

Revista

Debates sobre Derechos Humanos

Director:
Sebastián Alejandro Rey

Autonomía individual. Derecho a la salud. Directivas médicas anticipadas.

Adopción. Consentimiento informado. Derecho a la identidad. Derecho a la intimidad.

Derechos reproductivos. Criopreservación de embriones. Gestación por sustitución.

Refugiados. Expulsión. No devolución. Reunificación familiar.

Pueblos indígenas. Derecho a la consulta. Derechos políticos. Derecho al territorio. Autodeterminación. Aislamiento voluntario.

Desaparición Forzada. Pautas Probatorias. Mecanismo de búsqueda.

Racismo institucional. Acceso a la justicia.

NNyA. Condiciones de detención. Derecho al ocio. Derecho a la asistencia letrada.

Violencia sexual digital. Delitos sexuales. Prescripción. Violencia contra las mujeres.

Salud mental. Sujeciones físicas. Capacidad procesal asistida. Internaciones involuntarias. Abogado *ad litem*.

Derecho a la vida privada. Difusión de datos sensibles. Violación de la correspondencia en ámbitos penitenciarios.

NÚMERO

9

AÑO 2025



EDUNPAZ
Editorial Universitaria



UNPAZ
Universidad Nacional de José C. Paz

Revista Debates sobre Derechos Humanos

Número 9, Año 2025

© 2026, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

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

© 2026, EDUNPAZ, Editorial Universitaria



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

Gabriel Fernando Bicinskas

Eugenia Campos

Belén Donzelli

María Laura Olivera

Luna Ramírez

Luciana Tunisi

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

- Autonomía individual. Uso del cinturón de seguridad. Derecho a la salud. CSJN, “Garay, Diego Sebastián c/Provincia de Mendoza s/amparo”, 2 de julio de 2024**
por STEFANIA AYELEN CORONEL **9**
- Adopción. Consentimiento informado. Derecho a la asistencia letrada de NNyA. Plazo razonable. CSJN. “P., M. B. s/medidas precautorias”, 13 de agosto de 2024**
por CARMEN MARÍA MAIDAGAN **21**
- Derechos reproductivos. Criopreservación de embriones. Autonomía. CSJN. “P., A, y otro s/autorización”, 20 de agosto de 2024**
por MARÍA SOLEDAD TAGLIANI **31**
- Refugiados. Expulsión. No devolución. CSJN. “L., C. c/ EN-M Interior OP y V-DNM s/recurso directo DNM”, 10 de septiembre de 2024**
por LUCILA IVANNA BRISNIKOFF **43**
- Gestación por sustitución. CSJN. “Recurso Queja N° 1 - S., I.N c/ A., C.L s/impugnación de filiación”, 22 de octubre de 2024**
por ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ Y MARISA HERRERA **55**

Prisión perpetua. CSJN. “Guerra, Sebastián Alejandro y otros s/ incidente de recurso extraordinario”, 21 de noviembre de 2024 por LUCAS CRISAFULLI	79
Delitos sexuales. Prescripción. Principio de legalidad. CSJN. “Ilarraz, Justo José y otros s/promoción a la corrupción de menores agravada por ser encargado de la educación y abuso deshonesto agravado por ser encargado de la educación s/ impugnación extraordinaria”, 1 de julio de 2025 por ALEXIA SOFÍA ALONSO	87
Extradición. Debido proceso. CSJN. “Requerido: Bertulazzi, Leonardo y otro s/extradición - art. 52”, 1 de julio de 2025 por RODOLFO YANZÓN	97
Pueblos indígenas. Derecho a la consulta. Derechos políticos. Corte IDH. <i>Caso Pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros Vs. Nicaragua</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de abril de 2024. Serie C No. 522 por MARÍA LUISA ACOSTA	107
Pueblos indígenas. Derecho al territorio. Autodeterminación. Corte IDH. <i>Caso Pueblo Indígena U'wa y sus miembros Vs. Colombia</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2024. Serie C No. 530 por JULIANA BRAVO VALENCIA Y LAURA POSADA CORREA	121
Desaparición Forzada. Pautas Probatorias. Corte IDH. <i>Caso González Méndez y otros Vs. México</i> . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2024. Serie C No. 532 por IRVING I. RODRÍGUEZ VARGAS	133
Desaparición Forzada. Mecanismo de búsqueda. Personas defensoras de derechos humanos. Corte IDH. <i>Caso Pérez Lucas y otros Vs. Guatemala</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C No. 536 por ANGELITA K. BAEYENS E ISABEL C. ROBY	147
Pueblos Indígenas. Aislamiento voluntario. Corte IDH. <i>Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane Vs. Ecuador</i> . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C No. 537 por DIANA MILENA MURCIA RIAÑO	155
Racismo institucional. Acceso a la justicia. Corte IDH. <i>Caso Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes Vs. Brasil</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de octubre de 2024. Serie C No. 539 por MARIA SYLVIA AP. DE OLIVEIRA	167

Derechos políticos. Principio de equidad. Corte IDH. Caso Capriles Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2024. Serie C No. 541 por ESTELA BEATRIZ MARTÍNEZ VÁZQUEZ	175
Condiciones de detención. NNyA. Derecho al ocio. Corte IDH. Caso Adolescentes Recluidos en Centros de Detención e Internación Provisoria del Servicio Nacional de Menores (SENAME) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2024 por CRISTIAN SANHUEZA CUBILLOS, IGNACIA DÍAZ, PAULA GAMONAL Y SAMUEL PIZARRO	183
Derechos reproductivos. Corte IDH. Caso Beatriz y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2024. Serie C No. 549 POR MORENA HERRRERA	191
Violencia contra las mujeres. Deber de investigar. Corte IDH. Caso Carrión González y otros Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2024. Serie C No. 550 por SALVADOR MARENCO CONTRERAS	203
Adopción. Derecho a la identidad. Derecho a la intimidad. TEDH, Case of Mitrevska v. North Macedonia, 14 de mayo de 2024 por MARÍA CECILIA DIEUZEIDE	215
Refugiados. Reunificación familiar. TEDH, Case of D. H. and others v. Sweden, 25 de julio de 2024 por VANINA DOLORES SCIOLLA	225
Autonomía de la voluntad. Directivas médicas anticipadas. TEDH, Case of Pindo Mulla v. Spain, 17 de septiembre de 2024 por PABLO JAVIER BÜRKI	237
Autonomía de la voluntad. Derecho a la vida. TEDH, Case of Lindholm and the estate after Leif Lindholm v. Denmark, 5 de noviembre de 2024 POR MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PERÍA	245
Salud mental. Sujeciones físicas. TEDH, Case of Lavorgna v. Italy, 7 de noviembre de 2024 por FACUNDO CAPURRO ROBLES Y GABRIELA SPINELLI	261
Violencia sexual digital. TEDH, Case of M.Ş.D. v. Romania, 3 de diciembre de 2024 por JAVIER TEODORO ÁLVAREZ	275

Salud mental. Capacidad procesal asistida. TEDH, <i>Case of F.S.M. v. Spain</i> , 13 de marzo de 2025 por ALEJANDRO URIEL MÜLLER	285
Derecho de defensa. Igualdad de armas. Violación de la correspondencia y privacidad en ámbitos penitenciarios. TEDH, <i>Case of Ivan Karpenko v. Ukraine (No. 2)</i> , 24 de abril de 2025 por JOSÉ IGNACIO G. PAZOS CROCITTO	291
Derecho a la vida privada. Difusión de datos sensibles. TEDH, <i>Case of Baymarov v. Azerbaijan</i> , 6 de mayo de 2025 por NATALIA L. MONTI	305
Salud mental. Internaciones involuntarias. Abogado <i>ad litem</i> . TEDH, <i>Case of Martínez Fernández v. Hungary</i> , 27 de mayo de 2025 por MARÍA BIANCHEDI PEMBERTON	317
Reseñas bibliográficas	
<i>Manual de Derechos Humanos. Tomo II</i> (Sebastián Rey, coord.) por ADELINA LOIANNO	325
<i>Manual sobre Terrorismo de Estado en Argentina</i> (Adrián Grünberg) por DANIEL GONZÁLEZ STIER	333
<i>Cuando hicimos historia. Acuerdos y desacuerdos en torno al Juicio a las Juntas</i> (Roberto Gargarella, Agustina Ramón Michel y Lautaro García Alonso) por LUIS H. ALÉN	343
<i>Derechos humanos y juicios de lesa humanidad. La visión de la Magistratura</i> (Ricardo Lorenzetti, dir.) por MARÍA LAURA RODRÍGUEZ GALANTE, LEONARDO DAMIÁN SCHUNK Y ROBERTO BERNARDO SALIM	353
<i>Derechos humanos de las mujeres: doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> (Tania Sordo Ruiz) por LUNA RAMÍREZ	361
<i>¿Por qué y cómo castigamos? Un nuevo enfoque para entender la justicia penal</i> (Philip Goodman, Joshua Page y Michelle Phelps) por JORGE PERANO	377
<i>Crímenes de lesa humanidad. Deconstrucción de sus sentidos y alcances</i> (Esteban Rodríguez Egers) por LUCÍA I. GÓMEZ FERNÁNDEZ	381
<i>Límites constitucionales al poder penal. Acerca del proceso, del delito y de la pena</i> (Gustavo Vitale) por STEFANÍA ALBA NAJERA	387

Una batalla de todos los días. Cómo recuperamos la democracia en la Argentina (Juan Pablo Csipka)
por EUGENIA CAMPOS

391

Historias rotas. Locura y suicidio en las cárceles de la dictadura (Claudia Rafael y Silvana Melo)
por NÉSTOR LUPIDI

399

COMENTARIOS A FALLOS

Autonomía individual. Uso del cinturón de seguridad. Derecho a la salud

CSJN. “Garay, Diego Sebastián c/Provincia de Mendoza s/amparo”, 2 de julio de 2024

*Por Stefania Ayelén Coronel**

1. Introducción

El presente artículo tiene por fin adentrarse en el análisis de un pronunciamiento de la CSJN, donde examinó el ejercicio del derecho a la autonomía personal reconocido en el artículo 19 de la Constitución Nacional y la tensión con otros derechos también reconocidos en la Constitución y en tratados de derechos humanos, continuando la doctrina desarrollada principalmente en “Bazterrica” y “Arriola”.

En el caso bajo análisis se discute la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad, bajo apercibimiento de aplicar una multa, en tanto la omisión de su uso constituiría una acción privada amparada por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

La decisión judicial analizada plantea una pregunta relevante: ¿qué motivó a la CSJN a intervenir en un caso que, a primera vista, podría parecer jurídicamente de menor relevancia por tratarse de una infracción vial ya resuelta por tribunales inferiores?

* Abogada (UBA). Fue asesora legal en la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos Internacionales en materia de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación (2022-2024). Actualmente se desempeña en la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de CABA.

El presente trabajo sostiene que, lejos de carecer de trascendencia, la sentencia reviste un valor jurídico significativo por cuanto permite evaluar en qué condiciones es constitucionalmente legítimo que el Estado limite la autonomía individual en pos de la salud pública.

Para llegar a dicha conclusión, se abordarán, en primer lugar, los fundamentos centrales del fallo de la mayoría y de los votos particulares de los jueces. Luego, se contrastará su razonamiento con los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales que moldearon el alcance del artículo 19 de la CN. Finalmente, se reflexionará sobre los criterios que deberían guiar futuras restricciones a la autonomía individual, a fin de asegurar su compatibilidad con un modelo constitucional respetuoso de los derechos fundamentales.

2. Los antecedentes del caso

El 19 de noviembre de 2014 Diego Sebastián Garay conducía su auto particular en soledad por la vía pública en una ciudad de la provincia de Mendoza cuando fue detenido en un control de tránsito llevado a cabo por la autoridad local. Al comprobarse que no llevaba puesto el cinturón de seguridad se le retuvo la licencia de conducir y se le impuso una multa, de acuerdo con lo previsto en la Ley de tránsito de la Provincia de Mendoza (Ley N° 6082, luego sustituida por la Ley N° 9024).

El actor presentó una acción de amparo ante la justicia provincial en la que cuestionó la constitucionalidad de la normativa local por considerarla violatoria del artículo 19 de la CN y solicitó que se le devolviera la licencia de conducir retenida.

La acción prosperó en primera instancia por considerarse que: a) el uso del cinturón de seguridad no estaba expresamente previsto como falta grave en la ley citada; b) se había afectado el derecho de defensa del actor, puesto que el retiro de la licencia de conducir fue inmediato; y c) la medida resultó desproporcionada.

La Cámara de Apelaciones confirmó parcialmente dicho fallo con el siguiente alcance: a) la falta de uso del cinturón de seguridad es una falta grave de acuerdo con la ley local; b) el artículo que impone el retiro de la licencia de conducir es inconstitucional porque no ofrece posibilidad de defenderse, limitando así el derecho a circular; y c) la obligación de utilizar cinturón de seguridad prevista en la ley de tránsito no viola el artículo 19 de la CN.

Cabe destacar que tal pronunciamiento solo fue cuestionado por el actor mediante recurso de inconstitucionalidad, que fue rechazado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.

El tribunal provincial analizó si el deber impuesto por la ley de tránsito afectaba el ámbito de privacidad protegido por el artículo 19 de la CN o si, por el contrario, se encontraba dentro de los límites del poder de policía previsto en el artículo 14 de la Carta Magna. Tras considerar que el análisis debía realizarse también desde una perspectiva de convencionalidad y constitucionalidad conforme al artí-

culo 75, inciso 22, concluyó que la obligación de usar el cinturón de seguridad no violaba el derecho a la autonomía reconocido en el artículo 19 de la CN, en función de cuatro argumentos.

En primer lugar, descartó aplicar por analogía la doctrina de los fallos “Bazterrica” y “Arriola”, tal como insistía el actor, ya que consideró que en el presente caso no se trataba de una sanción penal sino de una infracción vial, cuya gravedad es menor.

En segundo término, afirmó que el uso del cinturón de seguridad no implicaba una violación de la autonomía, sino un “escaso sacrificio personal” que es una forma de protección de la propia autonomía frente a una debilidad de la voluntad, sin llegar a constituir una medida paternalista. También consideró que era procedente examinar la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción.

En tercer lugar, rechazó el alcance dado por el actor al derecho a la privacidad (conf. art. 19 de la CN) ya que, en este caso, la omisión del uso del cinturón de seguridad trasciende el ámbito de lo íntimo y se practica en la vía pública, en donde la seguridad vial es el fin superior derivado del principio *alterum non laedere*.

Finalmente, consideró que la norma tiene una justificación razonable en la prevención de daños a terceros, ya que el uso del cinturón disminuye riesgos tanto para otros pasajeros como para personas externas al vehículo en caso de accidente.

Por todas estas razones, concluyó que la obligación del uso de cinturón de seguridad implicaba una mínima incomodidad impuesta para evitar posibles perjuicios a los demás usuarios de la vía pública y consideró válida la multa con la que se sanciona su omisión de uso.

Contra esta decisión, el actor interpuso recurso extraordinario federal cuya denegatoria dio origen a la queja sobre la cual se expidió la CSJN.

3. La sentencia de la CSJN

Ante este escenario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró admisible el recurso extraordinario federal, en virtud de encontrarse en juego la constitucionalidad del artículo 85 de la Ley N° 6082 de la provincia de Mendoza, a la luz del artículo 19 de la CN.

Luego, delimitó con precisión el objeto del pronunciamiento, circunscribiéndolo a la validez constitucional de la obligación de utilizar el cinturón de seguridad por parte del conductor que circula solo en su vehículo por la vía pública. Asimismo, aclaró que no constituían materia de controversia ni la extensión de dicha obligación a los acompañantes, ni la sanción del retiro de la licencia de conducir.

3.1. El voto de los jueces Rosatti y Maqueda

En primer lugar, señalaron que el objetivo de la cláusula local que considera falta grave conducir sin colocarse el cinturón de seguridad es la protección de la salud, dado que está diseñado para sujetar y mantener en su asiento a un ocupante de un vehículo si ocurre un accidente, con el fin de que no se lesione al hacer de freno del cuerpo frente a la brusca desaceleración producida por el impacto.

Resaltaron que con la incorporación de los tratados sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22 de la CN), nuestro país reconoció el derecho a la salud, tanto en lo individual como en lo colectivo, con el máximo rango normativo (PIDESC, art. 12, inc. c; CADH, art. 4 y 5; PIDCP, art. 6, inc. 1). Así, señalaron que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud de sus habitantes con acciones positivas (CSJN, 2024, considerando 6º).

Al realizar una reseña sobre el estándar de la garantía constitucional del artículo 19 de la CN, mencionaron específicamente los casos “Bazterrica” y “Arriola”, contrariamente a lo realizado por el máximo tribunal mendocino. Asimismo, se refirieron a otros casos sobre diversos temas en los cuales también se analizó el alcance del derecho a la autonomía personal.¹

El Superior Tribunal de Mendoza había rechazado la interpretación realizada por el actor sobre el alcance del artículo 19 de la CN debido a que la omisión del uso del cinturón de seguridad trascendería el ámbito de lo íntimo y se practica en la vía pública. Debido a ello, la CSJN consideró pertinente recordar que tal garantía no solo preserva el fuero íntimo sin repercusiones en el mundo exterior, sino que se extiende también a los comportamientos en espacios públicos, resultando relevante evaluar las circunstancias en que se exterioriza esa conducta (Id, considerando 8º).

Continuaron enfatizando que mientras una persona no traspase el límite del artículo 19 de la CN, sus comportamientos están protegidos, aunque “resulten molestos” o incómodos para los demás, expresen convicciones “que la mayoría rechace”, “desentonen con pautas del obrar colectivo” o “incluso cuando parezcan irracionales o imprudentes”.

En lo relativo específicamente a la afectación del derecho a la salud de terceros, los magistrados recordaron el fallo “N.N. o U., V.” (Fallos 335:888), en donde la CSJN rechazó el planteo contra el régimen obligatorio de vacunación de menores y no consideró necesario el efectivo contagio a terceros o la infección del propio niño para justificar la injerencia estatal. Allí, señaló que el riesgo sanitario que dicha medida podría generar, al comprometer la eficacia de la política de erradicación de ciertas enfermedades contagiosas, era suficiente para justificar la norma, sin que ello implique agravio al artículo 19 de la CN. Cabe destacar que esa idea de prevención del riesgo cierto de dañar a terceros ya se encontraba en “Portillo” (Fallos 312:496), en el que se definió la afectación de intereses de terceros como aquella en la que “está latente la posibilidad cierta de causarles perjuicios”.

¹ Entre otros, “Sejean” (Fallos 308:2268), “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual” (Fallos 329:5266), “Albarracini Nieves” (Fallos 335:799), y “D., M.A.” (Fallos 338:556).

Teniendo en cuenta lo anterior, los jueces sostuvieron que la obligación del uso del cinturón de seguridad en la vía pública no resulta una interferencia indebida en la autonomía individual, pues lo que procura es la prevención de un riesgo cierto de daño a terceros, que es una de las hipótesis previstas por el mencionado artículo 19 para habilitar la intervención estatal y la jurisdicción de los magistrados.

Insistieron en que

[i]ncluso si fuera un riesgo consentido entre los ocupantes adultos, o si se tratara de un conductor solitario –como en este caso– lo cierto es que la falta de correajes de seguridad genera el riesgo de dañar a los terceros fuera del vehículo que forman parte del sistema de circulación vial [...] el uso obligatorio del cinturón procura asegurar al conductor al comando de control del automóvil a fin de que ante un accidente se disminuya el riesgo de que el vehículo continúe desplazándose –pero sin control– y produzca mayores daños a los terceros que circulan en la vía pública (Id, considerando 9º).

El accionante, en su escrito de agravios, había señalado que no se podía acudir a una hipótesis abstracta de una eventual pérdida de control del automóvil ante la ocurrencia de un accidente como fundamento para limitar su derecho a la autonomía personal. Con respecto a esto, los magistrados sostuvieron que por la propia dinámica del sistema de tránsito sería cuanto menos ilógico permitir que los conductores solitarios circulen sin cinturón, pero exigirles a su vez que lo abrochen antes de una colisión repentina –que deberían adivinar– o cada vez que se cruzan con otra persona en el tránsito (*Idem*).

En cuanto a la posible afectación a las convicciones liberales del actor, incluso cuando otros las reputen imprudentes, expresaron que el artículo 19 de la CN constituye una protección frente a un Estado que, al amparo de una determinada visión ética, pretenda reemplazar decisiones fundamentales de un individuo sobre sus planes de vida. No obstante, el fundamento de tal obligación es el riesgo a terceros y el actor no ha logrado refutarlo.

Luego de resaltar el rol de garante de la salud pública del Estado y su relación con la preservación de la seguridad vial, concluyeron que reconocer límites a la autonomía personal en el caso no implicaba adoptar una concepción de la salud como valor absoluto ni asumir un rol estatal paternalista que imponga un modelo uniforme de vida saludable o virtuosa. Tampoco significa adherir a enfoques perfeccionistas que pretendan establecer patrones de conducta ideales a seguir. Por el contrario, en el marco del derecho a la privacidad cada persona tiene la facultad de elegir su propio proyecto de vida sin injerencias estatales arbitrarias. Sin embargo, esa libertad puede ser legítimamente restringida cuando existe un interés público relevante –como la protección de la salud de terceros en el ámbito de la circulación vial– que justifica la intervención estatal en determinadas circunstancias, como lo es la exigencia del uso del cinturón de seguridad (*Idem*, considerando 11).

3.2. El voto del juez Rosenkrantz

En primer término, el juez Rosenkrantz señala que el artículo 19 de la CN protege “el derecho del individuo a ser dejado a solas”, que implica la existencia de un ámbito protegido de la observación, del escrutinio y, sobre todo, del reproche del Estado, y lo considera como un derecho instrumental para la realización de la autonomía.

Al igual que los jueces Rosatti y Maqueda, reiteró que la protección constitucional no se circunscribe únicamente al fuero íntimo de la conciencia de las personas, ni se limita exclusivamente a conductas que los individuos desarrollan en sus domicilios privados (*Idem*, considerando 7º). En efecto, resulta constitucionalmente protegida como acción privada la tenencia de estupefacientes para consumo personal, incluso encontrándose el tenedor circulando por la vía pública, como sucedió en “Arriola” (*Idem*, considerando 8º).

Apartándose radicalmente de lo sostenido por el máximo tribunal mendocino, expresamente afirmó que, en virtud de la protección de que gozan las acciones privadas, resulta irrelevante que la medida estatal no revista naturaleza penal o que tenga escasa significación económica. Afirmó también que no cabe admitir argumentos de corte perfeccionista que aspiren a imponer una concepción del bien personal para justificar el obrar estatal.

No obstante ello, recordó que las estadísticas de la Organización Mundial de la Salud demuestran que la probabilidad de que un conductor sufra heridas graves o muera en una colisión se incrementa notoriamente cuando no utiliza cinturón de seguridad. Y ese accidente grave derivado de la falta de uso del cinturón de seguridad conlleva una pérdida de la fluidez y seguridad de la circulación y un mayor riesgo de que una colisión produzca la inconsciencia del conductor.

Por lo tanto, el magistrado sostuvo que el uso del cinturón es una carga que deben soportar quienes participan en la actividad colectiva del sistema vial para beneficio mutuo y de la comunidad. Puntualizó que “dicha carga no aumenta de modo dramático el costo del actor y, por otro lado, está compensada por los beneficios de la fluidez y seguridad del tránsito que él y todos obtienen” (*Idem*, considerando 10).

Concluyó, de este modo, que la normativa provincial cuestionada no resulta contraria al artículo 19 de la CN, toda vez que la acción reprochada al actor puede ser limitada mediante regulación estatal razonable según surge de los artículos 14 y 28 de la CN.

3.3. El voto del juez Lorenzetti

Por su parte, en su voto el juez Lorenzetti comenzó señalando que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este último el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la CN, por ser el eje y centro de todo el sistema jurídico. Así, recordó

la doctrina de la Corte que señala que mientras una persona no ofenda el orden, la moral pública, o los derechos ajenos, sus comportamientos –incluso públicos– están protegidos por el artículo 19 y hay que respetarlos, aunque resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo.

Para el juez Lorenzetti el caso no planteaba una contradicción entre reglas, sino una tensión entre principios constitucionales. A diferencia de las reglas, que se aplican de forma excluyente, los principios deben ponderarse en función del caso concreto para encontrar un equilibrio razonable. En este sentido, la tarea judicial consiste en armonizar el poder de policía estatal con la libertad individual del artículo 19 de la CN, mediante una interpretación coherente con el sistema jurídico y las garantías constitucionales (*Idem*, considerando 9º).

Seguidamente, recordó que el Poder Legislativo tiene la facultad de restringir el ejercicio de los derechos reconocidos por la CN, siempre que sea para preservar otros bienes también valorados por el texto constitucional. En este marco, reafirmó que los derechos no son absolutos, sino reglamentados por leyes que no deben alterar su substancia ni exceder los límites impuestos por normas de jerarquía superior (arts. 14, 28 y 31 de la CN).

Se resalta que Lorenzetti fue el único juez que se refirió expresamente al test de razonabilidad, señalando que el límite sustancial que impone la CN a toda restricción estatal es que debe perseguir un fin válido, que las restricciones estén justificadas en la realidad que pretenden regular y que los medios empleados sean adecuados y proporcionales al objetivo. A su vez, la proporcionalidad debe valorarse en relación con la entidad del bien que se busca proteger, y no en abstracto.

No obstante, si bien enuncia con claridad cómo opera el test de razonabilidad en abstracto, lo cierto es que no desarrolla con amplitud su aplicación concreta al caso. En lugar de examinar detalladamente cada uno de sus elementos —fin válido, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto—, se limitó a justificar la medida con base en un argumento puntual: sostuvo que la falta de uso del cinturón de seguridad genera el riesgo de dañar a terceros que circulan fuera del vehículo, en tanto su utilización procura asegurar al conductor al comando de control del automóvil y así reducir el riesgo de desplazamientos sin control ante un accidente. Para refutar el agravio del actor, concluyó que dicho riesgo no podía considerarse una “hipótesis abstracta”, ya que no sería razonable esperar que el conductor se abroche el cinturón de seguridad en el preciso momento del accidente para evitar dañar a otros.

Por último, concluyó que no se encontraba en tela de juicio la prerrogativa de decidir para sí un modelo de vida, sino el límite de aquella, que en el caso estaba dado por la afectación de una política pública de seguridad vial que considera a la salud como un capital social (*Idem*, considerando 15).

4. Implicancias del caso: ¿avance, retroceso o continuidad de la doctrina de la CSJN sobre la autonomía personal?

Una de las primeras preguntas que suscita el fallo “Garay” es por qué la CSJN decidió intervenir en un caso que, en apariencia, no presentaba una cuestión jurídica de gran trascendencia, especialmente

considerando que arribó a la misma decisión sostenida por el Superior Tribunal de Justicia de Mendoza, aunque desde una argumentación distinta.

Apenas nos adentramos en el análisis del caso, observamos que se reedita una discusión que tiene sus orígenes hace ya varios años. Al analizar el contenido del artículo 19 de la CN en relación con la tenencia de estupefacientes para consumo personal, Nino había examinado tres enfoques habitualmente invocados para justificar la intervención del Estado en las “conductas privadas”: el perfeccionista, el paternalista y el de defensa social.

El primero sostiene que el Estado puede restringir ciertos comportamientos por considerarlos moralmente reprochables o indignos; pero Nino lo rechaza de plano, por ser incompatible con un sistema constitucional que protege la autonomía individual aun frente a elecciones moralmente controvertidas.

El paternalista propone intervenir para proteger a las personas de sí mismas, especialmente frente a decisiones que puedan implicar riesgos físicos o psíquicos. Nino advierte que, si bien ciertas medidas pueden ser aceptables cuando imponen cargas mínimas y buscan evitar daños graves, el paternalismo en exceso vacía de contenido la libertad individual.

Por último, el enfoque de defensa social justifica la intervención estatal en nombre del interés colectivo, cuando las conductas privadas podrían tener efectos negativos sobre terceros o sobre bienes públicos; sin embargo, Nino sostiene que este argumento sólo es válido si puede demostrarse un daño cierto, concreto y atribuible directamente a la conducta en cuestión, ya que de lo contrario se pone en riesgo el principio de no intervención en el ámbito de la privacidad (Nino, 1979).

Si bien el tribunal mendocino entendió que la obligación de usar cinturón de seguridad no era paternalista, ya que no imponía un ideal de virtud, sino que protegía al individuo frente a su propia debilidad de voluntad, esa fundamentación encuadraría, según lo señalado, en una lógica paternalista. En cambio, la CSJN adoptó una perspectiva distinta: se apartó explícitamente de los enfoques perfeccionistas y paternalistas y justificó la medida en razones de salud pública, señalando que la limitación a la autonomía personal está constitucionalmente habilitada cuando se orienta a prevenir un riesgo cierto de daño a terceros, como ocurre en el contexto de la circulación vial. Específicamente, señaló que

los razonamientos anteriores no implican considerar a la salud como un fin en sí mismo, ni asumir desde el Estado un rol paternalista o adherir a un ideal uniforme de “persona sana” y/o de “persona virtuosa”; menos aun adscribir a las teorías que propugnan mediante una suerte de “perfeccionismo o moralismo jurídico” fijar ejemplos estereotipados de vida que deban ser imitados. Por el contrario, en el ejercicio del derecho a la privacidad, las personas tienen la opción de elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida; ello no obsta a que la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones que le conciernen a ella directamente pueda ser válidamente limitada en aquellos casos que, como el planteado en autos respecto de la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad, responda a un interés público derivado de la obligación estatal de preservar la salud de los terceros que circulan en la vía pública (votos de los jueces Rosatti y Maqueda, considerando 9°).

Como se puede observar, la obligatoriedad en el uso del cinturón de seguridad no resulta una interferencia injustificada en la autonomía personal dado que tiene como fin la prevención de un riesgo cierto de daño a terceros. Por lo tanto, si bien la CSJN arribó a la misma conclusión que la esbozada por el tribunal mendocino lo hizo con otros argumentos, alejándose de la perspectiva “paternalista” ensayada por la corte provincial.

Con relación al test de razonabilidad, el actor señaló que era imposible aplicarlo cuando se trata del derecho a la autonomía de la persona, la privacidad y el derecho a elegir sobre su propio cuerpo y proyecto de vida. No obstante, el voto de la mayoría concluyó que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de la normativa local no ha cumplido suficientemente con la carga de argumentar y eventualmente probar la falta de razonabilidad de la obligación legal (*Idem*, considerando 11).

Al respecto, se destaca que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a respetar, prevenir y garantizar el derecho a la salud. El Comité DESC ha señalado que

la obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12 [...] la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud (Comité DESC, 2000: 33).

Este deber de prevención ha sido receptado en nuestro ordenamiento jurídico interno como parte de la constitucionalización del derecho privado. Así, en el artículo 1708 del Código Civil y Comercial de la Nación, se señala que la responsabilidad civil no solo tiene la función resarcitoria sino también la función preventiva, lo que no implica la realización de una conducta heroica o extraordinaria en pos de un bien jurídico tutelado sino una mera conducta preventiva que se encuentra en la esfera de su control, acorde con la magnitud del daño previsible, y eficaz para una prevención adecuada (Cossari, 2017: 64).

Cabe destacar que la Corte ya había tenido la oportunidad de expedirse sobre los alcances del artículo 19 de la CN en diversos precedentes, particularmente en “Bazterrica” y “Arriola”, cuyos fundamentos tienen plena relevancia para el análisis del caso “Garay”, en tanto ofrecen un análisis sobre las circunstancias en las cuales el Estado puede intervenir en el ámbito de la autonomía de las personas. En ambos, la CSJN estableció un criterio uniforme: el límite legítimo a la autonomía personal está dado por la existencia de un daño cierto, concreto y atribuible a terceros. Esta doctrina, aunque elaborada en el marco del derecho penal, resulta de especial utilidad para valorar la conclusión arribada en “Garay”.

Una línea argumentativa semejante puede observarse en “Asociación Civil Macame y otros”, caso en el que se cuestionó la constitucionalidad del régimen que exige autorización estatal previa para el autocultivo de cannabis con fines medicinales, en particular respecto de tratamientos destinados a niños y niñas. Las actoras alegaban que dicha exigencia vulneraba su derecho a decidir sobre la salud de sus hijos, en el marco de su autonomía familiar. Sin embargo, la CSJN sostuvo que, si bien el artículo 19

de la CN protege un ámbito de autodeterminación, este no es absoluto y debe ceder cuando hay un riesgo cierto para terceros o para bienes colectivos. En el caso, el uso de preparados caseros de cannabis sin control médico podía implicar efectos adversos, y el Estado debía establecer mecanismos de regulación para proteger el interés superior del niño.

Estas decisiones permiten afirmar que existe una línea jurisprudencial consolidada según la cual la autonomía personal –aunque fuertemente protegida por el texto constitucional– puede ser legítimamente limitada cuando la conducta compromete la salud pública.

5. A modo de conclusión

En base al análisis jurídico previo, observamos que el fallo “Garay” representa una contribución valiosa a la doctrina constitucional argentina en materia de autonomía personal. Lejos de implicar una regresión respecto de los precedentes fundantes “Bazterrica” y “Arriola”, reafirma el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la CN, profundizando los estándares para su interpretación en un contexto donde la conducta privada pone en riesgo la salud pública.

El tribunal se aparta de una mirada perfeccionista o paternalista de la función estatal y construye su razonamiento basado en el interés general de preservar la salud pública, basada en la necesidad de proteger a terceros frente a riesgos ciertos fundados en las leyes de causalidad. No valida aquí la imposición de un estilo de vida saludable ni restringe la libertad en nombre de la virtud, sino que enfatiza el deber del Estado de prevenir daños a terceros.

A su vez, la Corte ha ido consolidando una jurisprudencia consistente, en la cual la protección de la salud pública puede justificar injerencias razonables en la autonomía, siempre que tengan finalidad legítima y respeten el principio de proporcionalidad. El fallo “Garay” se inscribe de lleno en esa línea, recordando además las obligaciones internacionales del Estado argentino en materia de prevención.

En definitiva, “Garay” no supone una excepción ni una ruptura con la doctrina del artículo 19 de la CN, sino que representa una evolución reflexiva que integra el principio de autonomía con los deberes de protección del Estado frente a riesgos reales que comprometen el bienestar colectivo. Lejos de restringir la libertad, la decisión contribuye a delinearla con mayor precisión.

Referencias bibliográficas

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (2000). Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 22º período de sesiones.

CSJN (1986). “Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes”, *Fallos* 308:1392.

CSJN (2009). “Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080”, *Fallos* 332:1963.

CSJN (2022). “Asociación Civil Macame y otros c/ Estado Nacional – PEN s/ amparo”, *Fallos* 345:549

CSJN (2019). “Garay, Diego Sebastián c/Provincia de Mendoza s/Amparo”, *Fallos* 347:688

Cossari, M. (2017). *Prevención y punición en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

Nino, C. S. (1979). ¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de “las acciones privadas de los hombres”? *LA LEY-1979-D* (pp. 743/758).

Adopción. Consentimiento informado. Derecho a la asistencia letrada de NNyA. Plazo razonable CSJN. “P., M. B. s/medidas precautorias”, 13 de agosto de 2024

*Por Carmen María Maidagan**

1. Introducción

En el año 2014 María,¹ con tan solo 12 años de edad, se encontraba embarazada. Acompañada por su madre y una tía concurrió a la Maternidad “Martin” dependiente de la Secretaría de Salud de la Municipalidad de Rosario. Allí existía un equipo interdisciplinario, integrado por la dirección de salud mental y el equipo médico. El acompañamiento brindado por el efector de salud se encaminó a obtener el consentimiento de María y su madre para la entrega en adopción del niño por nacer.

Sin perjuicio de la existencia de reuniones interinstitucionales entre la Maternidad “Martin” y la Dirección Provincial de Promoción y Protección de la Niñez Adolescencia y Familia (DPPPNAF o Dirección), en la Maternidad se le hizo suscribir un escrito dirigido a la Dirección en el cual manifestaba, en una terminología jurídica y poco comprensible para una niña de 12 años, como también para su madre, que era su voluntad libre y consentida dar en adopción a su bebé por nacer, figura no prevista en nuestra legislación.

* Abogada (UCA). Fue presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Rosario (2014-2019). Jueza del Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de Rosario. Asesora legal del Tribunal de Ética del Colegio de Psicólogos de Rosario.

¹ A fin de no identificar a las partes, se utilizarán los nombres ficticios establecidos por la CIDH en la Resolución N° 22/2016, en el Informe Nro. 393/2021 y por la Corte IDH en la sentencia de fecha 22 de agosto de 2023.

La DPPPNAF, sin perjuicio del pedido de la Maternidad, no tomó intervención alguna. Sin que se pueda justificar el motivo o la forma, tomó intervención la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes, quien presentó el caso ante el Poder Judicial, pese a que, conforme a la ley, no tiene facultades para intervenir en cuestiones particulares y solo tiene legitimación para iniciar acciones colectivas.

En base a esa irregular presentación se inició la acción judicial, en turno de urgencia y fuera del horario habitual del Tribunal, que se caratuló como medida precautoria, faltando un mes para el nacimiento del niño. El juzgado, sin convocar a María y a su madre, con el solo escrito de la Defensora envió un oficio al RUAGA (Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos), que también de manera irregular le remitió tres legajos mediante correo electrónico, sin firma.

La jueza interviniente, sin la presencia de María y su madre, entrevistó solo a uno de los tres matrimonios postulantes enviados por el RUAGA y estos, sin que constase selección por parte del Tribunal, se presentaron y solicitaron autorización para internarse en la maternidad al momento del parto y llevarse el niño cuando le dieran el alta. La jueza de trámite libró el oficio, con un mero decreto que únicamente dice “Como se solicita”.

El parto se produjo el 23 de agosto de 2014. María entró sola a la sala de parto, sin que se le permitiera a su mamá ingresar o a otro familiar acompañarla. Luego del parto, no se le permitió ver al niño, que fue entregado al matrimonio “López”.

El trámite judicial continuó sin la participación de María o sus progenitores, con la única excepción de una intervención en una audiencia del progenitor de María, donde manifestó que si era la voluntad de su hija, él consentía la entrega en adopción del niño por nacer.

El matrimonio “López” solicitó la guarda preadoptiva, que jamás les fue otorgada. María y su madre fueron citadas para ser evaluadas por el médico forense, quien en diciembre de 2014 informó que María sufría un bloqueo emocional que le impedía comprender el acto.

Pese al contenido del informe, el Tribunal convocó a María y a su madre a una audiencia, en la cual, sin contar con asistencia letrada, María se negó a suscribir el consentimiento para la entrega en adopción de su hijo, sin que ello conste en el acta, donde se expone que existe confusión en los deseos de la niña y se requiere asistencia psicológica. Pese a ello, la jueza interviniente continuó con el trámite y citó al matrimonio López a la audiencia prevista en el artículo 317, inciso C) del derogado Código Civil.

Por primera vez el 6 abril de 2015 la madre, en ejercicio de la patria potestad de María, se presentó con patrocinio letrado y solicitó la restitución del niño, dejando constancia de que nunca fue voluntad de su hija entregarlo en adopción. También solicitó la designación de una abogada del niño para María.

María, con su abogada designada, se presentó y solicitó conocer a su hijo y la realización de un análisis de ADN, pero ninguno de sus pedidos fue proveído. En su lugar, la jueza dictó la Resolución N° 2609/2015, donde sostuvo que, habiendo entrado en vigencia el Código Civil y Comercial de la

Nación, adecuaba el procedimiento al proceso previsto en el nuevo artículo 607 –declaración judicial de situación de adoptabilidad–, encuadrándolo en su inciso b –consentimiento libre e informado de los padres–.

Ante la inexistencia de consentimiento válido, comenzó el largo camino de recursos que insumieron 9 años, hasta llegar a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los planteos recursivos sucintamente se fundamentaron en que el artículo 607 CCC establecía que el consentimiento válido debía ser otorgado después de 45 días de nacido el niño. En este caso el escrito no estaba dirigido al Tribunal y María carecía de patrocinio letrado. Además, la Defensora carecía de personería jurídica para iniciar la acción.

La Resolución N° 2609/2015 fue confirmada el 24 de octubre de 2016. La misma jueza sostuvo que la medida se tomó en el marco de una cautelar y que mantener la cautelar “atenta contra el derecho mismo de las partes quienes no encuentran un *iter* procesal en el cual canalizar sus pretensiones”. Más adelante expuso que, ante el inconveniente de mantener la medida cautelar y ante el advenimiento del nuevo Código Civil y Comercial “resulta ajustado a derecho encauzar jurídicamente las pretensiones esgrimidas dentro de las normas convencionales y de fondo vinculadas a la adopción”. Reconoció que no había constancia de consentimiento expreso, pero lo infirió de una serie de actitudes posteriores que expuso para fundar ese supuesto consentimiento tácito.

Nuevamente se recurrió la resolución ante el Pleno del Tribunal Colegiado de Familia, que rechazó el recurso el 23 de abril de 2019. La sentencia desconoce el derecho a la familia, al sostener que el derecho de la familia biológica no es el derecho sostenido en la normativa internacional, sino que ello es solo una preferencia y que lo que se debe garantizar es una familia.

Contra dicha resolución se planteó recurso de apelación extraordinario ante la Cámara de Apelaciones, que fue rechazado por el Tribunal Colegiado. Articulado el recurso directo ante la Cámara, el 7 de julio de 2021, la Sala II lo declaró inadmisibles, confirmando la iniciación del trámite de declaración de situación de adoptabilidad en los términos del artículo 607, inciso b CCC. La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe confirmó las resoluciones de los tribunales inferiores y rechazó el recurso extraordinario federal interpuesto, lo que motivó la sentencia de la CSJN que aquí se comenta.

En base a lo resuelto por la Corte provincial, el recurso directo se fundamentó en las siguientes cuestiones: la inexistencia de consentimiento libre informado posterior al nacimiento; la carencia de patrocinio letrado; la falta de legitimación de la Defensora para iniciar el trámite y la gravedad institucional que implicaba el desconocimiento por parte de la Corte Provincial del Informe de fondo de la CIDH respecto de este caso (CIDH, 2021).

Es oportuno destacar que paralelamente se solicitó el dictado de medidas cautelares para que María tuviera contacto con su hijo. En 2016 la CIDH ordenó que la Argentina garantice el contacto de madre e hijo (CIDH, 2016). La CIDH sometió el caso ante la Corte IDH, que el 22 de agosto de 2023 dictó sentencia condenando a la Argentina por la violación de los derechos garantizados por la CADH y la Convención de Belem do Pará en perjuicio de María, su hijo y su madre (Corte IDH, 2023).

2. La resolución de la CSJN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de los dictámenes favorables de la Defensora General de la Nación y del Procurador Fiscal ante la CSJN, y un año después de la sentencia de la Corte IDH, hizo lugar parcialmente al recurso extraordinario, declarando inválida la resolución de la Corte provincial y ordenando el dictado de una nueva sentencia.

Para la CSJN, si bien la resolución que decide el trámite procesal a seguir no constituye sentencia definitiva,

corresponde hacer excepción a dicho principio y considerarla equiparable a tal en tanto, por la crucial incidencia que tiene la dilación indefinida de este proceso para la vida actual y futura del niño y de la recurrente, es susceptible de configurar agravio de muy difícil o imposible reparación ulterior (CSJN, 2024).

El máximo tribunal sostuvo que

lo decidido no resulta una derivación razonada del derecho vigente de conformidad con las circunstancias comprobadas en la causa, con menoscabo de los derechos de defensa en juicio y debido proceso. Ello así en tanto, sobre la base de fundamentos dogmáticos y so pretexto de encontrarse el caso en una etapa inicial, la sentencia eludió la consideración de la totalidad de los agravios atinentes a la pertinencia de reencauzar el proceso bajo un nuevo encuadre legal que conllevaba prescindir de la aplicación de los arts. 317 del Código Civil y 607 del Código Civil y Comercial de la Nación -invocados por la recurrente para rechazar dicho encuadre- sin declarar su inconstitucionalidad ni expresar argumentación alguna que pudiese autorizar una decisión en ese sentido (*Idem*).

La CSJN destacó que,

si por hipótesis se soslayaran las serias deficiencias del referido consentimiento acusadas por la apelante, relativas a la falta de asistencia letrada y a la alegada falta de comprensión de los alcances de dicho acto y se prescindiera del informe del Consultorio Médico Forense, efectuado en el año 2014 que da cuenta de su “bloqueo emocional selectivo, en relación al hecho de marras” y de que en atención a ello “y su corta edad, no está en condiciones de comprender el alcance del presente acto”, la corte local no pudo omitir considerar que en el caso se verificaba que consentimiento exigido para la declaración de la situación de la adoptabilidad del niño no era válido.

