a hacer una reflexión acerca de la responsabilidad que poseen los Estados y tribunales en garantizar que perduren los derechos humanos en un contexto global de alta complejidad y que se encuentra en constante evolución.

Reseña del libro

Los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos

Lubertino Beltrán, M. J. (comp.) (2023).

Los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos, incluido el derecho al aborto, como derechos humanos y derechos personalísimos. Buenos Aires: Eudeba.

Por Tatiana Hirschhorn¹

En la obra que aquí se reseña, Lubertino Beltrán convoca a una serie de docentes y activistas feministas a teorizar y problematizar el estado actual de los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos en la Argentina del siglo XXI.

En diciembre de 2020 en nuestro país se aprobó la Ley N° 27610 sobre Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

La norma, producto de intensas luchas sociales y debates parlamentarios, logró consensuar visiones divergentes en torno a la posibilidad de los cuerpos gestantes a decidir sobre la continuidad y/o interrupción de un embarazo hasta la semana catorce de gestación, inclusive. Sin embargo, lejos de significar un punto de llegada, constituye un punto de inflexión y un horizonte a partir del cual discutir en torno a los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos y derechos personalísimos.

La compiladora y coordinadora general –y al mismo tiempo, principal autora en la obra– explica que la intención del libro es visibilizar el camino recorrido en la construcción colectiva para el reconoci

¹ Abogada y licenciada en Ciencia Política (UBA). Maestranda en Ciencia Política (UTDT). Profesora de Derechos Humanos y Garantías (UNPAZ e IUPFA). Coordinadora en el Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial (Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales, UNPAZ).

miento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos y como derechos personalísimos a lo largo del tiempo, a nivel global en general y en la Argentina en particular.

El libro, a la vez que material de estudio para estudiantes y profesionales del derecho, constituye una plataforma que promueve y alienta la investigación en torno a estos derechos tan actuales.

El primer capítulo, redactado por Graciela Tejera Conti, versa sobre la historia de la opresión a las mujeres y el recorrido entre la maternidad y el aborto. La autora señala que el control de la fecundidad de las mujeres es el lugar por excelencia de la dominación de un sexo sobre el otro y para ello hizo falta una superestructura ideológica que la fundamentara. Además, problematiza y expone el rol de las religiones y la ciencia, y la forma en que colaboraron –y colaboran– en la justificación de la opresión de las mujeres. También realiza una genealogía de la lucha feminista en nuestro país, haciendo referencia a la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito y a los Encuentros Nacionales de Mujeres.

El segundo capítulo, escrito por Cristina Zurutuza, versa sobre los derechos sexuales y no reproductivos desde el campo disciplinario de la psicología. Aquí se demuestra cómo, pese a los cambios culturales y sociales de importancia a los cuales asistimos que solemos ver como avances y retrocesos, muchas instituciones y prácticas consideradas patriarcales no solo se conservan, sino que pareciera que se refuerzan.

El capítulo retoma conceptos esbozados por los feminismos, al tiempo que delinea nuevos horizontes de discusión, en torno a legados y proyecciones futuras. La autora concluye que es imperioso comprender y definir en qué terreno(s) estamos dando las discusiones y las luchas.

En el tercer capítulo, Lubertino Beltrán realiza un recorrido a través de las luchas por los derechos sexuales y reproductivos, trazando el camino de la marginalidad a la “marea verde” y más allá. El ejercicio de mantener viva la memoria colectiva es una actividad que surge como imperiosa en los tiempos actuales. El capítulo incluye los principales hitos en sus luchas, como la campaña por la patria potestad, mencionando a los y las protagonistas y también a sus principales herramientas de difusión (diarios, revistas, espacios de discusión y encuentro, etc.), tanto en el plano legislativo como a nivel social. Finalmente, señala una serie de desafíos a partir de la aprobación de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

En el cuarto capítulo, la misma autora aborda, en una perspectiva similar, la historia sobre las luchas LGBT'TTIQNB+ en la Argentina, rastreando desde sus inicios hasta llegar al actual estado legislativo y de reconocimiento de derechos.

En el capítulo quinto Paola Buedo y Florencia Luna abordan la bioética feminista para pensar la salud sexual y reproductiva, partiendo de considerar las asimetrías sociales entre varones, mujeres y personas del colectivo LGBT'TTIQNB+. Las autoras asignan especial atención a la autonomía relacional y su importancia para el campo de la salud. En conclusión, la bioética feminista proporciona una mirada más propicia para poder pensar en estas categorías, y en este marco, la autonomía relacional es un concepto que debe ser más explorado porque brinda una mayor aproximación a la realidad de

las personas, a la vez que no reproduce inequidades sociales y sanitarias, muchas veces invisibles a las perspectivas más clásicas.

Desde una óptica similar, en el sexto capítulo Virginia Marturet y María Laura Ribeiro exponen y problematizan los cruces entre la biología y la bioética en la discusión al derecho al aborto, dejando en evidencia el dilema ético en torno al aborto, sus características y los requisitos para acceder al mismo en nuestro país.

El séptimo capítulo, escrito por Lubertino Beltrán, aborda una de las hipótesis centrales de la obra en torno a la conceptualización de los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos, incluido el derecho al aborto como derechos humanos y derechos personalísimos. Incluye la mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos, tanto a nivel de los instrumentos internacionales como desde la perspectiva de la jurisprudencia del SIDH, con sus principales estándares en la materia. El capítulo –el más extenso de la obra– condensa los principales argumentos del libro y aunque advierte sobre los logros y avances alcanzados en nuestro país, no deja de llamar la atención sobre los recursos que no estuvieron –y no están– a la altura de las circunstancias.

En el capítulo octavo Nina Brugo esboza el panorama relativo al derecho positivo y las características de los derechos personalísimos, considerando en particular el derecho de las mujeres a gozar de salud integral a lo largo de todo su ciclo vital.

Martha Inés Rosenberg sigue, en el capítulo noveno, el recorrido que llevó a la sanción y promulgación de la Ley N° 27610, teniendo en cuenta el papel de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito y reproduciendo las clases originales de marzo y septiembre de 2021 brindadas por la autora.

En el décimo capítulo Valeria Isla y Sonia Ariza Navarrete analizan la interrupción del embarazo como derecho y política de Estado, haciendo especial hincapié en datos estadísticos relativos al aborto en nuestro país.

En el decimoprimer capítulo Julieta Delpech considera al aborto como política de salud pública, a partir de un enfoque más político y analiza algunos fenómenos propios de nuestro país, como, por ejemplo, el embarazo adolescente no deseado.

El capítulo decimosegundo, redactado por Dalia Szulik, versa sobre todo lo relativo a la implementación del aborto, haciendo referencia a la calidad de la atención y ciudadanía desde una construcción sociológica.

Al llegar al capítulo decimotercero, Stella Maris Manzanos, brinda un abordaje técnico desde la medicina, explicando y detallando cuestiones propias de la biología y del ciclo vital. Aquí se brindan herramientas esclarecedoras para diferenciar entre aborto, feto muerto y homicidio agravado por el vínculo.

En el capítulo decimocuarto Alejandra Tolosa relata, en carácter de protagonista y especialista, el activismo feminista por el acceso a la interrupción del embarazo en la provincia de Chubut. La autora repasa

algunos de los casos en que el Poder Judicial ha intervenido para obstaculizar y negar el derecho a la interrupción legal del embarazo y otros que han implicado avances en la garantía de acceso a este derecho.

En el capítulo decimoquinto María Alicia Gutiérrez pone en el foco a los movimientos fundamentalistas conservadores y los vincula con la política, mostrando y develando nexos entre la religión y la política.

Finalmente, en el último capítulo Ana Correa se refiere a la comunicación en las estrategias de ampliación de derechos de las mujeres.

En una obra de estas características, llegar a una conclusión es una tarea ardua, épica, incluso imposible. La enorme variedad de perspectivas desde las cuales se abordan los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos torna en titánica la tarea de establecer conclusiones comunes. No obstante, esta misma riqueza constituye la característica que torna invaluable y necesaria su lectura en los tiempos actuales, cuando muchos de los logros alcanzados en materia de derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos son cuestionados desde aquellos sectores que dicen –con evidente hipocresía– pregonar la libertad.

Reseña del libro

Memoria y políticas públicas. Cómo se construye un relato público del pasado

Mastromarino, A. (2023). *Memoria y políticas públicas. Cómo se construye un relato público del pasado*. Buenos Aires: Astrea.

Por Carolina Villella¹

La autora de *Memoria y políticas públicas. Cómo se construye un relato público del pasado* realiza un estudio muy pormenorizado de la memoria desde diversos aspectos. Desarrolla el derecho a la verdad, analiza degeneraciones y modelos virtuosos de memorialización (proceso de construcción de la memoria), la función del Estado en los procesos de memorialización, lugares y monumentos para la construcción de una memoria polifónica y las leyes de resguardo y las leyes de olvido. La obra busca responder al interrogante que guía su trabajo, *¿cómo se construye un relato público del pasado?*, o, dicho en otras palabras, *¿cómo se construye la memoria pública como política pública?*

Se trata de una reedición y traducción de su libro *Stato e Memoria* (2018), al que le ha ampliado el marco teórico introduciendo diversas experiencias que permiten formular un análisis comparativo de las distintas prácticas de memoria participativa y democrática. Esta edición también cuenta con una actualización de la normativa sancionada desde la primera edición y otros aspectos novedosos, tales como los fenómenos de vandalización de monumentos.

¹ Abogada (UBA). Magíster en Criminología (UNL), diplomada en Derechos Humanos y Prevención de la Violencia Institucional (UNTREF). Coordinadora del Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo. Integrante del proyecto de investigación "Genética y Derechos humanos: políticas y gestión de la salud y la identidad en la Argentina reciente (1980-2017)" (CEIL- CONICET). Las expresiones que aquí realizo son a título personal.

A través de siete capítulos se dedica a construir las bases de lo que conforman prácticamente un manual sobre la memoria cuya lectura es por demás recomendada para quien quiera aprender o profundizar su conocimiento sobre el significado, los significantes y cómo se construye la *memoria*.

En los términos que propone la autora, la memoria representa un medio para la construcción de la identidad y, por tanto, de la unidad de un pueblo. Por otro lado, representa un medio para garantizar la legitimidad y la continuidad del Estado. Es por ello que le asigna a la memoria un papel central como instrumento del poder público con capacidad para “potenciar la legitimidad política ante el cuerpo social en clave histórica”.

En el capítulo primero, llamado “Observaciones preliminares”, Mastromarino se dedica a desarrollar nociones elementales que la llevan a definir la memoria y sus distintas acepciones y a vincular el proceso de memorialización con los poderes públicos. Logra expresar y sintetizar conceptualizaciones de mucho peso que enmarcan lo que irá explicando en los capítulos siguientes.

Parte de un enfoque en el cual erige a las constituciones –o cartas fundamentales– de los países como un “lugar” de memoria que se interconecta con el espacio público y que tiene la capacidad de “construir la legitimidad política a través de narrativas nacionales que definen un espacio discursivo”.

Legitimidad que, según explica, se estructura a través de fechas y celebraciones conmemorativas, pero también a través de las instituciones estatales. De modo que las constituciones sirven como un objeto ejemplar de memoria y un parámetro conmemorativo para definir qué recordar.

Continúa explicando que el actuar sobre el pasado a través de la memorialización es un acto de poder que permite asegurar un futuro, ser recordado a través de monumentos, edificios, estatuas, archivos; entrar en la historia. Asevera que la construcción de la memoria representa un acto político.