[...]

Además la corte provincial subordinó, mediante fundamentos dogmáticos, la procedencia del agravio sobre la ausencia de un consentimiento válido a un análisis posterior sobre la “conveniencia” de la de-

claración de adoptabilidad a la luz del interés superior del niño. Esa decisión, que justificó el mantenimiento de la readecuación del proceso, importó prescindir- en los términos y del modo señalado en este pronunciamiento- de los arts. 317 del Código Civil y 607 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo que torna arbitraria la sentencia apelada (*Idem*).

La Corte también se adentró en la cuestión del tiempo transcurrido, realizando un llamado de atención a los jueces provinciales, recordando que en oportunidad de resolver un recurso de *per saltum* interpuesto –que fue rechazado– exhortó a la jueza a resolver e informó a la corte local. Al respecto, expresó que

no es admisible que los jueces de las causas en la que intervienen niños, niñas y adolescentes soslayen que el tiempo es un elemento esencial, especialmente en los trámites vinculados con la adopción, y omitan tomar -y ejecutar- las medidas adecuadas para resolver tempestivamente los casos que les son presentados (*Idem*).

Por último, hizo saber a los jueces lo resuelto por la Corte IDH.

No obstante, la Corte no analizó los agravios vinculados a la falta de patrocinio letrado de María y su madre en la presentación primigenia, la falta de legitimación de la Defensora Provincial de Niños, Niñas y Adolescentes –cuestión que sí fue analizada por la Corte IDH– (Corte IDH, 2024: párr. 122) y a la valoración judicial del informe de fondo de la CIDH por los tribunales nacionales a la hora de resolver.

3. Análisis del fallo

3.1. Consentimiento y derecho a la familia

Si bien el presente caso tiene resolución de fondo en la sentencia dictada por la Corte IDH con la condena a nuestro país, el asunto sometido a la Corte nacional se limitaba a la cuestión procesal relacionada con si correspondía o no iniciar un proceso de declaración de situación de adoptabilidad, ante la falta de consentimiento válido.

La CSJN realiza una fundada crítica del apartamiento de los tribunales locales de la claridad y la literalidad de la norma. Tanto los artículos 317 del CC como el 607 del CCyCN son específicos al requerir el consentimiento posterior al nacimiento del niño. No hay duda de que ello es así y que no se encuentra regulada la adopción de niños por nacer; más aún, el requisito de las normas que establecen que el consentimiento debe ser posterior al nacimiento, determinan la nulidad de aceptar un consentimiento anterior.

Podríamos teorizar sobre las normas y doctrinas de interpretación. Analizar que no existía motivo para apartarse de la literalidad de su texto, que el apartamiento que realizaron los tribunales provinciales de lo establecido por los artículos 317 CC y 607 CCC, con relación al momento en que el consentimiento se considera válido, viola el artículo 2 del CCC, que establece que las normas se interpretan por sus palabras y las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos. Pero, como sostiene la Corte, la justicia provincial ni siquiera se tomó el trabajo de ensayar un argumento para declarar la inconstitucionalidad de la norma, aun cuando no existen fundamentos.

Pero, además, aun cuando la Corte no lo exprese, la normativa constitucional y convencional protegen la familia de origen como el lugar donde los NNyA han de criarse, sin distinguir o establecer un modo de familia determinado.

En este sentido, la CIDH ha analizado el derecho a la familia de niñas y niños y las obligaciones de los Estados a propender a que estos crezcan en el seno de sus familias, determinando específicamente que las condiciones de pobreza no son motivo para apartarlos de su entorno familiar. En este sentido, sostuvo que

de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, los Estados están obligados a favorecer de la manera más amplia posible el desarrollo y la fortaleza de la familia como medida de protección del niño. Lo anterior implica desarrollar políticas públicas, programas y servicios de apoyo y fortalecimiento de las familias. Así, de acuerdo con los derechos contenidos en el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [...], y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], los Estados deben articular aquellas acciones apropiadas para apoyar a las familias, y abordar las principales causas de separación de los niños de sus progenitores (CIDH, 2013).

Por su parte, la Corte IDH ha expresado con relación a la misma cuestión que

[e]n principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, “[e]l reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad”, con derecho a “la protección de la sociedad y el Estado”, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.

Las Directrices de Riad han señalado que “la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental [...]” (apartado duodécimo). Asimismo, el Estado debe velar

por la estabilidad del núcleo familiar, facilitando, a través de sus políticas, la prestación de los servicios adecuados para éstas, garantizando las condiciones que permitan alcanzar una vida digna (Corte IDH, 2002: párrs. 66 y 67).

Adicionalmente, manifestó que

el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales (Corte IDH, 2011: párr. 125).

El principio resulta claro, en el sentido de que es obligación del Estado, como forma de protección de niñas y niños, asegurar el crecimiento de los mismos en el ámbito familiar. No solo evitando intromisiones innecesarias, sino en el caso que la familia tenga dificultades para cumplir con su cometido, brindando los apoyos y herramientas necesarias. Si la familia nuclear no puede brindar la contención, aun con los apoyos, se requerirá la intervención de la familia ampliada, a quien también, en caso de requerirlo, el Estado brindará apoyo y contención, siempre con el objeto de evitar que el niño sea alejado de su núcleo familiar.

En el caso que aquí se comenta era obligación de los jueces garantizar y poner todas las herramientas estatales al servicio del derecho de María y su hijo de formar una familia.

En cambio, fundado en prejuicios y en violación al derecho a la igualdad, en una intromisión arbitraria en la vida de María, se violentó el principio de autonomía y dignidad de la persona, que tiene por objetivo garantizar que efectivamente, una decisión personalísima como la entrega de un niño en adopción, sea efectivamente libre y consentida.

Por ello, las normas contenidas en los artículos 317 del Código Civil y 607 del Código Civil y Comercial plantean que el consentimiento es válido cuando esa decisión libre es manifestada luego del nacimiento, 60 días después en el derogado código y 45 en el actual. Ello no es un capricho: protege principalmente a la mujer de no tomar una decisión embarazada o en el estado de puerperio, como forma de garantizar la libertad de la decisión.

En lugar de ello, en un primer momento, sosteniendo que habrían existido manifestaciones tácitas de ese consentimiento, para luego dejar de lado la cuestión y centrarse en el tiempo que el niño vivió en otro hogar formando vínculos, el Poder Judicial provincial desconoció estas normas, para pretender abrir un proceso de declaración de situación de adoptabilidad como una contienda entre la madre del

niño y sus custodios, desvirtuando inclusive el procedimiento que, como hoy sostiene la Corte en su resolución, no podía iniciar.

Pero más allá de lo expuesto, entendemos que lo central es preguntarnos ¿qué lleva a los jueces a apartarse de la norma? ¿Cómo es posible que lo actuado por la primera magistrada fuera sostenido por los distintos tribunales superiores sin confrontar su accionar con los términos de las normas?

La Corte, 10 años después, nos dice lo obvio: no existía consentimiento válido. Es manifiesto que se privilegiaron los prejuicios personales (la creencia prejuiciosa de que el niño estaría mejor con un matrimonio de clase media y profesionales que con su madre niña) sobre la norma y la interpretación que debe darse a la misma, conforme las directrices de la Corte IDH y la CIDH como intérpretes de la CADH.

3.2. El paso del tiempo como vulneración de derechos

La CSJN realizó un llamado de atención a los tribunales provinciales por el paso del tiempo. Al exponer el caso se han detallado las fechas de las distintas resoluciones que demuestran esta situación que el mismo Poder Judicial prolonga. La CSJN, que critica a los tribunales inferiores sin disponer ninguna medida efectiva, tuvo la causa a resolución por casi 2 años. Incluso desconociendo que la Corte IDH en su sentencia dictada en agosto de 2023 y notificada el 6 de octubre de ese año le otorgaba a la Argentina un plazo de un año para trabajar la vinculación del niño con su familia, que conociera su realidad biológica, y que se resolviera su situación jurídica.

No conmovió a nuestra Corte la orden internacional; de hecho, en su resolución solo dispuso hacer saber a los tribunales inferiores la existencia de la sentencia del Tribunal Interamericano.

Fuera de las directrices establecidas por la Corte IDH en distintos casos como “Furlan” y “Forneron” y también en el presente, cuando se violenta el plazo razonable la cuestión en los hechos es que esto sigue sucediendo caso tras caso, y que la situación de los niños hace que pasen su infancia sin la solución oportuna que el Poder Judicial debe brindar, sin que existan mecanismos que solucionen de manera efectiva esta cuestión, más allá de su sanción posterior.

La misma CSJN reconoce haber requerido celeridad a los tribunales provinciales en el año 2017 al rechazar un *per saltum*. Cuan diferente hubiera sido la cuestión si en ese momento hubiera casado la causa y resuelto lo que hoy resuelve, más teniendo en cuenta que la CIDH ya había dictado una medida cautelar y le requería a la Argentina garantizar la participación de María en la toma de decisiones. El hijo de María era un niño de 3 años en agosto de 2017, hoy es un niño de 10 viviendo conforme las decisiones y creencias de quienes no son sus progenitores, ni tienen jurídicamente ningún aval.

En esta cuestión también son más las preguntas que las respuestas. En el caso puntual: ¿cómo vamos a amortiguar o reparar el daño ya ocasionado? ¿Cómo enfrentará ese niño su realidad, hoy desconocida, por el accionar del Poder Judicial?

Para futuro: ¿cómo evitamos estas situaciones? ¿Cómo evitamos que el Poder Judicial permita que el tiempo pase y los niños pierdan su infancia sin soluciones? ¿Cómo evitamos que se consoliden situaciones de hecho de difícil reversión?

Fuera de la necesaria investigación y, en su caso, sanción de los responsables, y que ello pueda servir de ejemplo para futuros casos, lo cierto es que resulta fundamental pensar herramientas procesales que permitan que los casos urgentes, principalmente cuando involucran a niños, niñas y adolescentes tengan una resolución en tiempo oportuno, porque el solo paso del tiempo sin resolución causa daños.

Pensemos que este caso en el cual un tribunal debía resolver la restitución de un niño de 7 meses, involucrado en un trámite judicial plagado de nulidades desde su comienzo, se transformó en una aventura judicial creada por el mismo Poder Judicial al pretender encausar el trámite en un proceso de declaración de situación de adoptabilidad. Hoy, 10 años después, estamos en el punto de partida: el Poder Judicial debe resolver la restitución, no hay posibilidad de abrir un juicio de declaración de situación de adoptabilidad, pero pasaron 10 años y el niño creció formando vínculos con quienes no son sus progenitores creyendo que sí lo son.

3.3. Algunas cuestiones que la sentencia no trata

Como expusieramos, la CSJN declaró inadmisibles, sin entrar en su análisis y amparados en el artículo 280 de CPCCN, el planteo de la falta de personería de la Defensora Provincial, la falta de patrocinio letrado y por último el desconocimiento de la Corte Provincial del informe de fondo de la CIDH.

Hubiera sido interesante que la Corte analizara la cuestión de la valoración que deben realizar los jueces sobre los informes de la CIDH que resultan obligatorios para nuestro país. También resulta llamativa la referencia que la Corte realiza a la sentencia de la Corte IDH únicamente para hacerles saber a los jueces provinciales de su dictado, sin ahondar en la obligatoriedad del mismo. Como tampoco referenciar, su propio incumplimiento, al no resolver en el plazo que el Tribunal Interamericano ordenó a nuestro país resolver.

4. Conclusión

La sentencia es justa y ajustada a derecho, pero no resuelve la cuestión de fondo y llega tarde. En uno de sus párrafos finales la Corte exhorta a las partes a obrar con mesura; pareciera olvidar que toda esta situación fue creada por órganos estatales, encargados de garantizar derechos.

Sin perjuicio de ello, entendemos que tanto la sentencia de la CSJN como la de la Corte IDH restituyen el derecho de María, principalmente el de aquella niña de 13 años a ser oída, que su palabra sea tenida en cuenta, y que su clara manifestación de oponerse a la adopción pusiera fin al intento de inicio de un proceso inválido.

Referencias bibliográficas

- CIDH. “El derecho del niño y la niña la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13. 17 de octubre de 2013.
- CIDH. Asunto María y su hijo Mariano respecto de Argentina, Medida Cautelar No. 540-15, 12 de abril de 2016.
- CIDH. Informe No. 393/21. Caso 14.059. Admisibilidad y Fondo. María y su hijo Mariano. Argentina. 21 de diciembre de 2021.
- Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.
- Corte IDH. *Caso María y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2023. Serie C No. 494.
- CSJN. “P., M. B. s/medidas precautorias”, 13 de agosto de 2024, *Fallos* 347:924.

Derechos reproductivos. Criopreservación de embriones. Autonomía

CSJN. “P., A, y otro s/autorización”, 20 de agosto de 2024

*Por María Soledad Tagliani**

1. Introducción

Como consecuencia del desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), en la actualidad es posible, entre otras cosas, conformar embriones con material genético (óvulos y espermatozoides) de la propia pareja (tratamiento homólogo) o con todo o parte del material genético donado (tratamiento heterólogo) y criopreservarlos a fin de diferir su transferencia en el útero de la persona gestante.

De este modo, aunque los avances científicos en salud reproductiva han permitido solucionar problemas relacionados con la infertilidad médica y estructural –que afecta a las personas que no tienen pareja o a las parejas del mismo sexo–, así como situaciones que afectan la salud de la persona nacida o de un hermano –recurriendo al diagnóstico genético preimplantatorio (PGT, siglas en inglés) cuando se conoce la posibilidad de transmitir una enfermedad a la descendencia o a fin de seleccionar aquel embrión que sea histocompatible con otro hijo ya nacido, que padece una enfermedad grave y que requiere del trasplante de células de cordón o médula ósea–, aún queda pendiente resolver qué ocurre

* Abogada (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA) y en Contratos y Daños (Universidad de Salamanca). Magíster en Derecho Civil Constitucionalizado (UP). Profesora de Obligaciones civiles y comerciales y Derecho de Daños (UBA).

cuando quienes participan en el tratamiento deciden, por cualquier motivo, que no desean utilizar esos embriones en el futuro y optan por cesar su criopreservación, es decir, proceder a su descarte.

Esta situación ha merecido diversas respuestas en la jurisprudencia¹ y el caso ha llegado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien, si bien no respondió directamente el interrogante –como seguidamente veremos–, dejó firme la decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que dispuso la innecesariedad de una autorización judicial a fin de descartar los embriones criopreservados cuando existe acuerdo de todas las partes involucradas en orden a finalizar la relación contractual que las unía.

El presente trabajo tiene como objetivo abordar la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del embrión no transferido y la autonomía de voluntad de los solicitantes. Este análisis vincula los argumentos expuestos en el fallo con los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, especialmente lo establecido por la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo” (2012), para ofrecer un enfoque integral sobre la problemática.

2. Los hechos del caso

La sentencia que motiva el presente comentario se sustenta en el pedido de autorización judicial efectuado por dos personas con el objetivo de interrumpir la criopreservación de tres embriones obtenidos a través de TRHA y, de este modo, finalizar relación contractual con la clínica.

La parte actora refiere que luego de ser diagnosticados con infertilidad médica debieron recurrir a la donación de gametos, de lo que resultó la conformación de cinco embriones. En 2014 se les transfirieron dos, lo que posibilitó el nacimiento de su hija en 2015, habiéndose criopreservados los tres restantes.

Agregan que en 2018 decidieron terminar su relación de pareja y, habiendo transcurrido ya tres años de aquel momento, concluyeron que no retomarían la relación ni intentarían tener más hijo/as juntos, razón por la cual no deseaban continuar con la criopreservación de los embriones, situación que, además, les implicaba un gasto de 100 dólares estadounidenses anuales.

Al comunicar esta decisión a la clínica, se les informó que solo podían interrumpir la criopreservación de embriones con una autorización judicial porque el tema no se encuentra legislado.

Al tiempo de su presentación, la clínica destacó no ser parte en el asunto y remitió a lo decidido en el fallo “Artavia Murillo”, a la par de destacar que los coactores carecían de voluntad procreacional.

¹ Entre otros, Juzgado de Familia N° 7 de La Plata, 22/04/2019, “R., G. J. y otro/a s/ autorización judicial”; Juzgado de Familia N° 8 de La Plata, 30/09/2019, “C. M. L. y otro/a s/ autorización judicial”; Juzgado de Familia N° 2 de Puerto Madryn, 18/11/2020, “R., V. E. y R., C. A. s/ autorización judicial”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 9/04/2021, “R. G. A. y otro s/ autorización”; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I, 13/06/2022, “C. M. G. y otro/a s/ autorización judicial”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 1/08/2024, “P. P., A. Y OTRO c. W. (C. D. I- B. A- SA) s/autorización”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 02/09/2024, “M., N. M. s/ autorización”.

La petición fue rechazada en primera instancia, decisión que fue revocada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 21 de octubre de 2021 por los siguientes argumentos. En primer lugar, se analizó la cuestión desde un punto de vista contractual y se destacó que entre las partes involucradas contractualmente no existe discrepancia en orden a la finalización del vínculo. En ese orden, se dijo que el contrato se basa en la voluntad procreacional y en el ejercicio de los derechos reproductivos de los protagonistas, de modo que, frente a la decisión acordada de no tener más hijos en común, decanta el derecho a finalizar el contrato con la clínica.

Luego de destacar la importancia de los derechos reproductivos como derechos humanos, y la voluntad procreacional en orden a la determinación de la filiación en las TRHA, se concluyó que la clínica no cumplió con el consentimiento informado en lo que hace al aspecto aquí debatido. Si bien el contrato preveía que en caso de no desear la transferencia la pareja determinaría la futura disposición de los embriones que sería comunicada por escrito a la clínica, lo cierto es que una vez acaecida la cuestión, esto es, haber decidido su descarte, se les informó que debían requerir autorización judicial y recurrir a una representación letrada, circunstancia que no surge del consentimiento y que a todas luces debió ser prevista e informada al momento de su suscripción. Sin perjuicio de ello, la sentencia hizo hincapié en que no existe contradictorio alguno que amerite el pronunciamiento pretendido, desde todas las partes son contestes en lo que hace al descarte de los embriones.

En segundo término, la Cámara abordó la situación jurídica del embrión y con apoyo en el caso “Artavia Murillo” concluyó que se encuentra bajo la órbita de la interpretación del artículo 4.1 de la CADH efectuada por el tribunal internacional y que es obligatorio para la Argentina como Estado parte seguir esa jurisprudencia. En síntesis, se resolvió que no correspondía otorgar autorización alguna y que los peticionantes se encuentran habilitados a decidir el destino de los embriones criopreservados conforme al ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Si bien el fiscal general y la defensora de Menores e Incapaces ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil interpusieron recursos extraordinarios que fueron denegados y que dieron lugar a sus respectivas quejas, con posterioridad la defensora general de la nación desistió del recurso interpuesto por el Ministerio Público de la Defensa, con el argumento de que los “embriones no implantados” no revisten el carácter de persona en función de lo decidido en el caso “Artavia Murillo”. De este modo, quedó pendiente de resolver únicamente el recurso presentado por el fiscal general, que fue mantenido por el Procurador General de la Nación.

En ese contexto, la CSJN, por unanimidad y con cita del precedente “Universidad de La Matanza y otros” (2023), concluyó que el Ministerio Público Fiscal no reviste el carácter de “parte” y que carece de aptitud procesal autónoma para controvertir lo decidido por la Cámara que fue consentido por los demás sujetos intervinientes en el proceso.

Sin perjuicio de ello, el Máximo Tribunal del país con sustento en la trascendencia que ostenta la temática de fondo y la incertidumbre que genera no contar con una regulación en la materia en las distintas personas que intervienen en las TRHA exhortó al Congreso de la Nación “para que estime

la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones constitucionales para regular específicamente la materia en cuestión” (CSJN, 2024, consid. 8), por lo que desestimó la presentación directa.

3. Algunos aspectos sobre el embrión no transferido

De los antecedentes del caso resulta evidente que el fondo del asunto radica en torno a la naturaleza jurídica del embrión *in vitro* y a la interpretación que se le otorgue al término “concepción”, independientemente de la deuda legislativa respecto del dictado de una ley que regule el destino de los embriones *in vitro*.

Lo expuesto se resalta en virtud de uno de los argumentos brindados por el fiscal general ante la Cámara en el recurso extraordinario al expresar, entre otras cosas, que

el embrión no implantado cuenta con un relevante estatus de protección especial del que derivan restricciones y limitaciones. Y la primera de ellas es que jamás se puede disponer su descarte sobre la base del mero hecho del distracto, indisponible para las partes (...) la “disposición futura” -tal como reza el contrato- que los peticionarios puedan hacer sólo puede hacerse dentro de sus legítimas opciones, a saber, entregarlo en adopción o, incluso, desentenderse de su eventual responsabilidad parental.

Entonces, la clave del asunto se encuentra en la interpretación del artículo 19 del CCyCN, para lo cual resulta necesario efectuar algunas disquisiciones.

3.1. Vida y persona

Vida y persona no son sinónimos. Si bien se trata de conceptos entrelazados, no siempre que haya vida existirá una persona (Herrera, 2021). Lo que queremos significar es que puede configurarse un movimiento celular porque las células estén vivas, como sucede por ejemplo con los óvulos y los espermatozoides extraídos, que no son ni más ni menos que células, pero esto no significa que sean personas.

En este orden de ideas y tal como lo resaltan Herrera, Gil Domínguez y Hopp, cobra relevancia lo expuesto por el Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología, dependiente del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, durante el debate del Anteproyecto del Código Civil y Comercial en torno al artículo 19 sobre la existencia de la persona humana. Allí se sostuvo que

el concepto de ‘vida’ puede aplicarse tanto a células individuales como al conjunto de células que forman un embrión o un adulto. Por consiguiente, la gameta femenina (óvulo), la masculina (espermatozoide), y el cigoto que se forma por la unión de ambas, están vivos. Quizás la forma más sencilla de comprender la diferencia entre el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida es compararlas con

el concepto inverso, es decir, la muerte o finalización. La ciencia y la ley establecen criterios estrictos para definir la muerte o finalización de la existencia de una persona aun cuando gran parte de sus células sigan vivas por un tiempo no despreciable.

Según la teoría ‘instantaneísta’, el comienzo de la persona humana coincide con la fecundación debido a que el cigoto contiene la totalidad de la información genética.

Sin embargo, este argumento es insuficiente. La información genética no alcanza para constituir un individuo completo. El concepto de información es más amplio e incluye modificaciones sustanciales durante el desarrollo embrionario: a partir de esa única célula se llega a conformar un organismo que al nacer llega a tener más de 10 células, con un orden asociado a su distribución espacial que no estaba presente en la información contenida en el óvulo fecundado. El estudio del desarrollo del embrión después de su implantación en el útero revela que se produce información de otro tipo asociada a la estructura espacial y a la interacción entre cada uno de los componentes, que no existía en el óvulo fecundado y se adquiere del ambiente provisto por la madre

[...]

El adelanto del conocimiento científico y tecnológico abrió la posibilidad de que la fecundación (unión del óvulo y el espermatozoide) y el desarrollo inicial del embrión se realicen fuera del tracto reproductor femenino, *in vitro*. Los embriones resultantes de la aplicación de estas TRHA necesitan ser implantados en el útero para llegar a ser un feto y luego un niño, lo que implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto.

Consecuentemente, se debe distinguir entre el embrión preimplantado y el embrión implantado. Mientras que el primero no puede desarrollarse por sí mismo, el embrión implantado en un útero puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano (Herrera, Gil Domínguez y Hopp, 2021: 78 y 79).

Lo anterior evidencia la gradualidad en el desarrollo embrionario, que varía significativamente según se haya transferido e implantado en el útero o no, lo que justifica una protección legal diferenciada en función de la situación.

3.2. Comienzo de la existencia de la persona humana en las TRHA

El artículo 19 del CCyCN expresa que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”.

En el ámbito de las TRHA y vinculado con lo expuesto en el punto anterior, podemos decir que existen dos posturas contrapuestas en torno a la noción de concepción: a) aquella que la identifica con la fecundación, esto es, cuando se produce la fertilización del óvulo con el espermatozoide. Para esta corriente, cualquier embrión no transferido al cuerpo de un sujeto –ya sea que cuente con dos o tres días de evolución o que se trate de un blastocisto de cinco o seis días– es considerado persona aun cuando ni siquiera cuente con la viabilidad de lograr un embarazo o de que

este llegue a su término;² y b) aquella que, en concordancia con lo dispuesto por la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo”, entiende que la concepción se produce cuando existe implantación del embrión en el útero de la persona, como sinónimo de anidación, posición que compartimos.

A nuestro criterio, sin perjuicio de la postura que, por cuestiones religiosas o morales pueda adoptarse en torno a ello, consideramos que el tema se encuentra decidido por la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo” que resulta vinculante para nuestro Estado.

3.3. La decisión de la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo”

Si bien la plataforma fáctica³ difiere de la decidida en el caso que aquí se aborda, lo cierto es que la Corte IDH –a diferencia de la CSJN que eludió pronunciarse en forma directa sobre la cuestión–, tomó postura acerca de la situación del embrión no implantado, al interpretar el artículo 4.1 de la CADH.

Sintéticamente dijo que, si bien un embrión puede contar con información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si no se implanta en el útero de una persona sus posibilidades de desarrollo son nulas (Corte IDH, 2012: párr. 186).

Así, concluyó que el término “concepción” al que alude la CADH se refiere al momento en que ocurre la implantación como sinónimo de anidación, razón por la cual antes de ese evento no corresponde la aplicación del artículo 4 de la CADH referida al derecho a la vida (*Ibidem*: párr. 189).

Otro de los aspectos más destacados de la sentencia es el relativo al tratamiento de la expresión “en general” contenida en el artículo 4.1 mencionado. Sobre esa cuestión, el Tribunal estableció que justamente esa expresión tiene como objeto y fin permitir que ante un conflicto de derechos sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. Es decir, la finalidad de esa norma es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación de otros derechos, como en este caso, podría ser el de no continuar con un tratamiento reproductivo (*Ibidem*: párr. 258).

En esta línea, Herrera afirma que en atención a la “gradualidad” del embrión, a menor estadio o grado de desarrollo –como lo es un embrión que aún no está implantado–, más aún deben respetarse los derechos comprometidos de las personas que se someten a esta práctica médica, en particular, el derecho a continuar o no con el procedimiento reproductivo, el derecho a la libertad, a la autonomía, al desarrollo de la personalidad y a la salud psíquica, en atención a las consecuencias negativas que se derivaría de una imposición a transferirse embriones en contra de la voluntad de los propios protago-

2 En este sentido, recuérdese que un embrión puede llegar al estadio de blastocisto aun cuando no tenga el potencial para lograr un embarazo que llegue a término debido, por ejemplo, a la existencia de aneuploidías (alteración en los cromosomas). Para una mayor profundización del tema, compulsar Tagliani, 2020 y 2021a.

3 La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declaró inconstitucional un decreto que regulaba las TRHA por entender que la fecundación *in vitro* trae como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria incompatible con el derecho a la vida de esos embriones, razón por la cual se prohibió la práctica. Para una mayor profundidad del caso, compulsar Tagliani, 2021b: 114-117.

nistas (2022: 155 y 156) o, inclusive a donarlos como sugirió la jueza de Primera Instancia en el caso que aquí se aborda.

4. Breves reflexiones acerca de la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH a nivel nacional

Luego de haber analizado la interpretación del artículo 4.1 de la CADH que realizó la Corte IDH en el fallo “Artavia Murillo”, no puede dejar de mencionarse el lugar que ocupa la jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho argentino.

Como primera medida, vale recordar que, con la reforma constitucional de 1994, el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional dispuso que “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”, así como también consagró la jerarquía constitucional de determinados instrumentos internacionales de derechos humanos, más aquellos tratados que el Congreso de la Nación apruebe por mayoría especial.

En consecuencia, a partir de la mencionada reforma la Argentina considera al derecho internacional y al derecho interno como partes integrantes de un mismo sistema jurídico. Es decir, los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional conforman el denominado “bloque de constitucionalidad”.

En esa inteligencia, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (art. 27), mientras que el artículo 68, inciso 1°, de la CADH dispone que “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

Esa línea fue seguida y respetada por la CSJN en diversos precedentes, donde expresamente sostuvo no solo que las decisiones de la Corte IDH son de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, sino que la interpretación de la CADH debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH que importa una pauta de interpretación insoslayable para la CSJN (2004, 2011, 2015).

Sin embargo, este criterio sostenido por la máxima instancia judicial del país, dio un fuerte retroceso a partir del caso “Fontevicchia” (2017). Allí, luego de que la Corte IDH entendiera que el Estado argentino había violado la libertad de expresión de los actores que habían sido condenados por la justicia argentina a pagar una indemnización por daños y perjuicios en virtud de diversas publicaciones referidas a un ex presidente de la Nación, condenó al Estado, entre otras cosas, a dejar sin efecto la condena civil impuesta, así como todas sus consecuencias. Esa condena había sido confirmada por la propia CSJN.

La mayoría del tribunal sostuvo, entre otras cosas, que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una “cuarta instancia” revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, en contravención con la estructura del sistema interamericano de derechos humanos y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional. Asimismo, consideró que revocar su propia sentencia firme implicaría privarla de su carácter de órgano supremo

del Poder Judicial argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional.

La importancia del lugar que ocupan las sentencias dictadas por la Corte IDH para el derecho argentino en relación con el comentario que aquí se realiza radica en que la interpretación que ese tribunal regional efectuó en el caso “Artavia Murillo” respecto del término “concepción” y a lo establecido en orden a la protección de los embriones en el marco de las TRHA, resuelve la problemática relativa a la interpretación del artículo 19 del CCyCN.

Es que independientemente de que el Estado argentino no haya sido parte en el caso “Artavia Murillo” o que este se haya dictado en el marco de la prohibición efectuada por Costa Rica respecto de la realización de tratamientos de fertilización *in vitro*, lo cierto es que la Corte IDH efectuó una interpretación del artículo 4.1 de la CADH en un contexto actual de permanente avance de la ciencia en materia reproductiva, lo que no puede ser desconocido ni desoído por ningún Estado que forme parte del SIDH. De otro modo, se incurriría en responsabilidad internacional.

Sobre esta cuestión, nos parece por demás pertinente traer a colación lo afirmado por Herrera, Gil Domínguez y Hopp, en el sentido que

[c]uando una Constitución desde su ámbito supremo invita a una fuente externa (especialmente a instrumentos internacionales sobre derechos humanos) a compartir su fuerza normativa irradiante hacia el sistema de fuentes, el Estado asume que, como mínimo, respetará la lógica del funcionamiento del sistema externo que invita y cumplirá con las obligaciones internacionales contraídas. Aquello que dispongan los órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos respecto de la normativa emergente de éstos, no podrá ser controvertido por los órganos de interpretación y aplicación de la Constitución. Aquello que recomienden y ordenen los órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los Estados, deberá ser cumplido por éstos bajo la sanción de incurrir en responsabilidad internacional (Herrera, Gil Domínguez y Hopp: 179).

En ese orden de ideas, consideramos que la cuestión se encuentra por demás zanjada, entendiéndose que la existencia de la persona humana comienza con la concepción como sinónimo de implantación del embrión en el útero de una persona.

5. ¿La ausencia de legislación respecto de la protección del embrión *in vitro* implica que no puedan descartarse los embriones sobrantes de un tratamiento?

Para responder este interrogante, resulta interesante plantearnos a qué fines se requiere el dictado de la ley mencionada.

En primer lugar, porque los embriones no son cosas en los términos del artículo 2311 del CCyCN ni tampoco personas –como ya se analizó–. De ahí que es necesario contar con una legislación que regule las cuestiones en donde se encuentren involucrados, para evitar la inseguridad jurídica que pronunciamientos contradictorios puedan generar.

Así, se afirma que, si bien al embrión *in vitro* se le debe cierto respeto, no corresponde otorgarle todas las protecciones de la persona humana. Sin embargo, negarles el carácter de persona no quiere decir que sean tratados como meras cosas sin protección de ningún tipo. Metodológicamente, esa protección debe estar regulada en la ley especial, tal como sucede en numerosas leyes del derecho comparado que, incluso por mandato legislativo, deben ser revisadas periódicamente (Lamm, 2015: 43).

En segundo término, considerando que el embrión se conforma con células humanas y su transferencia en el útero de una persona puede dar lugar a una futura persona, es necesario regular su utilización en virtud, por un lado, de los avances científicos y tecnológicos y, por otro, de los derechos y obligaciones que están en juego para los involucrados en el tratamiento.

En lo que hace al primer aspecto, nos referimos, por ejemplo, a regular y limitar la intervención científica para fines humanos de importancia, esto es, investigaciones que importen una promesa razonable de curar o aliviar una grave enfermedad o el sufrimiento humano,⁴ así como los procedimientos para asegurar que se respeten estos lineamientos.

En cuanto a la segunda cuestión, adquiere relevancia diferenciar lo que sucede con el material genético –óvulos y espermatozoides– que corresponde a cada uno de sus titulares, con los embriones conformados a partir de la unión de ese material, en donde ninguno de los participantes es titular pleno sobre estos, de allí que hay que evitar que se puedan plantear conflictos sobre su destino cuando cada uno de los integrantes de la pareja adopta una decisión diferente. Más concretamente, si uno de los integrantes quiere utilizar ese embrión porque tiene el deseo de maternar o paternar y la otra persona no (Tagliani, 2021c: 5).

Otra situación es justamente el caso inverso aquí comentado, donde ambos integrantes coinciden en el cese de la criopreservación. Es decir, aun contando con la posibilidad de utilizarlos, donarlos o conservarlos, deciden cesar la criopreservación.

A nuestro modo de ver, considerando los fundamentos expuestos con anterioridad en cuanto a que el embrión *in vitro* no es persona, valorando los derechos humanos comprometidos como la autonomía de la voluntad, la intimidad y los derechos no reproductivos de quienes no desean continuar con un proyecto de maternidad, consideramos que no se requiere autorización judicial alguna para cumplir con la decisión de los involucrados.

Entonces, aunque los embriones *in vitro* requieran una regulación especial como se explicó, esto no tiene por qué ser incompatible con el cese de la criopreservación. De otro modo, no deberían

⁴ Se podría mencionar, a modo de ejemplo, la obtención de células madre se emplean embriones sobrantes de procesos de reproducción asistida.

estar permitidas las TRHA porque las propias transferencias de embriones al útero de una persona implican *per se* la posibilidad de “perder” algún embrión, ya sea porque no se produce el embarazo o, porque de hacerlo, puede interrumpirse espontáneamente; inclusive el procedimiento de cese de la criopreservación con el objetivo de transferir el embrión al útero no se encuentra exento de riesgos para el embrión.

Otro argumento de peso tiene que ver con lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley N° 27610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo que permite a la persona gestante “decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional”.

Es decir, se reconoce como principio general la plena autonomía y soberanía de la persona gestante para decidir, dentro de las primeras catorce semanas de embarazo, su interrupción sin ningún otro requisito más que su consentimiento informado (cf. art. 7, sin perjuicio de las situaciones reguladas en los apartados a) y b) de la normativa citada).

De este modo, tomando como punto de partida que ningún derecho es absoluto –el de la autonomía de la persona gestante tampoco lo es–, reviste suma importancia el plazo para la interrupción del embarazo. Así, cobra protagonismo el ya mencionado principio de gradualidad del embrión implantado. Es decir, a mayor desarrollo del feto y posibilidad de gozar de vida en forma extrauterina, mayor será la protección jurídica que se le otorgará. Desde esa lógica, a menor desarrollo y posibilidad de nacimiento con vida, menor es la protección y, a la par, mayor fortaleza de los derechos de la mujer y de las personas con capacidad de gestar, respecto de quienes no se discute que se trata de personas nacidas con plenos derechos (Herrera, Gil Domínguez y Hopp: 92 y 93).

En consecuencia, todo lo expuesto, sumado a la armonización de los derechos en juego en el caso planteado, nos conduce a coincidir con lo decidido por la Sala I de la Cámara Civil en el sentido de que en el marco de las TRHA y aun no contando con una ley especial que regule la protección del embrión *in vitro*, no es necesaria una autorización judicial para obtener el cese de la criopreservación de embriones. El razonamiento es sencillo: si es posible interrumpir un embarazo hasta la semana 14 inclusive, con más razón se podrá cesar la criopreservación de un embrión (Tagliani, 2021b: 123).

6. Palabras de cierre

El análisis del caso evidencia la importancia de armonizar los derechos humanos comprometidos como la autonomía de la voluntad, la intimidad y los derechos no reproductivos.

La decisión judicial que, en definitiva, quedó firme resalta que, en ausencia de una legislación específica sobre la materia, el contrato celebrado entre las partes y el consentimiento informado son los instrumentos que legitiman la determinación de cesar la criopreservación de los embriones cuando ya no media voluntad procreacional, ello a la par de considerar que estos no pueden ser considerados personas en virtud de lo decidido por la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo”.

Cabe destacar que, si bien la CSJN no se pronunció de manera directa sobre la necesidad de autorización judicial en estos casos, su decisión deja implícita una posición que determina la innecesariedad de dicho requisito cuando existe un consenso entre las partes. Esta postura, enmarcada en el respeto a la autonomía de la voluntad y a los derechos fundamentales de quienes se someten a las TRHA, refuerza el argumento de que no es necesario que el Estado intervenga judicialmente para contravenir la decisión consensuada de cesar la criopreservación.

En definitiva, el fallo invita a reflexionar sobre la necesidad de una regulación legislativa que ofrezca mayor seguridad jurídica en el ámbito de las TRHA y permite que las partes puedan ejercer plenamente su derecho a decidir sobre el destino de los embriones en consonancia con el cese de su voluntad procreacional.

La sentencia termina, de alguna manera, sentando un precedente que otorga una cierta seguridad jurídica⁵ al priorizar la autonomía de la voluntad cuando ya no media voluntad procreacional de ninguno de los involucrados. A tal punto que, días después de su pronunciamiento, el 2 de septiembre de 2024, la Sala J de la Cámara Nacional en lo Civil en un caso bastante similar en el cual se pretendía el cese de la criopreservación de embriones con defectos genéticos, declaró con cita del fallo de la CSJN que aquí se comenta que el recurso interpuesto por el Ministerio Público fue mal concedido por carecer de legitimación, quedando firme el pronunciamiento que dispuso que no se requiere autorización judicial para el descarte de los embriones (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 2024).

Referencias bibliográficas

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, “M., N. M. s/ autorización”, 02/09/2024.
- 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.
- CSJN. (2004). “Espósito, Miguel Ángel s/ Incidente de prescripción de la acción penal”, *Fallos* 327:5668.
- CSJN. (2007). “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad”, *Fallos* 330:3248.
- CSJN. (2011). “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal”, *Fallos* 330:3074.
- CSJN. (2015). Resolución de la CSJN N°477/15 del 25/3/2015, en relación al Expediente Administrativo N°4499/13 respecto del caso “Mohamed vs. Argentina” dictado por la Corte IDH el 23/11/2012.
- CSJN. (2017). “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico v. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Fallos* 340:47.
- CSJN. (2023). “Universidad Nacional La Matanza y otro c/ EN-M. Cultura y Educación s/Amparo ley 16.986”, *Fallos* 346:970.

⁵ Utilizamos esa expresión habida cuenta que la seguridad jurídica plena, a nuestro modo de ver, se hubiera alcanzado si la CSJN hubiera zanjado definitivamente la disputa doctrinaria y jurisprudencial nacional, y hubiera determinado que el embrión *in vitro* no es persona independiente del necesario dictado de una ley especial que regule ciertas cuestiones, como ya se analizó.

- CSJN. (2024). “P., A, y otro s/autorización”, 20 de agosto de 2024, *Fallos* 347:1001.
- Herrera, M. (2021). Legislación civil e interrupción voluntaria del embarazo: una relación nada incómoda. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia (RDF), Edición extraordinaria: Derecho y realidad: primeros estudios de la Ley de IVE y el “Plan mil días”*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Herrera, M. y De La Torre, N. (Dir.) (2022). *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Tomo 1. Buenos Aires: Editores del Sur.
- Herrera, M.; Gil Domínguez, A. y Hopp, C. (2021). *Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Ley 27.610*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Lamm, E. (2015). El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos. *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental. La Ley*.
- Tagliani, M. S. (2020). El impacto de las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial en la prevención de la transmisión de enfermedades genéticas. 1 *Inteligencia artificial, tecnologías emergentes y derecho. Reflexiones interdisciplinarias*, Buenos Aires: Hammurabi.
- Tagliani, M. S. (2021a). El entrecruzamiento entre el derecho a la información, el consentimiento informado y la prevención del daño en el campo de la reproducción humana asistida. 100 *Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Tagliani, M. S. (2021b), *Responsabilidad de los progenitores por la transmisión de enfermedades hereditarias. Maternidad y paternidad responsable*. Resistencia, Chaco: Contexto.
- Tagliani, M. S. (2021c). La trascendencia de la autonomía de la voluntad y el derecho a no ser padre en las técnicas de reproducción humana asistida. *La Ley*.

Refugiados. Expulsión. No devolución

CSJN. “L., C. c/ EN-M INTERIOR OP
y V-DNM s/recurso directo DNM”,
10 de septiembre de 2024

*Por Lucila Ivanna Brisnikoff**

1. Introducción

En un precedente inédito por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el máximo tribunal se avocó al caso de un refugiado sierraleonés (así reconocido por la Comisión Nacional de los Refugiados),¹ contra quien la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) dispuso su expulsión de la Argentina, pese a que la autoridad especializada había recomendado la suspensión del procedimiento expulsivo, ratificando su condición, y resaltado el principio de no devolución a favor de L., C., como refugiado reconocido hace ya veinte años (CSJN, 2024).

El decisorio de la DNM fue confirmado en primera y segunda instancia y llegó a la CSJN vía recurso extraordinario federal.

En este artículo, me propondré, en primer lugar, describir algunas cuestiones centrales respecto del sistema de protección a los refugiados en la Argentina, y su interacción con la Ley Nacional de Migraciones y decreto reglamentario. Desde ya, excede el objetivo de este artículo realizar profundo análisis

* Abogada, especialista y maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Integrante de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.

¹ CEPARE al momento de su reconocimiento en el 2003.

de ambas legislaciones, y el recorte realizado tiene en miras el análisis del caso “L., C.”. En segundo lugar, describiré los hechos del caso y el procedimiento administrativo que concluyó en la expulsión, y ante interposición de recurso, su confirmación. En tercer lugar, presentaré los planteos defensistas en las diferentes instancias judiciales. En un cuarto apartado, expondré los fundamentos de la sentencia de la Corte Suprema, para finalizar con el esbozo de algunas conclusiones finales a modo de reflexión respecto del fallo en cuestión.

Resulta fundamental, a mi modo de ver, que este precedente sea realzado y aplicado en casos pendientes de resolución en los cuales la autoridad migratoria procure expulsar a un refugiado, ya sea en instancia administrativa o judicial. Ello, en miras de la efectividad de los derechos y cumplimiento con obligaciones contraídas por el Estado argentino en pos de garantizar la no devolución de solicitantes de asilo o refugiados reconocidos (conf. artículo 2 de la Ley N° 26165).

El principio de *non refoulement* o no devolución es un derecho fundamental de la protección internacional, contemplado en tratados internacionales incorporados en nuestra Constitución Nacional y en la legislación interna,² que conlleva la protección contra la devolución de una persona a cualquier país donde exista un riesgo real de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (Bello, 2018: 264).

En este sentido, la expulsión (como medida de *ultima ratio*) y, peor aún, contra quien debe regir el principio de no devolución, debe evitarse en aras de proteger al colectivo vulnerable de personas en necesidad de protección internacional, solicitantes de refugio o refugiados reconocidos.

Así las cosas, solo se prevé la posibilidad de proceder a la expulsión en casos excepcionales por razones graves de seguridad nacional o de orden público (conf. art. 32 de la Convención del Estatuto de Refugiados y art. 8 de la Ley N° 26165).

Como señaló Cançado Trindade, “cuando se trata de proteger a la persona humana, sobre todo contra los abusos del poder arbitrario, los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se refuerzan mutuamente” (Cançado Trindade, 2018: 209).

2. Algunas notas sobre la interacción entre la Ley de Refugiados y la Ley de Migraciones

La movilidad humana ha sido una característica inherente de las personas a lo largo de la historia. Los movimientos migratorios se encuentran compuestos por migrantes económicos, solicitantes de asilo, personas refugiadas, migrantes víctimas de desastres ambientales, víctimas del crimen organizado y trata de personas, niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias, y personas migrantes en situación irregular.

² Artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados; arts. 22.6, 22.8 y 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; arts. 2, 7 y 8 de la Ley N° 26165; artículo 23.m de la Ley N° 25871.

En nuestra Constitución Nacional se destacan los artículos 20 y 25 mediante los cuales se declaran a los extranjeros sujetos de derecho en condiciones de igualdad. Asimismo, con rango constitucional se encuentran algunos tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22). No es ocioso recordar que, al aprobar estos tratados, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (Corte IDH, 1982: párr. 29).

La Ley Nacional de Migraciones N° 25871, define al inmigrante en su artículo 2 como “todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente”. En su artículo 4 reconoce el derecho humano a migrar, considerando que es “esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”.

Asimismo, se establece la posibilidad de radicarse de forma transitoria, temporaria o permanente. En especial, el artículo 23 establece que

se considerarán “residentes temporarios” todos aquellos extranjeros que, bajo las condiciones que establezca la reglamentación, ingresen al país en las siguientes subcategorías:

k) Asilados y refugiados: aquellos que fueren reconocidos como refugiados o asilados se les concederá autorización para residir en el país por el término de dos años, prorrogables [...]

m) Razones Humanitarias: Extranjeros que invoquen razones humanitarias que justifiquen a juicio de la Dirección Nacional de Migraciones un tratamiento especial.

La Ley obliga al Estado a garantizar derechos como la salud y la educación, entre otros, en condiciones de igualdad con nacionales y establece el deber de facilitar la regularización. Conforme refiere Ceriani Cernadas, “se trata de una ley con perspectiva de derechos que contempló varios de los principales estándares internacionales existentes al momento de su aprobación” (Ceriani Cernadas, 2024: 35).

Por otro lado, la ley establece algunas causales que impiden el ingreso y permanencia de migrantes en el país (art. 29), con excepciones por motivos de razones de índole humanitaria o bien de reunificación familiar, y situaciones en las que se admite la cancelación de residencia (art. 62).

Ahora bien, la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26165 en su artículo 4 define al refugiado como toda persona que:

a) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a

consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él;

b) Ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Como bien señala Galoppo,

las particularidades propias que caracterizan a las personas refugiadas, tales como el riesgo a su integridad física y en ciertos casos su propia vida, o su situación de necesidad producto de su desplazamiento forzado, han impulsado a los Estados a acordar una serie de principios que guían el procedimiento de asilo y el trato que debe darse a las personas que requieren protección internacional, en ejercicio de su derecho a buscar y recibir asilo (Galoppo, 2024: 51).

El principio de no devolución o *non refoulement* ha sido considerado piedra angular del Derecho Internacional de los Refugiados y norma de *ius cogens* o imperativa del derecho internacional.³ Dicho principio, de acuerdo con el artículo 33 de la Convención del Estatuto de Refugiados, receptado en el artículo 7 de la Ley de Refugiados, implica que ningún refugiado o solicitante pueda ser expulsado, devuelto o extraditado a otro Estado cuando esté en peligro su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, incluido el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Cabe señalar que la Corte IDH ha interpretado este principio de modo amplio, afirmando que “el principio de no devolución no sólo es fundamental para el derecho de asilo, sino también como garantía de diversos derechos humanos inderogables, ya que justamente es una medida cuyo fin es preservar la vida, la libertad o la integridad de la persona protegida” (Corte IDH, 2018: párr. 180).

En este sentido, como ha sido señalado en el apartado anterior, la expulsión de refugiados resulta excepcional para casos de seguridad nacional u orden público. El Comité Ejecutivo del ACNUR, en su Conclusión 7 sobre Expulsión, ha reconocido que:

una medida de expulsión podía tener consecuencias muy graves para un refugiado y para los miembros de su familia inmediata que residieran con él [...] de conformidad con el artículo 32 de la Convención de 1951, sólo se tomasen medidas de expulsión contra un refugiado en casos sumamente excepcionales y

³ Así fue reconocido en la Declaración y Plan de Brasil, 2014, del cual Argentina fue parte (ACNUR, 2024: 46).

tras la debida consideración de todas las circunstancias, incluida la posibilidad de que el refugiado fuese admitido por un país que no fuese su país de origen (ACNUR, 1977).

A mayor abundamiento, se resalta que la posibilidad de expulsar a un refugiado o solicitante debe ser analizada en conexión con el artículo 22.6 de la CADH que tiende a evitar expulsiones arbitrarias (ACNUR, 2017: párr. 3.5).

Ahora bien, tal como señala Garretón, el derecho internacional de los refugiados, junto al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, forman un *corpus iuris* destinado esencialmente a la protección del individuo (Garretón, 1995). En efecto, conforme los tratados internacionales de los que la Argentina es parte y se ha obligado, así como nuestro derecho interno, no existen dudas respecto de la protección especial que requieren los refugiados reconocidos, como fue el caso de L., C. Cabe preguntarse entonces, ¿cómo dialoga la legislación especial de protección a los refugiados y la Ley de Migraciones?

Ya hemos adelantado que la Ley de Migraciones admite radicar como residente temporario a los refugiados reconocidos (art. 23.k), así como establece un criterio de residencia por razones de índole humanitaria (art. 23.m). El Decreto reglamentario N° 616/2010 especificó causales por las que se puede conceder dicha residencia, extensivas a personas necesitadas de protección internacional amparadas por el principio de no devolución; víctimas de trata de personas u otras modalidades de explotación esclava y/o víctimas de tráfico ilícito de personas; por razones de salud; y apátridas y refugiados que hubieran residido por periodo mayor a tres años y su condición haya cesado.

Se desprende de la lectura del artículo citado que el criterio de residencia por razones humanitarias previsto por la Ley de Migraciones se inserta dentro de la denominación, desde el Derecho Internacional de los Refugiados, de “protección complementaria”, adicional y complementaria al status de refugiado, dando cuenta de la necesidad de protección internacional que tienen algunas personas (Carril, 2019: 10).

Por otro lado, se establece como causal de excepción de impedimentos de permanencia previstos en artículo 29 de la Ley de Migraciones las razones de índole humanitaria –no así para residentes cuya cancelación se establece, según lo prevé el artículo 62 de la Ley–.

Asimismo, el Decreto N° 616/2010 establece una limitación para expulsar refugiados: estos casos no podrán ser resueltos sin contar con dictamen previo elaborado por la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE).

En este sentido, se prevé en dicho decreto que “la reglamentación tendrá carácter supletorio del régimen establecido por la Ley N° 26165” (art. 1), así como también hace mención la Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, evidenciando la prevalencia del sistema de protección internacional por sobre la normativa migratoria.

Finalmente, resulta manifiesto cómo la legislación en materia migratoria complementa al sistema de protección internacional, haciendo énfasis en el respeto de derechos humanos de las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad y obliga al Estado como garante de dicha protección (Galoppo, 2024: 57).

3. Hechos del caso

L., C., nacido en la ciudad de Freetown, Sierra Leona, padeció el desmembramiento de su familia debido a la guerra civil que asoló a su país entre 1991 y 2002, a raíz de lo cual debieron huir. En esos desplazamientos, perdió contacto con sus progenitores de quienes desconoce su paradero desde sus diez años de edad. Con tan solo 15 años, en 2001, viajó a la Argentina y llegó a la ciudad de Mar del Plata vía marítima.

Ingresado al país, solicitó ser reconocido como refugiado ante la CEPARE, y dicho estatuto fue concedido el 15 de julio de 2003.

Así las cosas, transcurrió la mayor parte de su vida en el país como refugiado, donde cursó sus estudios primarios, realizó capacitaciones laborales y obtuvo distintos trabajos principalmente en condición migratoria irregular.

Fue condenado por causas penales en un período que, conforme surge del Informe Social que obró en el expediente, coincidió con un momento de su vida en el cual padeció problemas de consumo de estupefacientes y alcohol.

A su vez, aquí conformó su familia, compuesta por su pareja conviviente y dos hijas de nacionalidad argentina, por lo cual solicitó su residencia permanente en el año 2014.

4. Trámite migratorio, expulsión y confirmatoria por parte de la DNM

En el marco del expediente migratorio, la DNM denegó su solicitud de radicación, aun habiendo tomado conocimiento de que L., C. era un refugiado reconocido y padre de niñas argentinas. Pese a ello, se encuadró su situación en el supuesto previsto por el artículo 29, inc. c) de la Ley de Migraciones a raíz de las condenas penales que tuvo –todas menores a tres años de prisión, por delitos contra la propiedad– y ordenó su expulsión del país, prohibiendo su reingreso por ocho años.

Luego, con representación de la Defensoría Pública Oficial, presentó un recurso jerárquico. En dichas presentaciones, y a lo largo del expediente administrativo, se presentó vasta prueba que evidenciaba el arraigo que el Sr. L., C. tiene en el país; se resaltó en reiteradas oportunidades la vigencia de su estatus de refugiado y su condición de padre de niñas argentinas. A su vez, la propia DNM realizó un informe social que ratificaba las cuestiones planteadas.

Consultada la CONARE, reiteró que la condición de refugiado de L., C. continuaba vigente y que no resultaba posible el impulso de un procedimiento expulsivo. Luego de ello, descartó que sea posible en el caso cesar la condición de refugiado de L., C.

5. Resoluciones de primera y segunda instancia

Instada la vía judicial, desde la defensa se alegó que la expulsión de refugiados prevista en la Ley N° 26165 es de carácter sumamente excepcional (conf. arts. 7 y 8 de dicha ley) y la propia CONARE había rechazado la aplicación del procedimiento expulsivo para la situación de L., C. En consecuencia, se solicitó la declaración de nulidad del acto expulsivo por aplicación del principio de no devolución, así como por la interpretación del artículo 29, inciso c) de la ley migratoria y la ponderación del principio de reunificación familiar e interés superior del niño.

En primera instancia, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 9 validó la expulsión ordenada sin siquiera referirse al principio de no devolución alegado, imperativo en el Derecho Internacional de los Refugiados y adoptado en nuestro derecho interno.

Más aún, el juez afirmó que el acto expulsivo resultó razonable por parte de la DNM en pos de las condenas recaídas contra L., C. y que “es facultativo de la Dirección Nacional de Migraciones aplicar la dispensa por razones de reunificación familiar dependiendo de cada caso en particular, o por tratarse de un refugiado político”.⁴

Dicho pronunciamiento fue apelado por la parte actora. La Sala I del fuero, previo a emitir sentencia, consultó a la CONARE, quien reafirmó que L., C. continuaba siendo refugiado y dicho estatuto no había sido revocado y que los delitos cometidos por L., C. no encuadran en supuestos excepcionales habilitantes de la expulsión (conf. art. 8 de la Ley de Refugiados).

Sin embargo, la Cámara de Apelaciones consideró respecto del procedimiento excepcional previsto por el artículo 8 de la Ley de Refugiados que “los trámites previstos en la ley 25.871 y en la ley 26.165 son trámites diferentes, los cuales no son excluyentes uno de otro, ni uno de ellos condiciona la viabilidad del restante”. Asimismo, argumentó que “tampoco puede asignarse al informe que emitió dicho organismo en los términos del artículo 8 de la Ley N° 26165 el carácter vinculante que propone el fiscal coadyuvante”. En virtud de ello, analizó los artículos 29 y 62 de la Ley de Migraciones,⁵ y resolvió rechazar el recurso interpuesto.

Ante dicha sentencia, se interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido.

4 Cabe destacar que esto no es lo planteado por la Ley migratoria, que establece en el artículo 29, última parte, que “La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”.

5 Resulta llamativo en el caso que haya incorporado en su análisis el artículo 62 toda vez que L., C. no había obtenido la residencia y con este decisorio se afectaría, asimismo, el principio de legalidad. Para mayor abundamiento al respecto, sugiero ver CSJN, Fallos 344:1013.

6. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El 10 de septiembre de 2024 el máximo tribunal se expidió en relación con lo que consideró central en el caso: ¿el carácter de refugiado de L., C., cuya vigencia fue ratificada por la CONARE, condiciona la aplicación del régimen establecido por la Ley de Migraciones en cuanto a las causas impeditivas de ingreso y permanencia de extranjeros? ¿O contrariamente son trámites diferentes?

La respuesta, adelantada desde el inicio de este artículo, es que existe una interrelación entre la Ley de Migraciones y la de Refugiados. En efecto, la autoridad migratoria no puede expedirse respecto de la admisión o permanencia de un extranjero que ostente la condición de refugiado “con abstracción de tal condición y de lo decidido sobre el punto por la CONARE, autoridad de aplicación de la ley 26.165” (CSJN, 2024, considerando 4°).

En un primer punto, la CSJN destacó que el Estatuto de Refugiados impone el principio de no devolución (art. 33) e integra el ordenamiento jurídico de la nación con rango *supra* legal (conf. arts. 31 y 75, inciso 22 de la CN). Además, el Estado ha ratificado las obligaciones internacionales reconocidas en el tratado a través de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley de Refugiados e incorporado el principio de no devolución en sus artículos 2, 7 y 8.

Por otro lado, señaló la relación con la Ley de Migraciones en cuanto a que “reconoce las consecuencias que se derivan de la calidad de refugiado declarada por la autoridad competente (CONARE)” y reconoce como residentes temporarios a aquellos refugiados reconocidos (art. 23, inc. k) y los habilita a obtener un Documento Nacional de Identidad. Asimismo, la Ley prevé una contemplación particular para quienes siendo trasladados con fines de reconducción a fronteras y soliciten refugio o asilo: se deberá “dar cuenta de inmediato de tal situación a la autoridad con competencia de refugio y asilo” (art. 42).

Además, la CSJN recuerda el artículo 1 anexo I del Decreto N° 616/10 que establece el carácter supletorio de la Ley de Migraciones respecto de la de Refugiados y señala que “se prevé la sujeción del régimen migratorio al principio de no devolución que rige en materia de refugio” (CSJN, 2024, considerando 7°).

En función de ello, concluyó que

las normas señaladas ponen claramente de manifiesto que el régimen legal migratorio da un especial tratamiento a las personas reconocidas como refugiadas o solicitantes de dicho reconocimiento, condicionando y limitando la actuación de la Dirección Nacional de Migraciones respecto de ellas. Dicho de otro modo [...] la autoridad migratoria, al momento de intervenir, debe articular las previsiones de la ley 25.871 con aquellas contenidas en la ley 26.165.

A su vez, la CSJN afirmó que ambos marcos normativos se encuentran íntimamente relacionados y no pueden correr por carriles independientes y autónomos, sino que, por el contrario, deben articularse y complementarse, a los efectos de lograr el cabal cumplimiento de los objetivos previstos en ambos regímenes (CSJN, 2024, considerando 8°).

Finalmente, sostuvo que la protección que L., C. tiene como refugiado, en los términos del principio de no devolución, incide en el trámite de expulsión del migrante, ya que impide, mientras se mantenga su condición de refugiado, devolverlo a su país de origen. Reafirmó que, solo en circunstancias específicas se prevé la posibilidad de expulsar a un refugiado (conf. art. 8 de la Ley N° 26165), las cuales no se reunían en el caso.

Por lo expuesto, la CSJN revocó la sentencia apelada, ordenando que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto.

7. Palabras y comentarios finales

L., C, luego de 20 años de ser reconocido refugiado y 23 años de haber ingresado a la Argentina huyendo de su país de origen, obtuvo una sentencia favorable por parte de la CSJN que reconoció la protección adicional que posee como refugiado, y la interrelación entre la legislación de refugio y de migraciones.

A mi modo de ver, resulta un precedente de suma importancia toda vez que hay casos análogos pendientes de resolución en el máximo tribunal y tanto la DNM como los tribunales inferiores mantienen órdenes de expulsión de refugiados o solicitantes.

Teniendo en consideración este fallo, la DNM debería proceder a regularizar a los refugiados o solicitantes y otorgar un DNI de forma inmediata, siendo que los refugiados requieren una protección adicional y la Ley de Refugiados es la ley especial que debe primar sobre la general de Migraciones.

En este sentido, considero que la contracara de la no devolución y el impedimento de proceder a la expulsión de casos como el de estudio necesariamente deben conllevar la regularización de la persona solicitante o refugiada. La obtención de un Documento Nacional de Identidad (también previsto en la Ley de Migraciones) resulta esencial para el desarrollo de la vida cotidiana, obtención de trabajo de forma registrada, poder bancarizarse eventualmente, obtener licencias de conducir, acceder en caso de requerir a diversos beneficios sociales, entre muchas otras cuestiones. Mantener a los solicitantes o refugiados de forma irregular, sin resolver o rechazando trámites de residencia, resulta perjudicial tanto para las personas como para las obligaciones que el Estado ha asumido.

Conforme afirmó la CIDH, en el derecho internacional la protección de personas en contexto de migración se divide en el plano del derecho internacional de los derechos humanos, por un lado, y el régimen específico de protección de refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos, por el otro. Esos sistemas son complementarios y deben tener como principio rector al *pro persona* (CIDH, 2015: párr. 82).

Puede observarse en el caso que la CSJN ha efectuado un adecuado análisis, sentando jurisprudencia de suma relevancia en la materia. Ha primado el principio de no devolución y se ha demostrado la interacción normativa, realizando una interpretación favorable a L., C.

Para concluir, celebro el fallo emitido que declara la complementariedad de ambos regímenes, echando por tierra sentencias que omiten remitirse al estatus de refugiado de una persona a quien pretenden expulsar, y considero esencial que la DNM actúe de conformidad con dicho precedente, procediendo a regularizar la situación migratoria de solicitantes o refugiados reconocidos en la Argentina.

Referencias bibliográficas

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (1977). Conclusión N° 7 (XXVIII) Expulsión. Conclusiones sobre la Protección Internacional de los Refugiados.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2017). Ficha Técnica sobre el derecho a la no devolución y no expulsión - Fichas Técnicas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de las personas de interés del ACNUR.
- Bello, J. (2018). El Mercosur y la Protección Internacional de los refugiados. Hacia un espacio regional de protección. En E. Contarini (coord.), *Protección Internacional de Personas Refugiadas* Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cançado Trindade, A. (2018). *El ejercicio de la función judicial internacional. Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Belo Horizonte: Editorial del Rey.
- Carril, C. (coord.) (2019). Informe diagnóstico: el acceso a una residencia regular en la Argentina por el criterio de razones humanitarias. El caso de Haití, aportes de la defensoría el pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Defensoría del Pueblo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Ceriani Cernadas, P. (2024). El hito de la Ley de Migraciones 25.871 y una reforma institucional pendiente y necesaria. En R. Giustiniani, P. Carello y D. L. Franco (comps.), *Migración, un derecho humano. Balances y desafíos sobre la Ley de Migraciones argentina*. Rosario; Ed. UNR- Buenos Aires: EUDEBA.
- CIDH (2015). Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.
- Corte IDH (1982). El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.
- Corte IDH (2018). La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (10.09.2024). “L.C., c/EN- M. Interior OP y V-DNM s/ Recurso Directo”, *Fallos* 347:1201.

Galoppo, L. (CAREF); Bello, J. (ACNUR) (coord.) (2023) Complementariedad entre la ley de migraciones (Ley 25.871) y la ley de protección de personas refugiadas (Ley 26.165). En *A 20 años de la Ley de Migraciones, un nuevo paradigma*. Organización Mundial de las Migraciones (OIM). Red de las Naciones Unidas sobre la Migración en Argentina.

Garretón M., R. (1994). Principio de no devolución. Fuerza normativa, alcances, aplicación en los países no partes en la Convención. En *Memoria Coloquio Internacional: 10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. San José, Costa Rica.

Gestación por sustitución

CSJN. “Recurso Queja N° 1 - S., I.N c/ A., C.L s/impugnación de filiación”, 22 de octubre de 2024*

*Por Andrés Gil Domínguez** y Marisa Herrera****

1. Introducción

En el caso que aquí se comenta, la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó el fallo de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y consecuentemente, rechazó la demanda de impugnación de maternidad promovida por un matrimonio igualitario respecto de una mujer que actuó de forma altruista sin voluntad de ser madre en el marco de un procedimiento de gestación por sustitución (GxS).

Asimismo, dispuso que la mujer gestante fuera inscripta como madre y que el copadre con voluntad procreacional, pero sin aporte de gametos, recurra a la adopción por integración prevista por el artículo 630 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual determina que en dicho supuesto siempre se mantiene el vínculo filiatorio entre el adoptado y el progenitor de origen. Por su parte, la minoría

* Una versión completa de este artículo se publicó en la Revista La Ley, 05/11/2024, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/2793/2024.

** Abogado, doctor en Derecho y 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.

*** Abogada y doctora en Derecho (UBA). Investigadora del CONICET. Profesora de Familia y Sucesiones (UBA, UNDAV y UNLPam).

revocó la sentencia de la Sala E y ordenó la inscripción de la copaternidad solicitada por los actores, desplazando el estado de madre de la mujer gestante.

El proceso de impugnación de maternidad fue iniciado por un matrimonio igualitario contra la mujer gestante con el objeto de que se expidiera una partida de nacimiento en la que figurasen como copadres del niño J.P.S. que había nacido a través de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). La mujer gestante que actuó de manera altruista y no aportó sus gametos en la conformación del embrión (sino que el mismo se conformó con los gametos femeninos de una ovodonante y el gameto masculino de uno de los copadres) se allanó a la demanda. Cabe destacar que en la partida de nacimiento junto a la mujer gestante figuraba el copadre no aportante de los gametos masculinos.

En primera instancia, la decisión jurisdiccional acogió la pretensión de inscripción registral de copaternidad igualitaria. La Sala E revocó la sentencia de grado y desestimó la demanda. Ante dicha situación, los actores y la demanda interpusieron un recurso extraordinario federal que fue denegado por la Sala E, lo que originó la promoción de los respectivos recursos de queja por recurso extraordinario federal denegado que habilitó la intervención de la CSJN.

Como elemento introductorio determinante es necesario destacar que conceptualmente hablando la denominación correcta de esta técnica de reproducción humana asistida es gestación (traducido en una mujer que no desea ser madre, no aporta sus gametos, no tiene voluntad procreacional y solo cumple el rol de gestante) por sustitución (por cuanto la mujer gestante no pretende sustituir o reemplazar a la persona que tiene voluntad procreacional). Por dicho motivo, es conceptualmente incorrecto denominarla “maternidad subrogada” (como es habitual en los medios de comunicación) o “gestación por subrogación” (como lo hace la mayoría de la CSJN).

También hace falta precisar que la adopción de integración prevista por el artículo 630 y siguientes del CCyCN es una fuente de filiación distinta en sus contenidos y efectos que la filiación mediante TRHA.

Por último, es importante remarcar que la regulación de la GxS estaba prevista en el artículo 562 del anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación mediante una vinculación sistémica con el artículo referente a la voluntad procreacional (el actual art. 562) y a la igualdad de las fuentes filiatorias (el actual art. 558), pero que cuando la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación eliminó el artículo referente a la gestación por sustitución descompaginó la lógica del sistema originalmente propuesto sumiéndolo en la opacidad.

El objetivo del presente comentario es analizar la decisión jurisdiccional de la CSJN a la luz del Estado constitucional y convencional de derecho argentino proyectado a una mirada constitucional y convencional del derecho de las familia(s) que se enfoca empáticamente en el peso que detenta la socioafectividad en la GxS como TRHA.

2. Los argumentos de la mayoría y la minoría de la CSJN

La decisión de la mayoría de la CSJN está integrada por el voto individual de Rosatti, Rosenkrantz y Lorenzetti –en ese orden– sin que se pueda advertir grandes diferencias en los argumentos expuestos.

En su voto particular, Rosatti invocó los siguientes argumentos:

- La pretensión esgrimida contradice el orden jurídico vigente. Los artículos 558 y 562 del CCyC imponen un límite máximo de dos vínculos filiatorios e invalidan la posibilidad de excluir de la filiación del gestado por TRHA a quien lo dio a luz. Son normas de orden público que no son disponibles por convenio de partes (art. 12 CCyC) (CSJN, 2024, consid. 8; voto Rosenkrantz, consid. 8 y voto Lorenzetti, consid. 10).
- Cuando la prescripción legal es clara, no exige un esfuerzo de integración con otras disposiciones de igual jerarquía, ni plantea conflicto alguno con principios constitucionales, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma.
- La disposición impugnada no resulta discriminatoria de las personas en razón de su orientación sexual, ni se opone a la diversidad sexual. No conculca el derecho de igualdad de puesto que no evidencia un fin persecutorio contra una determinada categoría de personas. La norma del CCyC cuestionada tendría las mismas consecuencias respecto de aquellas parejas heterosexuales o formadas por mujeres o varones, en las que sus integrantes estuvieran imposibilitados de gestar por algún motivo, como podría ocurrir por alguna causal biológica o psicosomática, por la conformación anatómica de sus integrantes o por su avanzada edad (*Idem*, voto Rosenkrantz, consid. 21 y voto Lorenzetti, consid. 15).
- Es el Congreso de la Nación –y no los jueces– quien debe decidir la oportunidad y el contenido de una regulación sobre la gestación por sustitución, si es que decide hacerlo, pues se trata de una tarea ajena al Poder Judicial (consid. 10).
- Si bien es cierto que, en nuestro país, en temas trascendentes de familia, primero estuvo el fallo y luego la ley (tal como ocurrió con la causa “Sejean” y la posterior Ley N° 23515 y con la causa “F.A.L.” y la posterior Ley N° 27610), este trayecto no puede convertirse en regla bajo pena de trastocar el principio de división de poderes previsto por el constituyente argentino al consagrar la forma republicana de gobierno.
- Si tal voluntad procreacional expresara el deseo de una mujer de prestar el vientre solo para permitir una gestación, agotándose su cometido de “dar a luz”, la registración filiatoria a su nombre guardaría una consistencia biológica pero no afectiva (porque la gestación no vendría acompañada del deseo de asumir responsabilidad alguna con la criatura después de su nacimiento). Esta postura abriría las puertas al llamado “comercio o alquiler de vientres”, supuesto que el legislador no validó en absoluto y que –en un extremo– podría conducir al aprovechamiento de un sector vulnerable de la población (consid. 12).

- Las partes no han demostrado de modo fundado que sus pretensiones filiatorias carezcan de respuesta en otro instituto jurídico, tal como podría ser la adopción de integración, mecanismo previsto por el artículo 630 y siguientes del CCyC (consid. 14).

En su voto particular, Rosenkrantz invocó los siguientes argumentos:

- El legislador es quien detenta la facultad de establecer los criterios y procedimientos para determinar la filiación. A través de las leyes que dicta define quiénes son considerados madre y padre de una persona, estableciendo así el vínculo filial. Las normas sancionadas por el legislador que rigen el estado de familia –como aquellas relativas a la filiación– son de orden público y por ende indisponibles para las partes (consid. 8).

- Resultan claras las palabras elegidas por el legislador: en todos los casos en que se utilicen TRHA, el hecho de “dar a luz” determina el vínculo filiatorio. La “voluntad procreacional” prevista por el artículo 562 del CCyC se debe considerar a la luz del texto de la norma pues resulta claro que, para el legislador, el hecho de dar a luz determina el vínculo filiatorio, más allá de la voluntad de la gestante. La única interpretación que respeta el texto de la norma, tal como fue sancionada por el legislador, es que la “voluntad procreacional” y el “consentimiento” se refieren, a los efectos filiatorios, a la utilización de la TRHA, y no es posible darles un sentido incompatible con la determinación legal del vínculo filial basada en el hecho de “dar a luz”. Entender, de modo distinto, que el título “voluntad procreacional” fue elegido por el legislador para excluir de la aplicación de la norma a supuestos en los que la gestante haya declarado su decisión de no querer ser madre, desconocería las pautas interpretativas mencionadas, puesto que importaría presumir la inconsecuencia del legislador (consid. 13).

- La misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador en el limitado marco cognoscitivo de un conflicto individual, ni juzgar sobre el acierto o conveniencia de la disposición adoptada por aquel en ejercicio de sus propias facultades. Especialmente, cuando el Congreso, para suprimir la norma del anteproyecto que regulaba la filiación en los casos de gestación por sustitución, ponderó los dilemas éticos y jurídicos que la práctica plantea (consid. 15 y voto Lorenzetti, consid. 11).

- La decisión personal de utilizar una TRHA que la ciencia pone a disposición no puede suponer que, al no estar expresamente prohibida, se reconozca con intervención del Poder Judicial un vínculo filiatorio de una forma contraria a la que expresamente estableció el legislador al ponderar los distintos intereses que dicha técnica pone en tensión. Admitir una interpretación diferente, fundada en la autonomía personal, tendría por consecuencia destruir el orden público que rige esta materia, al hacer disponible para las partes una atribución que le corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación (consid. 18).

- La disposición del artículo 562 del CCyC no impide el derecho a fundar una familia en las condiciones requeridas por la ley, ni impone un concepto único de familia, sino que se limita a regular la determinación del vínculo filiatorio en los casos en que se utilice una TRHA en virtud de los distintos intereses involucrados (consid. 20 y voto Lorenzetti, consid. 14).

En su voto particular, Lorenzetti invocó los siguientes argumentos:

- No es posible afirmar que hay un vacío legal porque existe una norma jurídica que describe el supuesto de hecho. Una prueba clara es que el proyecto de CCyC elaborado por la Comisión redactora incluía una propuesta específica de regulación de la maternidad subrogada; que el Congreso de la Nación, decidió no regularla, y fijó un criterio claro en la materia, que es el artículo 562 del CCyC. Por lo tanto, se configura el elemento fáctico y normativo que obliga a resolver el caso por aplicación del artículo 562 del CCyC, que establece que los nacidos por estas técnicas son hijo de la mujer gestante (consids. 9 y 10).
- El análisis de coherencia dentro del sistema del CCyC deriva en que, al regularse la acción de impugnación de la maternidad, el legislador estableció que en los supuestos de filiación por TRHA la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre (art. 588 *in fine*). Así como el artículo 565 del código prevé para la filiación por naturaleza un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad, el artículo 562 conlleva a concluir que idéntica solución se impone para el caso de filiación por técnicas de reproducción humana asistida (consid. 12).
- Los actores y otras personas pretenden recurrir a la GxS por razones muy legítimas, que el tribunal ni nadie puede juzgar, porque forman parte del ámbito de las decisiones vinculadas a la autonomía personal, pero esa decisión trasciende dicha autonomía. La solución no puede basarse en el sólo deseo personal, porque se trata de acciones con repercusiones relevantes hacia terceros (art. 19 de la Constitución argentina) (consid. 17).
- No compete al Poder Judicial que sustituya la labor del Congreso de la Nación poniendo en vigencia proposiciones que no fueron promulgadas. Semejante pretensión implicaría desconocer la arquitectura del sistema jurídico. No sería lícito que los magistrados con prescindencia de su carácter de órgano de aplicación del derecho vigente, se atribuyeran la facultad de sustituir al legislador en las decisiones de política jurídica (consid. 20).

En su voto en minoría, Maqueda desarrolló la siguiente línea argumental:

- En el ordenamiento jurídico argentino la GxS es una práctica que la ley no prohíbe pero que, hasta el momento, carece de una reglamentación específica tanto en lo que respecta a su técnica como en lo relativo a la filiación que se deriva de su producción (consid. 10).
- La GxS es el procedimiento que en la actualidad dispone la ciencia médica para que las personas y parejas de mismo sexo masculino o las parejas heterosexuales sin capacidad de gestar, puedan tener hijos con su propio material genético. La elección de una práctica con tal finalidad atañe a la esfera de la autonomía personal, que debe ser celosamente custodiada de cualquier injerencia arbitraria del Estado, de modo que las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida, en el marco de la seguridad y certeza que les brinda el orden jurídico (consid. 11).

- No existe en el ordenamiento legal argentino una norma que de modo expreso, claro y preciso establezca el modo en que debe determinarse la filiación de los niños nacidos a partir de la técnica de GxS, ni que impida hacerlo en favor de quienes expresaron debidamente su voluntad procreacional. Estas particulares circunstancias demandan una solución de los tribunales para la determinación de la filiación, por lo que corresponde recurrir a los principios generales del derecho y a la analogía con el fin de establecer un criterio, hasta tanto el Congreso Nacional en uso de sus facultades legisle en la materia (consid. 12).

- La inscripción registral como hijo de los actores es la solución que otorga mayor certidumbre respecto de cómo mejor se satisface el interés superior del niño. Fueron los actores quienes expresaron la voluntad procreacional –factor determinante del régimen de filiación derivado de las técnicas de reproducción humana asistida– y asumieron desde el nacimiento de J.P.S. los deberes de cuidado y crianza propios de la responsabilidad parental (consid. 14).

- Corresponde registrar los vínculos filiales que se corresponden con la realidad socioafectiva estable en la que se encuentra inmerso el niño J.P.S. desde hace casi una década. Por el contrario, si ante el señalado vacío legal, en este caso se aplicara por analogía la regla filiatoria establecida por el artículo 562 del CCyC se generaría un desequilibrio en la realidad socioafectiva del niño, se forzaría a la mujer gestante a ser madre contra su propia voluntad y se desconocería la condición de progenitor de L.G.P., quien no solo manifestó el propósito de asumir ese rol desde la concepción del niño, sino que además lo ejerce en la actualidad (consid. 16).

- El criterio adoptado por la Sala E implicaría forzar a la mujer gestante a tener que asumir la maternidad y la consiguiente responsabilidad parental que de ello se deriva pese a que participó del proceso de gestación –permitido por ley– bajo la condición de no ser madre. Consecuentemente, se desconocería una decisión central para la autonomía personal: la decisión de no ser madre haciendo prevalecer el hecho de la gestación por encima de la voluntad negativa de la mujer gestante que tiene tres hijas con el señor D.M. (consid. 17).

3. El Estado constitucional y convencional de derecho argentino, las leyes y la gestación por sustitución

Desde 1853-1860 hasta 1994 el paradigma constitucional argentino fue el Estado constitucional de derecho. Desde la reforma constitucional de 1994, el modelo vigente es el Estado constitucional y convencional de derecho, instituido como un sistema evolutivo complementario del Estado constitucional de derecho.

En el paradigma vigente por decisión del poder constituyente derivado en representación del pueblo argentino sostenido por la rigidez constitucional, la regla de reconocimiento constitucional y convencional está conformada por la Constitución argentina y por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional original y derivada –en los términos previstos

por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución argentina— que en la actualidad son quince. La fuerza normativa de la constitucionalidad y convencionalidad es la que determina la validez formal y sustancial de los ordenamientos secundarios ordenado y significando permanentemente sus contenidos de manera general por parte del legislador, de manera general y particular por parte del ejecutivo y de manera particular por parte de los jueces y las juezas (Bidart Campos, 1995).

En el Estado constitucional y convencional de derecho argentino los códigos han dejado de ser leyes uniformes, precisas, abstractas y generales con pretensiones de dar todas las respuestas normativas racionales posibles a las situaciones que intentan regular, y como garantías primarias (Ferrajoli, 2011: 822 y ss.) de los derechos, son un eslabón importante en la construcción ética de la argumentación y la deliberación particularista.

Tal como afirma Prieto Sanchís:

¿Qué queda, pues, de la codificación? La verdad es que muy poco. Entendido como concepto histórico, es decir, en su más pleno significado, cabe decir que el mundo y la cultura que fueron su fundamento resultan hoy irreconocibles. Por supuesto, ha desaparecido aquella confianza en que las luces de la razón nos iluminarían las verdades eternas de la ética y del Derecho e incluso, más aún, ha desaparecido la confianza en que la legislación positiva puede representar un mero proceso de deducción a partir de aquellas premisas racionales...si en el siglo XVIII se postulaba un racionalismo cartesiano y una confianza epistemológica en alcanzar verdades objetivas y eternas, así como interpretaciones verdaderas, hoy, seguramente de modo más modesto, parece que solo se pueden seguir los itinerarios que nos indica la teoría de la argumentación jurídica (Prieto Sanchís, 2013: 186 y 187).

Los derechos fundamentales y los derechos humanos en sus distintas variables (expresos o implícitos, subjetivos o colectivos, no patrimoniales y patrimoniales) son creados exclusivamente por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Las leyes no crean derechos, tan solo cumplen la función de garantizar, de manera primaria y general, los derechos creados. El techo del sistema de fuentes argentino no es la ley —por más que se trate del CCyC— sino la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Por dicho motivo, uno de los principios fundantes del Estado constitucional y convencional de derecho —parafraseando a Bidart Campos— sostiene que “los derechos fundamentales y los derechos humanos deben hacerse efectivos con ley, sin ley y contra ley”. De lo contrario, estaríamos habitando un paradigma distinto —el Estado legislativo de derecho— que tiene como regla de reconocimiento a la ley, en tanto que, la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos cumplirían una opaca función política —asimilable a la “mera hoja de papel” de Ferdinand Lassalle— sin ninguna fuerza normativa.

En el paradigma argentino, los derechos creados exclusivamente por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional tienen fuerza normativa

constitucional y convencional son dúctiles, operativos, de aplicación directa y configuran el deber ser del ordenamiento jurídico (mientras como observamos la ley constituye el ser). Por dicho motivo, el único orden público que existe proviene de la regla reconocimiento constitucional y convencional, sin que ninguna ley, en su ámbito de garantía primaria, pueda conformar ninguna clase de “orden público legal” que blinde sus contenidos a expensas de la vulneración del sistema de derechos.

Otro de los principios constitutivos del paradigma argentino es el principio de legalidad previsto por el artículo 19 de la Constitución argentina, el cual dispone que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Tal como sostiene Bidart Campos, la referencia a “la ley” está muy lejos de significar que el constituyente convirtió a la ley en el último árbitro de lo que se puede mandar o prohibir porque la Constitución es el primer árbitro en el reparto de lo que se puede o debe hacer y de lo que no se puede hacer (quedando a favor de las personas una esfera de libertad jurídica en la que está permitido todo lo que no está prohibido) (Bidart Campos, 2000: 803 y ss.).

En nuestro modelo, los jueces y las juezas tienen la facultad y la obligación de ejercer –aún de oficio– el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad interno judicial (especialmente cuando los otros poderes omitieron ejercer el control de convencionalidad interno dentro del ámbito de sus competencias) teniendo como parámetro la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. Controles sincrónicos que garantizan el particularismo contextual más allá de las previsiones o de las omisiones de la ley.

Los reiterados argumentos huecos e inconsistentes que, sumidos en el sinsentido constitucional y convencional, sostienen desde hace años que la voluntad del legislador cuando es clara es judicialmente incuestionable, que el juez no puede sustituir con su criterio u opinión la voluntad de los poderes representativos, que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico o que la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el acierto o conveniencia de la disposición adoptada por aquel en ejercicio de sus propias facultades, configuran una práctica jurisprudencial que abdica del control de constitucionalidad y de convencionalidad judicial interno y erosiona al Estado constitucional y convencional de derecho, transformándolo de facto y en contra de la voluntad del Poder Constituyente, en un Estado legislativo de derecho donde los jueces y juezas solo pueden ejercer un control de legalidad como si fueran simples aplicadores subsuntivos de los contenidos de las leyes (en los términos de Cossio, “simples aplicadores de etiquetas que se limitan a aplicar términos legales o categorías predefinidas a los casos sin realizar un análisis profundo de la realidad humana y social que subyace a cada situación”).

¿Por qué fracasan –como lo hacen los países– los Estados constitucionales y convencionales de derecho? Esto ocurre cuando se deja librado al deseo de las mayorías coyunturales la vigencia de los derechos previstos por las Constituciones y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos abdicando del control de constitucionalidad y de convencionalidad judicial. Práctica corrosiva del

sistema institucional que lejos de “encadenar a Ulises”, pone en serio peligro la existencia de una democracia sustancial, robusta y pluralista.

El CCyC, en los artículos 1, 2 y 3 reafirmó el paradigma argentino disponiendo que en “los casos” en que se aplique deben ser resueltos conforme a la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, que la ley debe ser interpretadas conforme surge de las disposiciones emergentes de los tratados sobre derechos humanos y que los jueces deben resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (y así lo será cuando esté fundada como *prima ratio* en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos) (Gil Domínguez, 2016^a: 47 y ss.).

La mayoría de la CSJN desconoció el modelo constitucional argentino al no considerar la existencia de un caso con particularidades contextuales, someterse por completo a la voluntad del legislador, soslayar la regla de reconocimiento constitucional y convencional, abdicar de ejercer el control de constitucionalidad y convencionalidad y dictar una decisión jurisdiccional arbitraria. Ni siquiera en el campo del imperio de la ley y la sumisión debida al legislador pudo avizorar el mandato expreso previsto en el CCyC respecto del sistema de fuentes, la aplicación e interpretación y el deber de resolver: una suerte de positivismo de saldos y retazos.

La GxS no está regulada ni tampoco está prohibida en el ordenamiento jurídico secundario argentino, y a la vez, implica el pleno ejercicio del derecho a conformar una familia (tal como lo estableció la Corte IDH en “Fornerón”) mediante el acceso integral a las TRHA (tal como lo estableció la Corte IDH en “Artavia Murillo”), el derecho a procrear (en los términos estipulados por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N° 19), el derecho a no ser discriminado con motivo u ocasión de la orientación sexual (tal como lo estableció la Corte IDH en “Atala Riffo”), el derecho a no ser discriminado con motivo u ocasión de la condición física (como sucede con las mujeres que no pueden gestar), el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y el derecho a desarrollar un plan de vida o biografía. La voluntad procreacional no es un simple título del CCyC, sino que, por el contrario, está receptada en la regla de reconocimiento constitucional y convencional como parte del contenido de estos derechos, o bien, como un derecho implícito emergente del artículo 33 de la Constitución argentina (Gil Domínguez, 2016b: 30).

De todos los derechos vinculados a la GxS, uno de los más afectado por la decisión de la mayoría de la CSJN es el derecho a la no discriminación. El punto de partida es opaco y confuso puesto que mezclan el principio de igualdad (sometido al parámetro de comparación) y el derecho a la no discriminación (signado por la interdicción de las categorías prohibidas) para concluir que lo resuelto no discrimina a nadie.

¿Es realmente así? El fallo impide a una familia integrada por hombres acceder a la filiación mediante el uso de las TRHA debido a su orientación sexual o bien imposibilita a las mujeres que debido a su condición física no pueden gestar accedan a la filiación mediante el uso de las TRHA. Ambas situaciones se basan en categorías prohibidas que convierten a la norma habilitante en presuntamente inválida.

¿Quiénes podrían acceder a la TRHA según la interpretación realizada por la mayoría de la CSJN? Una mujer sin pareja con capacidad de gestar sin aportar sus gametos, una mujer casada o en pareja con un hombre con capacidad de gestar sin aportar sus gametos y una mujer casada o en pareja con otra mujer con capacidad de gestar sin aportar sus gametos. ¿Cuál es la diferencia entre la prohibición y la habilitación? La capacidad de gestar que respecto de los hombres de la diversidad es absoluta. Dicha característica descriptiva jamás puede justificar una distinción normativa absoluta. Por dicho motivo, consciente o inconscientemente, los efectos del fallo derivan en consecuencias homofóbicas que se ratifican cuando la mayoría alega como reparación el camino de la adopción de integración (adoptando la misma estrategia del “gueto normativo debido a la orientación sexual” que se intentó sin éxito con la unión civil para impedir que no se sancionara la ley de matrimonio igualitario).

La mayoría del tribunal, embelesada con el sometimiento a la voluntad del legislador mediante una deferencia epistémica absoluta, cerró los ojos al plan de vida de los actores. No llamo a audiencia pública para debatir participativamente una cuestión que involucra la conformación de la familia, el amor filial, el linaje y la descendencia (aunque lo hizo oportunamente para discutir la constitucionalidad de una norma que prohibía a los supermercados abrir sus puertas los días domingo en un municipio de la provincia de Córdoba).

No convocó a una audiencia para escuchar a la mujer gestante, a los copadres pero, sobre todo, al niño. Después de ocho años de tramitación, sin escuchar a nadie destruyó un plan de vida familiar, le impuso a una mujer la condición de madre y arrasó con la constitución subjetiva de un niño. Si uno tuviera que imaginar un ejemplo del campesino y el guardián de *Ante la ley* de Kafka, sin lugar a duda, la escena perfecta quedaría conformada con la mujer gestante, los copadres y el niño ante la decisión adoptada por la mayoría de la CSJN.

4. El derecho filial en movimiento

4.1. El peso de la socioafectividad

Sin lugar a duda, uno de los ámbitos del derecho de las familias que más cambios ha sufrido en los últimos tiempos ha sido el derecho filial, colocándose en crisis varios de sus cimientos clásicos por fuerza de la realidad; es decir, del dinamismo propio de las vidas modernas atravesadas por el avance de la ciencia y la tecnología.