Sintetizando su conceptualización, Mastromarino entonces da cuenta de que, como medio para garantizar la legitimidad y la continuidad del Estado, la memoria –en sus formas institucionalizadas– acaba adquiriendo un papel central respecto de la dinámica del derecho constitucional.

Más adelante en el texto, plantea una diferencia entre la “memoria institucionalizada” –aquella que constituye una versión de los hechos pasados consagrada en formas oficiales por el sistema jurídico–, la “memoria colectiva” –retomando la conceptualización que hace Maurice Halbwachs, la define como aquella que se desencadena y desarrolla mediante procesos de socialización– y la “memoria pública” –memoria de la esfera pública que representa un lugar intermedio entre el espacio de las instituciones públicas y los círculos privados–. De esta forma invita a la reflexión de los alcances y límites dentro de los cuales se construyen y, valga la redundancia, se delimita cada una, con especial hincapié en qué sujeto o actor construye o desarrolla cada una.

En el capítulo II, “El derecho a la verdad en la perspectiva conmemorativa”, nos encontramos con la vinculación de la memoria con la verdad. Así, comienza a relacionarla con el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos a conocer los hechos, las circunstancias y motivaciones de los actos –delictivos– y la obligación del Estado de garantizar el derecho a conocer la verdad. Continúa

reconociendo a la búsqueda de la verdad como parte intrínseca de todos los procesos de memoria-lización y, adelanta complejizando, que la verdad por sí misma no es suficiente, sino que debe ser analizada.

En este capítulo Mastromarino focaliza en el derecho internacional de los derechos humanos y se remonta hasta el año 1949 donde registra cómo el derecho a la verdad se encontraba arraigado desde hacía tiempo en el derecho internacional humanitario, tal como puede verse en el artículo 32 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

Dedica parte de este capítulo a reseñar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad generando un insumo de información de utilidad. Ejemplifica algunos pasajes con las experiencias vinculadas al derecho a la verdad en Colombia y Argentina. En ambos casos, resultan experiencias muy atinadas para la temática por su especificidad.

El capítulo III se titula “Hacer memoria’. Estado y memoria institucionalizada”. Tal como anticipa el título, se pone el foco aquí en la memoria institucionalizada, la memoria que pretende presentarse como la memoria de todos y

supone, por tanto, una actividad política de selección respecto de los valores sobre los que se pretende construir el Estado como comunidad; respecto de los acontecimientos y personalidades del pasado, para identificar los más capaces de representar vivamente esos valores como objetos ejemplares, y respecto del modelo de convivencia con que se pretende construir, incluso en presencia de fuertes contrastes identitarios en el cuerpo social.

La autora brinda herramientas para pensar el rol del Estado como responsable de la memoria institucionalizada. Entremezclando los conceptos que fue incorporando en los capítulos previos desarrolla prototipos del Estado como “agente de memorialización”, los vincula con cómo se posiciona el Estado frente a otros grupos, sectores y/o actores y la participación que les da en el proceso de memorialización, sobre qué se fundamenta la actividad de memoria –puntualizando en los procesos judiciales y el rol de los testimonios de las víctimas– y da cuenta de cómo estas decisiones repercuten en la legitimidad del proceso.

Aquí quisiera detenerme un momento para dialogar sobre lo que Mastromarino denomina “el paradigma de la víctima”. De acuerdo con lo que señala, nos encontramos ante la consolidación a nivel mundial de un punto de vista unidireccional respecto del pasado en los procesos de memorialización: el de la víctima. A su criterio,

la yuxtaposición de testigo-víctima ha contribuido a arraigar otra presunción (para nada acertada), que asocia a la víctima con la verdad. Esto conduciría a que prevalezca la dimensión emocional sobre la dimensión de los valores y relegaría la función pedagógica e identitaria de la elaboración de la memoria.

Puntualizando en la experiencia argentina sobre la historia reciente, en nuestro país la construcción de la memoria no se sostiene solamente en el punto de vista de las víctimas y es importante hacer hincapié sobre esta cuestión. Los hechos cometidos durante la última dictadura cívico-militar fueron llevados adelante en un plan sistemático de represión ilegal que buscó garantizar la impunidad para sus perpetradores y perpetradoras. Se caracterizó por la clandestinidad, la destrucción de documentación y pruebas, el homicidio y la desaparición de las víctimas y el ocultamiento, supresión y sustitución de la identidad de los niños y las niñas apropiados.

A pesar de ello, se pudieron recuperar órdenes, reglamentos, directivas que permitieron reconstruir el plan y conocer cómo se dividió el país en zonas operativas, se asignaron las autoridades a cargo y los lineamientos específicos impartidos a las fuerzas militares y de seguridad para desplegar la violencia contra la población civil. Se obtuvieron legajos y registros de los miembros de las fuerzas que también permitieron conocer sus destinos y condecoraciones: en muchos casos sus calificaciones favorables por su participación en la denominada “lucha contra la subversión”, entre otros valiosos datos y documentos. Para ello, fueron fundamentales la labor desarrollada por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) y las investigaciones realizadas en sucesivos procesos judiciales. Otra prueba indiscutida de gran relevancia son las pericias genéticas que permitieron y aún hoy permiten la identificación fehaciente de las víctimas de desaparición forzada: niños y niñas apropiados y detenidos desaparecidos que fueron asesinados. En este cuadro probatorio se inscriben los invaluable testimonios de las víctimas, que han sido esenciales para poder orientar las búsquedas y conocer lo ocurrido a pesar del intento por parte de la dictadura cívico-militar de ocultar lo sucedido.

Retomando el texto que nos convoca, la autora finaliza el capítulo analizando el abuso de poder, los tiempos de crisis de legitimación de los poderes públicos y las degeneraciones en los procesos de memoria.

En el capítulo IV, “Formas y lugares de la memoria institucionalizada”, teoriza sobre estos temas recogiendo el concepto de Nora Pierre de “lugar de la memoria”, que luego fue retomado en Italia por Mario Isnenghi. Como caso significativo, eligió desarrollar la transformación en lugar de memoria y museo de la que fue la Escuela Superior de Mecánica de la Armada en Argentina, donde funcionó un centro clandestino de detención, tortura y exterminio durante la última dictadura cívico-militar.

Continúa luego dando espacio a “la memoria de piedra: los monumentos” y el arte y la memoria, utilizando para ejemplificar estos temas el monumento a las víctimas de la violencia en Perú entre los años 1980 a 2000 conocido como “El ojo que llora”.

En los últimos apartados de esta sección, se encuentra la incorporación temática novedosa relativa a la cultura de la cancelación, el abatimiento y la vandalización de monumentos. Se trata de temas que no habían formado parte de la edición original de este libro.

Los capítulos V “Leyes para recordar” y VI “Leyes para olvidar” abordan las dos caras de una misma moneda y representan dos modalidades alternativas de políticas públicas frente a la memoria. Las leyes para recordar son aquellas que define como actos por los que quien legisla reconoce y define jurídicamente, a través de un hecho histórico, un derecho a la memoria (Retomando la conceptualización de D’Orazio). Reconoce al menos dos categorías dentro del género de la legislación de la memoria: las que “innovan el sistema, introduciendo delitos o reconociendo nuevas posiciones jurídicas subjetivas” y las que se refieren a disposiciones de carácter meramente declarativo.

Para hablar de las leyes de la memoria, eligió la autora un paquete de cuatro leyes que se sancionaron en Francia desde el año 1990, conocidas como la *Loi Gayssot*, de 1990; la Ley N° 2001-70 de 2001, relativa al reconocimiento del genocidio armenio de 1915; la Ley N° 2002-434, *Loi Taubira*, también de 2001, a través de la cual Francia reconoce como crimen de lesa humanidad a la trata de esclavos en los océanos Atlántico e Índico y la esclavitud practicada desde el siglo XV en América, el Caribe, el Océano Índico y Europa y, por último, la Ley N° 2005-158, *Loi Mekachera* de 2005, de reconocimiento de la nación en favor de los franceses repatriados.

Asimismo, se refiere a las leyes memoriales de España. En especial, desarrolla en profundidad la Ley N° 52/2007, conocida como “Ley de Memoria Histórica”. La caracteriza como la primera acción de memorialización que las Cortes posfranquistas han llevado a cabo. Por su intermedio, inauguraron una nueva etapa que sobrepone al país del “pacto de olvido y silencio” que habían acordado todas las fuerzas políticas y que había incluido leyes de amnistía para “dejar en el pasado” los crímenes que se habían cometido. Más adelante, analiza en detalle la Ley de Memoria Democrática N° 20/2022 como una ley que se propone “adecuar a España a los estándares internacionales en materia de políticas de memoria pública”. Con este fin, el Estado español a través de esta ley incorporó el “Derecho de las víctimas a la verdad”, garantiza la conservación de los archivos y su libre consulta y prevé la creación de un banco de ADN de las víctimas de la guerra civil y la dictadura como medio para asumir su responsabilidad de aclarar el destino de los desaparecidos, entre algunas de las principales medidas que adoptó.

Como referí anteriormente, el capítulo VI Mastromarino lo dedica al “olvido”, decisión que, en lo personal, me resultó llamativa para un capítulo final previo a las conclusiones. Caracteriza al olvido como un elemento que se interconecta con la memoria y que también involucra un acto de la voluntad, en tanto no lo limita a una mera ausencia de recuerdo.

Para la autora, la función pública del olvido se expresa a veces a través de formas explícitas, entre las que se encuentran las leyes “para olvidar”, categoría dentro de la cual inscribe a las leyes de amnistía. A ellas dedica los apartados “Leyes de amnistías”, “Derechos humanos y las leyes de amnistía”, “Leyes de amnistía y memoria” y “Amnistía y democracia”, donde recorre cómo inicialmente se aceptaba a estas leyes como instrumentos de pacificación y transición para pasar a ser criticadas después de la

Segunda Guerra Mundial con la llegada de los sistemas democráticos y el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo y consideradas incompatibles con los reclamos de justicia, en particular en la jurisprudencia de la Corte IDH a partir del caso “Barrios Altos”.

En el apartado “Leyes de amnistía y memoria”, nos encontramos frente a un posicionamiento de la autora que *a priori* puede ser controversial. En contraposición con la postura adoptada a partir del caso “Barrios Altos”, plantea que la amnistía, en algunos casos, puede ser un instrumento útil y eficaz para garantizar la consolidación de la paz y construir un horizonte de memorialización común. Para Mastroianni, sin embargo, se deben dar algunas características o requisitos: que no constituyan un caso de aberrante autoamnistía que impidan o prohíban la investigación de lo sucedido, que se apoye en un análisis de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad y que sea presentada como excepcionalidad.

Sobre este aspecto, trae a colación los juicios de la verdad celebrados en la Argentina como experiencias donde la renuncia a la pretensión punitiva no han degradado las pretensiones de investigación. Si bien es cierto lo que sostiene la autora, considero que el análisis debe partir de una base de elementos que no pueden soslayarse para que pueda ser concluyente una afirmación del tipo que formula.

La investigación y el desarrollo de los juicios orales y públicos (como modo de conclusión de las investigaciones) en casos de graves violaciones de derechos humanos dan respuesta a las obligaciones internacionales asumidos por los Estados. Estas exceden el mero objetivo de dar respuesta al derecho a la verdad –particular de las víctimas y colectivo de la sociedad–.

Las investigaciones y los juicios son herramientas para el cumplimiento de las obligaciones de investigar y también de juzgar, sancionar a los responsables mediante la aplicación de penas justas y proporcionales a los ilícitos cometidos, y reparar adecuadamente a las víctimas. A su vez, representan en sí medios para la construcción de la memoria colectiva y para garantizar la no repetición de los atroces crímenes que se cometieron.