Uno de los elementos más centrales que han logrado dar una fisionomía tan distinta a la filiación es la noción de socioafectividad que, si bien cumple un rol central en varias instituciones familiares, lo cierto es que cada vez va teniendo mayor peso en el derecho argentino. Esta línea fue seguida de manera clara y contundente por el voto en disidencia de Maqueda que, a su vez, siguió lo expresado por el Procurador Fiscal Abramovich en su dictamen.

Los debates actuales sobre la GxS exponen que tiene un claro anclaje en el campo de la socioafectividad, elemento que tiene un peso fuerte en el derecho familiar en general, y en el derecho filial en particular a tal punto de considerar que puede generar o establecer consecuencias “permanentes”.

Siguiéndose con esta alianza inescindible entre socioafectividad y filiación, es sabido que el CCyC recepta tres tipos filiales y que cada uno de ellos tiene sus propias reglas y principios: la filiación biológica o por naturaleza, la filiación adoptiva, y la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

Lo acontecido en los últimos años en el campo jurisprudencial permite observar la presencia de otras dos categorías que no se podrían incluir de manera precisa en ninguno de los tipos filiales legales, como son las denominadas prácticas caseras y dentro de este amplio espectro, las conocidas técnicas de inseminación casera, y la filiación derivada de la socioafectividad.

Se trata de entender que el vínculo afectivo es de tal envergadura que se reconoce que pueda ser causa fuente autónoma de filiación tal como se ha decidido en algunos precedentes. Como se expone en un caso resuelto en la provincia de Córdoba,

La filiación socioafectiva no se basa en un hecho biológico ni en la voluntad procreacional tampoco surge de un proceso adoptivo. Por el contrario, el elemento central de este tipo filiatorio se encuentra en la realización de múltiples y diversos actos sostenidos a lo largo del tiempo que nos permiten apreciar que existe una verdadera voluntad de ejercer el rol paterno y consecuentemente el de hijo/a [...] En otras palabras, la filiación socio-afectiva afirma y reafirma un vínculo que trasciende lo normativo, importa reconocer que tanto la paternidad como el ser hijo es una función que se ejerce día a día, un vínculo que se va forjando con el devenir de la vida, que exige afecto, entrega, dedicación, presencia, respeto, y acompañamiento; actos que la ubican en la esencia de una verdadera filiación.¹

Cabe agregar, que es de tal envergadura el peso de la socioafectividad que no solo se lo reconoce como causa fuente autónoma de filiación, sino que además tuvo la fortaleza de poner en crisis la máxima binaria de que nadie puede tener más de dos vínculos filiales. ¿Cómo es posible que la socioafectividad pueda tener esa fortaleza para crear a través de la jurisprudencia una nueva causa fuente filial y también forzar la declaración de inconstitucionalidad del binarismo filial y, en el caso en estudio y ante un niño de 9 años que siempre ha tenido como clara referencia afectiva a una pareja de varones, la presencia fáctica de una fuerte socioafectividad sea desconocida por la mayoría en el fallo en estudio?

Más aún, si se compulsan todos los casos que han llegado a la máxima instancia federal en los que se pone en tela de juicio la prohibición de la guarda de hecho que recepta el artículo 611 del CCyC, en todos ellos la CSJN se ha inclinado por el peso de la socioafectividad vinculado o íntimamente asociado al principio rector del interés superior del niño y, por ende, se ha mantenido el cuidado del

¹ Juzgado de Familia de 3ª Nominación de Córdoba, 11/04/2022, “E. M. M. c. A. R. D. V. y otro s/acciones de filiación”, La Ley Online, cita online: AR/JUR/68258/2022.

niño o niña en cabeza de los guardadores futuros adoptantes, a pesar de la clara y precisa prohibición de todo contacto o entrega directa (CSJN, 2023a y 2023b).

¿Acaso, la socioafectividad tiene la fortaleza de sortear una clara prohibición legal y no para llenar un vacío legislativo como el que observa la figura de la GxS? ¿A qué se debe este tratamiento de la mayoría tan disímil? Por el contrario, la postura minoritaria de Maqueda de manera coherente le otorga un fuerte peso a la socioafectividad, ya sea en el campo de la adopción como de la GxS.

El reconocimiento de la socioafectividad compromete, de manera directa, el principio rector del interés superior del niño en alianza con el derecho a la identidad en su faz dinámica. De este modo, el elemento fáctico que suele ser el más relevante al tratarse de relaciones de familia, no solo ostenta un peso central a los fines de definir en cada caso el mejor interés del niño comprometido, sino que además involucra el respeto por el derecho humano base cuan columna vertebral como la identidad en su faz dinámica.

Esta interacción está presente en el caso en análisis, y esto se resalta de manera clara no solo en el voto en disidencia, sino también en el dictamen del Procurador Fiscal y de la Defensora General de la Nación.

La interacción entre interés superior del niño, identidad y socioafectividad conduce a un solo camino: reconocer la copaternidad afectiva en el plano jurídico y, a la par, impugnar la filiación materna.

No siendo este un caso de triple filiación como lo deja entrever el voto de Rosatti, incurriendo en un grave error jurídico, al desconocer los 50 casos² que existen en la jurisprudencia nacional en el que se ha puesto en crisis la máxima binaria de que nadie puede tener más de dos vínculos jurídicos (art. 558, última parte).

Sin lugar a duda, se desconoce todo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en torno a la triple filiación y, por lo tanto, se apela a una temática que nada tiene que ver con el conflicto aquí en debate. Es cierto que se trata de temáticas complejas, pero a la máxima instancia judicial por su importante función, el privilegio que los rodea en atención a la cantidad de recursos humanos con los que cuenta y el acceso a la bibliografía nacional como comparada y el extenso tiempo insumido en su estudio, se le debe exigir mayor rigurosidad.

En definitiva, si el eje rector en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes es el interés superior del niño: ¿cumple con este principio entender que la gestante—con quien no se tiene ningún vínculo socioafectivo—deba ser considerada la madre de un niño de 9 años y que desde el primer día de vida ha sido criado por una pareja de varones? El interrogante se contesta solo a la luz de este principio rector. Entonces, causa asombro ver que la mayoría de la CSJN resolvió el caso de manera “contra-intuitiva” y “contra-realista”.

2 Siendo una de las autoras investigadoras del CONICET, en este marco se viene llevando adelante un estudio de campo sobre el desarrollo jurisprudencial en la materia, observando que el último precedente —el número 50— en el que se reconoce la triple filiación corresponde a un caso resuelto por Juzgado de Familia nro. 1, Pergamino, 16/10/2024, «M. L. J. C/ S. J. I. y otro/a s/ acciones de impugnación de filiación». Recuperado de <https://colectivoderechofamilia.com/pergamino-16-10-2024-triple-filiacion/>.

4.2. Repasando lo básico: la determinación de la filiación derivada de TRHA

Como es hartamente sabido a diez años de la sanción del CCyC y, en un año más, de su puesta en vigencia, la determinación de la filiación derivada de TRHA se funda en dos elementos que se entrelazan: la voluntad procreacional y su exteriorización a través del consentimiento previo, libre e informado (conf. arts. 560 y 561). Por el contrario, la determinación de la filiación en el caso de la filiación biológica o por naturaleza observa diferentes aristas o modalidades según se trate de determinar la maternidad, la paternidad matrimonial o la extramatrimonial. Nada de esto sucede en el caso de las TRHA que tiene una única manera de determinar la filiación a través de los elementos mencionados.

En este marco, fácil se advierte el error en el que se incurre cuando el voto de Lorenzetti expone lo siguiente:

el análisis de coherencia dentro del sistema del Código vigente, lleva a la misma conclusión, puesto que al regularse la acción de impugnación de la maternidad, el legislador establece que en los supuestos de filiación por TRHA la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre (art. 588 in fine). Así como el artículo 565 del código prevé para la filiación por naturaleza un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad, el artículo 562 –en los términos que se encuentra redactado– conlleva a concluir que idéntica solución se impone para el caso de filiación por técnicas de reproducción humana asistida. En tales condiciones, no resulta admisible la exégesis que propugnan los recurrentes a fin de impugnar la filiación de quien dio a luz, por cuanto el legislador ha previsto una regla filiatoria –de fuerza imperativa, no disponible por la voluntad de los particulares– para todos los supuestos de TRHA. Tal regla es que el vínculo filiatorio se genera con la mujer que dio a luz y el hombre o la mujer que prestó el consentimiento previo, informado y libre, pudiendo únicamente existir dos vínculos filiatorios (consid. 12).

Dicho argumento genera varias observaciones críticas. En primer lugar, el análisis de coherencia implica reconocer que cada fuente filial observa sus propias reglas porque, precisamente, se trata de tres tipos filiales diferentes. Justamente, en respeto al derecho a la identidad que es uno de los derechos humanos básicos y centrales que está comprometido en el derecho filial, es clave regular de manera diferente lo que de base es distinto, bajo pena de extender previsiones legales a otras situaciones con el consecuente perjuicio al desconocer la particularidad que presenta cada tipo filial.

Por lo tanto, el análisis de coherencia exige dimensionar tales diferencias. Es cierto que en el caso a resolver se apela a la acción de impugnación de la maternidad –que corresponde al campo de la filiación biológica– ante el vacío legislativo existente; ahora bien, ello no significa que la respuesta jurídica deba ser desde la óptica de la filiación biológica, sino siempre desde el prisma de la filiación de las TRHA siendo la GxS una figura que se enmarca en ese género tal como lo admite el propio Lorenzetti (consid. 7, último párrafo).

En este marco, citar el artículo 565 referido a la determinación de la maternidad en la filiación biológica es un grave error conceptual, porque se sigue pretendiendo dilucidar un vacío legal a través de una regulación alejada del campo comprometido en el caso, que es el de la filiación por TRHA. Por lo tanto, el estudio debe concentrarse en lo que dispone el artículo 562 que también observa problemas, ya que esta norma está concentrada en los casos de TRHA ordinarias, es decir, cuando quien gesta es también quien tiene voluntad procreacional y presta el consentimiento informado y, precisamente por ello, es que se le debe reconocer la maternidad derivada de TRHA. Concentrados en lo que dice el artículo 562, aquí se dispone que los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que *también* ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos. El destacado del término *también* no es menor, todo lo contrario y ello lo resalta el voto en disidencia; máxime si como es sabido el artículo 2 del CCyC establece como primera regla de interpretación a las palabras.

¿Qué significa este “también”? Que quien da a luz también debe haber prestado la correspondiente voluntad procreacional y expresarlo en un consentimiento informado previo, libre e informado a los fines de que se determine la filiación en su favor. En otras palabras, cuando se está ante un supuesto de TRHA no basta solo con dar a luz, sino que además se debe dar cumplimiento a los elementos básicos que recepta la legislación civil en este campo filial para que quede determinada la filiación.

En el caso resuelto por la CSJN la gestante no firmó un consentimiento informado en los términos que se exige para la filiación, sino que el consentimiento firmado lo fue en los términos que establece la ley de derechos de los pacientes (Ley N° 25529) al someterse a una práctica médica como comprende toda técnicas de reproducción, en este caso, una GxS. Por lo tanto, citar, referenciar o mencionar el artículo 565 denota un grave error conceptual.

En el mismo error incurre el magistrado Rosenkrantz cuando sostiene que “bajo estas pautas, se advierte que resultan claras las palabras elegidas por el legislador en cuanto a que en todos los casos en que se utilicen TRHA, el hecho de ‘dar a luz’ determina el vínculo filiatorio” (consid. 13).

Justamente, el hecho del parto y la identidad del nacido es el modo de determinación de la filiación en los casos derivados del acto sexual; en cambio en las TRHA la determinación, como surge de manera clara del artículo 562, es a través del binomio voluntad procreacional-consentimiento informado que, en el caso de las TRHA ordinarias emanan de la persona que gesta, diferencia sustancial con los casos de GxS.

En suma, las normas son claras. El artículo 565 integra el Capítulo 5 sobre “Determinación de la maternidad” y el artículo 562 el Capítulo 2 sobre “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción”, por lo tanto, pretender llevar adelante un “análisis de coherencia” sobre dos subsistemas diferentes con sus propias reglas encierra un esfuerzo falaz. Máxime cuando se parte de otra idea errada al no diferenciar las TRHA ordinarias de las extraordinarias. Las primeras están reguladas

y las segundas no, quedaron afuera del intento de ser receptadas en el CCyC y así evitar este tipo de conflictos sociojurídicos.

En este marco, Lorenzetti afirma que “entender, de modo distinto, que el título ‘voluntad procreacional’ fue elegido por el legislador para excluir de la aplicación de la norma a supuestos en donde la gestante haya declarado su decisión de no querer ser madre, importaría presumir la inconsecuencia del legislador” (consid. 11).

Precisamente, el CCyC no incurre en ninguna “inconsecuencia” o inconsistencia siendo uno de los problemas centrales para dilucidar de manera correcta el conflicto que se aborda en el fallo en comentario el vacío legislativo existente sobre la GxS.

Como cierre de este apartado, es dable destacar que la distinción en lo relativo a la determinación de la maternidad en los casos de filiación biológica y la derivada de las TRHA es advertida en el dictamen de la Defensoría General de la Nación que, desde otra óptica, advierte que “aplicar sin más las reglas de la filiación biológica y el adagio ‘madre es la que pare’, plasmado en las normas civiles vigentes, genera un estado incompatible con los derechos de mayor jerarquía de la mujer gestante, del niño y de los comitentes. En “Artavia Murillo” la Corte IDH reconoció el derecho de acceder al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y señaló la necesidad de interpretar los tratados de derechos humanos de forma acorde a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (Corte IDH, 2012: párrs. 150 y 245). En este contexto, atribuir la filiación biológica a la demandada contradice las exigencias de la autonomía reproductiva.

Por último, es pertinente dejar aclarada otra afirmación errónea que se observa en el voto de Rosenkrantz y es hábil para comprender –de manera general– el régimen jurídico de la filiación vigente. Veamos, se asevera:

Las normas sancionadas por el legislador que rigen el estado de familia –como aquellas relativas a la filiación son de orden público y por ende indisponibles para las partes (*Fallos* 314:180 y 321:92). En este sentido, tanto el artículo 21 del derogado Código Civil, vigente al momento del nacimiento de J.P.S., como el artículo 12 del CCyC, aprobado por la ley 26.994, prevén que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público (consid. 8).

Sostener que el derecho filial está atravesado por el orden público encierra una mirada tradicional o antigua de este ámbito del derecho familiar. Por el contrario, el derecho filial contemporáneo se caracteriza por una fuerte impronta de la autonomía de la voluntad, no solo en lo atinente a la filiación derivada de TRHA cuya determinación está concentrada, precisamente, en la voluntad procreacional, sino también a la luz de los cimientos que presenta la filiación adoptiva en el que no solo la voluntad está presente en el ineludible deseo de adoptar, sino que se lo observa al exigirse el consentimiento del pretenso adoptado a su adopción a partir de los 10 años (cónf. art. 595, inciso h del CCyC).

¿Qué sucede si un adolescente se niega a ser adoptado? La adopción no es posible; por lo tanto, la voluntad constituye un elemento fundamental. Más aun, la regulación actual de la filiación biológica o por naturaleza no se queda atrás en torno al peso de la autonomía, por ejemplo, al disponer que en las acciones de impugnación de la filiación es posible su rechazo a pesar de que la prueba genética resulte negativa y, por ende, no haya vínculo biológico entre el/la niño/a y su progenitor ante la existencia de un fuerte vínculo afectivo (de nuevo la presencia de la mencionada socioafectividad) entre estos por aplicación y consecuente respeto por el principio del interés superior del niño (conf. art. 589). En otras palabras, ni en la filiación biológica la biología manda o es determinante, habilitando el CCyC a mantener el vínculo filial al priorizar el lazo socioafectivo –voluntario– por sobre cualquier otro elemento.

4.3. Una realidad ensordecedora: el vacío legal

Como es sabido, el Anteproyecto de reforma regulaba en el entonces artículo 562 un proceso judicial previo tendiente a analizar en cada caso, la viabilidad o no de autorizar la realización de la GxS y, para tal fin, se establecía una cantidad de requisitos que debían cumplirse o ser tenidos en cuenta.

En el caso de TRHA extraordinaria, la determinación de la filiación tenía ribetes muy diferentes a los previstos para los casos de TRHA ordinaria, en el que gestación y deseo de maternidad/paternidad –en el supuesto, de varones trans– coinciden y, por ende, la regulación se simplifica porque, precisamente, las connotaciones jurídicas y no jurídicas o psicosociales son más complejas.

Esta distinción –la necesidad o no de apelar a la gestación por parte de una tercera persona para un proyecto parental– es de tal envergadura que ameritaba una regulación autónoma y precisa. Esto había sido encarado con valentía en el entonces Anteproyecto de reforma que en su momento fue tan criticado, tanto por sectores conservadores como por ciertas voces feministas al considerar que esta figura encierra un modo moderno de explotación del cuerpo de las mujeres.

¿Esto es siempre así? Los números, es decir, la realidad muestra una mayor complejidad, saliéndose de aquellas miradas simplistas en términos absolutos entre altruismo contra comercio. Más allá de esto, a la distancia y en atención al sinuoso camino que ha recorrido la figura de la GxS hasta hoy que culmina con el precedente en análisis, se podría aseverar –sin hesitación alguna– la sabiduría de la decisión que adoptaba el Anteproyecto en un doble sentido: regular la GxS y el modo en que se lo hacía, a tal punto de que una gran cantidad de casos han tramitado bajo la lógica que se proponía en la redacción del entonces artículo 562. Es decir, ser “ley no escrita” o tener cierta autoridad a pesar de su quita.

Ante este panorama, fácil se puede advertir que la quita o eliminación –en palabras del voto de Rosatti– significó la falta de regulación de la GxS en la legislación civil y comercial o, con otros términos, la existencia de un vacío legal al quedar solo la regulación sobre la determinación de la filiación en las TRHA ordinarias (A) y el derecho a la información de los hijos nacidos por TRHA (C) y no lo relativo a la determinación de la filiación en los casos de GxS (B).

Al respecto, Rosatti afirma que

resulta indiscutible que –desde la perspectiva filiatoria y por tratarse de un nacimiento derivado del uso de una técnica de reproducción humana asistida– el artículo 562 del CCyC es aplicable al caso, por lo que no puede invocarse a este respecto que exista un vacío normativo habilitante del principio de discreción emergente del artículo 19 de la Constitución Nacional. Se podrá estar de acuerdo o en desacuerdo con la cláusula en cuestión, pero lo cierto es que un juez no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma basado en su mero desacuerdo con ella.

Este argumento incurre en un grave error: el artículo 562 regula la voluntad procreacional en los casos de TRHA ordinaria, no en los supuestos de GxS. Más polémico aún en atención al importante rol que ha tenido en la reforma de la legislación civil y comercial es el argumento que sostiene en su voto Lorenzetti:

no cabe afirmar que hay un vacío legal porque hay una norma jurídica que describe el supuesto de hecho. Una prueba clara es que el proyecto de CCyC elaborado por la Comisión redactora incluía una propuesta específica de regulación de la maternidad subrogada; que el Honorable Congreso de la Nación, decidió no regularla, y fijó un criterio claro en la materia, que es el artículo 562 del CCyC vigente (consid. 9).

¿Cómo es posible que quien fue uno de los principales protagonistas del Anteproyecto de reforma entienda que la quita de un texto que proponía regular la GxS no genera el consecuente vacío legislativo? El Congreso de la Nación mantuvo la propuesta legislativa para las TRHA ordinarias, eso quedó intacto; la cuestión que está en debate es la falta de regulación de la GxS. Ello fue eliminado del texto aprobado y de ningún modo se intentó regular ambas facetas de las TRHA –ordinarias y extraordinarias– bajo el paraguas de artículo 562.

¿Cuál es el fundamento de esta afirmación? Se desconoce, máxime cuando el texto que proponía el Anteproyecto para la voluntad procreacional en el caso de las TRHA ordinarias –y que compartía el escenario legislativo en ese momento con las TRHA extraordinarias teniendo cada una su respectiva regulación– en nada cambió tras la quita aludida. Por ende, fácil se puede concluir que el artículo 562 quedó firme para resolver la cuestión de la determinación de la filiación a través de la voluntad procreacional en los casos de TRHA ordinarias con el consecuente silencio legislativo, para la otra modalidad de TRHA, la extraordinaria.

Esta línea argumental es la que sostiene Maqueda al decir de manera contundente que “el ordenamiento jurídico argentino no prohíbe la GxS. No surge del CCyC ni de la ley de Reproducción Médicamente Asistida, como tampoco de otra legislación vigente, una prohibición expresa de dicha práctica ni tampoco se hace mención a su ilicitud o a la nulidad de los acuerdos dirigidos a su realización”

(consid. 7); que “la GxS es una práctica que la ley no prohíbe pero que, hasta el momento, carece de una reglamentación específica tanto en lo que respecta a su técnica como en lo relativo a la filiación que se deriva de su producción” (consid. 10); y, por lo tanto, “Estas particulares circunstancias de ausencia de regulación y la realidad de los hechos de la GxS en estos autos, demandan una solución de los tribunales para la determinación de la filiación, por lo que corresponde recurrir a los principios generales del derecho y a la analogía con el fin de establecer un criterio, hasta tanto el Congreso Nacional, en uso de sus facultades, legisle en la materia” (consid. 12).

De este modo se sigue la postura del Procurador Fiscal, quien con meridiana claridad afirmó que

La historia legislativa del CCyC confirma, simplemente, que las reglas de los artículos 560 a 564 fueron pensadas para la filiación por técnicas de reproducción asistida, distintas a la GxS y que, en cambio, para ésta última, precisamente porque se trata de una práctica de singulares características que requiere reglas diferenciales, había sido prevista una regulación específica, que fue luego suprimida del texto definitivo. No obstante, la decisión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación de diferir el tratamiento de esta figura para un momento posterior, evidencia un criterio de oportunidad legislativa, que tampoco puede interpretarse como expresión de la voluntad de prohibirla [...] En suma, en el ordenamiento jurídico argentino la gestación por subrogación es una práctica no prohibida por la ley pero que hasta el momento carece de una reglamentación específica.

Por lo tanto, es dable sostener que esta figura no se encuentra prohibida; la quita o eliminación mencionada no es sinónimo a prohibición, ya que son dos decisiones legislativas diferentes: silencio –lo que sucede en el derecho argentino– y prohibición, lo que acontece, por ejemplo, en el derecho español e italiano, por citar algunos. Es más, se podría destacar la expresa decisión parlamentaria de no prohibir la figura en análisis, siendo una cuestión muy sencilla de técnica legislativa reemplazar el texto del entonces proyectado artículo 562 por otro que receptara la prohibición. Nada de esto pasó, sino que el artículo proyectado dedicado al consentimiento informado se dividió en dos (los actuales artículos 560 y 561) y el de voluntad procreacional pasó a ser el nuevo artículo 562, tal como luce en la actualidad.

En este contexto, afirmar que la intención del legislador al no regular la gestación por sustitución encerraría una mirada contraria, negativa o de prohibición hacia la GxS es tan errado como sostener que se tuvo la oportunidad para prohibir la figura y, sin embargo, no se siguió esa línea legislativa, sino que solo se procedió a quitarla y así dejar abierta la solución jurídica ante situaciones que involucren este tipo de técnicas de reproducción. Más aún, como bien se destaca en el dictamen de la Procuración:

no existe en el ordenamiento legal argentino ninguna norma que, de acuerdo con las pautas constitucionales de accesibilidad y previsibilidad referidas, establezca de modo claro y preciso la prohibición de

la GxS e impida determinar la filiación de los niños nacidos a partir de esta técnica a favor de quienes expresaron debidamente su voluntad procreacional.

De conformidad con las diferentes posturas que se observan en el derecho comparado –1) prohibición, 2) regulación y 3) abstención–, el Anteproyecto de reforma se inclinaba por la regulación y ante la eliminación, se receptó la postura individualizada con el numeral 3). ¿Qué significa la abstención? La falta de regulación con las complicaciones que se derivan del silencio o vacío legislativo, y las pruebas están a la vista tal como sostuvo parte de la doctrina a la luz de la aludida quita.

Como bien se ha expresado en uno de los tantos precedentes nacionales sobre GxS:

La quita de la figura implica que el legislador, la silenció adoptando una postura abstencionista pero no de prohibición. En este marco, válido es concluir en la alegalidad de la figura en cuestión. En efecto, la GS es por ahora “alegal”. Pero estamos —al decir de la doctrina— ante un abstencionismo legal demandante de un intervencionismo judicial.³

Así, parafraseando a la reconocida banda nacional “Los Fabulosos Cadillacs”, se podría decir “yo te avisé y vos no me escuchaste”.

En suma, el rol de la justicia es resolver conflictos sociojurídicos más allá de su condición legal. Si la GxS se hubiera regulado tal como lo proponía el Anteproyecto, seguramente nos hubiéramos ahorrado el verdadero caos que gira en torno a esta figura, en especial, a la luz de los procesos penales en curso que perjudican a mujeres vulnerables. Como bien se dice, la falta de ley y la consecuente protección le hace el juego a las reglas del mercado, que es sabido a quiénes beneficia y a quiénes perjudica y somete.

4.4. La falacia de la adopción de integración

Una vez más, determinadas afirmaciones denotan el absoluto desconocimiento sobre el derecho filial contemporáneo. Rosatti afirma que “las partes no han demostrado de modo fundado que sus pretensiones filiatorias carezcan de respuesta en otro instituto jurídico, tal como podría ser la adopción de integración, mecanismo previsto por la legislación vigente” (consid. 14)

¿En serio se les exige a las partes que demuestren otras respuestas jurídicas que nada tienen que ver con lo que se plantea en el caso? Esta afirmación podría encerrar un prejuicio: creer que todas las relaciones familiares deben “encajar” en figuras más clásicas en atención a la resistencia que aún generan

³ Juzgado de Familia 6ª Nominación de Córdoba, 13/08/2019, “F., C. y Otro”, La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/27855/2019.

las TRHA, más aún la GxS que es la que habilita que una pareja de varones o un varón solo pueda satisfacer su derecho a formar una familia.

¿Es la adopción de integración una respuesta jurídicamente viable o aceptable? La respuesta negativa se impone por varias razones. La primera y como bien lo expone el Procurador Fiscal en su dictamen, L.G.P. además de ser quien ha cuidado al niño desde su nacimiento es quien aportó material genético. En este sentido,

la interpretación que el *a quo* propugna del artículo 562 del CCyC conduciría a registrar vínculos filiales que no se corresponden con la realidad, tanto por instituir a la mujer gestante como madre, a pesar de que carece de la intención y el deseo de serlo, como por desconocer la condición de padre de L. G. P., quien manifestó el propósito de asumir esa paternidad desde la concepción del niño y quien, además, *es su padre biológico*. De este modo, se tergiversaría la información esencial relativa a los vínculos jurídicos familiares que definen la identidad de la persona nacida a través de ese procedimiento (el destacado nos pertenece).

En este contexto, el interrogante que se deriva por obligación es si es posible adoptar –de integración– al propio hijo biológico en palabras que se utilizan en el dictamen o con quien se tiene la misma carga genética, para hablar con mayor precisión cuando se trata de reproducción asistida. Sucede que aquí también cabría aludir a la idea de “hijo genético”, porque en el caso también habría voluntad procreacional y consentimiento informado –más allá de los conflictos suscitados al respecto– y, por lo tanto, estarían presentes los elementos para asignar la determinación filial derivada de TRHA al binomio compuesto por el niño y L. G. P.

Los inconvenientes de apelar a la figura de la adopción de integración son puestos de resalto en el dictamen de la Defensoría General de la Nación al indicar, con acierto, que

“sostener el fallo de la Cámara brindaría mayor inestabilidad a mi representado dentro de su núcleo familiar porque en la modalidad de adopción de integración que se sugiere como alternativa, existe la posibilidad de que ésta sea revocada (conf. art. 633 del CCyC), lo que no ocurre si se inscribe registralmente el nacimiento de mi asistido a nombre de los actores”.

¿Qué sucedería si por alguna razón de gravedad se revoca la adopción? ¿En qué situación jurídica quedaría la gestante que según surge del fallo sería considerada madre desde el punto de vista jurídico, absolutamente alejada de la realidad socioafectiva? ¿No se estaría incurriendo en un “contorsionismo jurídico” –con el consecuente error interpretativo que ello encierra– al apelar a otro tipo filial como lo es la adopción y dejar de lado para la solución del caso las reglas de las TRHA siendo la GxS una especie dentro de ese género?

Las dificultades que observa la adopción de integración son varias, además de la revocación y, en este caso, adoptar al propio hijo biológico/genético se le suma ciertas cuestiones que deberían ser tenidas en cuenta. ¿Qué sucedería si después de 9 años la pareja se separa? ¿Es posible apelar a la adopción de integración cuando ya no se trataría del hijo de la pareja conviviente o cónyuge como establece el artículo 620 último párrafo, sino de ex conviviente o ex cónyuge? ¿No atenta contra varios derechos constitucionales-convencionales obligar a la pareja a seguir juntos ante el temor de que la adopción de integración sea rechazada al no cumplir con todos los requisitos que establece como lo es la convivencia actual, más allá de ciertas relecturas doctrinarias y jurisprudenciales?

Por otra parte, la adopción de integración violaría el principio de igualdad y no discriminación en razón de que un progenitor tendría un vínculo filial por aplicación de la institución del reconocimiento —que tampoco pertenece al campo de la filiación derivada de las TRHA sino de la filiación biológica— y el otro progenitor lo sería a través de la adopción de integración, siendo esta última más endeble a tenor de sus consecuencias jurídicas, en particular, la revocación. Este panorama es hábil para advertir la ausencia de las reglas de las TRHA, siendo la situación sociojurídica comprometida una cuestión que atañe a este tipo filial y no a la filiación biológica ni a la adoptiva.

Párrafo aparte y crítico merece la estrategia desplegada por las partes —en realidad, por los abogados— al servirse o utilizar las normas relativas a la filiación biológica como lo es el artículo 565 de determinación de la filiación materna y después solicitar su correspondiente impugnación y el reconocimiento paterno por parte de uno de los dos integrantes de la pareja de varones.

¿Qué hubiera sucedido si se procedía a iniciar una información sumaria de forma previa al proceso de GxS solicitando la respectiva autorización judicial o una información sumaria una vez verificado el embarazo a efectos de que cuando el niño o niña nazca sea inscripto garantizando la voluntad procreacional de las personas y el interés superior del niño? Más allá de esto, cualquier error en la estrategia jurídica jamás puede perjudicar a un niño a quien le cabe el reconocimiento del plus de derechos y el conocido *favor pro minoris* del derecho internacional de los derechos humanos.

Es claro que la adopción de integración no es la respuesta jurídica adecuada, de allí que las partes no estaban obligadas a probar el hecho negativo, sino que debían centrarse en acreditar los extremos básicos para la determinación de la filiación derivada de las TRHA como lo es la voluntad procreacional debidamente exteriorizada a través de un consentimiento previo, libre e informado; máxime si la situación fáctica que se la conoce como GxS integra la noción de TRHA, aunque no la ordinaria que es la que se encuentra regulada en el CCyC, sino que es la extraordinaria, de allí la importancia de su regulación bajo sus propias reglas. Reglas que difieren con las de las TRHA ordinarias en comparación con la propuesta legislativa que presentaba el Anteproyecto, partiendo de la idea diferenciadora central de que en la gestación por sustitución se debía contar con una autorización judicial previa. ¿La razón de esta intervención estatal? Proteger no solo a las personas gestantes sino, en definitiva, a todas las personas intervinientes porque contar con reglas claras en la construcción de vínculos filiales constituye un paso fundamental para acercar el derecho filial al derecho constitucional-convencional.

En definitiva, como bien lo señala el Procurador Fiscal, el vacío legal demanda

una solución *ad hoc* de los tribunales para la determinación de la filiación, por lo que corresponde recurrir a los principios generales del derecho y a la analogía con el fin de establecer un criterio de filiación, hasta tanto el Congreso Nacional, en uso de sus facultades, legisle en la materia.

La analogía significa apelar a las reglas y principios más afines, sin lugar a duda y como se reconoce tanto en los votos de mayoría como el de minoría, la GxS integra el amplio espectro de las TRHA, de allí que las nociones de voluntad procreacional y consentimiento previo, libre e informado juegan un rol preponderante y tienen prioridad por sobre cualquier otras atinentes a otra tipología filial.

5. Las estadísticas hablan, aun cuando la CSJN no las escuche

La GxS es una figura que ha tenido un fuerte desarrollo en la vida jurisprudencial. De conformidad con los datos recabados a raíz de una investigación de campo que se viene llevando adelante desde hace varios años, y concentrados en los casos en que ha intervenido el Poder Judicial sobre los cuales se tiene más información a raíz de las correspondientes sentencias, se pueden advertir algunas consideraciones hábiles para dimensionar la complejidad que encierra la gestación por sustitución.

El total de casos compulsados entre el año 2013 hasta la actualidad, asciende al número de 82, los cuales comprometen 89 fallos en atención a que solo unos pocos precedentes han tenido más de una sentencia, como acontece con el caso que resuelve la CSJN. Por lo tanto, la gran mayoría de los planteos judiciales fenecen en primera instancia, una amplia mayoría lo hace de manera favorable (un total de 75 casos, es decir el 91,5%), 4 casos de manera negativa (4,9%) y 3 casos (3,6%) que están para resolver en la CSJN. Este dato cuantitativo habla por sí solo: la amplísima mayoría de los jueces/zas intervinientes provenientes de los más diversos tribunales del país han tenido una mirada contraria a la que sigue la mayoría de la CSJN. ¿Quién estará equivocado? ¿Los magistrados/as que han estado detrás de los 75 casos judiciales resueltos a favor de la GxS, el Procurador Fiscal, la Defensora General de la Nación y el juez Maqueda o los tres integrantes de la mayoría de la CSJN?

Uno de los conflictos más candentes que encierra la GxS gira en torno a la puja altruismo contra onerosidad y esto se observa a raíz del vínculo existente entre la gestante y quien o quienes quieren ser progenitores a través de esta figura. Al respecto, es dable destacar que un 37% involucra una relación de parentesco –hermanas, cuñadas, etc.–, el 29% a amigas íntimas fácilmente comprobado en el correspondiente proceso judicial y el 34% restante una relación de “conocidas”.

Como se puede observar, en el 66% de los casos hay una vinculación afectiva genuina y es en el resto en el que sobrevuela la noción de onerosidad y posible explotación. Por lo tanto, la GxS encierra

decisiones autónomas que también debe ser tenidas en cuenta, so pena de simplificar la cuestión presumiendo que siempre esconde una relación asimétrica, de sumisión y explotación/violencia.

Por otra parte, y a los fines de reafirmar la preocupación ante la abierta conculcación del principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual, es dable señalar que los 4 casos que han llegado a la máxima instancia federal comprometen a parejas de varones. ¿Cuál es la razón por la cual si bien la mayoría de los casos de GxS involucra a parejas de diverso sexo –casadas o no–, los que han tenido que pasar las peripecias de llegar hasta la máxima instancia federal sean pareja de varones? Los prejuicios y discriminaciones que aún siguen presentes en la justicia y, en definitiva, en la sociedad.

Además, la medida cautelar colectiva dictada en el marco de un proceso de amparo colectivo que permitió en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la inscripción “preventiva” ante el Registro Civil de niños/as nacidos por GxS, arroja más datos cuantitativos. En el período 2017 (desde que está vigente la cautelar mencionada) hasta el 2023, se inscribieron un total de 135 niños/as nacidos/as por GxS: 2 inscripciones en 2017; 5 en 2018; 7 en 2019; 8 en 2020; 21 en 2021; 27 en 2022 y 65 en 2023. Por lo tanto, han sido más los niños/as nacidas de GxS por fuera de la intervención judicial. ¿En estos casos también sería mayor la vinculación “genuina” entre las gestantes y los progenitores de intención? Se presume que no, en atención a la cantidad de casos que compromete a parejas extranjeras y el consecuente “turismo reproductivo”; en especial lo que aconteció en el último año compulsado (2023) que un total de 48% son extranjeros y un 52% argentinos/as o naturalizados/as.

Más allá de las diferentes conclusiones que se pueden derivar de lo acontecido con la GxS a través de los casos judicializados, como así también de aquella situación particular que protagonizó CABA hasta el 03/06/2024, cuando se puso fin a la medida cautelar colectiva,⁴ lo cierto es que la GxS ha tenido presencia en el derecho argentino sin que la eliminación del Anteproyecto fuera considerada como sinónimo de prohibición. Justamente, en atención a este desarrollo que no era ajeno a la doctrina y jurisprudencia nacional, la CSJN estaba obligada a resolver mucho antes este conflicto sociojurídico; no solo por el perjuicio concreto a cada niño/a que nace a través de esta figura, sino por todos los derechos e intereses que están en juego. Una vez más, el paso del tiempo, el bendito plazo razonable, la desconexión de la realidad y los errores de interpretación integral del régimen jurídico filial, reafirman las deficiencias en el actuar de nuestra máxima instancia judicial federal; en especial, tratándose de una temática que generó un fuerte debate al calor del anteproyecto de reforma.

6. Breves palabras de cierre

La decisión de la mayoría de la CSJN no solo obstruye el acceso a la GxS sin fundamentos razonables, sino que, además, configura un *holding* que horada los cimientos del Estado constitucional de derecho argentino.

⁴ Nos referimos al fallo dictado por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 8, 03/06/2024, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de BS AS y otro demandado: Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ incidente familia”. Recuperado de <https://colectivoderechofamilia.com/juzgado-civil-8-03-06-2024-gs/>

Sometimiento total a la voluntad “creadora de derechos” del legislador, abdicación del control de constitucionalidad y de convencionalidad interno judicial, negación de la deliberación pública, control de legalidad por parte de los jueces y juezas y exclusión sin razones de la escucha del deseo de un niño, es una combinación letal para los planes de vida de las personas en el marco de un derecho constitucional y convencional de las familia(s) que garantice la pluralidad y diversidad.

Queda la minoría expresada en el voto de Maqueda para seguir luchando mediante procesos judiciales eficaces que permitan el acceso a la GxS sin discriminación alguna y apostando fuerte por el amor filial como el deseo de ser padre o madre que, cuando se transforma en acto, nos cambia la vida para siempre mediante un sentimiento único e irrepetible.

Referencias bibliográficas

- Bidart Campos, G. J. (1995). *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (2000). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo I-A. Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Ediar.
- 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.
- CSJN. 2023a, “D., H. C. y otros s/guarda con fines de adopción - Declaración de adoptabilidad”, 20/04/2023.
- CSJN. 2023b, “G., A. C. y otro s/guarda con fines de adopción”, 20/04/2023.
- CSJN. “Recurso Queja N° 1 - S., I.N c/ A., C.L s/impugnación de filiación”, 22/10/2024, Fallos: 347:1527.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Tomo 1. Madrid: Trotta.
- Gil Domínguez, A. *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial, segunda edición ampliada y aumentada*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Gil Domínguez, A. (2016). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.

Prisión perpetua

CSJN. “Guerra, Sebastián Alejandro y otros s/incidente de recurso extraordinario”, 21 de noviembre de 2024

*Lucas Crisafulli**

1. Introducción

Desde la sanción del Código Penal en el año 1921, en Argentina se reguló la prisión perpetua. Sin embargo, dicha regulación no implicaba penar a perpetuidad. A través de diferentes institutos como la libertad condicional se permitía que las personas condenadas pudieran acceder a la libertad. Bajo el consenso de que la pena tenía como finalidad la reinserción de la persona al medio libre, la pena perpetua jamás fue tal.

Sin embargo, ese consenso comenzó a resquebrajarse a partir de finales de la década de 1990, cuando la seguridad se tematizó como un problema público que adquirió protagonismo. Paralelamente a la crisis del Estado de bienestar y al auge del Estado penal (Wacquant, 2001), las demandas sociales hacia el Estado experimentaron un cambio: de exigir derechos sociales, pasaron a exigir seguridad. Este giro, de la seguridad de los derechos al derecho a la seguridad (Baratta, 2004), dio paso a un nuevo consenso punitivo, centrado en la severidad penal como respuesta a los problemas de violencia social.

* Abogado (UNC). Docente del Seminario Introducción a los Derechos Humanos (UNC). Director del Programa de Violencia Institucional del Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia. Responsable de la Sección Seguridad Democrática y Derecho Contravencional de la Revista Pensamiento Penal. Vocal de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derechos Humanos.

En este contexto, en la Argentina se llevaron a cabo reformas penales que han hecho posible que, en la actualidad, la prisión perpetua implique toda la vida del condenado.

El 21 de noviembre de 2024, la CSJN firmó el fallo “Guerra”. Con el voto unánime de los cuatro vocales de entonces, dejó firme un fallo de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional mediante el cual se declara la inconstitucionalidad de la exclusión de los condenados por determinados delitos para acceder al beneficio de la libertad condicional.

En otras palabras, la CSJN no hizo lugar el recurso presentado por el Ministerio Público y, de esa forma, el condenado Guerra podrá acceder, en el caso de cumplir con los requisitos de cumplimiento regular de los reglamentos, a la libertad condicional una vez transcurrido treinta y cinco años de prisión. El presente texto analiza un fallo poco común de nuestro máximo tribunal, no tanto por lo que resuelve (denegar un recurso extraordinario), sino más por la forma que lo hace.

2. La prisión perpetua en Argentina

En relación con la prisión perpetua en Argentina, podemos trazar cuatro periodos históricos diferenciados:

De 1921 a 2004. Desde la sanción del Código Penal hasta 2004 se reguló la prisión perpetua en la Argentina. Aquí la prisión perpetua era excepcionalmente perpetua, pues todos los condenados podían acceder a la libertad condicional una vez cumplidos 20 años de encierro. Cuando la persona accedía a la libertad condicional, se sometía a un régimen especial por 5 años posteriores al obtenerla. La excepción era que la prisión perpetua haya sido impuesta a un reincidente o que la persona condenada a prisión perpetua, durante los cinco años posteriores al acceder el régimen de libertad condicional, cometiera un nuevo delito. En estos dos supuestos, la prisión perpetua era verdaderamente perpetua, pero era la excepción a la regla de que la mayoría de los condenados podían acceder a la libertad condicional.

De 2004 a 2017. En este período se elevó a 35 los años necesarios que el condenado debía estar privado de libertad para acceder a la libertad condicional. También aumentó a 10 años el periodo de duración de la libertad asistida mediante el cual el condenado que accedía a este beneficio se encontraba sujeto a determinadas condiciones. Continuó la exclusión de reincidentes y de quienes cometieran delito durante el período de libertad de condicional de acceder a ella nuevamente, pero se sumaron, producto de las llamadas leyes “Blumberg”, algunos delitos a los que se los excluía del derecho de pedir la libertad condicional: los condenados por homicidio *criminis causa* (art. 80.7), abuso sexual seguido de muerte (art. 124), secuestro extorsivo seguido de muerte (art. 142 bis) y privación ilegítima de la libertad seguida de muerte (art. 170).

De 2017 a 2024. Mediante la sanción de la Ley N° 27375 se excluyó a los condenados por todos los delitos que contemplan prisión perpetua del derecho de solicitar la libertad condicional. Con excepción de los delitos de desaparición forzada seguida de muerte (art. 142 ter) y traición a la patria (art. 215), todos los condenados por delitos con pena perpetua tienen imposibilitado solicitar la libertad condicional.

2024 - ?. El fallo “Guerra” abre nuevos interrogantes sobre la vinculación entre la prisión perpetua y la libertad condicional. Al dejar firme el fallo de Cámara y aportando nuevos argumentos, la CSJN abre la posibilidad de que las personas que hayan sido condenadas a perpetua puedan solicitar la libertad condicional una vez transcurrido treinta y cinco años.

3. Algunos datos de la prisión perpetua en Argentina

En Argentina, en 2004 había 54.472 personas privadas de libertad, mientras que en 2023 esa cifra ascendió a 111.967, lo que representa un aumento del 106% en la cantidad de personas privadas de libertad.

En cuanto a las condenas a prisión perpetua, en 2004 había 1109 personas condenadas a esta pena. Para 2023, ese número aumentó a 3037, lo que implica un incremento del 174% en 19 años. Este aumento no solo refleja un incremento en la cantidad de personas condenadas a perpetua (incluso en proporción a las personas condenadas privadas de libertad), sino que, por las modificaciones legislativas, también aumentó el tiempo que implica prisión perpetua, lo que da cuenta de un consenso de severidad punitiva.

En cuanto a las provincias, para 2023 Tierra del Fuego era la provincia con la mayor proporción de personas condenadas a prisión perpetua: de cada 100 personas condenadas, 12,5 lo están por perpetua. En contraste, La Pampa era la provincia con la menor proporción: de cada 100 personas condenadas, menos de una lo está a perpetua.

Tabla 1.

	PROVINCIA	PERSONAS CONDENADAS	PENA PERPETUA	PORCENTAJE
1	Tierra del Fuego	208	26	12,50
2	San Luis	544	65	11,95
3	Tucumán	1.340	145	10,82
4	Corrientes	921	96	10,42
5	Catamarca	338	33	9,76
6	Jujuy	751	65	8,66
7	Santiago del Estero	812	70	8,62
8	Neuquén	537	46	8,57
9	Chaco	1.177	99	8,41
10	La Rioja	259	21	8,11
11	Misiones	936	68	7,26
12	Chubut	464	33	7,11

13	Formosa	311	20	6,43
14	Río Negro	1.117	69	6,18
15	Mendoza	4.483	254	5,67
16	San Juan	1.525	79	5,18
17	Santa Cruz	298	15	5,03
18	Salta	2.983	143	4,79
19	Córdoba	6.295	262	4,16
20	Sistema Federal	6.331	258	4,08
21	Buenos Aires	27.328	973	3,56
22	Entre Ríos	2.333	70	3,00
23	Santa Fe	5.757	126	2,19
24	La Pampa	304	1	0,33

Fuente: elaboración propia en base a datos SNEEP 2023

4. ¿Cuántos años dura la prisión perpetua?

No es una tarea sencilla saber cuántos años implica la prisión perpetua, pues no existe acuerdo sobre cuántos años debería pasar en la cárcel una persona condenada a prisión perpetua antes de salir en libertad.

Algunos penalistas entienden que nadie puede pasar privado de libertad más de cincuenta años. Para decir esto, se fundamentan en que el artículo 55 del Código Penal establece que, para los casos de concurso real de delitos, la sumatoria de pena no puede exceder los 50 años. ¿Qué es un concurso real de delitos? Se da cuando a una persona le atribuyen varios hechos (por ejemplo, primero robó, luego amenazó a alguien, otro día fue sorprendido vendiendo droga). Para saber cuál es la pena que le corresponderá, se toma como mínimo el delito que tiene el mínimo más alto y, como máximo, la suma de todos los máximos. Sin embargo, el Código Penal establece que la suma jamás podrá exceder los cincuenta años. Este criterio fue el establecido en 2020 por la Corte Suprema de Mendoza en el fallo plenario “Ibáñez Benavídez y otros” para afirmar que la prisión perpetua dura como máximo 50 años.

Hay quienes sostienen que la prisión perpetua no puede superar los 30 años de prisión en virtud de la normativa supralegal. El 17 de junio de 1998 se aprobó el Estatuto de Roma para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional, aprobado por Argentina por Ley N° 25390. El estatuto instituye una Corte con sede en La Haya con el objetivo de juzgar a personas que cometan genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. En el artículo 77 se establece que la pena para la persona declarada culpable de alguno de estos delitos será de hasta 30 años de prisión (le dice reclusión, pero se refiere a la prisión). También establece la reclusión perpetua para casos excepcionales por su gravedad. Vale decir, la regla para una persona condenada por el delito de genocidio es que la condena de prisión se pueda extender hasta 30 años.

Para que una pena sea justa debe respetar el principio de proporcionalidad. Si para el delito de genocidio regulado internacionalmente la pena es de 30 años, ningún otro delito menos grave (como el homicidio calificado) podría contemplar una pena superior. Por eso, para algunos penalistas, ninguna pena de prisión estipulada en el Código Penal puede superar el estándar internacional que se establece para el delito de genocidio. Zaffaroni lo resume así: “Si alguien me convence de que hay algún delito más grave que el genocidio, dejaría esta opinión”.

5. El fallo “Guerra”

En el fallo que aquí se comenta, la CSJN declaró inconstitucional que las personas condenadas a prisión perpetua no puedan acceder a la libertad condicional, a la prisión discontinua, semidetención o libertad asistida. Algunos medios anunciaron la noticia titulando que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, pero no es tan así.

La Corte no dijo que la prisión perpetua sea inconstitucional, sino que la perpetuidad de la prisión perpetua es inconstitucional. No es un trabalenguas: significa que los tribunales van a poder seguir aplicando la prisión perpetua, solo que cambiará el plazo para contabilizar cuántos años durará esa prisión perpetua.

El Tribunal resuelve dos puntos interesantes. En primer lugar, declara inconstitucional la imposibilidad de solicitar la libertad condicional para quienes sean condenados a perpetua. En segundo lugar, establece que el condenado no deberá esperar 35 años para pedir esa inconstitucionalidad, sino que tiene derecho desde el inicio de la ejecución de la pena a saber cuándo podría acceder a la libertad condicional (en el caso de cumplir con los requisitos para acceder a la libertad condicional).

La Corte establece que los condenados a perpetua podrán acceder a la libertad condicional, a la prisión discontinua, a la semidetención o a la libertad asistida una vez que transcurran 35 años de la condena.

No dice que quienes sean condenados a perpetua saldrán en libertad condicional a los 35 años, sino que, cumpliendo determinados requisitos establecidos en la ley, podrán solicitar la libertad condicional cumplido dicho término. Un juez, en su momento, deberá evaluar si corresponde.

La CSJN reafirma que una persona condenada tiene derecho a saber, desde el mismo momento en que se ha impuesto la condena, cuándo podrá solicitar la libertad condicional. Reiteró que, por el principio constitucional de legalidad, las normas jurídicas de carácter penal deben tener el mayor grado de precisión a fin de que cumplan con el estándar de claridad que es requerido para que los sujetos puedan ajustar sus respectivas conductas.

El otro gran argumento de la CSJN para resolver la inconstitucionalidad de la exclusión de los condenados a perpetua para pedir la libertad condicional se basó en que el fin constitucional de la pena privativa de libertad es la reinserción social de la persona condenada. La CADH y el PIDCP –ambos con jerarquía constitucional– estipulan que el fin de la pena es la readaptación. Por ello, toda pena

privativa de la libertad (temporal o perpetua) debe tender a la reinserción social del condenado, lo que supone, necesariamente, la posibilidad de volver a vivir en libertad.

Con referencia al fallo de la Cámara Nacional de Casación, que a su vez cita al TEDH, la Corte menciona el “derecho a la esperanza” del condenado a tener la oportunidad de rehabilitarse como aspecto fundamental de su humanidad, por lo que su cancelación torna degradante la pena. En otras palabras, si la prisión perpetua es literalmente perpetua, se transforma en una pena cruel, inhumana y degradante y no es una pena legal. Los jueces rematan diciendo que la perpetuidad de una pena es tortura. Por ello, la perpetuidad de una pena trae aparejada como consecuencia jurídica la “exclusión absoluta del delincuente”, y ello repugna a la Constitución Nacional.

Si bien en el “resuelvo” final de la sentencia no estipula la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal (que impide acceder a la libertad condicional a los condenados a perpetua), sino que declara mal concedido el recurso extraordinario federal, no se limita a la cuestión procesal en relación con la formalidad.

La CSJN tenía la herramienta del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, denominado comúnmente como “la plancha”, que implica no avocarse al tratamiento del recurso. De esta manera, hubiera quedado firme el fallo recurrido por la fiscalía de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. Sin embargo, la CSJN decidió abrir el tratamiento del recurso. No solo abunda en la cita a los mejores argumentos del fallo recurrido, sino que incluso aportó nuevas razones sobre por qué es inconstitucional que una persona condenada a perpetua no pueda acceder a la libertad en algún momento de la ejecución de pena.

6. Conclusión

El Congreso de la Nación tiene una enorme deuda en relación con la elaboración de una normativa penal clara y coherente. Las crisis espasmódicas en materia securitaria (algunas reales y otras a causa de la amplificación mediática) siempre intentan ser resueltas de la manera más sencilla: modificando la ley penal.

Jamás existió relación entre la intensidad del castigo y la magnitud del fenómeno criminal. Es decir, el aumento del castigo no disminuyó nunca el delito, puesto que el fin preventivo de la pena nunca ha podido comprobarse empíricamente. Sin embargo, esas reformas legislativas produjeron la destrucción del Código Penal y, con ello, de la necesaria certeza que debíamos tener.

Nuestra Constitución Nacional exige el respeto por el principio de legalidad, el cual implica, entre otros aspectos, la certeza de saber las consecuencias de las acciones prohibidas. Lamentablemente, hoy no se sabe cuántos años dura la prisión perpetua y dependerá de un criterio judicial. Sobre todo, porque el fallo de la CSJN no es del todo claro y, a su vez, la jurisprudencia del tribunal no es obligatoria para el resto de los tribunales.

Asimismo, tanto la normativa nacional (Ley N° 24660) como internacional establecen que el fin de la pena de prisión es la reinserción social. No resulta coherente con ese fin si la única posibilidad de salida de prisión es la muerte. Si el fin de la prisión es preparar a la persona para su egreso, la posibilidad de egresar de la cárcel debe ser real.

La prisión perpetua, si es verdaderamente perpetua, es completamente injusta. ¿Por qué? Porque, entonces, la pena perpetua será una pena de muerte encubierta y pagada en largas cuotas de sufrimiento. La abolición de la pena de muerte en Argentina, sumado al principio de humanidad del castigo y a la reinserción social como fin de la pena, imponen que la cárcel sea un “medio para” y no un “fin en sí mismo”.

El fallo de la CSJN se parece a un cadáver exquisito, es decir, a esa técnica del surrealismo francés en la que se construye una historia en grupo y cada miembro escribe una pequeña parte de la historia y deja visible solo la última palabra para que el siguiente integrante complete su historia. El contenido del fallo no se ajusta en lo más mínimo al contenido de su parte final, ya que, si la Corte estaba de acuerdo sobre la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, lo coherente de la parte resolutive del fallo hubiera sido declarar su inconstitucionalidad y no declarar mal concedido el recurso. Si el recurso estuvo mal concedido, hubiera bastado un párrafo argumentando la cuestión formal, y no ingresar al tratamiento del caso. Por eso, el fallo se asemeja a un cadáver exquisito, es decir, una pieza literaria que fue pasando por las vocalías y que cada quien le fue poniendo lo suyo.

Aunque quizás la mayor deuda en relación con la prisión perpetua y su vinculación con la libertad condicional no sea de la CSJN sino del Congreso, que sanciona leyes sin una mirada sistémica. Por ello, es urgente repensar los marcos que permitan comprender qué constituye una pena justa.

Hay una pista, legado de las luchas de los organismos de derechos humanos contra la impunidad, que puede guiarnos: la idea de justicia debe necesariamente estar vinculada al principio de “Nunca más”. Este concepto no solo aplica a los casos de genocidio, sino que, como un hilo que debemos desenredar, puede integrarse como una dimensión clave para reflexionar sobre la justicia en otros contextos. De esta forma, se evitaría que en muchos casos mediáticos la prisión perpetua se presente como sinónimo de justicia. ¿Qué elementos serían necesarios para que, en aquellos casos sociales traumáticos castigados con prisión perpetua, se logre realmente un “Nunca más”? También existe otra clave para deconstruir el concepto de justicia: romper el consenso de severidad punitiva como única vía de gestionar casos socialmente traumáticos. No es un desafío menor.

Referencias bibliográficas

- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- CSJN. “Guerra, Sebastián Alejandro y otros *s/ inconstitucionalidad de recurso extraordinario*”, 21 de noviembre de 2024, *Fallos* 347:1770.
- Wacquant, L. (2001). *Parias Urbanos*. Buenos Aires: Manantial.

Delitos sexuales. Prescripción. Principio de legalidad

CSJN. “Ibarraz, Justo José y otros s/promoción a la corrupción de menores agravada por ser encargado de la educación y abuso deshonesto agravado por ser encargado de la educación s/impugnación extraordinaria”, 1 de julio de 2025

*Alexia Sofía Alonso**

1. Introducción

Desde el año 2015 la Argentina reconoce un régimen legal especial de prescripción para los delitos sexuales que permite a las personas que padecieron abusos en su infancia formular la denuncia sin límite temporal. La Ley N° 27206 –conocida como ley de respeto a los tiempos de las víctimas– modificó el artículo 67 del Código Penal y estableció que, en los delitos contra la integridad sexual y en el delito de trata de personas, se suspende la prescripción de la acción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.¹

Esta norma tiene como antecedente la Ley N° 26705, sancionada en 2011, que modificó el régimen de prescripción para establecer que, en los delitos mencionados, cuando la víctima fuera menor de edad, el plazo comenzará a partir del día en que alcance la mayoría de edad. Antes de estas reformas, los delitos sexuales se regían por las reglas generales de prescripción aplicables a cualquier otro delito, lo que en la práctica derivó en la extinción de numerosas causas sin posibilidad de investigación ni

* Abogada y politóloga (UBA). Magíster en Derecho Penal (Universidad de Sevilla). Docente de grado (UBA) y de posgrado (UNDAV). Funcionaria en el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires.

¹ Este régimen aplica a los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 –in fine–, 130 –párrafos segundo y tercero–, 145 bis y 145 ter del Código Penal.

sanción. A partir de un amplio proceso de debate social y legislativo, se reconoció que este tipo de hechos presentan particularidades que justifican la adopción de un régimen especial.

El propósito de ambas reformas fue evitar la impunidad de los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes por falta de denuncia o por la inacción de sus representantes legales. Se buscó ampliar los plazos para habilitar la persecución penal y abarcar hechos ocurridos en la infancia que no pudieron ser investigados oportunamente. Con la última modificación introducida por la Ley N° 27206, el régimen de prescripción pasó a reconocer el tiempo individual que cada persona necesita para procesar su experiencia y decidir si desea formular una denuncia. Solo a partir de ese momento comienzan a correr los plazos de prescripción de la acción previstos en el Código Penal.

La norma vigente parte del reconocimiento de que el impacto del abuso sexual en la infancia genera un proceso subjetivo que debe ser respetado. Cada persona atraviesa su propio recorrido hasta poder tomar conciencia –o, incluso, poner en palabras– lo ocurrido y decidir si desea acudir al sistema penal. Sin embargo, debido al principio de irretroactividad de la ley penal este régimen excepcional no pudo aplicarse a los hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de las nuevas normas. Como consecuencia, en numerosos casos –que formalmente se consideraban prescriptos– se continuó debatiendo si correspondía aplicar el régimen común de prescripción o bien reconocer a estos delitos un carácter imprescriptible.

Estas divergencias dieron lugar a pronunciamientos dispares en distintos tribunales del país, lo que generó una situación de incertidumbre sobre el verdadero alcance temporal de las reformas. Se configuró así un escenario complejo, en el que se enfrentaron mandatos de protección efectiva de las víctimas de violencia sexual en la infancia y el respeto de los principios de legalidad y de irretroactividad en materia penal.

El caso “Ilarraz” que se analiza a continuación se inscribe precisamente en ese contexto. De este modo, la sentencia de la CSJN viene a pronunciarse sobre una cuestión que divide opiniones en la doctrina y jurisprudencia y que resulta de gran trascendencia.

2. El trámite de la causa

El proceso judicial contra el ex sacerdote Justo José Ilarraz se originó a partir de las denuncias formuladas por las víctimas de abusos sexuales cometidos entre 1988 y 1992 en el Seminario Arquidiocesano de Paraná. Los denunciados, quienes al momento de los hechos tenían entre 12 y 15 años, relataron que los abusos ocurrieron en el ámbito de una institución educativa de carácter religioso donde Ilarraz ejercía funciones de guarda, formación intelectual y dirección espiritual.

El seminario alojaba durante la semana a estudiantes de nivel secundario que habían manifestado su vocación religiosa, cuyas familias habían delegado en la institución el cuidado, la educación y la formación moral de sus hijos. En ese contexto, el sacerdote, quien ejercía la función de prefecto de disciplina y guía espiritual de los seminaristas, se valió de su posición de autoridad para cometer los abusos sexuales denunciados.

En 1993 varias de las víctimas comunicaron la situación a las autoridades eclesíásticas de mayor jerarquía, quienes iniciaron una investigación canónica bajo las normas del derecho eclesíástico. Como resultado de dicho proceso, se prohibió al Sr. Ilarraz permanecer en el territorio de la Arquidiócesis de Paraná y tomar contacto con los seminaristas. En esa instancia, los jóvenes –aún menores de edad conforme la legislación vigente– declararon bajo juramento guardar secreto sobre lo ocurrido. Las autoridades no denunciaron formalmente los hechos y el proceso eclesíástico no tuvo ulteriores consecuencias penales o civiles.

En 1998 el sacerdote abandonó temporalmente la vida religiosa, pero en 2000 fue reincorporado y trasladado a una parroquia en la provincia de Tucumán, donde continuó ejerciendo funciones pastorales hasta que, tras darse a conocer las denuncias, fue apartado del sacerdocio.

Las víctimas finalmente presentaron la denuncia ante el Poder Judicial en el año 2012. En esta oportunidad relataron que los abusos ocurrieron en un contexto de fuerte asimetría y abuso de autoridad. Se trataba de niños y adolescentes que residían internados y dependían material y afectivamente de la institución eclesíástica mientras el Sr. Ilarraz ejercía autoridad directa sobre ellos. El 21 de septiembre de 2012 el sacerdote fue citado a prestar declaración indagatoria y en julio de 2015 fue procesado sin prisión preventiva.

Durante la instrucción la defensa planteó la prescripción de la acción penal, lo que dio lugar a una serie de recursos ante los tribunales provinciales y, posteriormente, ante el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. En abril de 2015, este tribunal rechazó el planteo de la defensa al considerar que los delitos denunciados eran imprescriptibles. Los jueces fundaron su decisión en tres ejes: la gravedad de los hechos, la imposibilidad de los denunciados de acceder a una tutela judicial efectiva y la obligación del Estado de garantizar los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño por encima de leyes internas de prescripción. La defensa presentó un recurso extraordinario federal que la CSJN rechazó en junio de 2018 por entender que no se trataba de una sentencia definitiva o equiparable a tal.

Mientras se encontraba en trámite ese incidente, las actuaciones principales continuaron su curso hacia el juicio oral en el que el Sr. Ilarraz fue finalmente condenado a la pena de veinticinco años de prisión como autor de promoción a la corrupción de menores agravada por ser encargado de la educación y abuso deshonesto agravado por ser encargado de la educación. La sentencia condenatoria, dictada el 21 de mayo de 2018 por la Sala Segunda de la Cámara Primera en lo Criminal de la provincia de Entre Ríos, fue confirmada por la Cámara de Casación Penal de Paraná y, luego, por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. Ante ello, la defensa recurrió nuevamente a la CSJN, que en esta oportunidad decidió pronunciarse sobre el debate relativo a la prescripción y analizar los argumentos esgrimidos por las instancias anteriores.

3. La sentencia de la CSJN

3.1. La equiparación de los delitos sexuales con los crímenes de lesa humanidad

En primer término, la Corte recordó que de acuerdo a las normas vigentes al momento de los hechos el plazo máximo de prescripción aplicable a estos delitos era de doce años. El Sr. Ilarraz fue sometido a proceso y condenado por hechos presuntamente ocurridos entre 1988 y 1992, es decir, más de diecinueve años antes de la presentación de la denuncia penal. Por lo tanto, de acuerdo con la norma legal aplicable, ante la ausencia de supuestos de suspensión o interrupción del curso de la prescripción, la acción penal en su contra estaría prescripta –cuanto menos– desde el año 2005.

Los jueces del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos habían considerado que los abusos sexuales cometidos por el Sr. Ilarraz constituían “graves violaciones a los derechos humanos” y, por ello, debían recibir el mismo tratamiento que los delitos de lesa humanidad en materia de imprescriptibilidad. Sin embargo, la CSJN entendió que tal equiparación era jurídicamente inadmisibles. En este sentido, señaló que los delitos de lesa humanidad poseen una naturaleza radicalmente distinta ya que requieren –de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma– la existencia de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, elementos ausentes en el caso. Por tanto, la imprescriptibilidad que rige para esos crímenes no puede extenderse por analogía a delitos comunes, aun cuando sean particularmente graves o aberrantes. De este modo, reafirmó que la imprescriptibilidad es una excepción que no puede ampliarse más allá de los supuestos reconocidos por el derecho internacional.

En este punto, corresponde realizar una breve aclaración respecto de la categoría de “graves violaciones a los derechos humanos” invocada por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. Se trata de una noción elaborada por la Corte IDH a partir de su jurisprudencia, sin una definición normativa expresa que surja de los tratados internacionales, utilizada principalmente para permitir la reapertura de causas que habían sido cerradas por leyes de amnistía o prescripción.

En un primer momento, la Corte IDH utilizó esta categoría en casos de violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos cometidas por agentes estatales. Así, en “Barrios Altos” sostuvo que

[l]a improcedencia de la prescripción usualmente ha sido declarada por las peculiaridades en casos que involucran graves violaciones a derechos humanos tales como la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial y la tortura. En algunos de esos casos, las violaciones de derechos humanos ocurrieron en contextos de violaciones masivas y sistemáticas (Corte IDH, 2001: párr. 41).

Del mismo modo, en “Bulacio” determinó la responsabilidad internacional del Estado por la muerte de un adolescente bajo custodia policial. El Estado argentino había declarado prescripta la acción,

pero la Corte IDH sostuvo que dicha regla era inoponible, toda vez que las omisiones y dilaciones judiciales en el caso configuraron una situación de impunidad. Posteriormente, en “Bueno Alves” (2007) reiteró este criterio al declarar responsable al Estado por los actos de tortura cometidos por funcionarios policiales.

En ambos casos la imprescriptibilidad se vinculó con la participación directa del Estado en las violaciones y la falta de investigación efectiva. No obstante, el tribunal interamericano afirmó de manera enfática que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos” (Corte IDH, 2003: párr. 116).

Estas afirmaciones, formuladas en términos tan amplios, generaron cierta indefinición respecto del alcance de la categoría, lo que derivó en sucesivos intentos de extender su aplicación a otros escenarios.

Frente a ello, la propia Corte IDH comenzó a precisar los límites y alcances de este criterio jurisprudencial, aclarando que no toda violación de derechos humanos puede considerarse, por su sola gravedad, merecedora de un estatus de imprescriptibilidad. En “Vera Vera” profundizó esa delimitación y aclaró que no toda infracción a los derechos humanos puede considerarse una “grave violación” que excluya la prescripción. En ese fallo expresó:

Toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza [...] Sin embargo, ello no debe confundirse con lo que el Tribunal ha considerado como ‘violaciones graves a los derechos humanos’, las cuales tienen una connotación y consecuencias propias. Aceptar que toda violación es grave al punto de excluir la prescripción implicaría que en todo caso sometido a la Corte no procedería dicho instituto, lo cual no se ajusta a los criterios precisados por este Tribunal (Corte IDH, 2011: párr. 118).

De cualquier forma, la CSJN descartó la posibilidad de encuadrar el caso del Sr. Ilarraz en esta categoría. Al respecto, sostuvo que no todo delito que afecte derechos humanos constituye, *per se*, una “grave violación” que, según el derecho internacional, deba ser investigado con exclusión del instituto de la prescripción de la acción penal.

Por otro lado, no podemos soslayar que la categoría en cuestión fue concebida en el sistema interamericano para atribuir responsabilidad internacional a los Estados, y no para la persecución penal de personas particulares. Por ello, aun cuando los hechos atribuidos al Sr. Ilarraz sean de extrema gravedad, su equiparación con los crímenes internacionales considerados imprescriptibles constituye un argumento que carece de sustento en el derecho internacional vigente.

Sin perjuicio de ello, existen enfoques que trazan un paralelismo entre la responsabilidad del Estado y la de instituciones con fuerte poder normativo y presencia social, como la Iglesia Católica (Álvarez, 2022). Esta línea argumental también se insinúa en el caso comentado cuando el máximo tribunal

provincial entendió que la jerarquía eclesiástica habría desplegado acciones positivas que obstaculizaron la investigación de los abusos y sostuvo que, dada la posición jurídica de la Iglesia en la Argentina, tales conductas podrían considerarse realizadas “por agentes del Estado en condiciones de comprometer la responsabilidad estatal”. Sin embargo, la CSJN no profundizó en este razonamiento ni avanzó en un análisis sobre una eventual responsabilidad estatal derivada de la estructura eclesiástica.

3.2. La falta de acceso a una tutela judicial efectiva y la aplicación de normas del derecho internacional

El segundo argumento desarrollado por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos se ancló en la garantía de tutela judicial efectiva, reconocida tanto en la CADH como en la CDN. El eje central de este razonamiento se vinculó a las dificultades que enfrentaron las víctimas para denunciar los hechos de abuso en el momento en que ocurrieron.

El tribunal ponderó especialmente el procedimiento canónico seguido contra el Sr. Ilarraz, en el que se habría impuesto a los jóvenes denunciantes un deber de silencio y la prohibición de comunicar los hechos a sus progenitores. Esta obligación surgía de normas imperativas del derecho canónico, reconocidas por el Estado argentino en virtud del Acuerdo con la Santa Sede de 1966.

El deber de guardar secreto, que podía acarrear la pena de excomunión, reforzaba el temor de las víctimas a realizar la denuncia. Así, se puntualizó que la jurisdicción eclesiástica, que debió funcionar como vía preparatoria para la judicial, “se transformó en una barrera inexpugnable para los seminaristas presuntamente abusados y obturó la posibilidad de que, en aquellos años, denunciaran lo ocurrido”.

Se destacó, además, que la propia Iglesia había reconocido lo censurable de este procedimiento en una oportunidad posterior, lo que derivó en la modificación de sus normas internas en 2001 y 2010. Sobre esa base, el tribunal provincial concluyó que los obstáculos impuestos por la Iglesia Católica vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, justificando así una interpretación de las normas de prescripción penal compatible con la protección de derechos de mayor jerarquía.

La CSJN, sin embargo, precisó que los instrumentos internacionales invocados no habilitan en modo alguno la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal. En este sentido, advirtió que en el caso no se acreditó la existencia de ninguna norma procesal o sustantiva que impidiera a las víctimas denunciar los hechos dentro del término de prescripción. De esta manera, desestimó que el proceso canónico realizado tuviera la entidad suficiente como para convertirse en un obstáculo infranqueable para acceder a la justicia ordinaria. En particular, subrayó que las normas, obligaciones y resultados de un procedimiento voluntario como el canónico en nada obstan a la actuación de los tribunales de justicia competentes para investigar un delito de acción pública, pues solo se requería la instancia privada de las víctimas. A su vez, advirtió que, durante buena parte del plazo de prescripción, los denunciantes ya eran adultos y no constaba que permanecieran bajo la dependencia del acusado o dentro de

su ámbito de influencia ni que existiera otro obstáculo que les impidiera formular la denuncia hasta el agotamiento del plazo legal.

En casos similares otros tribunales habilitaron la reapertura de procesos sobre hechos inicialmente prescriptos a partir de la interpretación de convenciones internacionales que obligan al Estado a investigar los abusos contra la infancia y garantizar la tutela judicial efectiva.² En concreto, esta postura sostiene que incluso antes de la entrada en vigor de las leyes que modificaron las reglas de prescripción para estos delitos, la Argentina ya había asumido compromisos internacionales que le imponían la obligación de investigar y sancionar estos hechos.

La CDN contiene en sus artículos 19 y 34 disposiciones que buscan garantizar la protección integral de los NNyA frente a abusos y explotación. El artículo 19 establece que los Estados parte deben adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger a los niños de cualquier forma de daño o abuso, incluyendo el abuso sexual, mientras se encuentren bajo la custodia de padres, representantes legales o cualquier persona a su cargo. Asimismo, señala la necesidad de implementar procedimientos eficaces para prevenir y atender los casos de maltrato, incluyendo la identificación, notificación, derivación a instituciones, investigación, tratamiento y seguimiento, así como la intervención judicial cuando corresponda. Por su parte, el artículo 34 se enfoca específicamente en la protección contra la explotación y el abuso sexual. Indica que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias a nivel nacional e internacional para prevenir la incitación o coacción de niños a actividades sexuales ilegales, su explotación en prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y su participación en espectáculos o materiales pornográficos.

De manera preliminar, cabe señalar que los principios contenidos en estos instrumentos internacionales no consagran expresamente la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra la infancia. No obstante, surge el interrogante de si estas normas permiten justificar una modificación del régimen legal vigente de prescripción para estos delitos. La sentencia de la CSJN resulta fundamental en este punto ya que aclara un debate ampliamente desarrollado en la jurisprudencia nacional. Asimismo, su análisis del principio de legalidad constituye uno de los aspectos más relevantes de la decisión, que la vuelven un precedente significativo para el estudio de casos análogos.

El máximo tribunal fue determinante al afirmar que los instrumentos internacionales deben interpretarse de manera compatible con los principios del derecho público y las garantías del debido proceso, incluyendo el principio de legalidad consagrado en la Constitución Nacional. Recordó que las convenciones internacionales no derogan artículos de la primera parte de la Constitución y deben entenderse como complementarias de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75, inc. 22). Por ello, cualquier flexibilización del principio de legalidad en materia penal resulta contradictoria con los artículos 18, 27 y 75 inciso 22 de la Constitución, en tanto no fue alterada por los tratados.

² Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I, "M. P. S. s/abuso sexual", 08/11/2017.

En la misma línea la sentencia destacó que el deber de otorgar una consideración primordial al interés superior del niño consagrado en la CDN tampoco puede ser invocado para soslayar otros principios igual de primordiales, como la garantía del debido proceso. Esta garantía, que establece que ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho, es una de las más preciadas de nuestro sistema normativo e incluye a las leyes sobre prescripción de la acción penal.³

Finalmente, la CSJN se expidió sobre la aplicación del principio *pro homine* en materia penal. Los jueces del tribunal entrerriano habían invocado este criterio para sostener que debía privilegiarse la solución más favorable a las víctimas de delitos sexuales, en tanto personas especialmente protegidas por el ordenamiento jurídico.

Se trata de otro concepto utilizado en el ámbito internacional, cuyos contornos aún son difusos, por lo que requiere un esfuerzo de clarificación (Núñez, 2017: 2) De acuerdo con Pinto, puede definirse como

un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (1997: 163).

El máximo tribunal aclaró que, en el ámbito penal, este principio solo resulta operativo cuando existe una tensión entre la potestad punitiva del Estado y los derechos de la persona acusada. Cuando la colisión de intereses se plantea entre dos personas humanas, como ocurre entre víctima e imputado, su aplicación carece de sentido. En esa línea, sostuvo que el criterio *pro homine* no puede ser invocado para ampliar los derechos de las víctimas en detrimento de las garantías constitucionales del imputado. Antes bien, recordó que su finalidad es limitar el poder punitivo estatal y proteger a los individuos frente a sus posibles excesos. Desde esta perspectiva, también los derechos de las personas acusadas pueden ser interpretados conforme aquel, en tanto constituye una expresión del paradigma de tutela reforzada frente a la intervención penal del Estado.

4. Reflexiones finales

La resolución de la CSJN en “Ilarraz” traza un antes y un después en el debate sobre el alcance retroactivo de las reglas de prescripción en delitos sexuales. A su vez, busca establecer un equilibrio entre

3 La CSJN ya había sostenido en anteriores precedentes que la prescripción forma parte del concepto de “ley penal” comprendido en la garantía del debido proceso. En “Mirás” (Fallos 287:76), el Tribunal afirmó que “el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción de delito y culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva” (consid. 6° y 7°).

dos dimensiones relevantes del sistema de justicia penal: por un lado, la necesidad de brindar tutela judicial efectiva a las víctimas y garantizar su derecho a ser oídas y, por el otro, la obligación del Estado de respetar los límites que impone el principio de legalidad y las garantías del debido proceso.

Es relevante destacar que reconoció la extrema gravedad de los hechos juzgados, así como la particular vulnerabilidad que enfrentaron las víctimas. Aun así, fue determinante al momento de establecer límites al propósito de reparación y reconocimiento a las víctimas para evitar que derive en una expansión irrazonable del poder punitivo.

La experiencia de abuso en contextos de subordinación o dependencia –como los entornos familiares, escolares o religiosos– suele generar inhibiciones, sentimientos de culpa y temor que dificultan la denuncia oportuna de los hechos. La aplicación de plazos rigurosos en estos casos, sin dudas, derivó en numerosas injusticias y situaciones de impunidad. Fue precisamente esto lo que motivó las reformas que permitieron una excepción a las reglas generales de prescripción penal en la búsqueda por garantizar un acceso más efectivo a la justicia para quienes padecieron este tipo de violencia en su infancia.

La afirmación central de esta decisión es que la finalidad protectora de estas reformas no puede justificar la aplicación retroactiva de una norma penal más gravosa, sin vulnerar uno de los pilares de nuestro sistema constitucional, como lo es el principio de legalidad, garantía esencial frente a los posibles excesos del poder punitivo estatal.

Si bien la decisión de la CSJN resulta jurídicamente consistente en la defensa de estas garantías, no puede afirmarse aún que el pronunciamiento haya zanjado de manera definitiva el debate. Resta observar si los tribunales inferiores adoptarán este criterio con la misma contundencia o si persistirán interpretaciones divergentes frente a casos análogos. A ello se suma el actual contexto institucional del propio tribunal supremo, cuya legitimidad se encuentra en discusión debido a su integración incompleta y a las tensiones internas que evidencian la incidencia de factores políticos en su funcionamiento.

Por otro lado, cabe señalar que el propio fallo introduce un matiz relevante, vinculado a la declaración de inconstitucionalidad de las normas de prescripción vigentes al momento del hecho. En un pasaje de la sentencia, el tribunal cuestionó que el Superior Tribunal de Entre Ríos no hubiera declarado la inconstitucionalidad, lo que deja abierta la posibilidad de que futuras controversias judiciales vuelvan a poner en discusión este punto.

Por último, es relevante destacar que la CSJN omitió pronunciarse sobre los denominados “juicios por la verdad”, otra solución que muchos tribunales aplican en casos análogos. Este mecanismo permite que en situaciones donde la acción penal se encuentre extinguida por prescripción el Estado continúe investigando los hechos para esclarecer la verdad y garantizar el derecho de las víctimas a ser escuchadas y a obtener una sentencia declaratoria, sin efectos punitivos. Se trata de un mecanismo que la propia CSJN validó en “Funes” para esclarecer las circunstancias de un homicidio. En esa ocasión, remitió a sentencias de la Corte IDH, donde se ordenó a los Estados condenados garantizar el derecho a la verdad, el cual subsiste más allá de la posibilidad de sancionar penalmente un hecho.

En conclusión, el caso “Ilarraz” no solo reafirma la necesidad de equilibrar la protección de las víctimas con las garantías procesales del imputado, sino que también abre un espacio de reflexión sobre los desafíos persistentes del sistema judicial argentino. Si bien la CSJN sentó criterios importantes sobre la prescripción y el principio de legalidad, aún resta observar su implementación por los tribunales inferiores. También continúa pendiente conocer cómo se desarrollarán mecanismos complementarios, como los juicios por la verdad, para garantizar el derecho de las víctimas a ser oídas y obtener un pronunciamiento sobre lo ocurrido. De este modo, el fallo se convierte en una referencia clave, pero también deja en claro que la búsqueda de justicia en los casos de abuso sexual infantil sigue siendo un proceso en construcción, que nos exige una reflexión constante y un esfuerzo considerable para mejorar las respuestas del sistema judicial.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, J. T. (2022). *Debates actuales sobre violencia sexual*. Buenos Aires: Editores del Sur.
- Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH, *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.
- Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C No. 224.
- CSJN. “Ilarraz, Justo José y otros s/promoción a la corrupción de menores agravada por ser encargado de la educación y abuso deshonesto agravado por ser encargado de la educación s/impugnación extraordinaria”, 1 de julio de 2025, *Fallos* 348:611.
- Pinto, M. (1997). El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. Abregú y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto-CELS.
- Núñez, C. D. (2017). *Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica*. Serie: Materiales de Filosofía del Derecho, N.º 2017/02, pp. 1-48.

Extradición. Debido proceso CSJN. “Requerido: Bertulazzi, Leonardo y otros/extradición - art. 52”, 1 de julio de 2025

*Rodolfo Yanzón**

1. Antecedentes del caso

Leonardo Bertulazzi es un italiano de 74 años que se crió en una familia antifascista, se educó en los valores de la resistencia y participó como estudiante y trabajador en el movimiento social surgido en 1969 y en las luchas de la siguiente década en la que se lograron derechos individuales y colectivos, sobre todo derechos laborales. A esa década de reivindicaciones se opuso la clase dirigente italiana, que alentó el bloqueo de las reivindicaciones y la represión sobre la clase trabajadora.

La represión tuvo de protagonistas a fuerzas estatales y a neofascistas como el Movimiento Social Italiano, en el que Giorgia Meloni inició su vida política. Produjeron atentados con centenares de muertos y heridos en bancos, estaciones y formaciones de tren o en concentraciones sindicales, como en Brescia en mayo de 1974. Las investigaciones se dirigieron contra organizaciones de izquierda para generar un clima de tensión, provocar un giro autoritario y criminalizar la militancia, con intentos de golpes de Estado promovidos por sectores económicos y militares. Ello provocó el nacimiento de organizaciones revolucionarias no clandestinas como *Lotta Continua* y *Autonomía Operaia* y otras clandestinas como *Prima Línea* y *Brigate Rosse*.

* Abogado (UBA). Se desempeña como litigante.

Durante los primeros meses de 1980 se produjo la derrota de la clase obrera en las fábricas de Fiat de Turín. Tras 35 días de ocupación, el sindicato firmó un acuerdo que contemplaba el despido de 23.000 obreros sin el consenso de los trabajadores, que no habían votado la propuesta, lo que provocó un vuelco a favor de las fuerzas del capital creando condiciones para imponer el neoliberalismo.

La derrota del movimiento obrero significó, además, el fin de las organizaciones revolucionarias, que padecieron persecución y represión –legislación especial mediante–, el fortalecimiento de las funciones policiales, acusaciones por asociación subversiva, juicio en ausencia y la figura del arrepentido a través de declaraciones obtenidas en sesiones de tortura, con las que se multiplicaron las imputaciones. Seis mil militantes fueron condenados a penas exorbitantes y centenares marcharon al exilio.

Esa legislación especial fue denunciada por Amnistía Internacional, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y otras organizaciones de derechos humanos y fue el motivo por el cual diversos países rechazaron extradiciones, especialmente Francia a partir de la presidencia de Mitterrand. Italia mantuvo por décadas los pedidos de extradiciones de unos doscientos militantes políticos y en abril de 2021 el presidente francés Macron autorizó la de diez, pero el Tribunal de Apelaciones las denegó el 28 de marzo de 2023, lo que fue confirmado por la Corte de Casación porque habían sido declarados culpables en rebeldía sin la oportunidad de defenderse en un nuevo juicio, dado que Italia no brindaba esa garantía.

Ferrajoli dice que por esas normas se creó un derecho especial de policía, como la “Ley Bartolomei” que amplió poderes policiales y reintrodujo el interrogatorio sin presencia de abogados –se había excluido en 1969 y permitió torturas a detenidos para lograr confesiones y arrepentimientos–; la “Ley Reale” de 1975, que facultó a la policía a detener y registrar personas sin orden judicial y la imputación de delitos por simples sospechas; el Decreto N° 99/1974 que duplicó los tiempos de prisión preventiva y en los casos de terrorismo podía llegar hasta doce años; las leyes de 1977 que crearon cárceles especiales y la “Ley Cossiga” de 1980, que redujo la pena para quienes colaboraran con una investigación y amplió la prisión preventiva hasta diez años.

La emergencia penal recrudeció con el asesinato de Aldo Moro, y con él la utilización del término terrorismo en el ordenamiento jurídico, que significó una reducción de derechos en aras de una defensa del orden mediante medidas excepcionales que impregnaron al sistema judicial de fuertes connotaciones policiales transformándolo en una pieza más de la lucha contra la criminalidad.

En sus informes de 1980 y 1981 Amnistía Internacional cuestionó la “Ley Cossiga”, los malos tratos en las cárceles y las prolongadas detenciones en comisarías que generalizaron la aplicación de torturas a los detenidos, y con ello la producción de “arrepentidos” en casos de terrorismo y organización subversiva, y los prolongados períodos de detención preventiva respecto de acusados de actividades subversivas.

En el Informe de 1997 dijo que “seguían abiertos varios procedimientos penales relacionados con presuntas torturas y malos tratos por parte de funcionarios de prisiones” y en el de 2001 agregó que

Salieron a la luz numerosos casos de malos tratos infligidos por agentes de la policía penitenciaria, algunos de ellos constitutivos de tortura, y se recibieron también informes sobre muertes de presos en circunstancias controvertidas [...] en abril el TEDH declaró a Italia culpable de no llevar a cabo una investigación completa y efectiva sobre una denuncia creíble de malos tratos a manos de funcionarios de prisiones de Pianosa presentada en 1993.

El Sr. Bertulazzi abandonó Italia en 1980 como consecuencia de la situación imperante; vivió unos años en El Salvador y llegó a la Argentina con su mujer en junio de 2002. En noviembre de ese año Interpol lo detuvo por una solicitud de extradición italiana por las condenas en un juicio en ausencia por el secuestro del armador Piero Costa por las Brigadas Rojas en enero de 1977 y otra por banda armada hasta septiembre de 1980. Ambas condenas fueron unificadas en la pena de veintisiete años de reclusión y se basaron exclusivamente en declaraciones de arrepentidos. Quedó detenido a disposición de la jueza federal Servini quien, luego de siete meses de detención, decidió que la extradición no procedía porque Italia no garantizaba el ejercicio del derecho de defensa. La Fiscalía apeló ante la CSJN porque no hubo debate oral.

El 7 de octubre 2004 la Comisión Nacional de Refugiados (CONARE) le reconoció estatus de refugiado y entre las causales objetivas se mencionaron las sentencias condenatorias en ausencia, las leyes de emergencia, la legislación penitenciaria y la persecución política por parte de Italia. Como acto declarativo humanitario e imparcial, se es refugiado desde el instante en que existen las causales por las que el estatus fue reconocido.

El 29 de noviembre de 2005 la CSJN revocó la resolución de la jueza argumentando que debían agotarse los pasos procesales establecidos en el artículo 30 de la Ley N° 24767. El 20 de marzo de 2006 el Juzgado archivó las actuaciones como consecuencia de la decisión de la CONARE, aunque entendió que quedaban suspendidas en lugar de finalizadas.

El 26 de junio 2024 Italia solicitó la detención del Sr. Bertulazzi con miras a extradición y el Ministerio de Relaciones Exteriores la judicializó el mismo mes. El 29 de agosto de 2024 la CONARE resolvió el cese del estatus de refugiado como consecuencia de las negociaciones entre Giorgia Meloni y Javier Milei. Ese día la jueza detuvo al Sr. Bertulazzi, a pesar de la vigencia de la protección internacional, porque entendió que la decisión administrativa implicaba que dejaba de ser refugiado para ser solicitante de refugio, configurando una arbitrariedad de gravísimas consecuencias jurídicas.

El pedido de detención fue tramitado por el gobierno italiano entre el 25 y el 28 de junio de 2024, dos meses antes de la decisión de la CONARE, por lo que a esa fecha el refugio ni siquiera había sido cuestionado, cuando el artículo 20 de la Ley N° 24767 establece que si la persona requerida fuera refugiada y el pedido de extradición proviniese del Estado que motivó el refugio, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe devolver la requisitoria sin más trámite.

El pedido de Italia se realizó el mismo día en que tuvo lugar la entrevista de la CONARE con el Sr. Bertulazzi, citado con el argumento de revisar su estatus, aunque no se le informaron los motivos.

La nota de la agencia ANSA del 3 de marzo de 2025 sobre el encuentro del ministro de Justicia italiano, Carlo Nordio, con su homólogo argentino, “Giro copernicano en las relaciones”, reporta que trataron el caso y que Nordio agradeció, mientras que su par argentino afirmó que “encontramos muchísimos casos de refugiados que no merecían el status de refugiados”.¹

Otros medios informaron que Nordio fue el artífice del rechazo a la extradición desde Italia de Franco Reverberi, sacerdote acusado por crímenes de lesa humanidad, a pesar de que había sido autorizada por el Tribunal de Apelación de Bolonia.² Episodios de este tipo evidencian diferentes baremos y reflejan la falta de reciprocidad que estipula el artículo 1 del Convenio de Extradición entre ambos Estados (Ley N° 23719) y el artículo 3 de la Ley N° 24767.