En el proceso argentino, para garantizar la consolidación de la paz y construir un horizonte de memorialización común, los pilares fundamentales son la Memoria, la Verdad y la Justicia. En Argentina el conocimiento de la verdad de lo sucedido resulta tan esencial como la sanción de los y las responsables a través de los procesos judiciales y la reparación de las víctimas para alcanzar la justicia y la construcción de la memoria colectiva para no olvidar ni repetir tan atroces crímenes. Solo por esta vía, es posible garantizar el *Nunca más*.

En otros pasajes, continúa la autora desarrollando su posicionamiento y analiza distintos casos de amnistía: a) la autoamnistía proclamada por el general Bignone durante la última dictadura cívico-militar en la Argentina; b) la autoamnistía solicitada por el régimen de Fujimori en Perú; c) las leyes de “indulto” adoptados por el gobierno democrático de Alfonsín en la Argentina y d) la Ley de Caducidad aprobada por el Parlamento uruguayo, confirmada posteriormente por el pueblo mediante sendas consultas efectuadas. Se detiene con mayor detalle en este último, introduciendo en el análisis el fallo de la Corte IDH “Gelman”.

Así, sostiene que se vería afectada la soberanía popular, acuñando el concepto de Gargarella, al declarar la ilegitimidad de las leyes de amnistía, por cuanto se acaba negando a una comunidad tener márgenes de acción amplios para decidir cómo quiere vivir y de qué modo organizarse, de qué forma quiere premiar o reprochar determinadas conductas.

Ante estas afirmaciones, me permito indicar que son los pueblos libres y soberanos los que deciden suscribir los tratados internacionales para proteger los derechos fundamentales de la población. De modo que, en pleno ejercicio de su soberanía, suscribieron instrumentos que proveen de una protección y garantías para la prevención de las graves violaciones a los derechos humanos.

No es la necesidad de memoria lo que se traduce en un impulso del juicio y la pena, sino la necesidad de que se haga justicia, se repare adecuadamente a las víctimas y se identifiquen a las víctimas de desaparición forzada, entre las que se encuentran 300 personas –hoy adultos/as– que fueron sustraídos de sus familias cuando eran bebés o pequeños niños/as luego de nacer en cautiverio en centros clandestinos de detención o ser secuestrados/as junto con sus madres y padres o con motivo de la persecución política que sufrían.

El SIDH no viene a socavar dicha soberanía sino, por el contrario, a limitar los intentos de avasallar los derechos fundamentales de las personas en contra de los compromisos internacionales previamente asumidos por los Estados en la búsqueda de generar instancias para su protección.

Concluye el capítulo Mastromarino poniendo de relieve que las sanciones penales no son el único medio de intervención posible, destacando la existencia de la asunción de cargas económicas, la petición de indulto público, asunción de construcción de espacios de memoria, etc.

En la experiencia de Argentina, algunas de ellas son medidas de reparación que también se han adoptado. Lo cierto es que tienen un carácter complementario, ya que de modo alguno suplen la finalidad de la sanción penal de garantizar la resocialización de la persona condenada y su función de prevención general contribuyendo a las garantías para la no repetición.

El último capítulo del libro está dedicado a las “Conclusiones (no concluyentes). Diálogo entre la historia, el derecho y la memoria”. Tal como anticipa, no se dedica en este apartado final a recoger sus principales conclusiones o lineamientos. Se dedica a poner en palabras la presencia de la historia o la historiografía a lo largo del libro para luego vincularla y diferenciarla del derecho y la memoria.

A modo de conclusión, la obra es sumamente recomendable, tiene una lectura amena y fluida. En esta época en que los procesos de memoria se encuentran particularmente cuestionados bajo falsos argumentos de revisionismo que encubren el negacionismo y los discursos de odio, se trata de un trabajo que brinda aportes muy necesarios para profundizar la discusión en torno a las definiciones de memoria y que invita a la reflexión.

Reseña del libro *El habeas corpus en el ámbito carcelario*

Ale, A. S.; Beltracchi, P. M. y Ordóñez,
P. E. (2023). *El habeas corpus en el ámbito
carcelario*. Buenos Aires: Hammurabi.

Por Mariano G. Juárez¹

La obra que se reseña es la segunda edición de una publicación original de 2016. Los autores, que reproducen la introducción original del profesor Mario Juliano y agregan la del profesor Daniel Rafecas, han dejado transcurrir siete años para volver a enfrentarse al mismo problema.

Como anuncian en la Introducción, ese problema tiene que ver con el tiempo, sus medidas y el modo en que las sociedades se enfrentan al castigo penal.

Es que el castigo, de ordinario, se mide justamente en tiempo; tiempo de privación de derechos o de sufrimiento, en respuesta a un hecho delictivo ya juzgado o en vías de ser juzgado.

Los autores son escépticos frente a los fines que ese castigo buscaría conseguir, ya sea bajo la noción de reinserción, resocialización o cualquiera de sus variantes, y denuncian que el estado de las prisiones torna ficticia esa pretensión. Justamente para intentar paliar o enfrentar este aspecto real del castigo penal, que lo asemeja a una forma de venganza, proponen el uso de la herramienta del *habeas corpus*.

Es importante advertir que los autores formulan una aclaración ya desde el título del texto: la obra se limita al funcionamiento del *habeas corpus* correctivo en el ámbito de las prisiones. La aclaración es

¹ Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación. Ayudante de primera de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA).

relevante porque el tema al que se integra el aporte doctrinal de los autores es, obviamente, más amplio, ya que la referencia al *habeas corpus* incluye todas las aplicaciones que se derivan de una vía procesal ideada y diseñada para resguardar la libertad personal en todas sus formas. La obra, reitero, aclara que se dedicará a su uso en un ámbito específico y concreto: como instrumento para remediar afectaciones a quienes ya han sido privados, de modo al menos legal, de su libertad y están sujetos a la autoridad penitenciaria.

El libro consultado es, en efecto y básicamente, uno sobre las prisiones, sobre quienes las habitan y los medios para remediar las lesiones que pueden sufrir a causa y como consecuencia de ese vínculo con la cárcel.

En relación con los otros usos del instituto, el capítulo I “Historia” se dedica a rastrear sus orígenes más remotos. Se devela su etimología y sus antecedentes más cercanos en el ordenamiento jurídico nacional. El desarrollo de este tramo de la obra es muy completo y generoso en la consulta de fuentes. Luego de abordar la sanción de la Ley N° 23098 se ofrece también una reseña de los desarrollos posteriores, enunciando de modo especial, aunque breve, el modo en que la temática fue receptada por el SIDH.

En el capítulo II “Salud” los autores comienzan ya a desgranar, como habían anunciado, los aspectos específicos atinentes al uso del instituto en nuestro ámbito de acuerdo con criterios de recurrencia y cotidianeidad.

Así, y acertadamente, identifican, en primer lugar, al derecho a la salud como uno de los más frecuentemente lesionados. Luego de definirlo en función de las normas que al respecto se enuncian en las convenciones temáticas, y de destacar la despareja recepción de la ampliación del contenido de ese derecho dentro de las prisiones, detallan con detenimiento y minuciosidad las normas que consagran su respeto y protección en el ámbito penitenciario.

Seguidamente, nutriéndose nuevamente de la idea de practicidad inicialmente anunciada, los autores procuran distinguir el uso correcto del *habeas corpus* como medio de atender reclamos por agravamiento de las condiciones de detención, de pedidos que, aun enmarcados en el uso de aquella vía procesal, no suponen esa consecuencia y que, proponen, deben ser formulados por otros medios menos específicos. A ello le sigue un examen de los múltiples aspectos que quedan forzosamente incluidos en el concepto de salud, como la alimentación, por ejemplo.

El capítulo III está dedicado a la “Educación”. Los autores parten, nuevamente, de una definición amplia del derecho involucrado e identifican algunos de los problemas que contribuyen a limitar el acceso a aquel dentro de las unidades carcelarias.

En este punto, y luego de reseñar el complejo entramado normativo que se relaciona con esta cuestión, los autores destacan cómo la condición de estudiante en tanto acreedor del derecho a la educación excede el rol de prisionero, aunque advirtiendo la evidente tensión que se presenta, para la consecución de ese fin, con los objetivos propios de la institución carcelaria. La obra es explícita en este tramo al

identificar cuáles son los alcances del derecho a la educación, para así advertir cómo y de qué maneras se concretan las lesiones a su pleno ejercicio.

El capítulo IV se titula “Trabajo” y comienza por identificar (lo que resulta muy útil para el público no especializado) la distinción entre el trabajo como una parte del “tratamiento penitenciario” y el trabajo como un derecho cuyo ejercicio no puede verse afectado de modo absoluto a causa del encierro. También se identifican qué tareas o labores se ejecutan dentro de las cárceles clasificándolas conforme criterios altamente explicativos e ilustrativos de la complejidad de la vida carcelaria y del modo en que se conecta con la vida fuera de sus muros. En este punto se explica la base normativa y función institucional del ENCOPE.

En línea con la parte introductoria del capítulo, los autores explicitan convincentemente la premisa según la cual el trabajo dentro de las cárceles debe asemejarse “lo más posible” al que se desarrolla fuera de aquellas, y debe ser regido por las normas específicas del derecho laboral, aunque sin soslayar su fin resocializador. Luego, desarrollan las posibles formas en que pueden verse agravadas las condiciones de detención de una persona en relación con ese punto de partida, reseñando la jurisprudencia que ha intervenido para resolver estos conflictos y la normativa que se ha aplicado a esos efectos. También enuncian los obstáculos de hecho que afectan el ejercicio de este derecho, entre los que se resalta, con razón, la falta de cupo laboral.

El capítulo V, dedicado a las “Condiciones edilicias”, comienza por vincular este aspecto del encierro (el “dónde” del cumplimiento de las penas) con el derecho a la dignidad personal. En consecuencia, se resalta de modo especial que velar por las condiciones materiales en las que se ejerce el poder penal es un deber del Poder Judicial. Con citas pertinentes de decisiones del SIDH los autores identifican la estrecha relación que media entre el acceso al agua y a una ventilación e iluminación adecuadas, por ejemplo, con el rol de garante que debe cumplir el Estado respecto de las personas alojadas en un centro carcelario.

El tratamiento de este tema aborda también “cómo” se lleva adelante el encarcelamiento. En ese punto los autores se detienen en el problema del hacinamiento de las cárceles del que derivan otros puntos conflictivos, relacionados con las formas o medios esgrimidos para solucionarlo: sea un sistema de cupos, el uso de mecanismos alternativos de detención (arresto domiciliario, por ejemplo) o incluso el recurso a traslados de una unidad a otra.

El capítulo VI analiza el “Régimen de visitas” y, al respecto, los autores resaltan que esta cuestión se liga de modo ineludible con el propósito al que debería aspirar la cárcel: la preparación de la persona detenida para reingresar al medio libre, esto es, a su familia y su comunidad. Más allá de explicitar en detalle cómo opera este vínculo desde un punto de vista criminológico, los autores ofrecen, atinadamente, una explicación resumida –con cita de su correspondiente base normativa– acerca del desarrollo y modalidades de concreción específica de este derecho.

Son claras y útiles las clasificaciones que se ofrecen al respecto en el texto y es a partir de esa especificidad que se explican las formas en que la persona detenida (o sus visitantes) puede ver lesionado sus derechos, encontrando al *habeas corpus* como vía para remediar ese perjuicio.

Debo recalcar el énfasis que los autores han hecho respecto de ciertos grupos poblacionales, especialmente vulnerables a actitudes discriminatorias y en los que entra en juego la identidad personal (colectivo LGBTIQ+), así como de aspectos del régimen carcelario que suelen ser abordados con eufemismos poco útiles y escasamente explicativos (como es el caso de las visitas íntimas). Este capítulo, destacable por su precisión y capacidad explicativa en el contexto general de la obra, recibe como aporte novedoso el estudio del nuevo uso que se dio a las herramientas de comunicación virtual o remota en el contexto de la pandemia por COVID-19.

El capítulo VII se titula “Comunicación con el exterior” y ofrece puntos de contacto evidentes con el anterior. Merece señalarse que aquí se analiza el derecho de las personas detenidas a mantener comunicaciones telefónicas o correspondencia y, al respecto, los autores ofrecen su opinión en orden a la, aún vigente, prohibición de telefonía celular en las cárceles federales, así como el modo en que se intenta colmar la laguna legal relacionada con el acceso a *Internet* dentro de las unidades carcelarias.

En el capítulo VIII “Traslados” se enfrentan a uno de los temas más conflictivos, y lo hacen, nuevamente, con un alto nivel de detalle y detenimiento, describiendo las diversas formas en las que los derechos de las personas detenidas pueden verse afectados, sea al egresar al medio libre de modo temporal o bien al ser cambiadas de lugar de alojamiento, pero –generalmente– en relación con las medidas de seguridad que suelen implementarse en estos operativos.

Tanto en orden a la manera en que las necesidades en materia de seguridad entran en conflicto con el derecho a la salud o a la integridad personal como en el modo en que un traslado puede convertirse en una sanción encubierta o un obstáculo para el fin resocializador, los autores discuten la base normativa vigente para este tipo de circunstancias y ofrecen abundantes citas jurisprudenciales para ilustrar el modo en que se ha analizado la cuestión.

Cabe añadir que dedican un apartado especial al estudio de la sentencia dictada en 2019 por la Corte IDH en el *Caso López y otros vs. Argentina*, que analiza en detalle este problema y ofrece una vía de solución que atañe de modo concreto a nuestro país.

El capítulo IX se dedica a las “Requisas” y en él, de nuevo, los autores se destacan por su afán clasificatorio y porque identifican los riesgos que este tipo de intrusiones generan para la persona detenida, por lo cual dedican mayor atención a las que mayor injerencia suscitan. En esa línea, pero no ya en orden a la índole o tipo de requisa, sino en función de las cualidades personales de quien la sufre, analizan la situación de las mujeres (tanto detenidas como visitantes) y miembros de la comunidad LGTBIQ+. En este capítulo, mencionan casos concretos y reseñan en detalle las vicisitudes de su tramitación, lo que favorece el propósito descriptivo de la obra.

Debe destacarse que el apartado dedicado a las requisas practicadas a las personas visitantes de las unidades carcelarias es, por su extensión, un complemento exhaustivo del desarrollo del capítulo VI y, si bien, por especificidad, es correcta su ubicación en la obra, el lector debiera estar avisado de esta relación. Lo propio ocurre con el apartado dedicado al registro de paquetes, ya que también se relaciona con el contenido del capítulo VII. En este estudio particular es destacable que los autores hayan dedicado especial atención al uso de dispositivos que suplen la inspección personal y que presentan sus propias particularidades.

El capítulo X aborda el siempre problemático tema de las “Sanciones”. Aquí, el lector deberá ser precavido, ya que esta cuestión posee su régimen específico que permitirá determinar, caso a caso, la legitimidad de la aplicación de las normas disciplinarias. Los autores vinculan estas cuestiones y la temática analizada (el *habeas corpus*) en el apartado 29 de este mismo capítulo, destacando que esta acción solo será aplicable –en principio– cuando la lesión o el perjuicio sea inminente y no pueda aguardarse al trámite regular del procedimiento disciplinario. En ese sentido, dedican un subtítulo especial para los casos de aislamiento provisional.

En el capítulo XI se analiza la situación de las “Personas extranjeras”. Los autores comienzan por resaltar, acertadamente, el vínculo entre las cuestiones que se examinan en este apartado y la normativa migratoria en general. Al desarrollar este tema destacan la manera en que el idioma puede resultar –y de hecho es– una limitación que agrava las condiciones de detención, pero también abordan otras situaciones conflictivas como la distancia con el grupo familiar y la necesidad de garantizar un trato igualitario ante exigencias reglamentarias.

El examen de la decisión de hacer efectiva la expulsión de una persona migrante (extrañamiento) ha merecido en la obra un espacio autónomo, aunque los autores utilizan ese espacio para destacar que, en principio, las vías procesales son las propias del régimen migratorio, salvo excepciones sobre las cuales no se profundiza.

El capítulo también analiza, con mayor o menor exhaustividad, el modo en que la nacionalidad puede afectar el acceso a los derechos a la educación, al trabajo y a la comunicación con el ámbito libre. También se dedica un apartado especial a los traslados de internos en función de la normativa vigente en materia de cumplimiento de condenas en el extranjero y otro a la situación de mujeres migrantes que se encuentran detenidas.

Los capítulos XII, XIII y XIV abordan las cuestiones procesales específicas del *habeas corpus*. En ese sentido, el primero analiza las “Cuestiones procesales en general”; el segundo, los “Procesos colectivos”, y el último, las “Medidas cautelares”. Los tres demandan, para su análisis, casi cien páginas y basta leer el índice para advertir la variedad de los temas que aquí se tratan. Solo creo necesario destacar que aquí encuentran espacio para su análisis el texto de la Ley N° 23098, un estudio pormenorizado de la jurisprudencia de la CSJN en orden a las acciones colectivas y un examen sucinto, pero muy efectivo, de las normas de derecho procesal que son aplicables a este tipo de procesos.

La obra cuenta, antes de concluir, con dos anexos. El primero enumera los fallos e instrumentos normativos que sirven de fuente de autoridad en relación con cada una de las materias desarrolladas, mientras que el segundo ofrece una descripción gráfica del modo en que tramita el *habeas corpus* en el régimen nacional. Al finalizar se ofrece una bibliografía general extensa y variada.

En definitiva, la obra reseñada es un excelente texto de consulta para abogados/as y jueces/zas. Es descriptivo y reflexivo con igual profundidad y refleja una evidente experiencia en la materia.

Su utilidad, es cierto, puede verse acotada en tanto los ejemplos que se ofrecen (basados en casos litigiosos) no abarcan todos los problemas que suscita la detención. En ese punto, en épocas recientes han recrudescido ciertos problemas que parecían acotados a ciertas geografías o contextos políticos. Así, la degradación del sistema carcelario bonaerense parece haberse replicado a ámbitos en principio más favorecidos, como la Ciudad de Buenos Aires, en donde son cada vez más asiduos y violentos los motines en comisarías, y cuyas autoridades reconocen –pública y ostensiblemente– que no están preparadas para alojar personas detenidas por largo tiempo. Esa conflictividad y violencia no cesará en tanto subsista la vigencia de la Ley N° 27375, que acota casi al extremo la posibilidad de acceso al medio libre y en tanto los jueces y las juezas con competencia penal continúen ignorando los mecanismos alternativos para atender los riesgos del proceso.

Es de esperar, habida cuenta de esta perspectiva pesimista, que en el futuro los autores retomen estos mismos temas con su sagaz capacidad descriptiva de modo de actualizar su muy útil aporte a la materia.

Reseña del libro

Juicios mediáticos

Ara Aimar, J. C. (2023). *Juicios mediáticos. ¿Pueden los medios de comunicación influir en las decisiones judiciales?* Buenos Aires: Hammurabi.

Por Aníbal Filippini¹

Hace ya muchos años publiqué una monografía (Filippini, 1995) en la cual –entre otros aspectos– señalé que los *juicios por la prensa* no eran neutros a los procesos judiciales:

las noticias sensacionalistas, los *prejuzgamientos* anticipados, y las *condenas periodísticas* previas a la sentencia suelen provocar efectos muy perniciosos para el imputado en cuanto pueden influir negativamente, tanto en el propio juzgador cuanto en la opinión pública,² en desmedro de la garantía constitucional que consagra el principio de inocencia (Pizarro, 1998: 229).

Allí mencioné que la *limpieza* del proceso (*fair trial*) podía “resultar perjudicada si los medios de comunicación, directamente con sus informes o indirectamente predisponiendo a la opinión pública” interferían “en el desarrollo del juicio” (Muñoz Machado, 1988: 122).

1 Abogado (UB). Autor de monografías jurídicas. Miembro de la AAJ.

2 Alessandro Baricco dice que la televisión es uno de los hornos “donde se ponen a cocer nuestros cerebros”, y agrega que entre la escuela y la televisión “pasa el grueso de la formación colectiva”. Baricco, A. (2006). *Los bárbaros* (p. 186). Barcelona.

Después de abordar el *quid* la impunidad mediática (Filippini, 2016: 79), me ocupé de la injerencia de la prensa en los procesos judiciales y denuncié hasta qué punto los medios habían dejado de ser testigos para pasar a ser protagonistas de la maquinaria judicial (Filippini, 2017), pero me referí solamente a la *presión sobre los jueces* y a la *manipulación de la opinión pública*. Señalé la gravedad de todo ello, particularmente en el caso de la flagrante violación periodística al principio de inocencia³ que, como se sabe, tiene dimensión constitucional.

Recientemente (Filippini, 2021) me ocupé de los medios como *confabulación*, centrando ahora la mirada en la actuación del cronista que ingresa en la sala de máquinas de la Justicia, no para fisgonear, sino para coordinar sus notas con la actuación de jueces y fiscales, con débito a la verdad y con un propósito político –o, cuanto menos, extraperiodístico–.

¿Por qué elegí esa temática? El Dr. Eduardo de Lázari, presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, había declarado en el año 2019:

Estoy hablando de causas armadas artificialmente, estoy hablando de abusos de testigos de identidad reservada, de arrepentidos, *de factores de presión que inducen, fomentados y fogoneados por ciertos medios de prensa*, a dictar condenas mediáticas y que llevan a un panorama sinceramente deplorable, en donde influyentes de todo tipo, espías, traficantes de escuchas telefónicas, con ciertas complicidades de algunos magistrados y miembros del Ministerio Público, terminan por generar un panorama que es absolutamente preocupante.⁴

Y el Dr. Alejo Ramos Padilla había determinado la existencia de un mecanismo que producía

una legitimación autorreferencial, *al hacer que la causa judicial legitime la nota de prensa mientras la nota de prensa legitima, al mismo tiempo, la causa judicial*, y produce, paradójicamente, el propio desgaste de las estructuras democráticas que dichas instituciones protegen.⁵

El propio periodista involucrado en la investigación –como señala el referido magistrado– había explicado alguno de estos métodos de judicialización de investigaciones en sus propias publicaciones. Así, por ejemplo, había dicho que

3 Filippini, A. Responsabilidad por la difusión de constancias judiciales. En A. A. Alterini y R. M. López Cabana (dirs.), *La Responsabilidad. Homenaje al Prof. Isidoro H. Goldenberg* (p. 369). Buenos Aires: Abeledo Perrot, citado luego, por ejemplo, por Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Derecho a la información y conflictos judiciales en los que intervienen menores*, RDF 1999-14-9, Lexis Nº 0029/000305.

4 <https://www.perfil.com/noticias/politica/eduardo-de-lazzari-titular-corte-bonaerense-dijo-hay-causas-armadas-abusos-fuero-federal.phtml>

5 <https://www.tiempoar.com.ar/nota/caso-dalessio-el-juez-confirmando-que-bonadio-carrio-oliveto-y-zubic-están-imputados>

un pedido habitual de las empresas periodísticas es que antes de publicar una investigación se cuente con un respaldo judicial. Para lograrlo se puede recurrir a un abogado o a un legislador que conozcamos: le facilitamos parte de la información y le pedimos extraoficialmente que haga una denuncia, de modo tal que la justicia empiece a investigar [...] También podemos mandar los documentos por correo y en forma anónima a un fiscal, para que abra una causa (Santoro, 2004: 36).