El diario *L'Unitá* del 13 de septiembre de 2024 relató que una de las firmantes del cese

Recién nombrada al frente de la CONARE a propuesta del ministro del Interior del gobierno de Milei, ‘recibió un llamado que la puso entre la espada y la pared. El presidente de la República, Javier Milei, le pidió, o tal vez le ordenó, que revocara de inmediato la condición de refugiado de Leonardo Bertulazzi’ [...] tenía dos opciones: ignorar el pedido, respetando así los pactos internacionales firmados por el país y haciendo honor a su pasado como académica especializada en refugiados y migraciones internacionales, con una trayectoria de 16 años como responsable de asuntos internacionales de la Dirección Nacional de Migraciones [...] o respetar la orden presidencial, echando por la borda su carrera y su previsible paso a un puesto directivo en ACNUR o a un cargo diplomático en Naciones Unidas.³

El periódico resalta el “feroz revanchismo anticomunista y el deseo de proteger criminales de las dictaduras sudamericanas” y alude a declaraciones del jefe de Gabinete del Ministerio de Seguridad, Carlos Manfroni: “el Ministerio de Seguridad, a cargo de Patricia Bullrich, ha tomado la decisión de no proteger más de la extradición a los ex terroristas”. Al final de la entrevista Manfroni reveló la estrategia del acuerdo:

En 2004, explica, no fue extraditado porque había sido condenado en Italia. Pero según el tratado de extradición entre Argentina e Italia, si Italia está dispuesta a ofrecer un nuevo juicio en lugar de utilizar la antigua sentencia, Bertulazzi puede ser extraditado y creo que éste, al final, será el instrumento que se utilizará. Sin embargo, en Italia no existe ninguna norma que prevea un nuevo juicio después de que se haya dictado una sentencia firme.⁴

1 Recuperado de https://ansabrasil.com.br/americalatina/noticia/politica/2025/03/03/ministro-justicia-italiano-nordio-en-buenos-aires_857493c1-16b2-4859-b25a-49dbadf679bc.html

2 Conf. <https://www.infobae.com/sociedad/2024/01/13/negaron-la-extradicion-desde-italia-de-franco-reverberi-el-sacerdote-acusado-por-crime-nes-de-lesa-humanidad/> y The Guardian, <https://www.theguardian.com/world/2024/jan/12/italy-refuses-extradite-priest-argentina-crimes-humanity>.

3 Recuperado de <https://www.unita.it/2024/09/13/trattativa-segreta-tra-meloni-e-milei-lex-br-bertulazzi-in-cambio-del-prete-di-videla/>

4 *Ibidem*.

Como fruto de un acuerdo entre dos gobiernos autócratas se fomenta la persecución política y se avasalla la Convención Internacional de Refugiados. Las cesaciones del estatus de refugiado son infrecuentes porque los Estados deben respetar la seguridad y estabilidad de los refugiados: “[l]os Estados generalmente no han realizado revisiones periódicas de casos individuales sobre la base de cambios fundamentales en el país de origen. Estas prácticas reconocen que el sentido de estabilidad de un refugiado debe ser preservado tanto como sea posible” (ACNUR, 2003: párr. 3). La invocación de la práctica no es anecdótica ya que debe tenerse en cuenta a los fines de la interpretación de los tratados.

La cesación por cambios en el país que provocó las causales objetivas “sólo opera cuando los cambios ocurridos resuelven las causas del desplazamiento que dio lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado” (*Ibidem*: párr. 10). El Estado debe demostrar que cualquier cambio en las condiciones del país de origen remueve la base del temor de persecución del refugiado (Kneebone y O’Sullivan, 2011). Si se ha identificado “una causa específica de temor de persecución”, es la eliminación de esta causa la que más peso tiene; debe desaparecer la “base de la persecución” (ACNUR, 2003: párrs. 11 y 17). Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁵

La desaparición de circunstancias objetivas que permitan el cese del estatus de refugiado se vincula a medidas como “las declaraciones de amnistía, la derogación de legislación represiva, la anulación de sentencias dictadas contra opositores políticos y el restablecimiento de protección legal y garantías” (Goodwin-Gill y McAdam, 2007: 140-141).

Las condenas en ausencia contra el Sr. Bertulazzi dispuestas por aplicación de las leyes de emergencia y el régimen de cárcel dura fueron parte de las circunstancias objetivas por las que se reconoció su estatus de refugiado. No fueron cuestionadas por la resolución de la CONARE del 29 de agosto de 2024 –a las que tildó de autoritarias y fascistas–, ni tenidas en cuenta en sede judicial.

Al día de hoy, el Sr. Bertulazzi mantiene la protección internacional, que es una derivación lógica de las pautas de aplicación e interpretación de los derechos reconocidos a refugiados y solicitantes. La condición de solicitante de refugio se extiende en todo el procedimiento hasta la existencia de una decisión firme. Si esta es una regla clara sobre el alcance de los recursos para los solicitantes de refugio, con mayor razón es una regla para aquellos supuestos en los que existió un reconocimiento

Refuerza esta afirmación la regla básica de que los recursos judiciales deben ser, además de adecuados e idóneos, efectivos. En materia de derechos de los refugiados significa que puedan resguardar la vigencia del principio de no devolución, bajo riesgo de desnaturalizar el núcleo mismo de la protección internacional de los artículos 22.7 y 22.8 de la CADH, 3 de la Convención contra la Tortura y 33 de la Convención de Ginebra de 1951.

Todo lo contrario a lo acaecido en el proceso de extradición del Sr. Bertulazzi, en el que no solo se judicializó un pedido de Italia que debió ser rechazado *in limine*, sino que se avanzó hasta el dictado de

5 Salahadin Abdulla and Others v. Bundesrepublik Deutschland, C-175/08, C-176/08, C-178/08 and C-179/08, European Union: Court of Justice of the European Union, 2 de marzo de 2010, párrs. 69/73.

una sentencia el 7 de marzo de 2025, vulnerando normas internacionales y disposiciones del derecho argentino, en particular los artículos 7 y 15 de la Ley N° 26165 y 20 de la Ley N° 24767.

Adicionalmente, el principio *pro homine* establece que se debe acudir a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos. La Corte IDH lo identificó como “principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones”, central en la protección de refugiados:

[si] bien los procesos de extradición son mecanismos de cooperación internacional entre Estados en materia penal, la Corte reitera que en los mismos deben observarse las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, en la medida en que sus decisiones pueden afectar los derechos de las personas ... En particular, en los procedimientos de extradición deben respetarse determinadas garantías mínimas del debido proceso, teniendo en cuenta los aspectos políticos y jurídicos de dichos procesos (Corte IDH, 2015: párr. 200).

La regla de los artículos 15 de la Ley N° 26165 y 20 de la Ley N° 24767 está dirigida a la procedencia de la extradición y alcanza a las medidas cautelares como el arresto, pues, de lo contrario, se violaría el derecho a la libertad. Así, las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores no debieron darle curso al pedido de Italia, sobre todo porque las constancias del trámite de extradición daban cuenta que antes de la decisión del cese de la CONARE, las autoridades administrativas y judiciales habían desarrollado actividades para impulsar el proceso de extradición en contradicción con los artículos antes aludidos.

El caso fue indebidamente judicializado, se desconocieron normas elementales del derecho internacional de los refugiados y se privó al refugiado indebidamente de la libertad a pesar de la protección internacional al autorizarse una extradición con riesgos sobre el principio de no devolución.

En la sentencia dictada por la jueza Servini no se analizó la vigencia del refugio ni se tuvo en cuenta el carácter persecutorio, las leyes de excepción ni el régimen penitenciario, que fueron causales objetivas para reconocer el refugio. Tampoco las manifestaciones de la ministra Patricia Bullrich en su cuenta X:

Detuvimos a un terrorista ex Brigadas Rojas de Italia. Leonardo Bertulazzi había formado parte de la banda que secuestró y asesinó al ex primer ministro italiano Aldo Moro. Gracias a un trabajo conjunto de la Policía Federal y la Agregaduría Policial de Italia, con un profundo trabajo de inteligencia del Ministerio de Seguridad, la DNIC, el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior, lo atrapamos. Se le terminaron los años de impunidad a este peligroso delincuente. En esta Argentina liderada por el Presidente @JMilei, el que las hace las paga.⁶

6 Recuperado de <https://x.com/PatoBullrich/status/1829295428094853260?lang=es>

De ese mensaje surge con claridad el ánimo persecutorio de ambas administraciones, sin ahorrarse falsedades como la del caso Moro, que no guarda relación con el Sr. Bertulazzi, y divulgar que por una supuesta tarea de inteligencia se halló a un terrorista –en realidad, un refugiado–, cuando su domicilio era conocido por las autoridades argentinas desde hace más de veinte años. De hecho, cuatro meses antes el Sr. Bertulazzi había sido notificado en ese domicilio.

Para conceder la extradición y cambiar su anterior criterio, la jueza se basó en una nota de la Fiscalía italiana que sostuvo que, a partir de cambios en la legislación procesal, el Sr. Bertulazzi podría tener otro juicio para ejercer su derecho de defensa. Según el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio de Extradición firmado con la República Italiana, “[c]uando una Parte solicite la extradición de una persona condenada *in absentia* a la otra Parte, la parte requerida denegará dicha extradición si, en su opinión, no se han respetado los requisitos mínimos de defensa garantizados a toda persona”.

En el primer proceso la Fiscalía sugirió una posible revisión si el Sr. Bertulazzi aportaba nuevos elementos, pero se lo consideró prófugo porque tuvo conocimiento de los procesos, lo que impide obtener un nuevo juicio. La situación no varió desde entonces, a pesar de que en la sentencia la jueza aludió a la nota del 9 de septiembre de 2024 de la Fiscalía de Génova sobre la posibilidad de recurrir la condena una vez que el requerido sea entregado, porque la ley procesal actual es acusatoria y, por lo tanto, existiría la posibilidad de repetir el juicio y de incorporar nuevas evidencias.

La jueza sostuvo que, sin oposición del fiscal, el juez no tendría motivos para oponerse y el requerido contaría con treinta días a partir de su entrega para solicitarlo.

El primer asunto es desde cuándo comienza a correr ese plazo y fue la propia Fiscalía de Génova la que en su pedido de noviembre de 2002 dijo que el Sr. Bertulazzi se sustrajo voluntariamente a la orden privativa de libertad descartando que su ausencia haya sido involuntaria. El segundo es que no existe pronunciamiento jurisdiccional que permita dar garantías de que, de ser enviado a Italia, el Sr. Bertulazzi podrá solicitar la restitución de plazos y, eventualmente, ejercer de modo efectivo su derecho de defensa. Por el contrario, solo existe una opinión de la Fiscalía de 2024 que se contradice con la brindada en 2002, dado que la actual ley procesal establece que solo podrá contar con la devolución del plazo para apelar cuando no haya sido declarado prófugo (nótese que se habla de apelación y no de nuevo juicio).

Para el sistema judicial italiano es importante si la persona tuvo conocimiento de las sentencias dictadas en ausencia y si fue puesta en libertad, lo que le habría permitido ejercer sus derechos. Si bien en este caso el primer pedido de extradición finalizó por el reconocimiento del refugio, el Sr. Bertulazzi quedó en libertad cuando la jueza rechazó el pedido de extradición en 2003. Entonces, para las autoridades judiciales italianas esa es la fecha en la que estaba en condiciones de solicitar la restitución de los plazos, por lo que no tendría ninguna posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

Al respecto, dijo la CSJN que

[e]l orden público internacional argentino, enriquecido a la luz de los principios contenidos en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, continúa reaccionando frente a una condena criminal extranjera dictada *in absentia*, cuando resulta que el condenado no gozó de la posibilidad de tener efectivo conocimiento del proceso en forma oportuna a fin de poder ejercer su derecho a estar presente y ser oído (CSJN, 2000a y 2018, entre otros).

Otra cuestión que afecta derechos humanos esenciales y que indica, además, el carácter persecutorio, es la del régimen de “cárcel dura” que no fue modificado en lo relevante y continúa aplicándose al día de hoy, donde son alojados los presos por hechos similares.⁷

El Consejo de Europa sostuvo que la normativa italiana viola la Convención contra la Tortura y el CEDH en 2018 y 2019 en los casos *Cospito*, *Provenzano* y *Viola* porque es incompatible con la dignidad humana, priva a las personas de su libertad, sin trabajar por su rehabilitación y sin posibilidad de recuperar su libertad. El informe del Consejo de Europa de 2019 cuestiona las llamadas “zonas restringidas”, es decir, el aislamiento total de otros reclusos del 41-bis y la falta de intimidad en los aseos.⁸

El artículo 7 de la Ley N° 26165 contiene definiciones concretas y específicas sobre el principio de no devolución, que involucra el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, incluido el derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El legislador integró distintas fuentes del derecho internacional de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario vinculadas con este principio que, además, tiene carácter de norma del derecho internacional consuetudinario, de acuerdo con el ACNUR y la Corte IDH (Corte IDH, 2018).

A todo ello se agrega que, de acuerdo con el tratado vigente entre Italia y la Argentina, aprobado por Ley N° 23719, los hechos se encuentran prescriptos según la ley doméstica. Sin embargo, para autorizar la extradición la jueza entendió que las sentencias en ausencia interrumpían el plazo de prescripción, criterio contrario al de la Corte Suprema (CSJN, 2000b).

7 Véase: Amnistía Internacional, “Alfredo Cospito: A Buon Diritto, Amnesty International Italia e Antigone chiedono al ministro Nordio la revoca del 41-bis”, 01/02/2023, recuperado de <https://www.amnesty.it/alfredo-cospito-a-buon-diritto-amnesty-international-italia-e-antigone-chiedono-al-ministro-nordio-la-revoca-del-41-bis/>; Swissinfo, “El 41 bis, la cárcel “dura” que enfrenta a los italianos por el caso Cospito”, 01/02/2023, recuperado de <https://www.swissinfo.ch/spa/el-41-bis-la-c%3%A1rcel-dura-que-enfrenta-a-los-italianos-por-el-caso-cospito/48251468>; Emol, “41 Bis”: Cómo es el cuestionado régimen de “cárcel dura” que ocupa Italia para jefes de la mafia y otros peligrosos criminales, 16/01/2023, recuperado de <https://www.emol.com/noticias/Internacional/2023/01/16/1083987/italia-carcel-dura-bis41-mafiosos.html>; Perfil, “41-Bis, el “inhumano” régimen de aislamiento al que es sometido el Capo de la Cosa Nostra siciliana”, 19/01/2023; recuperado de <https://www.perfil.com/noticias/internacional/41-bis-regimen-inhumano-aislamiento-sometido-capo-cosa-nostra-siciliano.phtml> <https://www.refworld.org/reference/annualreport/amnesty/2003/en/24216>

8 Recuperado de <https://europa.today.it/fake-fact/41bis-tortura-cedu-consiglio-europa.html>

2. La sentencia de la CSJN y sus consecuencias

El 1º de julio de 2025 la CSJN confirmó la sentencia dictada por la jueza Servini. Aclaró que lo resuelto no implicaba abrir juicio sobre “el reclamo de la pérdida del estatus de refugiado” y que el resto de los agravios (prescripción de la acción, juicios en ausencia que impiden el ejercicio del derecho de defensa y régimen cárcel dura) habían sido contestados por la Procuración General de la Nación, que, en líneas generales, reiteró lo dicho en la sentencia recurrida.

Vale la pena destacar que el dictamen de la Procuración data del 24 de junio de 2025, lo que implica que en escasos cuatro días la CSJN decidió no analizar la vigencia del estatus de refugiado ni los planteos de la defensa, sumándose al acuerdo de dos gobiernos autócratas.

Con posterioridad, el 7 de agosto de 2025, la CSJN rechazó un recurso de queja presentado por el Estado nacional en los autos “Bertulazzi, Leonardo c/Vicejefatura de Gabinete del Interior s/recurso directo”, por el que solicitaba la aplicación del DNU N° 942/2024 y que el caso tramitase directamente ante la Cámara de Apelaciones. Sin embargo, en sus considerandos la CSJN deslizó que el proceso podía tramitarse como sumarísimo, lo que finalmente sucedió el 9 de octubre de 2025, fecha en la que el Juzgado de primera instancia rechazó la demanda del Sr. Bertulazzi, previa declaración del caso como de puro derecho.

Para finalizar quiero señalar que al momento de este comentario el caso se hallaba a estudio de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y la Convención para el Estatuto de los Refugiados en serio peligro de ser arrojada a algún arcón de los recuerdos, para beneplácito de quienes buscan instaurar Estados gendarmes con fuertes improntas autoritarias.

Referencias bibliográficas

- ACNUR (2003). Directrices sobre protección internacional: Cesación de la condición de refugiado bajo el artículo 1C (5) y (6) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Las cláusulas de “desaparición de las circunstancias”), HCR/GIP/03/03.
- Corte IDH. *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297.
- Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25.
- CSJN (2000a). “Meli, José Osvaldo s/infracción ley 1612”, *Fallos* 323:892.
- CSJN (2000b). “Fabbrocino, Mario s/pedido de extradición”, *Fallos* 323:3699.
- CSJN (2018). “Maggioni Roberto s/extradición”, *Fallos* 341:223.
- Goodwin-Gill, G. y McAdam, J. (2007). *The refugee in international law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kneebone, S. y O’Sullivan, M. (2011). Article 1(C). En A. Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, pp. 481-535.

Pueblos indígenas. Derecho a la consulta. Derechos políticos

Corte IDH. Caso Pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de abril de 2024. Serie C No. 522

*Por María Luisa Acosta**

1. Introducción

El caso que aquí se comenta se refiere a hechos vinculados al reconocimiento y disfrute de la propiedad colectiva de varias comunidades indígenas y tribales o afrodescendientes, a la consulta sobre el proyecto del Gran Canal Interoceánico por Nicaragua (en adelante, GCIN), y a la elección de autoridades o representantes comunitarios.

La Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación de diversos derechos protegidos por la CADH en perjuicio de nueve comunidades que integran el territorio rama y kriol (en adelante, TRK), de la Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields (en adelante, CNCIB) y de algunos de sus miembros, con respecto a la tramitación de acciones de *habeas corpus*.

Al momento de someter el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana, el 26 de noviembre de 2021, la CIDH había establecido que el Estado: a) ejerció una indebida interferencia en la designación de autoridades y representantes comunales y territoriales de la CNCIB y de nueve comu-

* Abogada (Universidad Externado de Colombia). Maestra en Recursos Naturales y Medioambiente (Universidad de Barcelona). Juris doctor y maestra en Derecho Comparado (Universidad de Iowa). Coordinadora del Centro de Asistencia Legal a Pueblos Indígenas (CALPI). Fue profesora asociada en la Universidad Centroamericana y presidenta de la Academia de Ciencias de Nicaragua.

nidades que integran los pueblos rama y kriol; b) emitió un título sobre la propiedad comunitaria de la CNCIB por una extensión menor a la que había sido inicialmente constatada, sin motivación suficiente y luego de un procedimiento administrativo que sufrió demoras injustificadas y en el que la comunidad no fue debidamente oída; c) pese a una demora de más de 14 años, por la que no consta justificación, no concluyó el proceso de saneamiento del territorio de las comunidades rama y kriol y, en relación con ello, no previno ocupaciones de tierra por parte de “colonos”, personas ajenas a las comunidades; d) no realizó de forma adecuada una consulta previa, libre e informada a las comunidades rama y kriol y la CNCIB en relación con el GCIN; e) brindó una respuesta inadecuada a distintas acciones judiciales; y f) no realizó acciones de prevención necesarias respecto al impacto ambiental generado por actividades de los colonos y omitió la realización de estudios de impacto ambiental y social en forma oportuna en relación con el GCIN; es decir, de manera previa al otorgamiento de las concesiones para el desarrollo del proyecto.

Así, la Corte IDH, a la luz de las pruebas presentadas, analizó la vulneración por parte del Estado de Nicaragua de diversos derechos protegidos en los artículos 7.1 y 7.6, 8.1, 21, 23, 25.1 y 26 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado.

2. Hechos del caso

El territorio rama y kriol está conformado por nueve comunidades, de las cuales seis son comunidades del pueblo rama, un pueblo indígena originario de Nicaragua, cuyas comunidades son: Rama Cay, Wirning Kay, Bangkukuk Taik, Tiktik Kaanu, Sumu Kaat e Indian River, y las otras tres comunidades son las comunidades afrodescendientes kriol de: Monkey Point, Corn River y Graytown y su territorio titulado tiene una extensión de 406.849,30 hectáreas y la plataforma continental del mar Caribe y algunos cayos pequeños, que suman 441.308 hectáreas (Corte IDH, 2024: párr. 42). El territorio del TRK fue titulado en el año 2009 por el Estado con un “Título de Pleno Dominio sobre la Propiedad Comunal” reconociendo, “en forma colectiva”, los derechos de “dominio, posesión, ocupación y usufructo”, pero sin que aún se haya realizado el proceso de saneamiento –la definición de potenciales derechos de terceros en el territorio titulado– establecido por la Ley N° 445 (*Ibidem*: párrs. 46 y 47).

La CNCIB es la comunidad afrodescendiente más numerosa de Nicaragua y su desarrollo histórico se vincula al sincretismo de las sociedades indígenas y afrodescendientes en la costa Caribe, que se inició en el año 1640. Según el censo poblacional de 2005, cuenta con una población superior a 35.000 habitantes y el territorio tradicional reclamado por la CNCIB comprende un área terrestre de 2.004.952,812 hectáreas y un área marina de 114.696,445 hectáreas. Aunque el proceso de titulación se inició en el año 2006, el título fue emitido en 2016 con un área de tan solo el 8% del área aprobada por la Comisión Nacional de Demarcación y Titulación (en adelante, CONADETI) (*Ibidem*: párrs. 43 y 44).

Las comunidades rama y kriol y la CNCIB ejercen en su mayoría una economía de subsistencia dependiente de los recursos naturales de sus territorios compartidos de manera tradicional y colectiva.

Viven de la agricultura para el autoconsumo, de la caza, pesca y recolección de moluscos (*Ibidem*: párr. 45), por lo que mantener su relación cultural y espiritual con su territorio tradicional es esencial para su existencia como pueblos.

En el año 2013 se aprobó la Ley N° 840 que otorgaba a la Empresa Hong Kong Nicaragua Canal Development (en adelante, HKND) la concesión por un período de 50 años, prorrogables por el mismo tiempo, para la construcción del GCIN, un canal húmedo de 286 km de longitud –tres veces lo que mide el canal de Panamá–, que uniría el Mar Caribe con el Océano Pacífico de Nicaragua.¹ La concesión fue otorgada sin consultar a las comunidades del TRK y de la CNCIB a pesar de que el 52% de la ruta del GCIN atravesaría ambos territorios.

Antes de la emisión de la Ley N° 840, también en 2013, el Consejo Regional Autónomo Atlántico Sur (en adelante, CRAAS), cuerpo legislativo de la Región Autónoma de la Costa Caribe Sur (en adelante, RACCAS), aprobó la autorización al Estado a la concesión del GCNI, y en 2014, el Gobierno anunció la ruta del GCIN que atravesaría el territorio rama y kriol.

En 2016 la Asamblea del Gobierno Territorial Rama y Kriol aprobó un Convenio de Consentimiento para arrendar 263 km² del territorio por tiempo indefinido a favor de la Comisión Gubernamental a cargo del GCIN. Algunos de los miembros del gobierno de los pueblos rama y kriol denunciaron públicamente que habían sido presionados para firmar el acta de aprobación del convenio. En este contexto, los representantes de las comunidades presentaron 19 acciones judiciales alegando su inconstitucionalidad ante el sistema judicial nicaragüense, que no tramitó algunos casos, demoró injustificadamente la resolución de otros o negó el amparo a los querellantes.

Aunque el Estado de Nicaragua participó en todos los procedimientos del Caso de los Pueblos Rama y Kriol y de la CNCIB realizados entre 2013 y 2021 ante la CIDH incluyendo una audiencia pública realizada el 5 de marzo de 2020, ante la Corte IDH se negó a participar bajo los siguientes argumentos: “conden[ó] toda expresión de intervención en los asuntos de [la] Nación, que pretendan minar [la] institucionalidad y andamiaje legal [del Estado]” y rechazó lo que consideró una “manipula[ci]ón” y “mal uso” de los “procesos de defensa de los [d]erechos [h]umanos” (*Ibidem*: párr. 13).

Como el Estado no designó agentes para el caso, la Corte IDH impulsó el proceso de oficio hasta su finalización. Aunque la Sentencia fue emitida el 1 de abril de 2024, la Corte IDH la dio a conocer recién el 18 de noviembre de 2024. Curiosamente, antes de que se diera a conocer la sentencia, el 8 de mayo de 2024 el Estado derogó la Ley N° 840, que había otorgado la concesión del Gran Canal Interoceánico por Nicaragua en 2013 a la Empresa HKND.

¹ Según el artículo 2 de la Ley N° 840, el proyecto consiste en el diseño, desarrollo, ingeniería, acuerdos de financiación, construcción, propiedad, posesión, operación, mantenimiento y administración de: 1.- Un canal que uniría un puerto de aguas profundas en el Mar Caribe con las costas del Pacífico denominado “El Gran Canal Interoceánico de Nicaragua”; 2.- Un puerto en la Costa Caribe de Nicaragua; 3.- Un puerto en la Costa del Pacífico de Nicaragua; 4.- Un oleoducto que conecte la Costa Caribe con el Pacífico de Nicaragua; 5.- Un canal seco, o vía ferroviaria, que conecte la Costa Caribe con el Pacífico de Nicaragua; 6.- Una zona de libre comercio en el Caribe; 7.- Una zona de libre comercio en el Pacífico; 8.- Un aeropuerto internacional; 9.- La infraestructura adicional que requieran los otros Proyectos; y 10.- Un Proyecto Global para asegurar la integración y coordinación de todos los Sub Proyectos.

3. Análisis de la sentencia

3.1. La indebida interferencia en la designación de autoridades y representantes comunales y territoriales, afectación de los derechos políticos –el derecho a la autodeterminación– y al derecho a participar de la vida cultural

En sus conclusiones, la Corte IDH tomó en cuenta, en primer lugar, que la señora Nora Magdalena Newball Crisanto fue electa como autoridad comunitaria de la CNCIB en 2013 por medio de una asamblea comunal y, a pesar de que no consta que hubiera existido algún acto judicial o de otra índole que desvirtuara la validez de la certificación emitida por el CRACCS sobre tal elección, en 2014 se realizó una nueva elección que desplazó a la señora Newball del ejercicio del cargo, lo que afectó el ejercicio de la autonomía comunitaria en cuanto a la indebida interferencia en la designación de autoridades y representantes comunales y territoriales de la CNCIB (*Ibidem*: párrs. 138 y 139).

En segundo lugar, en 2007 la señora Dolene Patricia Miller Bacon fue electa representante *étnica del pueblo* creole ante la CONADETI y en 2012 vocal de su Junta Directiva. Sin embargo, no fue convocada por la CONADETI a la reunión celebrada el 26 de marzo de 2015, en la que se tomaron acuerdos relevantes sobre la titulación de la tierra de la CNCIB. En su lugar, intervino como tercer vocal el señor R. M. La Corte Suprema de Justicia de Nicaragua en su sentencia No. 610 se pronunció sobre la cuestión, y destacó que la intervención del señor R. M. tuvo por base su elección como coordinador de la CNCIB en 2014. Sin embargo, la posición de la señora Miller Bacon en la CONADETI no se debía a su filiación a la CNCIB sino al nombramiento de los pueblos creoles para su representación, por lo que la intervención del señor R. M. fue también una indebida injerencia estatal en la autonomía comunitaria (*Ibidem*: párr. 140).

Así, la Corte IDH estableció que la CNCIB se vio afectada en su derecho a designar en forma autónoma sus representantes y la señora Miller Bacon en su derecho a ejercer esa representación. Tales vulneraciones incidieron en el derecho de la CNCIB a ser oída en el procedimiento administrativo relativo al reconocimiento de su propiedad comunitaria (*Ibidem*: párr. 141). Por ende, el Estado vulneró los derechos políticos y el derecho a participar en la vida cultural de la CNCIB y de la señora Miller Bacon (*Ibidem*: párr. 147).

Además, la Corte IDH encontró al Estado responsable por la violación de los derechos políticos que, para los pueblos indígenas y afrodescendientes en su calidad de sujetos de derecho internacional, constituye el derecho a la autodeterminación, y en el presente caso, lo relativo a la libre elección de las autoridades propias o representantes (art. 23 CADH); así como el derecho a participar de la vida cultural (art. 26 CADH) y la garantía de no discriminar establecida en el artículo 1.1 del tratado en perjuicio de la CNCIB, de las comunidades del TRK y de la señora Miller Bacon (*Ibidem*: párrs. 123, 124 y 530).

En tercer lugar, el 9 de diciembre de 2018, se realizó una elección de la Asamblea del Gobierno Territorial Rama y Kriol (en adelante, GTR-K), en la cual se eligió una Junta Directiva presidida por Princess Dyann Barberena Beckford y las autoridades del CRACCS se negaron a certificar la elección (*Ibidem*: párr. 142). La Corte IDH consideró que la conducta del CRACCS, al negarse a certificar autoridades electas, constituyó una injerencia indebida en la autonomía comunitaria. El ejercicio de tal control menoscabó la autonomía de la autoridad territorial del GTR-K, pues implicó que las determinaciones de este sobre ámbitos propios, como la designación de sus autoridades, quedaron supeditadas a una convalidación externa. Por ello, concluyó que se produjo una lesión al derecho a designar a las propias autoridades y representantes de las comunidades que integran el TRK y que conforman el GTR-K (*Ibidem*: párr. 143).

3.2. Falta de una adecuada consulta previa, libre e informada y la violación el derecho a un medio ambiente sano

Con respecto a las Leyes N° 800 y N° 840, la Corte IDH sostuvo que los Estados deben garantizar los derechos de consulta y participación de pueblos indígenas y afrodescendientes desde las “fases de planeación” de un proyecto o desde antes de la aprobación de una ley que pueda afectarlos; además, los Estados tienen la obligación de abstenerse de adoptar leyes o cualquier medida incompatible con la CADH, que establece la necesidad de consulta y participación hasta alcanzar el CLPI (*Ibidem*: párr. 244).

En cuanto a la Resolución N° 703-23-05-2013 del CRACCS, que avaló el proyecto del GCIN, la Corte IDH consideró que, al no poderse inferir del texto de tal Resolución que hubo una evaluación del entonces proyecto de la Ley N° 840 o un proceso informado de discusión interna en las comunidades indígenas y afrodescendientes que podrían verse afectadas –lo que tampoco fue desvirtuado por el Estado–, no se cumplió con la carga de acreditar la realización de un proceso de consulta adecuado (*Ibidem*: párr. 245). Por ende, concluyó que el Estado incumplió el deber de garantizar el derecho de consulta desde las fases de “planeación del proyecto” (*Ibidem*: párr. 247).

Las autoridades indígenas y afrodescendientes de los pueblos rama y kriol y de la CNCIB consideraron esencial el sometimiento del caso a la Corte IDH, debido a la falta de remedios internos efectivos en el sistema judicial nicaragüense; ya que entre 2012 y 2020 las autoridades de estos pueblos presentaron 19 recursos de amparo y habeas corpus, sin obtener resultados favorables ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.

Por ejemplo, presentaron el 1 de julio de 2013 una acción de “amparo por inconstitucionalidad” en contra del presidente de la República de Nicaragua y del presidente de la Asamblea Nacional por la sanción de la Ley N° 840, alegando que se habían violado de sus derechos al “consentimiento libre, previo e informado [...] propiedad [...] y el acceso a los recursos naturales sobre las tierras tituladas” (*Ibidem*: párr. 293). La CSJ dictó la Sentencia N° 30, el 10 de diciembre de 2013, declarando “no ha lugar el recurso”. La CSJ, entre sus consideraciones, indicó que el CRACCS había brindado su autorización para el GCIN por medio de la Resolución N° 703-23-5-2013 y señaló que ello implicaba la interven-

ción de una autoridad legítima “únic[a] con la representatividad y competencia para emitir resoluciones”. Aseveró que los recurrentes actuaban en calidad de “autoridades comunales de los Municipios”, por lo que no debían ser consultados (*Ibidem*: párr. 293).

Por su parte, la Corte IDH, citando el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, ratificado por Nicaragua en 2010, reiteró que las consultas deben hacerse directamente a los pueblos indígenas y afrodescendientes:

mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles”. Las “instituciones representativas” son las de “los pueblos” [...] a través de sus instituciones representativas [...] No cabe confundir esto con la participación que tales pueblos, a través de representantes, puedan tener en órganos estatales. Tal tipo de participación no suple ni reemplaza las obligaciones estatales respecto a la consulta previa. Por ello, el derecho a la consulta no puede entenderse satisfecho por la intervención del CRACCS, aun cuando tal organismo está integrado por representantes de las comunidades indígenas o afrodescendientes (*Ibidem*: párr. 301).

De tal manera, concluyó que la Sentencia N° 30 de la CSJ violentó el derecho a la consulta previa a las comunidades del TRK y de la CNCIB y, de esta manera, el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo establecido en el artículo 25.1 de la CADH.

La Corte IDH advirtió la sospecha de falta de objetividad e imparcialidad derivadas de las declaraciones públicas de un magistrado de la CSJ, realizadas antes de la emisión de la Sentencia N° 30, en las cuales destacó la importancia del proyecto del GCIN descalificando las críticas, incluso jurídicas, mostrando así un prejuicio favorable al proyecto; tal prejuicio es también razonablemente aplicable a la conceptualización de las autoridades comunales, que presentaron la acción judicial, que hace el magistrado, “como un grupo de “gente” que había sido “metida” por partidos de oposición. Estas aseveraciones denotan un sesgo discriminatorio respecto de personas y líderes de comunidades indígenas y tribales, pues ponen en tela de juicio la legitimidad del reclamo por sus derechos (*Ibidem*: párr. 304).

Otro ejemplo lo constituye el caso de la señora Newball Crisanto cuando hizo una solicitud formal a la CSJ el 20 de marzo de 2014 para ser oída en un recurso de amparo en el que se retaba su calidad de coordinadora de la CNCIB. Su solicitud no le fue negada ni aceptada formalmente, y se emitió una decisión el 27 de agosto de 2014, que, a pesar de varias solicitudes de información al respecto, le fue comunicada más de cinco años más tarde. Por lo que la Corte IDH estableció que constituyó una vulneración al derecho a la protección judicial de la CNCIB y de la señora Newball (*Ibidem*: párr. 310).

Es pertinente señalar que el presidente de la República continúa insistiendo en que el GCIN todavía forma parte de la agenda estatal nacional (Divergentes, 2024). Por lo que la Corte IDH ordenó al Estado:

garantizar que cualquier acto normativo que pudiera adoptar en relación con el proyecto de un canal interoceánico, o sub- proyectos, obras o actividades asociadas a él, que puedan tener impacto en el territorio rama y kriol y/o en el territorio de la Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields sea precedido de un proceso de consulta libre, previa e informado que resulte adecuado, de conformidad a las pautas indicadas en la presente Sentencia (*Ibidem*: párrs. 484, 485 y 530).

Además, estableció que supervisará el pleno cumplimiento de la sentencia hasta que finalice el proceso de la titulación, demarcación, delimitación y saneamiento del territorio de la CNCIB y saneamiento del TRK, proceso que deberá realizarse a través de sus autoridades o representantes legítimos, designados de forma autónoma, sin injerencias estatales indebidas (*Ibidem*: párrs. 384 y 385).

La Corte IDH consideró que, aunque el proyecto del GCIN actualmente no se ha efectuado, el Estado ha avanzado en el dictado de normativa y el otorgamiento de una concesión como actos tendientes a su ejecución. Asimismo, aunque la concesión otorgada habría quedado rescindida en forma automática por imperio legal, al momento de adoptarse la Sentencia, la construcción del canal interoceánico continuaría siendo parte de la agenda de desarrollo estatal, por lo que consideró procedente la evaluación del tema (*Ibidem*: párr. 445).

El tribunal abordó el examen del cumplimiento de deberes ambientales estatales en relación con las características del GCIN. El Estudio de Impacto Ambiental y Social (EIAS) otorgó al GCIN la más alta categoría en cuanto a los impactos esperados, calificándolos como “significativos”, “irreversibles o sin precedentes”, e incluyendo el desplazamiento de comunidades, así como la inundación de áreas boscosas y la desviación de recursos hídricos, para nombrar solo algunos (*Ibidem*: párr. 444).

Asimismo, la Corte IDH observó que la normativa nicaragüense expresamente mandaba que los proyectos de “transcendencia nacional, binacional o regional” o por su “connotación económica, social y ambiental” sean susceptibles de producir un alto impacto ambiental, deberán ser sometidos a un estudio de impacto ambiental que deberá ser realizado antes de la aprobación de cualquier proyecto o actividad que suponga riesgo de daño ambiental significativo (*Ibidem*: párrs. 448 y 449).

Sin embargo, en el presente caso la Corte constató que mientras la concesión del GCIN fue otorgada en junio de 2013 por medio de la Ley N° 840, el primer EIAS relacionado al GCIN fue aprobado en noviembre de 2015, por lo que la concesión fue otorgada antes de que se hubiera estudiado la viabilidad ambiental, social y cultural, así como la factibilidad del proyecto (*Ibidem*: párr. 455). Por lo tanto, Nicaragua violó el derecho a un medio ambiente sano en perjuicio de las Comunidades del TRK y de la CNCIB (*Ibidem*: párr. 460).

Respecto de la suscripción del llamado “Convenio de Consentimiento Previo, Libre e Informado para la Implementación del Proyecto de Desarrollo del Gran Canal Interoceánico de Nicaragua” (en adelante, Convenio de Consentimiento) sobre 263 km² de tierra del territorio rama y kriol (Comisión

Nacional de Desarrollo del GCIN, 2016), la Corte IDH concluyó que no hubo una consulta adecuada antes de la aprobación de la Ley N° 840 en 2013, porque esta no fue “previa” ya que las comunidades del TRK fueron consultadas después de 2013, en transgresión del artículo 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT, que establece que la consulta debe iniciar antes de que se inicie o autorice el proyecto en cuestión (*Ibidem*: párr. 250).

Como el EIAS del GCIN se dio a conocer en junio de 2015 y las reuniones en las comunidades del TRK se realizaron durante febrero y marzo del mismo año, resulta evidente que el EIAS no pudo presentarse a las comunidades, que no contaron con la información necesaria sobre los impactos que sobre el TRK tendría el GCIN (*Ibidem*: párr. 422). Lo anterior conllevó un menoscabo al derecho de tales comunidades a ser consultadas de manera adecuada (*Ibidem*: párr. 273).

Además, las asambleas comunitarias realizadas en el TRK para consultar sobre el GCIN tuvieron una duración de uno o dos días y fueron realizadas sin asesoría técnica independiente para las comunidades. Lo anterior, según consta en las actas de las asambleas –proporcionadas por el mismo Estado–, fueron acompañadas de listados de asistencia, que no evidencian la aprobación del GCIN, sino simplemente la asistencia de los comunitarios a la asamblea. Las actas tampoco muestran que se hubiera discutido la sesión de 263 km² en arrendamiento en el Convenio de Consentimiento. En cambio, “muestran que las asambleas autorizaban al GTR-K para continuar el proceso de consulta, lo cual evidencia que las asambleas desarrolladas no agotaban tal proceso” (*Ibidem*: párr. 264). Para las comunidades el proceso de consulta debía continuar por no haber llegado a decisiones conclusivas sobre el proyecto.

Sobre la firma del acta del 10 de enero de 2016 supuestamente autorizando al GTR-K a suscribir el Convenio de Consentimiento con la Autoridad del GCIN, la Corte IDH notó, en primer lugar, que tales actos estuvieron precedidos de un proceso de consulta que no resultó adecuado (*Ibidem*: párr. 278). En segundo lugar, de acuerdo con las declaraciones del señor Rupert Allen Clair Duncan durante la audiencia del caso y a señalamientos en la prensa hechos por otros miembros del GTR-K, autoridades estatales impidieron que todos los integrantes del GTR-K participaran en la firma del acta de 10 de enero de 2016. De la misma manera, constan señalamientos de que tal firma se formalizó bajo presión y sin que se les permitiera el asesoramiento legal, circunstancias todas que transgreden el principio de buena fe que debe regir en los procesos de consulta (*Ibidem*: párr. 279).

Por lo tanto, la Corte IDH concluyó que el Convenio de Consentimiento no fue producto de un proceso de consulta adecuado y se trató de un acto jurídico viciado, al haber sido obtenido por medio de vulneraciones a derechos tutelados por la CADH, lo que no permite concluir que una de las partes, el GTR-K, haya expresado su voluntad en forma libre (*Ibidem*: párr. 281).

De este modo, Nicaragua vulneró el derecho a la consulta previa, libre e informada de la CNCIB y de las comunidades rama y kriol, en violación de los artículos 13, 23 y 26 en relación con el artículo 21, y los artículos 1.1 y 2 de la CADH (*Ibidem*: párr. 283).

3.3. El derecho a un medio ambiente sano, la justificada demora del proceso de saneamiento del TRK y la falta de prevención de la ocupación de tierra por parte de “colonos”

La Corte IDH advirtió que los cambios en la forma de vida de las comunidades indígenas y afrodescendientes se relacionaron con la interferencia en sus territorios de colonos y sus actividades ajenas a sus costumbres tradicionales. La deforestación de extensas áreas de terreno provocada por inmigración de colonos en el TRK, incluyendo áreas legalmente protegidas, con actividades agrícolas y ganaderas, la contaminación de los recursos hídricos y la pérdida de la biodiversidad denunciadas constantemente por las comunidades y por diversos medios de comunicación (*Ibidem*: párr. 438). A pesar de que el Estado conocía las acciones de los colonos, no tomó las medidas necesarias para controlar o detener tales acciones y así garantizar y asegurar el pleno uso y goce de las tierras y recursos naturales de las comunidades del TRK (*Ibidem*: párr. 440).

El tribunal agregó que han transcurrido más de 14 años desde el otorgamiento del título de propiedad comunitaria al territorio rama y kriol. Sin embargo, sin que tal demora aparezca justificada no se ha realizado el proceso de saneamiento, que, a su vez, conlleva una vulneración de las obligaciones estatales de garantizar el derecho de propiedad. Tal incumplimiento, en los hechos del caso, facilitó las ocupaciones de tierra en el territorio comunitario por parte “colonos”. La prueba presentada dio cuenta de una grave situación de conflictividad social y afectación al territorio que el Estado *no previno*, pese a ser de su conocimiento por la magnitud del hecho (*Ibidem*: párr. 204).

Por ello, al haber transcurrido más de 14 años sin que se realizara el saneamiento, se violó la razonabilidad del plazo mandada por el artículo 8.1 y los derechos a las garantías judiciales y a la propiedad, reconocidos en los artículos 8.1 y 21, en relación con el artículo 1.1 de la CADH.

Consecuentemente, la Corte IDH ordenó al Estado realizar el proceso de saneamiento del territorio rama y kriol, para lo cual deberá elaborar e implementar un plan para lograr el retorno de miembros de los pueblos rama y kriol a parcelas de tierra de las que hubieran sido expulsadas por colonos. Ello deberá iniciarse en forma inmediata, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia y deberá concluirse en un plazo razonable, de acuerdo a lo estipulado en la Ley N° 445 y/o en otras normas que sean pertinentes (*Ibidem*: párr. 477).

Además, señaló que el saneamiento debe garantizar el derecho de propiedad colectiva y el uso o el goce de las tierras de manera pacífica al TRK, liberándolo de obligaciones o gravámenes en beneficio de terceras personas; y, por ende, el Estado, no solo deberá realizar acciones de desalojo, sino que deberá adoptar todas las medidas necesarias para realizar el saneamiento (*Ibidem*: párr. 478).

Además, la Corte IDH mandata que el Estado, en consenso con las comunidades que integran el TRK, específicamente a través de sus autoridades o representantes legítimos, designados de forma autónoma sin injerencias indebidas, adoptará las medidas necesarias para garantizar la convivencia pacífica dentro del territorio de los miembros de dichas comunidades y personas ajenas a ellas; así

como para prevenir el arribo de otras personas con miras a establecerse en el territorio en forma permanente o prolongada, o a realizar actividades que afecten a los recursos naturales o a las personas que se encuentran en el lugar (*Ibidem*: párr. 479).

3.4. La omisión estatal de consultar a la CNCIB y la emisión del título por una extensión menor a la previamente constatada y sin motivación suficiente. Las demoras injustificadas en el procedimiento administrativo y el derecho de la CNCIB a ser debidamente oída

El Estado no consultó a la CNCIB durante el proceso de consulta del GCIN e ignoró sus alegatos en los procedimientos ante la CIDH, por lo que la Corte IDH hacer notar que no constan actuaciones de consulta respecto al GCIN en relación con la CNCIB, ni posteriores ni anteriores a 2013, sin que dicha omisión aparezca justificada o motivada. Al respecto, la Corte señala que el derecho de la CNCIB a ser consultada no está supeditado a la titulación, demarcación o delimitación de su territorio (*Ibidem*: párr. 275).