Diversamente, en el libro que aquí reseño no se explora el hemisferio político de la cuestión,⁶ pero en cambio sí se brindan *todas* las herramientas que obligatoriamente deben estar en la biblioteca del operador jurídico que lleve un caso resonante, o del abogado defensor cuyo cliente padece la presión mediática, o del periodista a quien la preocupación ética conduzca su actividad, e incluso del magistrado llamado a intervenir en un proceso bajo el escrutinio de los gigantes de la información.

Ara Aimar supera aquí holgadamente la media de los ensayos jurídicos pretéritos dedicados a la ecuación prensa-justicia, y lo hace con un abordaje interdisciplinario o transdisciplinario, y buscando minuciosamente una aproximación a la constelación de cuestiones que orbitan alrededor de la influencia mediática sobre los procesos judiciales, la imparcialidad de los magistrados o la presunción de inocencia, nada menos.

Es para celebrar que, desde Aldous Huxley hasta Zygmunt Bauman, o desde Jorge Luis Borges hasta Jean-Paul Sartre o Jaques Derrida, todo el andamiaje del pensamiento profundo desfile por las páginas de esta obra en socorro de la pesquisa del autor, no solamente jurídica.

En estas carillas también es posible recorrer una miríada de factores particularmente relevantes a la hora de determinar la gravitación de los “juicios mediáticos”, tales como la “sociedad consumista” que “apuesta a la irracionalidad y a los sentimientos de las personas, no a la razón y el juicio” o bien la “opinión pública como un mecanismo de control social”, e incluso “los pánicos morales” desencadenados por “historias mediáticas alarmantes”. El quehacer periodístico es puesto bajo la lupa.

6 Que, en mi opinión, no se agota en el posible dilema entre libertad de expresión y el honor de los funcionarios públicos.

En materia civil se enuncian y tratan derechos y principios (honor, identidad, imagen, intimidad).⁷ Y en materia penal se hace acento en la presunción de inocencia,⁸ para desembocar luego en el corazón de la investigación: los llamados *juicios paralelos*.

Con notable seriedad, el autor aborda este difícil renglón de la problemática desde una perspectiva propia y original, llamando la atención, no tanto sobre la confrontación entre prensa y justicia como sobre su posible colusión en el “linchamiento” del acusado; no tanto en el “juez claudicante” como en el magistrado “estrella” o “vedette”.

Es plausible el estudio sistemático de los efectos del juicio paralelo, de la estigmatización, y bienvenida su casuística, desde el caso “Dreyfus” hasta el resonante proceso conocido como “García Belsunce”.

No falta tampoco un análisis de los posibles dispositivos –tanto clásicos como novedosos (incluyendo la ya célebre Inteligencia Artificial)– para la mitigación de los efectos tantas veces denigrantes de los juicios mediáticos.

Mientras se desarrollaba el proceso penal a Perry Smith y Dick Hickock, se dice que Truman Capote solía leer públicamente y con gran suceso pasajes de lo que terminaría siendo su novela más famosa, *A sangre fría*. Difícilmente alguien, en Holcomb, en Kansas o en el mundo, haya creído por entonces que los hechos pudieran ser distintos a los relatados por Capote. La fuerza de la narrativa mediática puede ser arrolladora e indeleble, máxime cuando navegamos en tiempos de la “posverdad”⁹ en los que “los límites entre información y comunicación, entre periodismo y espectáculo, entre verdad y

7 En cuya cúspide bien podría situarse la dignidad, que hoy está en el centro del sistema jurídico argentino (arts. 51 y 52, Código Civil y Comercial de la Nación). La ley repugna así los actos jurídicos cuyo objeto sea “lesivo (...) de la dignidad humana” (art. 279), y prohíbe los contratos cuyo objeto sea contrario “a la dignidad de la persona humana” (art. 1004). La jurisprudencia tiene determinado que “entre los derechos amparados por el artículo 33 de la Constitución Nacional, se halla el derecho a la dignidad humana”. La CSJN, en “Campodónico de Beviacqua” (Fallos 323:3229 de 2000) y Bahamondez (Fallos 316:479 de 1993), a su vez estableció que: “el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. Más aún, ha sido establecido que el derecho a expresarse libremente no ampara a quienes cometen ilícitos civiles en perjuicio de la reputación de terceros. Esta comprensión, basada en un principio elemental del orden constitucional conforme al cual no puede haber una hermenéutica que lleve a una destrucción recíproca de derechos es plenamente entendible, a poco que se repare que el reconocimiento de la dignidad humana como valor supremo de nuestro orden constitucional (CSJN, Fallos 333:405) sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales (CSJN, Fallos 327:3753), implica admitir que la trascendente garantía constitucional de la libertad de expresión, no puede traducirse, al amparo de ningún entendimiento dogmático, en un derecho al insulto o a la vejación gratuita e injustificada (CSJN, Fallos 342:1665). La Corte IDH ha señalado que el artículo 11 de la CADH establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. Corte IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

8 No está de más recordar la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo del 9 de marzo de 2016, que establece en su artículo 4 que “las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas” deben respetar el principio de inocencia, y la Observación General n° 32 del Comité de Derechos Humanos referida al artículo 14 del PIDCP estableció que “Los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia”.

9 <http://www.ralphkeyes.com/the-post-truth-era/>: “Es la era de la posverdad, se difuminan las fronteras entre la verdad y la mentira, la honestidad y la deshonestidad, la ficción y la no ficción. Engañar a otros se convierte en un desafío, un juego y, en última instancia, un hábito”. La palabra posverdad fue designada la palabra del año en 2016 por el Oxford English Dictionary.

mentira, tienden a borrarse” (Tubau, 1993): 99). De allí que poner la mirada *con agudeza* en ese epifenómeno del que se ocupa el libro que aquí reseño resulte nítidamente indispensable.

Referencias bibliográficas

- Filippini, A. (1995). Responsabilidad por la difusión de constancias judiciales. En A. A. Alterini y R. M. López Cabana (dirs.), *La Responsabilidad. Homenaje al Prof. Isidoro H. Goldenberg*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Filippini, A. (2016). *¿Hay un derecho a la mentira?* Buenos Aires: Ad Hoc.
- Filippini, A. (2017). *Jueces y medios*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Filippini, A. (2 y 3 de diciembre de 2021). *Los medios como confabulación* (Ponencia). Primeras Jornadas Internacionales - Desafíos en el Campo de los Derechos Humanos “El *lawfare* en América Latina y su impacto en la vigencia de los derechos humanos. Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires.
- Muñoz Machado, S. (1988). *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Barcelona: Ariel.
- Pizarro, R. D. (1998). *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Santoro, D. (2004). *Técnicas de investigación. Métodos desarrollados en diarios y revistas de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica y Fundación Nuevo Periodismo Iberoamericano.
- Tubau, I. (1993). *Periodismo oral: hablar y escribir para radio y televisión*. Barcelona: Paidós.

Reseña del libro

Tribunales débiles, derechos fuertes

Tushnet, M. (2023). *Tribunales débiles, derechos fuertes. Cómo pueden los jueces proteger derechos sin imponerse a la autoridad democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI.¹

Por Nicolás Emanuel Olivares²

1. Presentación

Mark Tushnet es decididamente uno de los grandes teóricos del derecho constitucional. Su relevancia no solo se mide en cantidad y calidad de publicaciones, sino fundamentalmente en la profundidad, originalidad y potencialidad de sus planteos. Su visión progresista de la academia en particular, así como de la teoría constitucional en general, ha sido fuente de inspiración de no pocas vocaciones jurídicas, en su facetas litigante, judicial e investigativa. El compromiso, coherencia y claridad de sus trabajos, es una muestra de qué es lo que toda o todo buen académico interesado por el derecho constitucional debiera de hacer.

Sin embargo, como todo gran intelectual, autor o investigador, no son pocas las controversias que sus hipótesis, tesis y argumentos han generado en su prolífica carrera. Sus detractores son demasiados para listarlos en un mismo trabajo, pero en toda ocasión se han expresado en tono elogioso por la seriedad, profundidad y originalidad de sus textos.

1 Traducción a cargo de Lilia Mosconi. El título original de la obra en inglés, publicada en 2008 por Princeton University Press, es: *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*.

2 Abogado (UNC). Profesor universitario (UCC). Magíster en Derecho y Argumentación Jurídica y doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de Historia de las Instituciones y de Derecho Constitucional (UNLPam). Investigador asistente del CONICET-IEHSOLP-UNLPam.

El libro que aquí procederé a comentar no es de ninguna manera una excepción a la regla. Estamos en presencia de un trabajo fundamental para aquellas y aquellos lectores que deseen aspirar a trabajar en las referidas dimensiones del quehacer y el pensar jurídico. Asimismo, su principal objeto de estudio, la revisión judicial de constitucionalidad, constituye sin lugar a dudas uno de los más importantes tópicos de la teoría constitucional.

Los principales interrogantes atendidos por Tushnet al interior del libro aquí reseñado son aquellos dos precisado en el prólogo de esta edición en español, a saber: ¿cuál es el papel adecuado de los tribunales en los sistemas constitucionales que, en general, cumplen con los requisitos del Estado de derecho? Y ¿qué derechos sustantivos garantizan, deben garantizar o pueden garantizar las constituciones? ¿Deberían proteger los derechos sociales y económicos de segunda generación, y los derechos culturales y ambientales de tercera generación? (Tushnet, 2023: 19).

Finalmente, corresponde afirmar que no constituye una mera coincidencia el hecho de que aquel libro sea publicado por una editorial fuertemente comprometida con la construcción y divulgación de conocimientos jurídicos de calidad, testeados intersubjetivamente en las más encumbradas esferas, ámbitos y mesas de deliberación teórica como es Siglo XXI, así como que la colección específica que lo alberga, Derecho y Política, constituya al día de la fecha una importante fuente de argumentos para las y los abogados de la Argentina.

Sin embargo, todas dichas elogiosas palabras, como indica la sana costumbre, pues, nos ofrecen, yo diría obligan, incluso moralmente, a leer de forma atenta, seria y escrupulosa la propuesta formal, argumentativa y conceptual de este libro de ciencias jurídicas, meta que espero poder alcanzar, aunque sea de forma parcial, en las sucesivas páginas.

2. Aspectos formales

Para comenzar, tal vez podría considerarse que el subtítulo escogido en la traducción al español de la obra original en idioma inglés ocluye parcialmente lo que constituye el contenido del libro. El subtítulo original en inglés refería a una dualidad profundizada en comparación a la ya señalada en el título. Me explico. La primera dualidad, ya señalada en el título, es la que diferencia entre organismos judiciales, en este caso tribunales débiles, y derechos constitucionales, en este caso fuertes. La segunda dualidad, más específica contenida en el subtítulo original, pero no en esta traducción española, refería a una prolongación de aquella primera, pero que agregaba un contenido esencial, refiriendo por un lado a la revisión judicial y, por otro lado, a derechos de bienestar social. De este modo, si bien el subtítulo escogido en esta versión española adelanta a las y los lectores el nudo problemático central de la obra, ocluye la especificidad de la versión inglesa original, la cual además de ahondar en aquella segunda dicotomía, aclara que el contexto de enunciación de todo el trabajo es el del derecho constitucional comparado, siendo que el primer capítulo del libro es dedicado entera y completamente a “El derecho constitucional comparado y sus aportes”.