En otras palabras, el hecho de que el Estado no hubiera otorgado el título correspondiente al momento en que inició los procesos de consulta, no lo eximió de su deber de consulta respecto a la CNCIB. Por otra parte, debe recordarse que corresponde al Estado demostrar que efectuó en forma debida el proceso de consulta.

La CNCIB alegó que el Estado impuso un gobierno paralelo al legalmente constituido por la CNCIB; interrumpió el proceso de titulación de su territorio tradicional; y en violación al debido proceso legal, elaboró y entregó al gobierno paralelo solo 8% de la tierra, dejando fuera 92% de la tierra reclamada administrativamente por la CNCIB.

Al respecto, la Corte IDH sostuvo que Nicaragua vulneró, en perjuicio de la CNCIB, sus derechos a las garantías judiciales y a la propiedad colectiva: 1) al demorar nueve años, tres meses y 16 días, tiempo que no se puede considerar razonable para otorgar el título (*Ibidem*: párr. 190); 2) dado que la resolución que otorgó el título no expresó la razón por la cual se redujo el área otorgada a la CNCIB a menos del 8% del área aprobada en el Diagnostico aprobado para la titulación, omisión que viola el debido proceso legal (*Ibidem*: párr. 192); y 3) la CNCIB no fue debidamente oída en el proceso de titulación porque el representante en las últimas etapas del proceso fue un miembro del gobierno paralelo, producto de un acto eleccionario incidido por una indebida injerencia estatal en la autonomía comunitaria (*Ibidem*: párr. 194).

Por lo tanto, la Corte IDH ordenó al Estado proteger la propiedad comunitaria y garantizar el uso o el goce de las tierras de la CNCIB (*Ibidem*: puntos resolutivos 10 y 11 y párr. 472), para lo que deberá adoptar las medidas necesarias para reemplazar el título de propiedad comunitaria expedido el 31 de marzo de 2016 por la CONADETI.

El tribunal estableció pautas que el Estado deberá respetar con respecto al título de la CNCIB: 1. El título de propiedad comunitaria expedido el 31 de marzo de 2016 no podrá perder vigencia mientras no se concrete el reemplazo ordenado; 2. El inicio de las actuaciones requeridas para acatar lo ordenado, en todos sus extremos, no podrá supeditarse al impulso de CNCIB, sus miembros o representantes, sin perjuicio de las intervenciones que pudieren corresponder de acuerdo con la Ley N° 445 y/u otras normas pertinentes; 3. Todas las actuaciones vinculadas al cumplimiento de la medida ordenada deberán ser gratuitas para la CNCIB, sus miembros o representantes, sin que sea admisible la imposición del pago de honorarios, costos, cargas tributarias o de cualquier otro tipo; 4. En todo aquello que se relacione con el cumplimiento de lo ordenado, las instituciones y autoridades estatales deberán mantener interlocución con la CNCIB a través de sus autoridades o representantes designados de forma autónoma, sin injerencias indebidas; y 5. En relación con la etapa de saneamiento, deberán seguirse las pautas indicadas en la Ley N° 445 y/u otra normativa aplicable, de conformidad con los parámetros establecidos más adelante en esta sentencia (*Ibidem*: párr. 471).

Por otra parte, la Corte IIDH interpretó que el derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25 y la garantía a la libertad personal en el artículo 7.6 de la CADH incluyen

la obligación de asegurar una justicia imparcial, oportuna y oficiosa respecto de actos cometidos contra defensores de derechos humanos, que implique una búsqueda exhaustiva de toda la información para diseñar y ejecutar una investigación que conduzca al debido análisis de las hipótesis de autoría, por acción o por omisión, en diferentes niveles, explorando todas las líneas investigativas pertinentes para identificar a los autores (*Ibidem*: párr. 391).

Teniendo en cuenta las pautas anteriores, la respuesta de las autoridades judiciales no puede ser puramente formal, debiendo derivar en acciones efectivas, indagar las lesiones o amenazas a los derechos y, adoptar las medidas correspondientes. Así, “las autoridades judiciales deben considerar el riesgo o afectación diferenciada que, en su caso, pueden tener defensores derechos humanos, en particular, pertenecientes a pueblos indígenas o tribales” (*Ibidem*: párr. 392).

Por lo tanto, la Corte IDH consideró que la negación de los recursos de *habeas corpus* presentados el 4 de marzo de 2016 por Rupert Allen Clair Duncan y el 19 de marzo de 2019 por George Patrick Henríquez Cayasso y Jennifer Oneyda Borown Bracket, en los cuales solamente se solicitaron informes a las autoridades –Procurador y Policía–, a pesar de que estas personas denunciaron que las autoridades “habían efectuado actos previos que amenazaban el goce de la libertad personal”, no agotaron las diligencias tendientes a hacer efectivo el objeto de las dos acciones mencionadas (*Ibidem*: párr. 393).

3.5. Reparaciones integrales

La Corte IDH dispuso que la sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado

(i) adoptar las medidas necesarias para reemplazar el título de propiedad comunitaria expedido el 31 de marzo de 2016 por la CONADETI a la CNCIB y para realizar los correspondientes actos de delimitación, demarcación y saneamiento; (ii) proteger las propiedades comunitarias de la CNCIB, las comunidades rama y kriol y el uso o el goce de las tierras; (iii) completar el proceso de saneamiento del TRK; (iv) adoptar, en consenso con las comunidades rama y kriol, medidas para garantizar la convivencia pacífica dentro del territorio, de los miembros de las comunidades y personas ajenas a ellas; (v) asegurar que cualquier medida que pudiera adoptar en relación con el proyecto de un canal interoceánico sea precedido de un proceso de consulta libre, previo e informado que resulte adecuado; (vi) realizar acciones de publicación y difusión de la Sentencia de la Corte Interamericana y de su resumen y comunicado de prensa oficiales; (vii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; (viii) desarrollar e implementar programas de capacitación, protocolos de actuación y sistemas de indicadores; (ix) observar pautas de debida diligencia en procesos administrativos o judiciales que versen sobre amenazas a defensores de derechos humanos y/o líderes comunitarios pertenecientes a comunidades indígenas o afrodescendientes o que actúen en defensa de los derechos de éstas, así como en relación con hechos de presunta imposición de gobiernos o liderazgos ilegítimos, y concluir los procesos relacionados con el caso que se encuentren en trámite; (x) adoptar medidas tendientes a velar por el bienestar de las personas pertenecientes a las comunidades víctimas; y (xi) constituir un fondo en beneficio de los miembros de las comunidades víctimas, para financiar proyectos de diversa índole, y pagar sumas de dinero, como indemnización de daños inmateriales y para el reintegro de costas y gastos y al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte (*Ibidem*: párr. 530 numerales 9 a 23).

Las reparaciones son integrales y de dos tipos: primero, las colectivas para las comunidades, y segundo, las individuales establecidas para sus autoridades y líderes, ya que también estas personas han sido víctimas de la vulneración de sus diferentes derechos humanos (*Ibidem*: párr. 514).

Entre las reparaciones colectivas en favor de la CNCIB y de las comunidades del TRK se encuentra la de realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado, así como que el Estado deberá constituir un fondo en beneficio de los miembros de las comunidades del TRK para financiar proyectos de diversa índole por los daños materiales e inmateriales sufridos. El Fondo que será de un monto de USD \$1.500.000 será utilizado únicamente para financiar proyectos con propósitos educacionales, habitacionales, de seguridad alimentaria, salud, suministro de agua potable, construcción de infraestructura sanitaria, saneamiento, remediación ambiental, seguridad y planes de retorno en beneficio de los miembros de las comunidades víctimas, los cuales serán decididos conforme a sus propios mecanismos e instituciones de toma de decisiones (*Ibidem*: párrs. 512 y 513).

4. Conclusiones

La Corte IDH determinó en este caso que el Estado de Nicaragua es responsable internacionalmente de acciones y omisiones que afectaron negativamente a las víctimas cuando: ejerció una indebida interferencia en la designación de sus autoridades representantes, en el ejercicio de sus derechos políticos y, por ende, coartando su derecho de autodeterminación; emitió un título diminuto sobre la propiedad comunitaria de la CNCIB en violación al debido proceso legal; demora injustificadamente el proceso de saneamiento y no previene las ocupaciones de tierra, ni el impacto ambiental generado por las actividades de “colonos” en el TRK; no realizó de forma adecuada una consulta previa, libre e informada y omitió la elaboración del EIAS previo al otorgamiento de la concesión para el desarrollo del proyecto del GCIN; y no brindó una respuesta adecuada a distintas acciones judiciales interpuestas en este contexto.

Sin embargo, el nivel de represión bajo el que actualmente se encuentra Nicaragua y la sistemática y generalizada persecución de autoridades indígenas y afrodescendientes, personas defensoras de sus derechos humanos y de la madre tierra presenta una situación de gran dificultad para que las comunidades y sus autoridades puedan exigir, y más aún empujar, la implementación de la sentencia por parte del actual gobierno. Mientras tanto, será importante divulgar el contenido de la sentencia, reflexionar sobre este, y mantener en la memoria colectiva de estas comunidades y pueblos la necesidad del cumplimiento que su contenido entraña.

Es pertinente señalar que las sentencias de la Corte IDH son definitivas e inapelables para los Estados parte –como Nicaragua–, al haberse comprometido libremente a acatar la jurisdicción de la Corte y, por ende, a cumplir sus sentencias en todo caso en el cual sean partes. Lo anterior obliga a Nicaragua a acatar la sentencia; este es un compromiso estatal y no gubernamental y, por ende, trasciende en el tiempo al régimen político que actualmente gobierna Nicaragua y, en su lugar, obliga a todos y cada uno de los gobiernos que en el futuro dirijan Nicaragua, a acatar y a dar pleno cumplimiento de las medidas ordenadas en esta sentencia, independientemente de su signo político o ideológico.

Referencias bibliográficas

- Comisión Nacional de Desarrollo del Gran Canal de Nicaragua y el Gobierno Territorial Rama y Kriol. Convenio de Consentimiento Previo, Libre e Informado para la Implementación del Proyecto de Desarrollo del Gran Canal Interoceánico de Nicaragua. Publicado en *La Gaceta*, Diario Oficial No. 85, del 9 de mayo de 2016. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/13xem6jn96wK5ekS5rpDjkQ2vEYRbUOG2/view?usp=sharing>
- Corte IDH. *Caso Pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de abril de 2024. Serie C No. 522.
- Ortega desempolva el fallido proyecto del Canal Interoceánico, lo modifica y se lo ofrece a empresarios chinos. *Divergentes*, 19 de noviembre de 2024. Recuperado de <https://www.divergentes.com/ortega-desempolva-el-fallido-proyecto-del-canal-interoceanico-lo-modifica-y-se-lo-ofrece-a-empresarios-chinos/>

Pueblos indígenas. Derecho al territorio. Autodeterminación

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena u'wa y sus miembros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2024. Serie C No. 530

Por Juliana Bravo Valencia y Laura Posada Correa***

.....

1. Introducción

La nación u'wa, pueblo indígena milenario que actualmente habita en el nororiente de Colombia, logró que la Corte IDH declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de sus derechos como pueblo. El fallo es resultado de décadas de lucha por el respeto de sus derechos territoriales, culturales y ambientales. Los u'wa, cuyo nombre significa “gente inteligente que sabe hablar”, se convirtieron en el primer pueblo indígena de este país en obtener un fallo favorable de un tribunal internacional.

El fallo representa un hito en la búsqueda de justicia para este pueblo, y un precedente importante para la defensa de los derechos culturales, ambientales y territoriales de los pueblos indígenas que se extiende más allá de la región americana, pues la Corte IDH se refirió por primera vez a la “triple crisis planetaria”. Este concepto describe la interconexión y efectos combinados de tres amenazas globales:

* Abogada (Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín y Pontificia Universidad Católica del Perú). Especialista en Gestión de Programas y Proyectos Sociales (Pontificia Universidad Católica del Perú). Magíster en Gestión Social y Desarrollo Local (Pontificia Universidad Católica del Perú). Directora regional para América Latina en EarthRights International.

** Abogada (Universidad EAFIT). Maestranda en Ciencias Humanas (Universidad de la República). Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (Universidad de Antioquia). Abogada en EarthRights International.

la contaminación ambiental, la pérdida de biodiversidad, y la crisis climática causada por la explotación y el uso de combustibles fósiles y las emisiones de metano.

En el fallo, la Corte IDH reconoció que la “triple crisis planetaria” debe ser tomada en cuenta por los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía del derecho al medio ambiente sano (Corte IDH, 2024: párr. 304).

La Corte IDH destacó la importancia de la cosmovisión del pueblo indígena u’wa como eje central de su vida colectiva e identidad. El fallo robustece la jurisprudencia interamericana reciente al reiterar que existe una relación intrínseca entre los derechos territoriales, culturales y ambientales, y reconoce el nexo indivisible entre estos y otros derechos fundamentales, al punto de considerar que la protección del derecho al medio ambiente sano es una condición esencial para garantizar la vida digna y la integridad.

A su vez, recordó que los proyectos o intervenciones que afectan el medio ambiente, como los denunciados en este caso, representan un riesgo para la vida y la integridad de las personas. Al respecto, enfatizó el deber que tienen los Estados de regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medio ambiente, especialmente aquellas de carácter empresarial. Además, subrayó las obligaciones de supervisión y fiscalización que tienen los Estados sobre dichas actividades, entre ellas, exigir la rendición de cuentas a las empresas y asegurar el cumplimiento de las normas ambientales, que deben ser garantizadas en todas las etapas de un proyecto o actividad potencialmente peligrosa.

Aunque el tribunal no llegó a un consenso sobre este aspecto, el voto concurrente de los jueces Mudrovitsch, Ferrer Mac-Gregor Poisot y Pérez Manrique hizo referencia al deber que tienen las empresas de respetar las ceremonias, tradiciones y lugares sagrados de los pueblos indígenas, de manera que estos no sean convertidos en espectáculos y se vea afectado su valor espiritual (*Idem*, párr. 58).

El tribunal, adicionalmente declaró la responsabilidad estatal por violar los derechos de la niñez, precisando que los Estados tienen obligaciones especiales de protección de los niños y niñas en el marco de protestas sociales, y deben asegurar que ninguna acción estatal, en particular el uso de gas lacrimógeno, afecte sus derechos (*Idem*, párrs. 249 y 250).

Por otra parte, si bien esta sentencia representa una victoria histórica para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, la Corte IDH perdió una gran oportunidad de ahondar en la discusión sobre los derechos al consentimiento y a la libre determinación, piedras angulares para el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas.

Un análisis profundo sobre los fundamentos, la naturaleza jurídica y el contenido del derecho a la libre determinación, así como sobre sus límites ante la ponderación con otros derechos fundamentales, es esencial y sigue siendo una deuda pendiente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Finalmente, y pese al extenso proceso en el Sistema Interamericano, esta sentencia es un mensaje de resistencia y perseverancia de los pueblos indígenas en la búsqueda necesaria y legítima para que se haga justicia. También se espera que represente un avance importante en la garantía de los derechos

de los pueblos indígenas de Colombia y de la región, y abra el camino para continuar avanzando en la reparación colectiva frente al daño histórico que han sufrido. Ahora, el gran reto será impulsar el cumplimiento efectivo del fallo.

2. Estrategias de la nación u'wa para defender su territorio y su cultura

El pueblo indígena u'wa ha luchado por siglos para defender su territorio de la colonización y de las amenazas de los *riowa* (gente blanca). Desde el aprendizaje de otras lenguas, hasta la utilización de instituciones e instrumentos traídos por el opresor (como la pluma y el papel), la nación u'wa ha utilizado un sinnúmero de estrategias para mantenerse fiel a su mandato de origen: “cuidar, mantener y proteger nuestra madre tierra, nuestra ley de origen” (*Idem*, párr. 274).

A inicios de los años 1990, la nación u'wa emprendió acciones de incidencia y campañas internacionales para denunciar la violación de sus derechos que implicaba el ingreso no consentido de empresas transnacionales en búsqueda de petróleo; participó y lideró protestas pacíficas buscando recuperar su territorio ancestral; promovió procesos de diálogo con el gobierno de Colombia, siempre partiendo de la buena fe, sin encontrar nunca una respuesta a sus reclamos. Al mismo tiempo acudió a las instancias judiciales del fuero interno y obtuvo la primera decisión judicial que reconoció y protegió sus derechos, y abrió una robusta línea de jurisprudencia en torno al derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado en Colombia (Corte Constitucional de Colombia, 1997).

Pese a que la Corte Constitucional amparó sus derechos, el origen de las violaciones no cesó y el Estado no garantizó una reparación efectiva de las violaciones concretadas, por lo que la nación u'wa acudió a la CIDH en abril de 1997.¹

Los hechos denunciados se refieren a la falta de reconocimiento y protección de su territorio ancestral, *Kera Shikara* (territorio sagrado), que originalmente abarcaba al menos 1.400.000 hectáreas en lo que hoy corresponde a provincias de Colombia y Venezuela. Tras un violento proceso de colonización, que redujo su población a no más de 10.000 personas, el Estado colombiano reconoció solo una cuarta parte de su territorio ancestral, desconociendo los títulos coloniales que documentan la propiedad de la nación u'wa sobre dicha extensión de tierras.

Esta reducción del territorio ancestral se realizó en desmedro de los derechos fundamentales de este pueblo indígena, con el fin de favorecer actividades extractivas y turísticas; acompañadas de la militarización del territorio, destinada a resguardar los intereses empresariales.

Es importante resaltar que el caso versa además sobre la limitación del uso, disfrute y goce del territorio u'wa que se traslapa con el Parque Nacional Natural El Cocuy, ubicado en *Zizuma*, una montaña

¹ La denuncia fue presentada por la Asociación de Cabildos Mayores del Pueblo U'wa, la Organización Nacional Indígena de Colombia y la Coalition for Amazonian Peoples and Environment. Posteriormente se adhirieron como copeticionarios el CAJAR y EarthRights International, quienes acompañan el caso hasta la fecha.

sagrada de especial importancia cultural, espiritual y ambiental para la nación u'wa. Con la imposición del Estado colombiano de un área natural protegida sobre una zona de especial valor espiritual, ha restringido el ejercicio del gobierno propio y la toma de decisiones autónomas por parte de la nación u'wa.

Esta falta de gobernanza autónoma ha permitido y promovido la realización de actividades turísticas que han generado graves impactos ambientales y culturales en este sitio sagrado. Tal como recoge la sentencia, “Zizuma, es para la Nación U'wa el eje principal del ser humano, territorio sagrado, donde conviven nuestros seres divinos quienes ejercen el equilibrio del planeta azul, y se materializa el conocimiento ancestral y cultural de nuestras Autoridades Tradicionales, *Werjayas*” (Corte IDH, 2024: párr. 282), por lo que la imposición de un régimen de manejo que habilita el ingreso de terceros a la zona implica una violación a su cosmovisión y ley de origen.

En julio de 2015, la CIDH admitió el caso a través del Informe No. 33/15 y posteriormente, en septiembre de 2019, aprobó el Informe de fondo No. 146/19, mediante el cual estableció la responsabilidad internacional del Estado colombiano y determinó una serie de recomendaciones para garantizar los derechos de los u'wa. Tras el incumplimiento de dichas recomendaciones por parte del Estado, en octubre de 2020 la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

3. La cosmovisión u'wa

La nación u'wa, como otros pueblos indígenas y tribales del mundo, ha defendido y luchado de manera incansable por sus derechos, aseverando entre otras cuestiones, la importancia que tiene para ellos el territorio y la manera en que se relacionan con él.

La Corte IDH se ha pronunciado en diferentes casos indicando que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su sistema económico”. Asimismo, sostuvo que “para los pueblos indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (*Idem*, párr. 123).

En este caso, la Corte IDH reafirmó su jurisprudencia constante, y en su análisis resaltó el valor notable que representa para los u'wa y su cosmovisión. En múltiples apartados de la sentencia, el tribunal retomó las propias palabras de la nación u'wa y reconoció, que según su cosmovisión, el territorio y los elementos naturales que la conforman están en el centro de su sistema de valores culturales, y que esa relación con el territorio define su modo de vida colectivo, y su identidad como Nación (Id, párr. 278).

En palabras de Daris Cristancho, lideresa u'wa que rindió declaración ante la Corte IDH,

[e]l territorio para la Nación U'wa es todo, es todo, porque allí es donde nosotros nos armonizamos, es donde nosotros hacemos nuestro uso y costumbres, nuestros rituales, donde están nuestros lugares sagrados, donde está verdaderamente la ley de nuestra madre tierra, la ley de nuestro padre Sira creador, es allí donde nosotros danzamos, bailamos, ayunamos y hacemos todas las actividades para equilibrar el planeta azul, el equilibrar nuestra madre tierra, equilibrar el sistema en las cuales nosotros tenemos nuestro calendario, nuestra parte cosmológica y nuestra visión ancestral, entonces para nosotros el territorio es todo y cuando se nos quita, se nos llegan proyectos extractivistas, se nos desequilibra la armonía total y allí prácticamente es la muerte de nuestra cultura, es la desaparición de nuestros ancestros y allí sentimos de que ya no hay un relacionamiento con nuestro padre Sira creador (*Idem*, párr. 274).

La Corte IDH afirmó que la naturaleza del vínculo que existe entre el Pueblo u'wa, sus tierras y su territorio ha sido documentada en diversas fuentes estatales, como la resolución mediante la cual se creó el Resguardo Unido U'wa y actas de reuniones oficiales, por lo que “el Estado conocía de manera directa ese vínculo cultural, espiritual y ancestral que el pueblo u'wa guarda con sus tierras y territorio, y los elementos que lo componen” (*Idem*, párr. 278).

Desde su cosmovisión, la nación u'wa tiene el mandato de mantener el equilibrio entre el mundo de arriba y de abajo, entre el cielo, la tierra y el subsuelo. Cada elemento de la naturaleza es sagrado. El petróleo, *ruiría*, es la sangre de la madre tierra y su extracción es una afrenta que conlleva un desequilibrio que conduce, a su vez, a la desaparición de la cultura y las especies, incluida la humana. *Zizuma*, la montaña nevada, es la casa de sus espíritus y dioses, un lugar de conocimiento que está en permanente comunicación con otros pueblos indígenas. Todo esto fue reconocido por la Corte IDH en el fallo que se comenta.

Lograr transmitir al tribunal regional los elementos esenciales de la cosmovisión u'wa y el especial vínculo que este pueblo indígena tiene con la naturaleza fue un aspecto clave y un reto en el caso. Que comprendiera el rol de guardianes de la madre tierra que les fue encomendado a los u'wa por *Sira*, su padre creador, al igual que los profundos impactos derivados de las violaciones de derechos denunciadas fue fundamental. Entender estos aspectos permitió a jueces y juezas realizar un análisis más profundo del caso y otorgarle una mayor relevancia, lo que se vio reflejado cuando la Corte IDH destacó que el territorio u'wa, definido como “el corazón del mundo, por el que corren las venas que alimentan el universo”, constituye uno de los pilares de su cosmovisión e identidad.

En su decisión también reconoció que “el Parque Nacional El Cocuy es un sitio de intenso valor simbólico, cultural y espiritual para la cosmogonía U'wa” (*Idem*, párr. 182), y que la posibilidad de que se realicen actividades dentro de esta área y que personas ajenas al pueblo pisen este lugar sagrado de gran valor cultural y espiritual constituye un riesgo de interrupción del equilibrio natural de la cultura u'wa (*Idem*, párr. 284).

4. Proyectos extractivos y conflicto armado

Este caso permitió revelar el contexto de riesgo de exterminio físico y cultural por el que atraviesan los pueblos indígenas en Colombia, incluido el pueblo u'wa. También permitió revelar la manera en que el conflicto armado interno y la intervención de actores económicos en los territorios indígenas se relacionan y tienen impactos negativos que afectan de manera directa el goce efectivo de sus derechos.

La Corte IDH manifestó que no existía controversia sobre la situación de vulnerabilidad que los pueblos indígenas, incluido el pueblo u'wa, han enfrentado en el marco del conflicto armado, y que existe una necesidad de adoptar un plan de salvaguarda específico (*Idem*, párr. 346).

5. El derecho al medio ambiente y la triple crisis planetaria

Por primera vez la Corte IDH se refirió al concepto de “triple crisis planetaria”, específicamente en el análisis sobre las obligaciones que tienen los Estados para garantizar el derecho al medio ambiente sano. Indicó que es un fenómeno global y “un desafío complejo y multifacético que requiere de una respuesta integrada y urgente para garantizar la sostenibilidad del planeta y el bienestar de sus habitantes” (*Idem*, párr. 304).

Además, advirtió que es un desafío urgente que deben abordar los Estados y adoptar medidas especiales para mitigar el impacto de la exploración y explotación de hidrocarburos y otros minerales derivados de la explotación y el uso de combustibles fósiles y las emisiones de metano.

Un precedente importante que fortalece los estándares internacionales sobre las obligaciones estatales y la intersección entre los derechos humanos y el ambiente, con el que se espera que pronto la Corte IDH pueda continuar robusteciendo sus estándares al decidir la Opinión Consultiva OC-32 sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos.

A partir de dicha Opinión Consultiva, la Corte IDH tendrá la oportunidad de profundizar lo establecido en esta sentencia, haciendo énfasis en las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos, cuestión que resulta especialmente relevante en el contexto actual, en el que dicha agenda se ha visto debilitada considerablemente, como ha ocurrido en Estados Unidos² y Europa.³

A su vez, se espera que la Corte IDH incorpore en su decisión un reconocimiento sobre los elevados costos sociales, económicos, culturales y espirituales que la crisis planetaria ha traído a los países del sur global, especialmente para los pueblos y comunidades que han sido expuestas a condiciones de vulnerabilidad en el actual contexto climático.

2 <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/usa-union-membership-at-record-low-and-likely-to-decrease-further-as-trump-administration-pushes-deregulation-and-rolls-back-labour-protections/>

3 <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/csddd-transposition/>

5.1. Evaluación del impacto acumulado de los proyectos extractivos

En este caso, la Corte IDH hizo un análisis de los Estudios de Impacto Ambiental que en algunas ocasiones antecedieron a los proyectos impuestos en su territorio, a la luz de las obligaciones estatales contenidas en el artículo 26 de la CADH, en relación con el derecho al medio ambiente sano.

En particular, reafirmó su jurisprudencia reciente sobre el deber de los Estados de evaluar el impacto acumulado de los proyectos implementados y recordó que las evaluaciones sobre el impacto ambiental deben abarcar el impacto acumulado que se genere, tanto por los proyectos vigentes como por aquellos propuestos o futuros. Además, indicó que cuando un proyecto está relacionado con otro, los estudios deben tener en cuenta tanto el impacto del proyecto principal como el de los proyectos asociados, así como los efectos generados por otros proyectos existentes.

Así pues, estableció que como parte de la obligación de realizar estudios de impacto ambiental, la evaluación debe ser acumulada y no individual ni fraccionada. Reiteró que este tipo de análisis permite tener mayor certeza sobre si los impactos individuales y los acumulados, de las actividades existentes y futuras, implican un riesgo de daño significativo.

En el caso concreto de la nación u'wa, la Corte IDH indicó que el hecho de que el Estado haya permitido el inicio de actividades de un proyecto de manera fraccionada supone un incumplimiento de las obligaciones ambientales, pues “fraccionar el proyecto en partes permitió que, al evaluar componentes de un proyecto integral de manera independiente, no se alcancen los umbrales mínimos requeridos para una evaluación ambiental acorde con los impactos que el proyecto en su integridad puede presentar, evitando realizar una evaluación del proyecto en su integridad. Así, las acciones estatales no permitieron cumplir con la condición de analizar los impactos acumulados de un proyecto” (*Idem*, párr. 311).

6. Derechos culturales y participación en la vida cultural

La Corte IDH reconoció que en la cosmovisión u'wa el territorio y los elementos naturales que lo componen se ubican en el centro de su sistema de valores. Su protección, por tanto, garantiza el derecho a la propiedad colectiva y el derecho a la participación en la vida cultural, reconocido en el artículo 26 de la CADH; e incluso, según el razonamiento de tres jueces, a partir de la protección del derecho a la libertad de conciencia y religión (art. 12 de la CADH).

Frente al caso, declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos culturales, específicamente por la violación al derecho a participar en la vida cultural. Indicó que cuando se trata de pueblos indígenas y tribales, el goce de estos derechos se proyecta de forma diferenciada y, por tanto, garantizarlos implica una serie de deberes específicos para los Estados; entre otros, respetar la estrecha vinculación que los pueblos indígenas tienen con sus tierras tradicionales y sus recursos naturales.

La Corte IDH resaltó que “el derecho a participar en la vida cultural de los pueblos indígenas comprende, el derecho a mantener y fortalecer su relación cultural con sus tierras y territorio cuando eso

tenga un significado espiritual o religioso que sea parte integral de su identidad cultural” (*Idem*, párr. 271). A su vez, estableció dos obligaciones particulares para los Estados: no interferir en el disfrute del patrimonio cultural de un pueblo indígena y adoptar medidas para evitar que terceros dificulten o anulen dicho disfrute. Cuando sea demostrado ese valor espiritual o religioso, los Estados deben respetar y garantizar el disfrute de dicha relación de tipo espiritual o cultural entre el pueblo indígena y su territorio, como parte de la protección a su derecho a participar en la vida cultural.

El tribunal determinó que los proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos y minería constituyeron un riesgo para la cultura del pueblo u’wa, en tanto podían afectar el medio ambiente y sus lugares sagrados y ser disruptivos para sus costumbres. En particular, se refirió a las actividades de prospección y explotación de gas y petróleo que emiten ruidos por encima de los límites permitidos por la legislación interna. La Corte IDH encontró que ello afecta las prácticas culturales de este pueblo, ya que altera la tranquilidad de las personas, al tiempo que contamina el agua y el aire.

Consideró también que dada la estrecha relación que existe entre la cosmovisión del pueblo u’wa y la protección de la naturaleza, el Estado debe adoptar medidas especiales para mitigar el impacto generado por las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y otros minerales.

Finalmente, dio por probada que la participación de terceros en actividades ecoturísticas en el área del Parque Nacional Natural El Cocuy implicó la irrupción en una zona de especial valor cultural y espiritual para el pueblo u’wa, que, como consecuencia, genera una afectación a los valores culturales de este pueblo, violando su derecho a la participación en la vida cultural.

7. El derecho a la protesta social y los deberes diferenciados en caso de niños y niñas

En atención al principio *iura novit curiae*, la Corte IDH estableció la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho de reunión, reconocido en el artículo 15 de la CADH y los derechos de la niñez, consagrados en el artículo 19 del mismo instrumento, en relación con los hechos ocurridos en el marco de las protestas pacíficas en las que el pueblo u’wa manifestó su rechazo a los proyectos extractivos impuestos en su territorio.

Ante el ejercicio legítimo del derecho a la protesta social de la nación u’wa el Estado colombiano hizo uso de la fuerza para desalojar y dispersar las movilizaciones pacíficas. El Estado no demostró que el uso de la fuerza, en particular, la utilización de gases lacrimógenos para dispersar la manifestación de los integrantes de la nación u’wa, resultara necesaria y proporcional, considerando la presencia de niños y niñas indígenas.

La Corte IDH recordó que los Estados tienen “la obligación de promover las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña y del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad en consideración a su condición especial de vulnerabilidad” (*Idem*, párr. 248).

Además, el fallo acogió el criterio del Comité de Derechos Humanos que señala la necesidad de capacitar a los funcionarios para aumentar la conciencia sobre las necesidades específicas de personas y grupos en situaciones de vulnerabilidad, como los niños y las niñas y personas con discapacidad, cuando participan en reuniones pacíficas.

A su vez, la Corte IDH enfatizó que los Estados tienen la obligación de proteger a los niños, niñas y adolescentes en el marco de las protestas sociales y evitar cualquier acción que pueda vulnerar sus derechos, por lo que “el uso de gas lacrimógeno para la dispersión de la protesta de los miembros del pueblo u’wa constituyó una violación a los derechos de la niñez” (Id., párr. 250).

Finalmente, es importante mencionar que el fallo está acompañado de un voto concurrente en el que tres jueces adicionaron algunos elementos importantes relacionados con las obligaciones estatales para la protección y garantía de los derechos a la libertad de expresión, de reunión y los derechos de los niños y niñas, en el contexto del ejercicio de la protesta social.

Al respecto, los jueces señalaron que:

debe tenerse especialmente en cuenta por los Estados, que cualquier limitación arbitraria del derecho a la protesta social de los pueblos indígenas tiene un impacto mayor que respecto de otras personas, dado que conduce a silenciar su voz, aumentar la marginación en que se encuentran, producir un efecto amedrentador y contribuir a generar una sensación de alienación e impunidad. De ahí que exista un deber reforzado del Estado de promover la participación de estos pueblos en los asuntos y el debate público, siendo respetuoso de la forma elegida por esto [...] el deber de facilitar la manifestación pacífica de la protesta reviste particular importancia en relación con las manifestaciones organizadas por grupos sociales o poblaciones marginadas, particularmente excluidas del debate público (Id., voto concurrente jueces Mudrovitsch, Ferrer Mac-Gregor Poisot y Pérez Manrique, párr. 22).

Además, indicaron que, si bien las niñas y los niños gozan, como sujetos de derecho, de todos los derechos consagrados en la CADH, entre ellos a la libertad de expresión, debe haber algunas consideraciones especiales de los Estados cuando los niños y niñas se manifiestan en contra de políticas estatales, en particular, cuando confluye otro factor de vulnerabilidad, como el hecho de pertenecer a un pueblo indígena.

Por último, hicieron énfasis en la obligación de cuidado que tienen los Estados cuando en las manifestaciones pacíficas hay niñas y niños presentes, toda vez que tiene el deber reforzado de protección que emana del artículo 19 de la CADH, por su calidad de garante, y resaltaron la obligación estatal de “favorecer la manifestación libre de todas las niñas y los niños, conforme a su edad y desarrollo progresivo; teniendo especialmente en cuenta los niños pertenecientes a sectores vulnerables” (Id., párr. 30), como en el caso de la nación n’wa.

8. Impacto en la calidad de vida y la integridad del pueblo indígena u'wa

A diferencia de algunos casos resueltos durante los últimos años por la Corte IDH, en este declaró la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos a la vida e integridad del pueblo indígena u'wa como consecuencia de la violación a derechos colectivos, como el territorio, los derechos culturales y el medio ambiente.

Es importante resaltar este aspecto porque no en todos los casos relacionados con violaciones y daños colectivos a pueblos indígenas se declara la violación del derecho a la vida digna y a la integridad con un enfoque colectivo.

La Corte IDH ha señalado que cada uno de los derechos reconocidos en la CADH tiene un ámbito, sentido y alcance propios. Sin embargo, hay una estrecha relación entre el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, por lo que cuando falta alguna de las condiciones que garantizan una vida digna, también se configura una violación al derecho a la integridad personal.

El tribunal en general ha hecho este análisis en casos vinculados con la salud humana, y en casos recientes, incluido el Caso U'wa, ha reconocido que ciertos proyectos o intervenciones en el medio ambiente pueden crear un riesgo para la vida y la integridad de las personas.

En tal sentido, entendió que las violaciones a los derechos a la propiedad colectiva, la libertad de expresión, la participación política, el derecho a la cultura y al medio ambiente sano tuvieron un impacto sobre la calidad de vida del pueblo u'wa, provocando sufrimientos a sus miembros.

Señaló que se “generó una situación de miedo para la comunidad de que las acciones del Estado continuarán afectando el territorio y sus valores culturales” (Id., párr. 344), lo cual constituyó una violación al derecho a la vida digna y a la integridad personal.

9. La deuda de la Corte IDH sobre el derecho al consentimiento y la libre determinación

El caso U'wa presentó a la Corte IDH la posibilidad de realizar un análisis profundo y riguroso sobre el contenido del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas a través de la obtención del consentimiento como finalidad de la consulta previa, libre e informada.

Los hechos del caso permitían dar aplicación concreta al estándar definido hace casi veinte años, en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, y la oportunidad para ampliar la lente y concordar con expertos a nivel internacional respecto de la obligación estatal de obtener el consentimiento como finalidad legítima de las consultas realizadas de buena fe, como una condición *sine qua non* para la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas.

Pese a que en múltiples apartados de la sentencia fue evidente que la Corte IDH comprendió que el territorio y los elementos naturales que le componen (como el petróleo) son ejes centrales del sistema de valores e identidad de la nación u'wa, así como el elevado impacto que implica la imposición de proyectos extractivos para la supervivencia cultural de este pueblo indígena, desaprovechó la oportunidad de realizar un análisis profundo sobre el derecho a la libre determinación y su relación con la consulta y el consentimiento.

La nación u'wa ha sostenido una postura clara y coherente durante décadas sobre el derecho a la consulta, fundamentando desde su ley de origen que la interpretación que el Estado colombiano hace sobre la consulta previa la limita a “un proceso de negociación con mucha discreción e impositiva de la decisión previa que tiene el Gobierno Nacional en sus intereses económicos; la buena fe no aparece por ningún lado; ir a la consulta previa es aceptar la eutanasia de cada pueblo indígena ó podría decirse que la Consulta Previa es la Sentencia Anticipada de la desaparición forzada de los Pueblos indígenas de Colombia y América” (Asociación de Autoridades Tradicionales y Cabildos U'wa, 2006: 17).

Asimismo, ha argumentado que su supervivencia cultural está intrínsecamente relacionada con la libertad de decidir sobre su territorio, su modo de vida y su cultura,⁴ por lo que esperaba que la Corte IDH se pronunciara sobre las obligaciones que tienen los Estados de garantizar la supervivencia de los pueblos indígenas a partir de su capacidad de decidir de manera autónoma como nación. Posición que fue respaldada por el ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, José Francisco Calí Tzay a través de un *amicus curiae* presentado en el caso.

Es evidente que el alcance del derecho a la libre determinación ha sido un punto neurálgico en las discusiones legales y políticas a nivel global, incluso antes de la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Hablar de la libre determinación debería ser una prioridad para el sistema universal y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, pues si bien el derecho a la consulta previa ha sido clave en el ejercicio de defensa de derechos de los pueblos indígenas y tribales, desconocer su vínculo indisoluble con el consentimiento limita cualquier discusión al ámbito discursivo y procedimental, perpetuando estructuras colonialistas que impiden a los pueblos decidir libremente sobre su proyecto de vida colectivo.

10. Palabras de cierre

En suma, este caso revela la importancia de incorporar en el derecho internacional la visión de los pueblos indígenas sobre el territorio, la cultura y los demás elementos que conforman su identidad, sin limitarse a consideraciones formales dispuestas por el derecho occidental. De haber considerado lo an-

⁴ Véase, por ejemplo, la declaración de Daris Cristancho citada previamente: “para nosotros el territorio es todo y cuando se nos quita, se nos llegan proyectos extractivistas, se nos desequilibra la armonía total y allí prácticamente es la muerte de nuestra cultura, es la desaparición de nuestros ancestros y allí sentimos que ya no hay un relacionamiento con nuestro padre Sira creador”.

terior, quizás la Corte IDH no hubiera perdido la oportunidad de contribuir a la construcción de una relación más equitativa y mutuamente beneficiosa entre los Estados nación y los pueblos indígenas.

Por ello, perdió una oportunidad importante para reconocer sus formas de entender el mundo, las cuales adquieren especial relevancia en el contexto actual de lucha contra la crisis climática, ya que nos enseñan sobre la importancia de cuidar y preservar la naturaleza como condición para la supervivencia de la especie humana.

Referencias bibliográficas

Asociación de Autoridades Tradicionales y Cabildos U'wa (2006). *Fundamentos históricos, constitucionales, legales, económicos, sociales, ambientales y culturales de la Asociación U'wa para objetar los argumentos del Gobierno Nacional frente al Proyecto de Exploración y Explotación Petrolera en territorio U'wa, y solicitar su cancelación definitiva, «No a la Consulta Previa»*, Cubará, 12 de octubre de 2006.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 de 1997. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena U'wa y sus miembros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2024. Serie C No. 530.

Desaparición Forzada. Pautas Probatorias

Corte IDH. *Caso González Méndez y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2024. Serie C No. 532*

*Por Irving I. Rodríguez Vargas**

1. Introducción

Antonio González Méndez, hombre indígena maya ch'ol, defensor de derechos humanos, militante de las bases civiles de apoyo al Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), padre, esposo y hermano, fue víctima de desaparición forzada el 19 de enero de 1999. La investigación sobre lo ocurrido y sobre su paradero constituye un pendiente de las autoridades del Estado mexicano desde entonces.

Desde la desaparición de Antonio el caso ha sido acompañado por el Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de Las Casas”, que trabaja en la defensa y promoción de derechos humanos, particularmente con los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Chiapas, México.

Tras más de veinticinco años de búsqueda de justicia, el 12 de diciembre de 2024 la Corte IDH notificó la sentencia por la que declaró internacionalmente responsable al Estado por la desaparición forzada de Antonio en el marco de las actividades de contrainsurgencia desarrolladas en Chiapas en contra de pueblos y comunidades indígenas.

* Abogado (UNAM). Se desempeña en la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos del Instituto Federal de Defensoría Pública (México)

Esta decisión constituye un reconocimiento de la operación de grupos paramilitares con apoyo, aquiescencia y tolerancia del Estado mexicano, así como de la falta de diligencia en la investigación y búsqueda de Antonio González Méndez. Adicionalmente, reconoce el impacto que tuvo la desaparición en la vida de sus familiares, quienes han recorrido un largo camino de búsqueda de justicia.

Este texto dará cuenta de los tópicos más relevantes de la sentencia; para ello, se dividirá en los siguientes apartados: el reconocimiento de la responsabilidad internacional efectuada por el Estado; el reconocimiento del contexto de contrainsurgencia efectuada a través del “Plan Chiapas 1994”; las pautas probatorias en materia de desaparición forzada establecidas en el caso; y los pendientes que dejó la sentencia.

2. Reconocimiento de responsabilidad internacional

Una vez que la CIDH emitió el Informe de Fondo, donde concluyó que México era responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, el Estado inició acciones con el fin de dar cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión; entre ellas, se destaca el Acto de Reconocimiento de Responsabilidad Internacional y Disculpa Pública del 19 de enero de 2022.

En este acto, el Estado asumió la responsabilidad por la violación a los “derechos a la vida, integridad, libertad personal, a sus garantías legales y a la protección, así como a la obligación del Estado para garantizar acceso a la justicia” por la desaparición forzada de Antonio, la cual, en palabras de las autoridades,

sucedió en un contexto en el que no solo el estado de Chiapas, sino el país se encontraba inmerso en un profundo conflicto político y social, donde el gobierno de esa época impulsó una política de contrainsurgencia para eliminar cualquier disidencia política y limitar las libertades políticas de las y los chiapanecos, y particularmente en los pueblos y comunidades del Estado tras el levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (Secretaría de Gobernación, 2022).

Pese al avance para el esclarecimiento de la verdad que representó este reconocimiento, durante el proceso ante la Corte IDH, el Estado solo reconoció las conclusiones del Informe de Fondo de la CIDH y negó que en el caso existieran elementos para determinar que Antonio fue víctima de desaparición forzada.

Si bien los actos tendientes al cumplimiento del Informe de Fondo no pueden ser considerados como un reconocimiento de responsabilidad internacional en términos del artículo 62 del Reglamento de la Corte IDH (Corte IDH, 2016: párr. 43), lo cierto es que la contradicción entre el acto de disculpa pública y la posición de México ante el tribunal reflejó la falta de disposición del Estado de generar procesos de justicia sobre las violaciones graves cometidas por las Fuerzas Armadas en décadas ante-

riores, así como el cambio de narrativa del entonces gobierno federal sobre las violaciones de derechos humanos cometidas por las fuerzas de seguridad.

Esta contradicción representó para la familia de Antonio un símbolo de que la llamada disculpa pública no fue sincera, sino un simple acto protocolar (Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de Las Casas”, 2024a: 69).

A pesar de esta posición, el Estado no controvertió los elementos contextuales contenidos en el Informe de Fondo de la CIDH sobre la política contrainsurgente adoptada en los años noventa. Con ello, el análisis se limitó a determinar si Antonio había sido víctima o no de desaparición forzada y sobre la violación a los derechos a la libertad de expresión, de asociación, igualdad ante la ley y a la libre determinación de los pueblos y su autonomía. Asimismo, subsistió la controversia sobre la afectación al derecho a la verdad y el plazo razonable sobre la investigación.