Podría ofrecerse aquí, entiendo, un buen argumento a favor de la traducción algo más libre, creativa y propositiva de la obra, así como otro a favor de una traducción al español algo más literal, ajustada o apegada a las pautas definicionales del autor en inglés. Por un lado, en defensa de una traducción libre del subtítulo del libro podría señalarse que toda traducción debe de partir de la premisa fundamental de clarificar la tesis central de la autora o autor, para que sea receptada sin vaguedades por las y los lectores. Por otro lado, a favor de una traducción más apegada a la literalidad del subtítulo original en idioma inglés, debiera indicarse que resulta fundamental dejar librado al criterio de la autora o autor de la obra aquello que debiera de considerarse complementario, contextual o específico, es decir, aquello que accede a lo principal que ya se ha indicado en el título.

No obstante, esta particular controversia sobre la traducción del subtítulo en modo alguno opaca las enormes bondades que ofrece la excelente traducción efectuada del contenido de la obra, siendo más que atinadas las notas de la traductora, la cual son de gran ayuda. Así como también, cabe destacar un aspecto formal, de presentación u ordenación de la obra, proveída por el autor, la cual responde a una perspectiva más que destacada en la bibliografía contemporánea sobre teoría constitucional, la cual coloca en un primer lugar de relevancia a la dimensión institucional, a la sala de máquinas, al decir de Gargarella, o bien diría yo, a *la teoría de la democracia*, por sobre la dimensión estatutaria, al apartado dogmático, o bien en mis términos, a *la teoría de la justicia*. Esta prioridad, a veces suele ser justificada en premisas conceptuales, otras en argumentos normativos y, la menos, en criterios empíricos, posee importantes adherentes.³

En los próximos dos subapartados me adentraré en la obra de Tushnet propiamente dicha, mediada por aquella excelente traducción al español, en donde indagaré primero en algunos aspectos argumentativos, es decir, en la plataforma retórica empleada por dicho autor, así como luego avanzaré con ciertos aspectos conceptuales y normativos de su obra.

3. Aspectos argumentativos

Al igual que en toda obra destacada de filosofía jurídica, o bien de teoría constitucional, el libro sujeto a revisión anticipa de forma detallada, clara y concatenada los pasos que el autor seguirá en su argumentación, indicando con precisión cuáles argumentos, controversias e hipótesis aparecerán en cada uno de los ocho capítulos que componen el libro.

Más precisamente, podríamos indicar que en las páginas 22, 23 y 24, las y los lectores de esta valiosa obra jurídica podrán identificar su estructura argumentativa, que se compondría de tres grandes partes: I) una dedicada al “Control judicial fuerte y débil”, así como a ciertos aspectos conceptuales, normativos y metodológicos conexos; II) la segunda referida a “Responsabilidad legislativa por el cumplimiento de la constitución”, donde Tushnet hace hincapié en los restantes poderes políticos constituidos, es decir, el Legislativo y el Ejecutivo, y sus particularidades; y III) una tercera donde se

³ Entre aquellos autores que otorgan cierta prioridad, conceptual, normativa o pragmática a la teoría de la democracia por sobre la teoría de la justicia, podría citarse a Kymlicka, 2002; Pettit, 2012; y Honneth, 2014.

estudian argumentos constitucionales más específicos sobre derechos económicos y sociales, y diseños institucionales variados de control judicial débil, titulada “Cumplimiento judicial de los derechos sociales y económicos”.

Respetando el orden y contenido de cada una de dichas partes del libro, procederé a efectuar tres breves comentarios correlativos en orden y contenido.

En primer lugar, la dicotomía planteada por el autor entre control judicial fuerte vs. control judicial débil constituye un lugar común de cierta destacada y diversa bibliografía sobre la temática de la revisión judicial de constitucionalidad. Sin embargo, diversas y valiosos investigadores han señalado que dicha oposición, dualidad o dicotomía, podría o debería ser superada, por otras clasificaciones, distinciones o etiquetas más complejas.⁴

En segundo lugar, el énfasis otorgado a los restantes poderes políticos constituidos, es decir, legislativo y ejecutivo, al interior de la discusión contemporánea sobre el más adecuado sistema de revisión constitucional es ciertamente un avance en relación con aquellas obras especializadas que se centran únicamente en estudiar al poder judicial. No obstante, desde hace más de una década, diversas teóricas y variados investigadores hemos insistido en la necesidad de ampliar el catálogo de organismos nacionales públicos que estarían y/o están en condiciones de evaluar la constitucionalidad de normas jurídicas. Aquí son de especial importancia las proyecciones institucionales que destacan la relevancia de emplear minipúblicos, o bien ciertos órganos públicos extrapoderes.⁵

En tercer lugar, pero no por ello menos importante, en la tercera parte del libro que aquí estamos comentando emerge con toda su relevancia la protección de los denominados derechos económicos y sociales, y el valioso argumento de Tushnet acerca de su mejor protección bajo un sistema de revisión judicial débil, en contraste con el rendimiento tuitivo que aparentemente ofrecería el control judicial fuerte de constitucionalidad.⁶ Es más que encomiable, que en el derecho en general, así como en el derecho constitucional en especial, se brinde semejante lugar de importancia a los que habitualmente han sido considerados como derechos humanos de segunda generación, donde más allá de las mandas de plena operatividad y exigibilidad de la Corte IDH, no muchas instancias jurídicas nacionales se han hecho eco de ello, protegiéndoles de forma condicional, acotada, o siempre bajo el arbitrio de la efectiva posibilidad material para ello. Sin embargo, no menos cierto es el rol ya no secundario, sino lamentablemente terciario que se ha asignado por parte de cierta jurisprudencia nacional e internacional humanitaria a los derechos culturales como tales, siendo ellos los estándares normativos menos cuidados en la trinidad laica de derechos económicos, sociales y culturales.

4 A los fines de acceder a otras posibles formas de clasificar dicha bibliografía, véase Olivares, 2018.

5 Sobre minipúblicos, véase Warren y Mackenzie, 2012; Watkins, 2015; Lafont, 2020; y White, 2020.

6 Una interesante defensa del control judicial fuerte de constitucionalidad está en Habermas, 1998.

4. Aspectos conceptuales

Los aspectos conceptuales tendrán por epicentro las tesis ofrecidas por Tushnet en defensa de un modelo débil de control judicial de constitucionalidad, haciendo especial hincapié en su explícito rechazo de un modelo judicial fuerte y otro de tipo mixto. Especialmente relevantes para el análisis de dicha temática específica resulta la lectura de la Parte I y III del libro aquí reseñado ofreciendo, respectivamente, en primer lugar, las bases conceptuales, normativas y prácticas relativas a la discusión sobre la revisión constitucional de normas, actos y omisiones, mientras que por último, se explicitan las posibles conexiones o desconexiones conceptuales, normativas y empíricas entre los modelos de control judicial fuerte y débil y los derechos económicos y sociales.⁷

Antes de ingresar al breve análisis de las Partes I y III del libro, resulta de enorme importancia detenerse en el maravilloso “Prólogo” que ha incorporado Tushnet, que constituye un ejemplo de cómo de manera sintética, precisa y analítica puede introducirse a las y los lectores, los principales argumentos y contraargumentos del libro. Aquí son de destacar las versiones que Tushnet identifica de controles judiciales de constitucionalidad débiles y fuertes, las cuales capturan gran parte del espectro posible.

Por un lado, señala que podríamos detectar tres posibles versiones de control judicial débil. En primer lugar, algunos tribunales se encargan de interpretar cierta legislación a los fines de compatibilizarla con las normas constitucionales, si y solo si ello está en conformidad con los criterios previamente aceptados de interpretación legislativa. En segundo lugar, algunos tribunales poseen la facultad de declarar la incompatibilidad de una determinada ley en relación con una norma constitucional, sin poder aplicar dichos fallos de forma coercitiva contra la parte considerada perdedora. En tercer lugar, ciertos tribunales poseen la facultad de aplicar coercitivamente un fallo, aunque la legislatura también posee la capacidad de insistir con la legislación original (Tushnet, 2023: 19).

Por otro lado, afirma que podríamos identificar dos posibles versiones del control judicial fuerte. En primer lugar, los tribunales podrían mantenerse más o menos distantes de las interpretaciones constitucionales ofrecidas por los otros poderes políticos constituidos, incluso desatendiendo las insistencias que puedan hacer sobre un determinado asunto. En segundo lugar, los tribunales podrían derogar una ley mediante la expansión o limitación inconstitucional de su propia jurisdicción, o capacidad de *juris dictio* (Tushnet, 2023: 20).

En definitiva, en opinión que comparto con Tushnet, “todas las variantes de la forma fuerte de control judicial plantean interrogantes básicos acerca del autogobierno democrático, porque cada una de ellas permite que los tribunales desplacen los criterios actuales de las mayorías contemporáneas” (Tushnet, 2023: 20-21).

⁷ La Parte II del libro tiene por objeto de análisis, respectivamente, “los criterios para evaluar los procesos decisorios constitucionales externos a los tribunales” y “varios casos prácticos relativamente informales, con la esperanza de suministrar información que resulte útil para evaluar hasta qué punto se justifica la confianza del control débil en las decisiones constitucionales externas al poder judicial” (Tushnet, 2023: 159).

En la Parte I del libro, titulada “Control judicial fuerte y débil”, podremos encontrar tres capítulos de enorme importancia para nuestro análisis del argumento central de Tushnet a favor de algunos mecanismos débiles de control judicial de constitucionalidad como protectores de derechos económicos y sociales, o bien derechos de bienestar social.

En el capítulo 1, titulado “El derecho constitucional comparado y sus aportes”, Tushnet afirma que podríamos distinguir tres métodos amplios acerca de cómo analizar el derecho constitucional comparado. En primer lugar, podríamos referirnos al universalismo normativo, mediante el cual se busca relacionar las ideas constitucionales de dos o más sistemas distintos, atendiendo a ciertos valores normativos más generales, siendo un método donde convergen los esfuerzos de quienes estudian tanto el derecho constitucional como el derecho internacional público, así como los derechos humanos (Tushnet, 2023: 29). En segundo lugar, resulta relevante mencionar al funcionalismo, método mediante el que también se intentan explicitar las conexiones y desconexiones entre sistemas constitucionales de diversos países, pero atendiendo al criterio de las potestades, tareas o funciones asignadas a mecanismos jurídicos (Tushnet, 2023: 29). En tercer lugar, cabría aludirse al contextualismo, método mediante el cual las y los analistas persiguen delimitar de qué manera el contexto social, histórico y político influye en la predominancia de cierto sistema de ideas constitucionales (Tushnet, 2023: 29).

En el capítulo 2, titulado “Formas alternativas de control judicial”, el autor señala que independientemente del formato, mecanismo o sistema de control de constitucionalidad escogido por cada país, algunos autores afirman que desde el fin de la Segunda Guerra Mundial han predominado modelos judiciales de revisión de normas, actos y omisiones. Sin embargo, ello no justifica la hipótesis de que el modelo norteamericano ha sido el de mayor influencia en el resto del mundo (Tushnet, 2023: 45). Lo que sí resulta claro, a juicio de Tushnet es que “bajo un sistema de la forma fuerte como el que emerge de las decisiones tomadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos, la tensión entre el cumplimiento judicial de las limitaciones constitucionales y el autogobierno democrático es obvia” (Tushnet, 2023: 49). Por el contrario, a consideración de Tushnet, “los sistemas débiles de control judicial ofrecen la promesa de reducir la tensión entre el control judicial y el autogobierno democrático” (Tushnet, 2023: 49). En otros términos, el gran atractivo que ofrecerían los mecanismos de control judicial débil sería el de suministrar “mecanismos más expeditivos que la enmienda constitucional o los procesos de nombramiento de los jueces para responder a decisiones que el pueblo considera erróneas” (Tushnet, 2023: 49). Acto seguido, Tushnet analiza ciertos ejemplos concretos de sistemas judiciales de control débil, tales como el de mandato interpretativo emergente de la Carta de Derechos de Nueva Zelanda (Tushnet, 2023: 51-54); el mandato interpretativo aumentado amparado en la *Humans Rights Act* del Reino Unido (Tushnet, 2023: 54- 58); así como ciertos mecanismos jurídicos, algunos sí, otros no tanto a su juicio, considerados dialógicos, tales como aquellos establecidos en la Carta de Derechos de Canadá (Tushnet, 2023: 58-59).

En el capítulo 3, titulado “La posible inestabilidad del control débil y sus implicaciones”, Tushnet sostiene que en determinadas ocasiones, contextos o escenarios proclives podría ocurrir que la cultura jurídica de un determinado país empuje a que ciertos mecanismos inicialmente débiles de control judicial de constitucionalidad se tuerzan en otros propios de un modelo fuerte, con lo cual ello demos-

traría cierta inestabilidad de los primeros, en detrimento de una aparente estabilidad de los segundos (Tushnet, 2023: 75).

La causa de ello, conforme los estudios de casos efectuados por Tushnet, es que la aplicación de un modelo de control judicial débil de constitucionalidad durante un largo período de tiempo pone en evidencia el alto costo político, social e institucional que significa invalidar, por parte del poder legislativo, derechos garantizados en sede judicial, minando así el capital político de los partidos que lo promueven (Tushnet, 2023: 84).

Entre las páginas 222 y 223, Tushnet precisa el contenido específico de los tres capítulos que integran la Parte III del libro, los cuales se titulan en español respectivamente, capítulo 6: “Doctrina de la acción estatal (*state action doctrine*) y derechos sociales y económicos”, capítulo 7: “Estructuras de control judicial, efecto horizontal y derechos de bienestar social”, así como capítulo 8: “Cumplimiento de los derechos sociales y económicos”.

Como bien indica Tushnet en el capítulo 6, “se describen los elementos básicos de la doctrina de la acción estatal en el derecho constitucional estadounidense” (Tushnet, 2023: 222), buscando señalar que dicha doctrina jurídica refiere a su entender a “la aplicación de normas constitucionales”, a las que el autor denomina “reglas jurídicas de fondo”, lo cual a su consideración “redundaría en la aplicación (o no) de los derechos constitucionales de bienestar social” (Tushnet, 2023: 222).

Este capítulo posee una impronta fuertemente casuística, donde los ejemplos de fallos judiciales norteamericanos se intercalan con algunas hipótesis acerca de qué debe entenderse y cómo deben de aplicarse los derechos económicos y sociales en los Estados Unidos de América desde un enfoque progresista del derecho constitucional, lo cual puede o no ser considerado central para la tesis más general de Tushnet, propia de la teoría constitucional comparada, sobre las conexiones o desconexiones entre controles judiciales débiles o fuertes y la efectiva tutela de los derechos constitucionales de primera y segunda generación.

Es por lo que, el centro de mi atención, en esta Parte III del libro aquí reseñado, se posa en el contenido y alcance de los capítulos 7 y 8 antes referidos, en sus líneas centrales.

Por un lado, en el capítulo 7, Tushnet analiza la conexión entre la dimensión constitucional horizontal, es decir, el ámbito de regulación estatal de la relación entre privados, con cierta concepción constitucional de la justicia social, es decir, de los derechos de bienestar, así como con los modelos de control judicial de constitucionalidad.

Aquí Tushnet dedica una buena parte del capítulo a explicar las bondades de la denominada doctrina alemana del efecto horizontal indirecto, conforme la cual “los tribunales encargados de interpretar y desarrollar el derecho no constitucional deben tomar en cuenta valores constitucionales al hacerlo, y los tribunales constitucionales los supervisarán para determinar si han respetado de manera suficiente esos valores” (Tushnet, 2023: 265). Asimismo, en este capítulo Tushnet enfatiza su oposición a la opinión

habitual de las y los constitucionalistas norteamericanos, algo más conservadores, conforme los cuales los tribunales no podrían identificar ni aplicar los derechos sociales.

Por otro lado, en el capítulo 8 Tushnet no solo destaca la relevancia de contar de forma explícita en un texto constitucional con derechos de bienestar, o bien derechos sociales y económicos, postura progresista que asume a contramano de las consideraciones ofrecidas sobre el tema por otro relevante jurista norteamericano como Sunstein;⁸ sino que aporta argumentos en defensa de la tesis conforme la cual “un control de la forma débil podría ser un mecanismo particularmente apropiado para hacer cumplir los derechos de bienestar social” (Tushnet, 2023: 295).

A mayor abundamiento, Tushnet coloca en duda ciertas conexiones algo simplistas entre control judicial fuerte con derechos constitucionales de primera generación, y aquella entre control judicial débil y derechos constitucionales de segunda generación. En definitiva, a su juicio, “los sistemas débiles de control judicial –si permanecen estables– pueden ser efectivamente el mejor mecanismo para hacer cumplir todos los derechos fundamentales, los de primera, segunda y tercera generación” (Tushnet, 2023: 304). Ahora bien, ¿cuál es el principal argumento que se ofrece en defensa de dicha tesis? Tushnet considera que el control judicial débil de constitucionalidad posee dos ventajas por sobre su rival fuerte: 1) reconoce la existencia de desacuerdos razonables en nuestras sociedades democráticas; y 2) atiende al hecho de que los mecanismos políticos y judiciales irrestrictos de especificación de cláusulas constitucionales poseen serios problemas de legitimidad, desde el punto de vista del valor del autogobierno democrático.

5. Colofón

En las páginas 339 y 340 del libro las y los lectores podrán apreciar una suerte de síntesis, conclusión o colofón de *la tesis central* del libro aquí reseñado, la cual sugiere que

el control judicial de la forma débil respeta el derecho –fundado en la teoría democrática– a la prevalencia de las mayorías cuando estas, actuando a través de sus representantes, promulgan leyes que se condicen con interpretaciones de la Constitución, aun cuando esas interpretaciones difieran de las que ofrecen los tribunales (Tushnet, 2023: 340).

Es bien importante señalar que Tushnet combate abiertamente una lectura simplista, lineal o bien reduccionista de las posibles conexiones entre control judicial fuerte y derechos de primera generación, así como entre control judicial débil y derechos de segunda generación. Por el contrario, asume un enfoque complejo, el cual incluye la consideración de diversas variables no solo jurídico positivas,

⁸ Sunstein ha defendido en diversos trabajos que resulta a todas luces inconveniente para un derecho constitucional genuinamente liberal la incorporación explícita de *derecho positivos*, *derechos sociales* o *derechos de bienestar social*, atento estos derechos generarían un efecto paradójico (Sunstein, 1993, 1996).

propias de las principales constituciones occidentales, sino también de tipo normativas y empíricas. Este aspecto dota de una notoria originalidad, distinción o especificidad a la obra, lo cual de por sí justificaría la recomendación de su lectura por parte de las y los abogados.

Sin embargo, como hemos señalado más arriba, ciertamente amparado en la cultura jurídica norteamericana, Tushnet no ofrece un estudio sistemático de experiencias constitucionales sudamericanas, donde también se han establecido, ensayado o practicado algunos mecanismos jurídicos de control judicial que podríamos catalogar como experimentales, débiles o dialógicos, en la tónica de esta obra.

Asimismo, podemos detectar otro hiato de relevancia, también generado por partir de una concepción norteamericana algo más pragmática del sintagma *sistema jurídico*, atento no hay un capítulo entero, como debiera de existir en un libro de semejante relevancia, dedicado a las interacciones, conexiones o relaciones que podrían establecerse entre dichos referidos tipos de controles judiciales, fuerte y débil, con los denominados derechos de tercera generación, es decir, relativos a la democracia, ambiente e identidad.

Tampoco encontramos en el libro aquí reseñado, el estudio comparativo de una concepción normativa alternativa, sumamente relevante e importante en la actualidad del sintagma *derechos humanos*, la cual remite a principios, normas y reglas de carácter sustantivo, la cual posee vigencia en los sistemas jurídicos sudamericanos y europeos.

Finalmente, quizás el aspecto conceptual más comprometedor de toda la obra sea el de basar la inteligencia, pertinencia o contextualidad de los argumentos jurídicos ofrecidos en la distinción harto criticada de *generaciones de derechos constitucionales*. Como es bien sabido, dicha distinción parte de un presupuesto, no criticado explícitamente en este libro por Tushnet, conforme el cual el período de aparición de los derechos constitucionales podría conectarse con el grado de relevancia, aplicación o coercibilidad que ellos poseen en la práctica constitucional. Contrario a ello, existen diversos pronunciamientos de la Corte IDH, así como tratados de derechos humanos ratificados por numerosos países europeos, africanos y americanos que defienden un presupuesto opuesto, conforme el cual no existen jerarquías entre los derechos humanos, siendo los mismos *iguales en jerarquía*, independientemente de su fecha, período o momento histórico político de sanción, recepción o aplicación jurídica.

Por supuesto no podría afirmarse que explícitamente Tushnet defiende el presupuesto norteamericano habitual de que cierta jerarquía entre derechos constitucionales se justifica tanto en argumentos históricos, como en otros jurídicos. Por contrario, sería más coherente y consistente con su postura progresista pensar que asume el presupuesto interpretativo contrario, el cual otorga igual relevancia a los derechos constitucionales, específicamente pensados en tanto derechos humanos o fundamentales.

Por último, considero interesante no solo como ejercicio intelectual, sino también como estudio de derecho constitucional práctico, analizar las posibles implicancias, en términos de atractivos y desventajas, que ofrecería la aplicación de la teoría constitucional de Tushnet en contextos jurídicos políticos como el sudamericano, donde los derechos económicos, sociales y culturales poseen un estatus de mayor relevancia, al menos *a priori*, que en el contexto norteamericano, así como donde los derechos

humanos difícilmente puedan ser, al menos hoy por parte de la Corte IDH, jerarquizados conforme su origen.

De todos modos, espero que la presente reseña sirva a los fines de su propósito principal, el de promover la lectura de un libro actual, relevante y valioso sobre ciencias jurídicas.

Referencias bibliográficas

- Habermas, J. (1998). *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press.
- Honneth, A. (2014). *Freedom's Right. The Social foundations of Democratic life*, Cambridge: Polity.
- Kymlicka, W. (2002). *Contemporary Political Philosophy. An introduction*. Oxford: Oxford U.P.
- Lafont, C. (2020). *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford U. P.
- Olivares, N. E. (2018). Deliberativismo Republicano y Control Constitucional. UNAM, *Cuestiones Constitucionales*, (38), 33-62.
- Pettit, P. (2012). *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*. Cambridge: Cambridge U. P.
- Sunstein, C. (1993). Against Positive Rights Feature. *East European Constitutional Review*, (2), 35-38.
- Sunstein, C. (1996). Against Positive Rights. En A. Sajó (ed.), *Western Rights? Post-Communist Application* (pp. 225-232). La Haya: Kluwer Law International.
- Warren, M. y Mackenzie, M. (2012). Two Trust-based Uses of Minipublics in Democratic Systems. En J. Parkinson y J. Mansbridge (eds.), *Deliberative Systems* (pp. 95-124). Cambridge: Cambridge U.P.
- Watkins, D. (2015). Institutionalizing Freedom as Nondomination: Democracy and the Role of the State. *Polity*, California, 47(4), 508-534.
- White, S. (2020). Citizen's Assembly and Republican Democracy. En B. Leipold K. Nabulsi y S. White (eds.), *Radical Republicanism. Recovering the Tradition's Popular Heritage* (pp. 81-99), Oxford: Oxford U.P.

Reseña del libro

La otra ventanilla. Judicialización de conflictos sociales en Argentina

Arcidiácono, P. y Gamallo, G. (comps.) (2023). *La otra ventanilla. Judicialización de conflictos sociales en Argentina*. Buenos Aires: Eudeba.

Por Agustín Territoriale¹

1. Presentación

La obra que aquí se reseña se adentra en el fenómeno de la judicialización de conflictos sociales en el contexto argentino contemporáneo. Este libro se erige como un análisis exhaustivo y multidisciplinario sobre cómo las disputas sociales han encontrado en el sistema judicial un espacio de reivindicación y resolución. Lejos de una visión idílica o simplista sobre la judicialización de los conflictos, cumple con creces su objetivo de desplegar “elementos de una agenda de investigación que, sin quedar atrapada en lecturas románticas sobre el litigio ni en la reproducción de la lógica del campo jurídico, cuestiona las ontologías binarias y repone el carácter multiactoral y politizado de los efectos de aquellos conflictos sociales que tramitan en el Poder Judicial” (p. 40).

A través de doce capítulos reúne aportes de diversos autores que, desde sus respectivas disciplinas, examinan las complejas interacciones entre el derecho, la política y la sociedad en Argentina. Debe destacarse la selección de los autores, cuyas trayectorias han estado vinculadas por años al estudio

¹ Abogado (UBA). Maestrando en Hábitat y Pobreza Urbana en Latinoamérica (UBA). Docente (FADU-UBA y UMET). Director del Centro de Hábitat Inclusivo (UBA). Se encuentra a cargo del Programa de Articulación Habitacional del Ministerio Público de la Defensa de la CABA. Investigador sobre procesos de integración sociourbana y de seguridad en la tenencia (Instituto de Espacialidad Humana, FADU-UBA).

comprometido de la relación entre conflicto, juridificación y judicialización y cuyos trabajos nos han permitido conocer las perspectivas de usuarios y operadores del sistema de justicia.

2. Contexto y relevancia

La judicialización de conflictos sociales en las últimas décadas ha cobrado especial relevancia en América Latina, y Argentina no es la excepción. En un contexto donde los derechos humanos y la justicia social son temas de debate constante –máxime en la coyuntura política actual, donde la noción misma de derechos es puesta en discusión–, donde existe una creciente “juridificación” de las relaciones sociales, este libro ofrece una mirada crítica sobre cómo el Poder Judicial ha intervenido en la resolución de conflictos relacionados con la vivienda, el medio ambiente, la salud y la violencia de género, entre otros.

La obra se sitúa en un momento histórico en el que la judicialización se ha convertido en una herramienta para la defensa de derechos en un país con un legado de injusticias estructurales. Así, los distintos capítulos analizan y reflexionan sobre un universo de conflictos diversos tanto en su escala, alcance, temática o localización geográfica, donde la intervención del Poder Judicial rompió el *statu quo*, generó movilización legal y ampliación de ejercicio de derechos, a la par que distorsionó, empantanó o desvirtuó conflictos generando oportunidades, problemas y desafíos.

De este modo “La otra ventanilla”, más allá de una caracterización, aparece como título provocador que permite “normalizar” para reflexionar sobre el rol del Poder Judicial en un conjunto de áreas, históricamente reservadas a otros poderes del Estado.

Asimismo, la idea de que este nuevo proceso de judicialización viene acompañado de una “nueva” institucionalidad que acerca dos espacios lejanos, como el escritorio y el barrio, por medio de nuevas dinámicas impulsada por actores del propio Poder Judicial que entienden una justicia más vinculada a los conflictos en territorio e instituciones y referentes sociales que ven en el Poder Judicial un espacio con potencial de incidencia sobre la efectividad de los derechos.

3. Estructura del libro

El libro se organiza en doce capítulos, cada uno abordando diferentes aspectos de la judicialización de conflictos sociales. Están escritos por expertos en diversas áreas, lo que enriquece el análisis y proporciona múltiples perspectivas sobre el tema, destacándose la novedad del conversatorio incluido en el último capítulo, que permite una reflexión intergeneracional entre investigadores sobre los procesos de judicialización.

El capítulo introductorio, elaborado por los compiladores, establece el marco conceptual de la obra. Se analizan los antecedentes históricos de la judicialización en Argentina, así como las características de la “nueva ola” de litigios que han emergido en las últimas décadas. Los autores destacan la impor-

tancia de entender la judicialización no solo como un fenómeno jurídico, sino también como un proceso social y político que refleja las tensiones y luchas por el reconocimiento de derechos.

En el capítulo 2, Nosetto explora el concepto de “gubernamentalidad” de Foucault y su aplicabilidad al estudio de la judicialización en Argentina. Este enfoque permite analizar cómo las relaciones de poder se manifiestan a través de la judicialización y cómo el Estado y sus instituciones responden a las demandas sociales. El autor argumenta que la judicialización no es un fenómeno aislado, sino que está imbricada en un entramado más amplio de relaciones de poder y prácticas sociales.

Por su parte, en el tercer capítulo, Merlinsky, Melé y Scharager examinan la judicialización de la causa “Riachuelo”, un caso emblemático que ha tenido profundas implicaciones en la política ambiental y social en Argentina. Abordan dimensiones espaciales del derecho (“geografía del derecho en situación”) y destacan cómo la judicialización ha permitido visibilizar problemas ambientales y ha generado un nuevo marco institucional para abordar la gestión de cuencas hídricas. Resulta particularmente interesante el abordaje que realizan sobre la territorialización de la intervención judicial y sus efectos.

En el capítulo 4, Barrera utiliza la teoría del Actor-Red para analizar la complejidad de las relaciones en torno a los conflictos judiciales. Este enfoque permite entender cómo se articulan diferentes actores en el proceso judicial y cómo sus interacciones influyen en el resultado de los litigios. La autora propone que la judicialización es un proceso dinámico que involucra a múltiples actores, cada uno con sus propias agendas y estrategias.

Pautassi y Royo abordan la relación entre el acceso a la justicia y el uso de indicadores de derechos humanos en el contexto argentino en el siguiente capítulo. Destacan la importancia de establecer indicadores que permitan evaluar las políticas públicas y la respuesta judicial a las demandas sociales. Las autoras argumentan que la judicialización puede ser una herramienta poderosa para exigir rendición de cuentas, pero también señalan los desafíos que enfrenta el sistema judicial en este proceso.

En el sexto capítulo, Cravino y Fainstein analizan cómo la judicialización ha impactado en las comunidades de asentamientos populares en Buenos Aires. Resaltan las representaciones sociales sobre la justicia y cómo influyen en la forma en que los habitantes de estas comunidades perciben y utilizan el sistema judicial. Las autoras abordan la ambivalencia de la judicialización, que puede tanto empoderar a las comunidades como perpetuar desigualdades.

A continuación, Delamata investiga el papel de la movilización legal en las villas de la Ciudad de Buenos Aires y cómo ha influido en la judicialización de conflictos. Este capítulo pone de manifiesto la capacidad de los habitantes de las villas para utilizar el sistema judicial como herramienta de reivindicación, al tiempo que se discuten los legados participativos que surgen de estas experiencias.

En el capítulo 8, Arcidiácono y Gamallo analizan el impacto de la judicialización en el acceso a los subsidios habitacionales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En particular, examinan cómo las demandas judiciales sobre subsidios habitacionales han llevado a una recodificación del derecho a la vivienda y, según el análisis de distintos períodos de demandas individuales, han permitido a sectores históricamente

marginados acceder a derechos que antes les eran negados. No obstante, dicha práctica no está exenta de generar distorsiones en la política pública y las dinámicas institucionales. Los autores argumentan que la judicialización de esta política de subsidios ha sido un motor de cambio en la política habitacional de la ciudad y también en la práctica burocrática de los tribunales locales.

En el capítulo 9, Poblete aborda la cuestión de la formalización del trabajo doméstico y cómo se relaciona con la judicialización de los conflictos laborales. Este capítulo destaca la importancia de la formalización como un medio para garantizar derechos laborales y sociales, y cómo la judicialización puede ser un recurso para lograr este objetivo.

Seguidamente, Smulovitz examina la intersección entre la legislación, el presupuesto y el acceso a la defensa en el contexto argentino. Este capítulo plantea preguntas cruciales sobre cómo se protegen los derechos en las provincias y cómo la judicialización puede influir en la asignación de recursos y la implementación de políticas.

El capítulo 11, elaborado por Abdo Ferez, analiza el fenómeno de los femicidios en Olavarría, centrándose en casos emblemáticos que han tenido un impacto en la percepción social de la violencia de género. Este capítulo destaca la importancia de la judicialización en la lucha contra la violencia de género y cómo los cambios en la legislación han influido en la respuesta del sistema judicial a estos crímenes.

El libro concluye con un conversatorio entre expertas que reflexionan sobre las intersecciones entre la judicialización y las ciencias sociales. Este diálogo ofrece una perspectiva enriquecedora sobre cómo las investigaciones en ciencias sociales pueden contribuir a la comprensión de los procesos judiciales y la judicialización de conflictos.

4. Dos reflexiones finales sobre la obra

Un punto notable es el análisis y desarrollo de la productividad institucional del proceso de judicialización, en un Poder Judicial muy reticente a reformarse. Uno de los temas centrales del libro es la aparición y el papel de nuevos actores judiciales, que han transformado la dinámica de la justicia y la forma en que se gestionan los conflictos sociales. Este análisis se presenta a lo largo de varios capítulos, donde se exploran las funciones, estrategias y efectos de estos actores en el contexto de la judicialización.

La aparición de nuevos actores en el contexto de la judicialización de conflictos sociales en Argentina representa un cambio significativo en la forma en que se concibe y se ejerce la justicia. Estos actores, que incluyen defensores públicos, organizaciones sociales, jueces activistas y expertos académicos, han transformado el paisaje judicial, promoviendo un enfoque más inclusivo y participativo.

Esta carga valorativa, en general positiva, que surge de la obra, en mi opinión nos lleva a una segunda reflexión, que tiene que ver con indagar sobre los contornos y contenido de “la nueva ola”, máxime a partir del capítulo que cierra el libro, con las entrevistas a protagonistas de la “anterior ola”. Pensar que un período histórico de judicialización, como un sola “nueva ola” pareciera dejar afuera otras formas

de judicialización que emergieron en esta etapa histórica, que incluso muchos vinculan más a la judicialización de conflictos políticos, cuyas diferentes formas incluyen lo que varios juristas (Zaffaroni, Caamaño , Vegh Weis) denominan *lawfare*. Asimismo, me parece desafiante pensar una agenda de investigación que permita pensar cómo todas estas formas de judicialización conviven y tensionan.

En síntesis, *La otra ventanilla. Judicialización de conflictos sociales en Argentina* aparece como una obra fundamental para quienes deseen comprender las complejas interacciones entre el derecho, la política y la sociedad en el contexto argentino. A través de un análisis riguroso y multidisciplinario, los autores ofrecen una visión crítica sobre la judicialización como herramienta de reivindicación social y los desafíos que enfrenta el sistema judicial en su papel como mediador de conflictos. Su lectura no solo enriquece el conocimiento sobre la judicialización en Argentina, sino que también invita a reflexionar sobre las posibilidades y limitaciones del derecho y la judicialización como instrumento de cambio social.