3. Fue el Estado: reconocimiento del “Plan Campaña Chiapas 1994”

El 1° de enero de 1994 un grupo insurgente formado mayormente por personas indígenas y campesinas decidió tomar las armas para alzar la voz y denunciar la represión y las condiciones de pobreza en las que se había mantenido a los pueblos y comunidades indígenas, así como para exigir mayor autonomía y soluciones a sus demandas agrarias, sociales y económicas (EZLN, 2024: 14-16).

En respuesta, las Fuerzas Armadas se desplegaron en el Estado, particularmente en las zonas con predominio de población indígena. Doce días después del inicio del conflicto, se iniciaron acercamientos para alcanzar acuerdos de paz, aunque de forma paralela el Estado inició una guerra de baja intensidad –nacional, gradual y prolongada– que tenía como objetivo destruir y desorganizar la estructura militar y bases de apoyo del EZLN (García León, 2023: 31).

Esta política se plasmó en el “Plan Chiapas 1994”,¹ documento elaborado por la Secretaría de la Defensa Nacional que preveía que los Servicios de Inteligencia Militar debían organizar secretamente a sectores de la población civil para brindar apoyo a las operaciones militares. Con ello, el Estado formó, adiestró y financió a diversos grupos paramilitares al interior de las comunidades.

Este documento permaneció oculto hasta el año 1998 y ha sido negado por el Estado durante décadas para minimizar su responsabilidad con relación a las violaciones graves de derechos humanos cometidas en contra de pueblos y comunidades en el estado de Chiapas. Incluso, a lo largo del proceso ante el SIDH, México mantuvo esta narrativa negacionista de la política contrainsurgente, a pesar de que, en el acto de disculpa pública, el entonces subsecretario de Derechos Humanos y Migración reconoció la política estatal contrainsurgente (Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de Las Casas”, 2024a: 68-69).

¹ Recuperado de https://frayba.org.mx/sites/default/files/941001_plan%20de_campana_chiapas94_sede-na-4.pdf

Particularmente, la sentencia de la Corte IDH reconoce la existencia de grupos paramilitares al norte de Chiapas, en especial, del grupo Paz y Justicia, que operaba en los municipios de Tila, Sabanilla, Salto de Agua y Tumbalá, y a quienes se les atribuye ser el principal grupo paramilitar responsable de atentados contra líderes y organizaciones que reivindicaban los derechos a la autonomía y el territorio, así como la autoría de ejecuciones, desapariciones, el bloqueo de varias comunidades y caminos, la quema de casas y el desplazamiento forzado de múltiples familias y comunidades.

Este grupo paramilitar dirigió sus acciones en contra de movimientos y grupos ligados al EZLN y a militantes del Partido de la Revolución Democrática (PRD), entonces partido político de izquierda. Con esto, la sentencia reconoce que existía un riesgo para aquellas personas y grupos que fueran percibidos como miembros o simpatizantes de estos grupos.

La existencia de este Plan comprueba que el caso de Antonio no fue aislado, sino que se enmarca en una serie de violaciones sistemáticas en contra de pueblos y comunidades indígenas, donde destacan los casos de la Masacre de Acteal y el Caso Rogelio Jiménez López y otros.²

La acreditación de esta política del Estado mexicano constituye un paso hacia el reconocimiento de las acciones de contrainsurgencia que conllevaron la práctica masiva y sistemática de ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, desplazamiento forzado y quebranto del tejido social de los pueblos y comunidades indígenas en Chiapas.

Esto no es menor, pues la acreditación del contexto es útil para calificar la responsabilidad del Estado –como inscribir una violación dentro de un patrón de violaciones masivas y sistemáticas–, sirve como base para la determinación de presunciones, ayuda a determinar las reparaciones y es útil para determinar si las investigaciones han sido adecuadas (Corte IDH, 2015: párr. 43).

Así, la determinación de la Corte IDH contribuye al establecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas para evitar que se repitan hechos similares, aun cuando se encuentra pendiente la desclasificación de todos los archivos militares relacionados con este plan.

4. Estándar probatorio en materia de desaparición forzada

Si bien existía un contexto de violencia, en específico de desaparición forzada en contra de personas indígenas militantes y simpatizantes del EZLN en el norte de Chiapas, en su Informe de Fondo la CIDH señaló que no existía prueba directa ni indiciaria que hiciera inferir que la privación de la libertad de Antonio había sido realizada por una persona que actuara con la aquiescencia del Estado. Además, solo existía el testimonio de Zonia, esposa de Antonio, para sustentar el vínculo entre la per-

² En el SIDH existen otras peticiones relacionadas con la implementación del “Plan Campaña Chiapas”. Véase, CIDH, Informe No. 51/16, Caso 11.564. Fondo. Gilberto Jiménez Hernández y otros (La Grandeza). México, 30 de noviembre de 2016; Informe No. 146/10. Admisibilidad. Manuel Santiz Culebra y otros (Masacre de Acteal). México, 1º de noviembre de 2010; Informe No. 26/13. Admisibilidad. Rogelio Jiménez López y otros. México, 20 de marzo de 2013; e Informe No. 53/01. Ana, Beatriz y Celia González Pérez. México, 4 de abril de 2001.

sona con quien se vio por última vez al señor González y el grupo paramilitar que actuaba en la zona con apoyo, tolerancia y aquiescencia del Estado (CIDH, 2019: párr. 53).

Toda vez que no existía controversia sobre el contexto y sobre la desaparición de Antonio desde 1999, la controversia se centraba en dos temas: i) el estándar probatorio en materia de desaparición forzada; y ii) la atribución de responsabilidad internacional al Estado.

4.1. Pautas probatorias de la desaparición forzada

En este punto, la controversia se centró en el estándar de prueba en materia de desaparición forzada, pues México sostuvo que no existían elementos para comprobar que el Estado participó de forma directa o indirecta en la desaparición de Antonio.

Vale recordar que la desaparición forzada es una violación a los derechos humanos cuya carga política implica que las autoridades nieguen el paradero de la víctima. En México esta práctica fue (y sigue siendo) utilizada en las décadas de 1960 y 1990 como una estrategia de control y eliminación de oposición política de izquierda (Ansolabere, Frey y Payne, 2017: 8).

Si bien la jurisprudencia de la Corte IDH no es uniforme sobre el estándar probatorio en casos de afectación a la vida e integridad personal, sí ha reiterado que no es un tribunal penal que establezca la responsabilidad de individuos, por lo que los criterios probatorios son menos formales y reconocen graduaciones distintas (Corte IDH, 2022: párr. 271). No obstante, tras el fallo del *Caso Arrom Suburt y otros Vs. Paraguay* no existía seguridad jurídica sobre el estándar probatorio en materia de desaparición, en particular sobre la acreditación de la participación de los agentes del Estado o su aquiescencia (Cerqueira, 2019).

Tratándose de casos de desaparición forzada, la Corte IDH ha corroborado su existencia tanto con prueba directa como con prueba indiciaria o presuntiva, siempre que estas últimas puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos (Corte IDH, 2019: párr. 68). Al respecto, ha sido enfática en señalar que la desaparición forzada se caracteriza por la negativa de las autoridades de brindar información y de procurar la supresión de todo elemento probatorio que compruebe la detención, paradero y suerte de las víctimas, lo que obstaculiza obtener prueba directa (Corte IDH, 2024: párr. 147).

En el caso existía la declaración de Zonia, en la que daba cuenta de la última vez que se vio a Antonio, quien se encontraba junto a J. L., miembro del grupo paramilitar Paz y Justicia. Esta cuestión fue corroborada por la declaración rendida por J. L. durante la investigación. Sin embargo, del acervo probatorio no se desprendía prueba directa sobre lo que ocurrió después de que saliera de la cooperativa Arroyo Frío donde Antonio laboraba.

Por este motivo cobraban relevancia las pruebas indiciarias, circunstanciales y presuntivas. Las víctimas y sus representantes aportaron la declaración pericial de Hermann Josef Bellinghausen Zinser, respecto del patrón sistemático de graves violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido en

la época de la presunta desaparición de Antonio González Méndez durante la denominada “guerra contrainsurgente”, un escrito de la Junta de Buen Gobierno “Nueva Semilla que va a Producir”, por el que se recaba testimonio de un habitante de la comunidad El Paraíso; y el “Documento de Análisis de Contexto: Informe sobre la Desaparición de Antonio González Méndez”, elaborado por la Unidad de Análisis de Contexto de la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas.

Este último documento, que fue aportado al material probatorio por las víctimas y sus representantes y no por el Estado,³ es de especial relevancia, pues se trata de un órgano del Estado especializado en las acciones de búsqueda de personas desaparecidas y no localizadas, el cual concluyó que Antonio posiblemente fue víctima de desaparición forzada.

Adicionalmente, los agentes del Estado proporcionaron el video y la versión estenográfica del Acto de Reconocimiento de Responsabilidad y Disculpa Pública del Estado de 19 de enero de 2022.

Con estos elementos, la Corte IDH tuvo por acreditados los elementos de privación de la libertad, aquiescencia de los agentes estatales y la negativa de reconocer la detención y revelar la suerte o paradero de la víctima. Para su examen, señaló que en casos de desaparición forzada el análisis no se debe realizar de forma aislada, dividida y fragmentada, es decir, no se deben considerar solo las circunstancias del momento del inicio de la desaparición, sino que se debe abordar el conjunto de los hechos (Corte IDH, 2024: párr. 154).

En primer lugar, valoró el contexto de violencia generalizada en el norte del Estado de Chiapas, incluido el Municipio de Sabanilla. Esto, pues en otros casos se ha calificado una violación de derechos humanos como desaparición forzada con base en el análisis de un cuadro contextual complejo, siempre que existan otros elementos probatorios (Ferrer Mac-Gregor, 2019: 30), ya que la Corte IDH ha sostenido que “la sola comprobación de la práctica de desapariciones no basta, en ausencia de toda otra prueba, aún circunstancial o indirecta, para demostrar que una persona cuyo paradero se desconoce fue víctima de ella” (Corte IDH, 1989: párr. 157). En el este caso, valoró la prueba relacionada con el perfil, antecedentes y actividad de la víctima, a fin de determinar si se encontraba en una especial situación de vulnerabilidad.

Por un lado, el contexto acreditado permitió establecer que el grupo paramilitar Paz y Justicia actuaba con autorización, apoyo y aquiescencia del Estado mexicano, lo que se abordara en el siguiente apartado con mayor detalle. Además, se comprobó que J. L., quien es la persona con quien se vio por última vez a Antonio, tenía vínculos con el grupo paramilitar. A ello se sumó la comprobación de que el hermano y otros familiares de J. L. pertenecían o tenían vínculos con este grupo paramilitar.

³ Este documento también demuestra la contradicción de posturas del Estado que existió en el litigio interamericano, pues el mismo contiene un análisis por parte de un órgano del Estado de los aspectos relativos a la estrategia de contrainsurgencia en la época de los hechos, así como un examen de los elementos vinculados al caso concreto y los posibles autores materiales de la desaparición, como es el caso de J. L. Su remisión a las víctimas y sus representantes se dio días antes de la renuncia de la ex comisionada nacional de Búsqueda de Personas.

Otro aspecto que se acreditó fue la especial situación de riesgo en la que se encontraba Antonio por su perfil y actividad.⁴ Lo anterior, pues su identidad como indígena Ch'ol, su pertenencia a las bases civiles del EZLN, su cargo en la tienda cooperativa Arroyo Frío –las cuales eran un soporte de las capacidades productivas y autonomía de las comunidades zapatistas, al establecer redes sociales y generar bases de apoyo–, su adhesión al Partido de la Revolución Democrática y su reconocimiento –incluso por parte del Estado– de su rol como “defensor comunitario de derechos humanos”, lo identificaban como un objetivo del Plan Campaña Chiapas y de las actividades de los paramilitares.

Finalmente, se agregó el reconocimiento de responsabilidad del Estado mexicano sobre el incumplimiento de no garantizar el derecho a la vida de Antonio, al “no p[oder] proteger su vida”.⁵

El Tribunal también tuvo como prueba complementaria una declaración integrada en la investigación de la desaparición de Antonio que hacía mención de una detención, tortura y ejecución de una persona con un nombre similar en la misma fecha de la desaparición. A esta prueba se sumaron las declaraciones del entonces subsecretario de Derechos Humanos, Población y Migración de la Secretaría de Gobernación en el acto de disculpa pública llevado a cabo, en el cual señaló que Antonio fue víctima de desaparición forzada.

En segundo lugar, la negativa de reconocer la detención y revelar la suerte o paradero de la víctima fue acreditada por la negligencia del Estado y el retardo de más de veinticinco de años en la investigación de los hechos y la búsqueda de Antonio, a pesar de que su desaparición fue denunciada desde el día siguiente. Esto es consecuente con lo precisado con el informe de la CNB, donde se da cuenta del apoyo que recibieron los grupos paramilitares por los órganos encargados de la procuración de justicia en el estado de Chiapas.

4.2. Ni Paz ni Justicia: atribución de responsabilidad internacional al Estado por las actividades paramilitares

Otro aspecto relevante en la decisión del Tribunal Interamericano fue la atribución de responsabilidad al Estado por los hechos cometidos por paramilitares, ya que si bien en múltiples precedentes ha declarado la responsabilidad internacional de un Estado por actos cometidos por paramilitares que tenían vínculos con servidores públicos, es la primera vez que realiza dicho estudio en el contexto mexicano.

En los “casos colombianos”, la Corte IDH observó que, de conformidad con el contexto planteado, el Estado había impulsado la creación de grupos paramilitares entre la población civil para el auxilio de

4 En otros casos, la Corte IDH reconoció que existía una situación de riesgo por la actividad de una persona en actividades sociales, estudiantiles, sindicales o en movimientos sociales y políticos. Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

5 En la audiencia pública, el agente del Estado señaló que, a pesar de no haber sido señalado en el Informe de Fondo, “se acepta la responsabilidad del Estado mexicano en la vulneración [...] al artículo 4, en tanto no se protegió el derecho a la vida, esto es, no necesariamente por una participación activa, sino como incluso lo ha abundado la propia Corte Interamericana en jurisprudencias recientes, por el hecho no sólo el tema de la protección, sino de la búsqueda e investigación”.

las actividades de la fuerza pública, en el marco del conflicto armado, en contra de los grupos armados. No obstante, este contexto no era suficiente debido a que la atribución de responsabilidad debe realizarse en cada caso atendiendo a las particularidades y circunstancias (Corte IDH, 2017: párr. 152).

La Corte IDH ha determinado que existe apoyo, tolerancia o aquiescencia cuando se acredita la colaboración, apoyo y vinculación de fuerzas estatales con grupos paramilitares en la ejecución de los actos ilícitos (Corte IDH, 2004: párrs. 134 y 135; y 2017: párrs. 166 y 168), la imposibilidad de la comisión de los actos perpetrados por los grupos paramilitares sin la asistencia y aquiescencia de las autoridades estatales (Corte IDH, 2005: párr. 123; y 2013: párr. 280), falta de adopción de medidas para desactivar el riesgo creado al propiciar la conformación de grupos paramilitares (Corte IDH, 2006a: párrs. 125, 126 y 140), la conducta omisiva de autoridades estatales de permitir que actores no estatales operen y se muevan con libertad en una región, sin cumplir su obligación de deber de prevenir, respetar y garantizar los derechos de la población (Corte IDH, 2023: párrs. 84 y 85) y tolerancia y/o aquiescentes de las fuerzas de policía o sus fuerzas armadas frente al conocimiento de las actividades realizadas por paramilitares (Corte IDH, 2006b: párr. 133). En este caso, la Corte agregó un criterio adicional: el apoyo financiero o logístico del Estado a los grupos paramilitares (Corte IDH, 2024: párr. 160).

La estrategia contrainsurgente implementada por el Estado a través del “Plan Chiapas 1994” implicó que fuera el propio Estado quien creara a los grupos paramilitares. Además, el Ejército estuvo a cargo de su adiestramiento, apoyo, coordinación y organización. Aunque, no era el único encargado de coordinar y apoyar las actividades de los grupos paramilitares, ya que los grupos paramilitares también tuvieron apoyo de las fuerzas policiales (Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de las Casas”, 1998: 7) y obtuvieron financiamiento del gobierno federal (Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de las Casas”, 1996: 70).

En particular, el grupo paramilitar Paz y Justicia se creó para combatir a aquellos considerados como enemigos, en concreto en la zona norte de Chiapas. Posteriormente, se constituyó como una asociación civil con el nombre “Desarrollo, Paz y Justicia” con la cual pudo recibir apoyo financiero por parte del gobierno del estado de Chiapas.

Con este panorama surgía el interrogante sobre cómo se actualizaba la atribución de responsabilidad al Estado en el caso concreto y en consecuencia el incumplimiento del deber de adecuar el derecho (conf. CADH, art. 2).

De las pruebas presentadas no se advertían elementos que hicieran mención a la participación directa de las autoridades estatales en la planeación y/o ejecución de la desaparición de Antonio. Sin embargo, la Corte IDH parece adoptar el criterio sostenido en “19 Comerciantes” y “Masacre de Pueblo Bello” con algunos matices.

En el primer precedente, el Tribunal acreditó que el grupo paramilitar que controlaba la zona y que desapareció a los comerciantes tenía vínculos con altos mandos de la fuerza pública y también recibía apoyo y colaboración de estos. Y si bien no existía prueba sobre la participación directa de las fuerzas armadas en la planeación y ejecución sobre la desaparición y ejecución, sí existió apoyo “en los actos

que antecedieron a la detención de las presuntas víctimas y en la comisión de los delitos en perjuicio de éstas” (Corte IDH, 2004: párr. 134). A ello se sumó que las autoridades a las que recurrieron los familiares no brindaron información oficial ni apoyo en la búsqueda inmediata de los comerciantes.

Por su parte, en “Masacre de Pueblo Bello” determinó la responsabilidad del Estado debido a que tenía conocimiento del riesgo específico derivado de las actividades paramilitares en la región del Urabá y no realizó medidas encaminadas a desactivar el riesgo que el mismo Estado creó al propiciar la creación de las autodefensas (Corte IDH, 2006a: párrs. 125 y 126).

En el caso de los grupos paramilitares en Chiapas, el Estado los propició, adiestró y financió. A diferencia del caso colombiano, donde en un primer momento el Estado impulsó la creación de los grupos de autodefensa para colaborar con las fuerzas del orden y posteriormente emitió diversos decretos para prohibir la pertenencia a estos grupos, así como sus actividades al desbordar las funciones para los que fueron creados, en México el objetivo de la creación de los grupos paramilitares fue claro desde el “Plan Campaña Chiapas”: destruir al EZLN y sus simpatizantes, principalmente indígenas.

Con ello, la Corte IDH destacó que México generó un riesgo al establecer una política concreta de creación de grupos paramilitares, en específico al crear, apoyar y tolerar las actividades del grupo Paz y Justicia, que operaba en el Municipio de Sabanilla y realizaba una serie de acciones en contra de los derechos humanos. El Tribunal destacó que, por su labor, Antonio se encontraba en riesgo y las autoridades no solo no adoptaron medidas para desactivarlo, sino que fueron negligentes en sus acciones de investigación y búsqueda, lo que era acorde a la situación de impunidad que arropaba a los grupos paramilitares (Corte IDH, 2024: párr. 170).

4.3. El derecho a ser buscado

En casos de desaparición forzada, la Corte IDH ha considerado que las labores de búsqueda tienen un carácter autónomo, pues la misma puede darse por vías diversas a las judiciales, aunque siempre reforzadas mutuamente (Corte IDH, 2021: párr. 75).

En el presente caso, ordenó como forma de reparación que el Estado continuara con las acciones de búsqueda de Antonio, a fin de determinar su paradero o, en su caso, la identificación de los restos mortales.

Para determinar cómo debía realizarse la búsqueda, tomó en cuenta tanto su jurisprudencia como los Principios Rectores para la búsqueda de personas emitido por el Comité contra la Desaparición Forzada de las Naciones Unidas.

Así, el Estado mexicano se encuentra obligado, a fin de dar cumplimiento a esta sentencia, a continuar, de forma inmediata, con las acciones de búsqueda de Antonio, para lo cual deberá contar con los recursos humanos, técnicos y científicos adecuados e idóneas, así como desarrollar las acciones de articulación institucional necesarias. Además, deberá garantizar condiciones seguras para la búsqueda, en particular otorgar garantías de seguridad y/o protección suficientes a los familiares de las víctimas,

testigos, autoridades judiciales, fiscales, otros operadores de justicia y de entidades administrativas o extrajudiciales que participen en la investigación y/o búsqueda (Corte IDH, 2024: párr. 238).

5. Pendientes de la sentencia. La discriminación en contra de los pueblos y comunidades indígenas y el derecho a defender los derechos humanos

En otros casos, la Corte IDH ha reconocido que una desaparición forzada puede tener como objetivo impedir el ejercicio de otros derechos reconocidos en la CADH, como las libertades de asociación, de expresión o participación política (Ferrer Mac-Gregor, 2019: 80).

En la sentencia que aquí se comenta, el Tribunal señaló que la desaparición de Antonio conllevó la afectación de la libertad de asociación debido a la vinculación del hecho con la adhesión de la víctima al EZLN y a un partido político, lo cual generó un efecto amedrentador (Corte IDH, 2024: párr. 184).

No obstante, desestimó los argumentos esgrimidos en el Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas en relación con la afectación al derecho a la igualdad y al derecho a defender los derechos humanos.

Sobre la discriminación en contra de pueblos, comunidades y personas indígenas con motivo de la implementación de la política contrainsurgente, la Corte IDH determinó que los argumentos no diferían de lo señalado sobre el derecho a la libertad de asociación (*Idem.*, párr. 185). Sin embargo, se omite un factor esencial tanto del alzamiento zapatista como de la implementación del Plan Campaña Chiapas: el centro fueron los pueblos y comunidades indígenas que buscaban (y aún lo hacen) reivindicar sus derechos.

Más allá de otros calificativos de las violaciones, era necesario que se reconociera que la política implementada de desaparición forzada se dirigió particularmente en contra de la población indígena de Chiapas al ser considerada como “enemigo interno”.⁶ Ejemplo de ello es que la gran mayoría de las denuncias presentadas ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas en 1996 se refieren a desapariciones forzadas ocurridas en el estado de Chiapas donde las víctimas eran indígenas (ONU, 1996: párrs. 231-237).

Esta visión permitiría identificar que las afectaciones generadas por las actividades de grupos paramilitares no solo trastocaron a las víctimas y sus familias, sino que tuvieron repercusiones en las distintas comunidades indígenas del estado de Chiapas.

Finalmente, la Corte IDH omitió el estudio sobre el rol de defensor de derechos humanos de Antonio, a pesar de que en “Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados ‘José Alvear Restrepo’” lo había reconocido como un derecho autónomo. Los jueces Mudrovitsch y Pérez Manrique elaboraron un voto parcialmente disidente donde dieron cuenta de la actualización de las condiciones de afecta-

⁶ Por ejemplo, en “Chitay Nech y otros”, la Corte apuntó que la desaparición forzada se enmarcaba en un patrón de hostigamiento contra la población considerada como “enemigo interno”, principalmente personas mayas. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

ción a este derecho con motivo de la desaparición forzada, la persistencia de impunidad y la falta de esclarecimiento de los hechos.

6. Palabras finales

La sentencia constituye un reconocimiento de la desaparición forzada de Antonio en el marco de la política implementada por el gobierno mexicano que tuvo como consecuencia múltiples ejecuciones, torturas y desapariciones forzadas, además de constituir un paso más en la búsqueda de verdad, justicia y reparación de la familia de Antonio.

Se reproducen las palabras de Magdalena, hija de Antonio, que reflejan lo que ha implicado este caso para ella, su familia y la sociedad mexicana:

Han pasado 23 años y seguimos viviendo la falta de acceso a la justicia. Hasta hoy no se reconoce la verdad de lo sucedido. El hecho no se ha esclarecido. En nuestro caso permanece la impunidad. Esto nos ha generado sentimientos de dolor, frustración, impotencia, angustia en nuestra familia por la omisión de las autoridades del Estado mexicano. La desaparición forzada de mi padre se enmarca dentro de un conflicto armado que aún no se resuelve en Chiapas (Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de las Casas”, 2024b).

Como lo señala Magdalena, el conflicto constituye un pendiente de resolución de Chiapas, donde la espiral de violencia continúa y la violencia por actores ilegales se ha complejizado (Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de las Casas”, 2024a). Así, la sentencia podría sumarse a las luchas que buscan generar un punto de transformación en la búsqueda de justicia para los pueblos y comunidades en Chiapas.

Referencias bibliográficas

- Ansolabere, K.; Frey, B. y Payne, L. (2017). La “constitución” de la desaparición forzada. Vínculos entre los significados legales y sociales de la desaparición. En J. Yankelevich (coord.), *Desde y frente al Estado: pensar, atender y resistir la desaparición de personas en México*. México: Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de las Casas” (1996). *Ni paz ni justicia o Informe general y amplio acerca de la guerra civil que sufren los ch’oles en la zona norte de Chiapas*.
- Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de las Casas” (1998). *Informe: Acteal entre el duelo y la lucha*. México: Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de las Casas”.
- Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de Las Casas” (2024a). *Tocar el vacío: Informe sobre la desaparición de personas en Chiapas*. México: Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de Las Casas”.

- Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de las Casas” (2024b). Mujeres que luchan por Verdad y Justicia para Antonio González. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=e800pN9Lv_s
- Cerqueira, D. (2019). Estándar de prueba y argumentación jurídica en la era de la posverdad. Recuperado de <https://dplfblog.com/2019/06/13/estandar-de-prueba-y-argumentacion-juridica-en-la-era-de-la-posverdad-comentarios-a-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-en-el-caso-arrom-suhurt-y-otros-vs-paraguay/>
- CIDH. Informe No. 62/19. Caso 12.322. Fondo. Antonio González Méndez. México. 4 de mayo de 2019.
- Corte IDH. *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C. No. 6.
- Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
- Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.
- Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302.
- Corte IDH. Corte IDH, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, Sentencia del 31 de agosto de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 315.
- Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341.
- Corte IDH. *Caso Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2019. Serie C No. 392.
- Corte IDH. *Caso Garzón Guzmán y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2021. Serie C No. 434.
- Corte IDH. *Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455.
- Corte IDH. *Caso Guzmán Medina y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2023. Serie C No. 495.
- Corte IDH. *Caso González Méndez y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2024. Serie C No. 532.
- EZLN (2024). Primera Declaración de la Selva Lacandona. *Revista de la Universidad de México*. UNAM.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2019). *Desaparición forzada de personas y derecho a la verdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: UNAM-IIJ, CNDH.

García León, S. (2023). *La Masacre de Acteal ante la verdad y la justicia: análisis nacional e internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Organización de las Naciones Unidas (1996). *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. E/CN.4/1997/34. Ginebra.

Secretaría de Gobernación (2022). Boletín No. 019/2022 “Ofrece Estado mexicano disculpa pública a familiares de Antonio González Méndez, desaparecido desde hace 23 años”.

Desaparición forzada. Mecanismo de búsqueda. Personas defensoras de derechos humanos

Corte IDH. *Caso Pérez Lucas y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C No. 536

Por Angelita K. Baeyens e Isabel C. Roby***

1. Introducción

El presente caso se refiere a la desaparición forzada de Agapito Pérez Lucas, Nicolas Mateo, Macario Pú Chivalán y Luis Ruiz Luis, cuatro defensores de derechos humanos, miembros del pueblo indígena maya-quiché en 1989. Esta es la decimoquinta sentencia emitida por la Corte IDH condenando al Estado guatemalteco por graves violaciones cometidas durante el conflicto armado.¹

El tribunal interamericano concluyó que el Estado incumplió sus obligaciones internacionales bajo la CADH y la CIDFP y, específicamente, violó los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías procesales, a la protección judicial, a la libertad de asociación, a defender los derechos humanos y de circulación y de residencia

* Abogada (Universidad de Ibagué). LL.M en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Notre Dame). Profesora Adjunta de la Escuela de Derecho (Universidad de Georgetown). Vicepresidenta de Incidencia y Litigio Internacional (Robert F. Kennedy Human Rights). Fue representante de las víctimas en el presente caso.

** Abogada (Universidad Católica Andrés Bello). Especialista en Derecho Europeo y Derecho Internacional (Universiteit van Amsterdam). Abogada Senior para Latinoamérica (Robert F. Kennedy Human Rights). Fue representante de las víctimas en el presente caso.

¹ Los otros 14 casos son: Bámaca Velásquez; Myrna Mack Chang; Maritza Urrutia; Masacre Plan de Sánchez; Molina Theissen; Tiu Tojín; Masacre de Las Dos Erres; Chitay Nech y otros; Masacres de Río Negro; Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar"); García y familiares; Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal; Coc Max y otros (Masacre de Xamán); y Masacre Aldea Los Josefinos.

en perjuicio de los cuatro defensores. Además, halló a Guatemala responsable por violar los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a conocer la verdad, a la integridad personal, a la protección de la familia y los derechos de la niñez, en perjuicio de los familiares de las víctimas desaparecidas. Como medidas de reparación, además de ordenar la investigación efectiva de los hechos y búsqueda seria de los cuatro desaparecidos, así como el pago de una indemnización compensatoria a los familiares, ordenó al Estado la adopción de varias medidas de no repetición.

2. Los hechos del caso

Las víctimas eran cuatro defensores de derechos humanos e indígenas maya-quiché vinculados al Consejo de Comunidades Étnicas Runujel Juman (CERJ), una organización fundada por Amílcar Méndez en 1988. El CERJ tenía como una de sus principales misiones promover la no participación forzada en las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC), también llamados Comités de Defensa Civil (CDC), y exigir el respeto del artículo 34 de la Constitución Política de 1986, que prohibía la participación obligatoria en estas patrullas, establecidas como parte de un plan de contrainsurgencia del Estado guatemalteco en la década de 1980.

El CERJ trabajó con defensores comunitarios que habían pertenecido a las patrullas en el pasado para que informaran a jóvenes indígenas y campesinos sobre sus derechos y les apoyaran para salir de estos grupos.

Para mayo de 1989, esta organización había llegado a representar a 192 comunidades y más de 6000 individuos, convirtiéndose en el primer grupo objetor de conciencia en Guatemala y, en consecuencia, una amenaza para los planes del Gobierno militar en la época.

Agapito Pérez Lucas, Nicolas Mateo, Macario Pú Chivalán y Luis Ruiz Luis, como integrantes del CERJ, habían participado en la liberación de centenares de campesinos de las PAC en el departamento de Quiché. Cuando comenzaron a recibir amenazas por parte del Ejército, en un contexto en el que abundaban los casos de personas defensoras de derechos humanos torturadas, desaparecidas o ejecutadas (Comisión para el Esclarecimiento Histórico, 1999: 42), tuvieron que desplazarse con sus familias a la Finca Trinidad Miramar, en Patulul, Suchitepéquez, donde solían trabajar por temporadas como trabajadores jornaleros.

A fines de marzo de 1989, los defensores y sus familias comenzaron a notar la presencia de miembros del Ejército en la zona de la Finca. En la noche del 1° de abril de 1989, soldados con sus caras pintadas de negro sacaron a la fuerza de sus dormitorios a Luis Ruiz Luis y Macario Pu Chivalán, amenazando a los presentes con matarlos si intentaban intervenir. Seis días después, regresaron en la noche a la Finca y se llevaron arrastrados a Nicolás Mateo y Agapito Pérez Lucas.

Tras la desaparición forzada de los defensores, Amílcar Méndez Urizar, presidente del CERJ y varios familiares de las víctimas emprendieron diversas acciones para dar con el paradero y obtener justicia. Desde recursos de exhibición personal ante la Corte Suprema de Justicia, hasta reuniones con la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y el propio presidente

Vinicio Cerezo (Amnistía Internacional, 1989), quien se comprometió en vano a investigar el paradero de los desaparecidos.

Fue pasando el tiempo y con él se intensificaron también los ataques y amenazas contra el Sr. Méndez Urizar y otros miembros del CERJ. Ante la ausencia absoluta de acciones de investigación y búsqueda de los defensores por parte de las autoridades, en 2005 interpuso nuevos recursos de exhibición personal a favor de los desaparecidos ante la Corte Suprema de Justicia.

El 23 de octubre de 2006, dicho tribunal declaró procedente un Recurso Especial de Averiguación y delegó la investigación en la Procuraduría de los Derechos Humanos (PDH). Aunque existieron varias diligencias realizadas por la PDH, estos esfuerzos se vieron obstaculizados por otras entidades, como el Ministerio de la Defensa Nacional, que se negó a proporcionar información básica, ratificando en diversas ocasiones la “inexistencia de archivos sobre el caso” (Corte IDH, 2024: párrs. 54-59).

Aunque inicialmente se estableció un plazo de cuatro meses para que la PDH presentara su informe, se le concedieron múltiples prórrogas. Durante el proceso se llevaron a cabo varias diligencias, incluyendo inspecciones oculares en la Finca Trinidad Miramar, solicitudes de información al Ministerio de la Defensa, particularmente sobre la presencia militar en la zona durante las fechas que ocurrieron los hechos, así como la toma de declaración de familiares y testigos. Entre 2007 y 2012, la PDH rindió varios informes a la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia señalando obstáculos constantes por parte del Ministerio de Defensa, al punto que la averiguación especial dejó de avanzar y quedó en nada.

Otro aspecto importante de los hechos del caso fue la situación de pobreza y exclusión en la que quedaron sumidas las familias de los cuatro defensores tras su desaparición forzada. Además del impacto emocional sufrido por los hechos y la falta de verdad y justicia, los cuatro grupos familiares perdieron su principal fuente de sustento. Los hijos de Nicolás Mateo, apenas unos niños en la época de los hechos, fueron acogidos por la familia de Amílcar Méndez Urizar (*Idem*, párr. 47). La situación de vulnerabilidad de los familiares de los defensores persistía décadas después. De hecho, Paulina Mateo, viuda de Macario Pú Chivalán, padecía una situación de salud y desnutrición tan grave que la CIDH otorgó medidas cautelares en su favor (CIDH, 2017), que se mantienen vigentes a la fecha.

3. La estrategia de litigio ante la Corte Interamericana

Ante la ausencia de justicia a nivel interno, Amílcar Méndez Urizar interpuso una petición ante la CIDH en junio de 2007.² Tras un lentísimo proceso en el seno de la CIDH, que se vio además interrumpido por dos intentos fallidos de solución amistosa, el caso fue remitido a la jurisdicción de la Corte IDH en septiembre de 2022.

² La organización Robert F. Kennedy Human Rights se adhirió como copeticionaria en 2014.

Ya ante la Corte IDH, el caso representaba una oportunidad para conectar la impunidad histórica con los desafíos actuales que tiene el sistema de justicia en Guatemala, al enfrentar una nueva ola de desarme institucional y erosión del Estado de derecho que ha sido una reacción tanto a los avances en la lucha contra la corrupción, como a la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos del pasado, como lo fue la condena de Ríos Montt por genocidio en 2013.³

Por lo anterior, una de las apuestas que se hizo desde la representación de las víctimas fue proponer el peritaje en audiencia de la experta Jo Marie Burt, quien se refirió a la magnitud de la impunidad de las graves violaciones cometidas durante el conflicto armado en Guatemala y cómo en los últimos años se han ido desmontando sistemáticamente los logros alcanzados en el fortalecimiento de la institucionalidad y capacidad del sistema de justicia de investigar y judicializar este tipo de casos.

Con su peritaje se podrían informar y reforzar las medidas de no repetición que ordenara la Corte IDH en su Sentencia, no solo como una reivindicación del derecho a la verdad y recuperación de la memoria histórica, sino para abordar el debilitamiento actual de la independencia judicial.

También se buscó conectar los hechos del caso y el contexto en el que se produjeron, cuando Guatemala era considerado como el país más peligroso en el mundo para las personas defensoras de derechos humanos –ya que eran consideradas el “enemigo interno”– con el contexto similar que vive el país hoy en día. Ello, pese a que la violencia física no sea la principal herramienta de represión y “neutralización” que se usa actualmente, sino el ataque sistemático en contra de personas defensoras, periodistas y operadores de justicia, a través del uso indebido del sistema penal (CIDH, 2022 y 2023). Por eso una de las medidas de reparación solicitadas por la representación de las víctimas fue la adopción y fortalecimiento de políticas públicas para personas defensoras de derechos humanos, que incluyeran medidas legislativas y/o administrativas para su protección integral, que garanticen el libre ejercicio de su labor libre de injerencias indebidas.

Por otra parte, ante el estancamiento desde el 2016 del proyecto de ley para crear una Comisión de Búsqueda de Víctimas de Desaparición Forzada y Otras Formas de Desaparición, se solicitó a la Corte IDH que ordene al Estado la adopción de políticas públicas sobre desaparición forzada, en consulta amplia, transparente y representativa de víctimas y sociedad civil.

Por último, como otra medida de no repetición, se le solicitó a la Corte que ordene al Estado el desarrollo de políticas públicas para garantizar el acceso a la información sobre las graves violaciones cometidas durante el conflicto armado y, en particular, el acceso efectivo y reconstrucción de los archivos de las fuerzas de seguridad.

³ <https://www.hrw.org/es/news/2013/05/13/guatemala-condenan-rios-montt-por-genocidio>. Aun cuando la condena fue luego revertida por la Corte de Constitucionalidad y reordenado el juicio, fue considerado un hito histórico en la lucha contra la impunidad en Guatemala.

4. La sentencia de la Corte IDH

La Corte IDH concluyó que existían elementos suficientes para determinar que en el caso se había configurado una desaparición forzada perpetrada por agentes del Estado de Guatemala que persistía hasta la fecha y reiteró su jurisprudencia en cuanto al carácter pluriofensivo de este delito (Corte IDH, 2024: párrs. 77-89, 93 y 94).

Al analizar la alegada vulneración de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, lo abordó desde las obligaciones de respeto y garantía, así como de investigar, juzgar y en su caso, sancionar la desaparición forzada. A más de tres décadas de ocurridos los hechos, la investigación, así como las acciones de búsqueda, eran nulas. Salvo los intentos desplegados por el Procurador de Derechos Humanos bajo la figura de la Averiguación Especial y que no pudieron avanzar ante la negativa de las fuerzas de seguridad de proporcionar información básica —como la composición del destacamento en la zona para la época de las desapariciones—, el Estado no tenía nada que mostrar para defender un mínimo de debida diligencia en la investigación del caso.

Lo anterior se hizo particularmente evidente en la audiencia pública del caso, cuando el Estado alegó que se encontraba adelantando la investigación sobre los hechos y el paradero de las víctimas, pero sin dar elementos concretos que pudieran demostrarlo. Ante ello, una jueza preguntó al Estado específicamente por su teoría del caso en la investigación, así como por el plan concreto de búsqueda de las víctimas desaparecidas, pero los agentes del Estado contestaron de manera vaga y circular sobre la necesidad de contar con más insumos por parte de los familiares de las víctimas.⁴

El Tribunal constató una vez más la evidente falta de cooperación del Ministerio de Defensa Nacional de Guatemala en procurar información sobre hechos ocurridos durante el conflicto armado interno,⁵ y lo tomó en consideración para concluir bajo el principio *iura novit curiae*, una violación autónoma al derecho de los familiares de los desaparecidos a conocer la verdad (*Idem*, párrs. 135-139).

Por otra parte, tuvo en consideración la actividad a la que se dedicaban las víctimas en la defensa de derechos humanos y su pertenencia al CERJ como un elemento central de las acciones violatorias por parte de agentes estatales y para determinar la vulneración a los derechos a la libertad de asociación y a defender los derechos humanos.

Además, sin alcanzar la unanimidad, la Corte IDH concluyó también que, al verse forzados a desplazarse del departamento de Quiché al departamento de Suchitepéquez por las amenazas recibidas, los cuatro de-

4 Ver Parte 2 de la Audiencia Pública en el *Caso Pérez Lucas y otros Vs. Guatemala* ante la Corte IDH, celebrada el 11 de octubre de 2023. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=R0YE95xIXC8>.

5 Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 175; *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 144; *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párrs. 248 a 252; *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 231, y *Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C No. 442, párr. 110.

defensores también habían visto vulnerados sus derechos a la libre circulación y residencia (art. 22, CADH). Sobre este punto votaron en contra los jueces Sierra Porto y Pérez Goldberg por considerar que no estaba plenamente probado que los defensores se habían desplazado de manera forzada a Suchitepéquez y, por el contrario, estimar que había elementos que indicaban que había sido por razones laborales.

Finalmente, en su análisis sobre las vulneraciones sufridas por los familiares de los cuatro desaparecidos, la Corte IDH hizo expresa mención al daño ocasionado a su “proyecto de vida”, entendido como lo ha hecho a lo largo de su jurisprudencia como la “realización integral de cada persona” que se expresa

en sus expectativas y opciones de desarrollo personal, familiar y profesional, en consideración a sus circunstancias, sus potencialidades, sus aspiraciones, sus aptitudes y su vocación. Todo ello permite a la persona fijarse, de manera razonable, determinadas perspectivas u opciones a futuro [y que] dan sentido a la propia existencia, a la vida misma de cada ser humano (*Idem*, párr. 181).

De este modo, entendió vulnerado el proyecto a la vida de los familiares en adición a la violación de los derechos a la integridad personal y a la familia (arts. 5.1 y 17.1, CADH). Sin embargo, en un extenso voto razonado, los jueces Mudrovitsch, Ferrer Mac-Gregor y Pérez Manrique abogaron por el reconocimiento de un derecho al proyecto de vida como derecho autónomo.

5. Las medidas de reparación ordenadas

La Corte IDH, como es su práctica, ordenó una serie de medidas de reparación a favor de las víctimas y sus familiares, incluyendo el impulso y continuación de la investigación sobre los hechos para determinar las respectivas responsabilidades y sanciones, así como llevar a cabo una búsqueda seria del paradero de los cuatro defensores.

Asimismo, ordenó medidas de indemnización compensatoria, medidas de rehabilitación para los familiares de las víctimas, y medidas de satisfacción, consistentes en la celebración de un acto público de reconocimiento de responsabilidad y la publicación y difusión de la sentencia.

Además, ordenó al Estado la adopción de medidas de no repetición, dentro de las cuales merece destacar las siguientes:

Creación de un mecanismo de búsqueda de víctimas de desaparición forzada: esta medida es la reiteración de lo ordenado en “García y familiares” en 2012, y en el marco del cual el Estado también argumentó que existía un proyecto de ley en materia de desaparición forzada sin que entre ese entonces y la fecha de esta nueva sentencia se observara avance alguno (*Idem*, párr. 230). Al ordenar “que, por los mecanismos legislativos, administrativos u otros que considere adecuados, diseñe, implemente y ponga en funcionamiento una estrategia, mecanismo o programa nacional para la búsqueda de personas que hayan sido víctimas de desaparición forzada, incluidas aquellas personas desaparecidas

en el contexto del conflicto armado interno” (*Idem*, párr. 231), la Corte IDH dejó suficientemente abierta la puerta para que no sea solo a través de una Ley aprobada por el Congreso Nacional que el Estado finalmente adopte medidas efectivas para abordar las más de 40.000 desapariciones forzadas documentadas desde el conflicto armado interno.

Adopción de una política pública sobre archivos documentales de las fuerzas de seguridad: por primera vez, y pese a haber constatado la obstaculización a la justicia por parte del Ministerio de Defensa y las fuerzas de seguridad del Estado al negarse a proveer información que permita avanzar en el esclarecimiento de los hechos en al menos cinco casos anteriores, en “Pérez Lucas y otros”, la Corte IDH finalmente ordenó de manera explícita una política pública para la gestión, desclasificación, conservación y acceso a los archivos documentales de las fuerzas de seguridad relacionados con el conflicto armado interno (*Idem*, punto resolutivo 15).

El tribunal aclaró que dicha política debe incluir los archivos y registros documentales de las fuerzas de seguridad existentes actualmente, así como las que hayan sido disueltas, pero sean relevantes para esclarecer lo ocurrido en el conflicto armado interno. Además, estableció que

dicha política pública deberá prever la eventual reconstrucción de los archivos y registros, y la moratoria en la destrucción o eliminación de estos, si fuere necesario, así como la posibilidad de disponer la inspección de las instalaciones donde puedan encontrarse almacenados ante respuestas negativas sobre la existencia de la información o documentación solicitada [...] la formulación y puesta en marcha de la política pública ordenada resulta relevante para la conservación de la memoria histórica, en el contexto de lo ocurrido en el marco del conflicto armado interno (*Idem*, párr. 235).

Si fuera implementada de manera efectiva, esta medida representaría un avance importante en la lucha contra la impunidad de graves violaciones de derechos humanos en Guatemala, donde de manera sistemática y persistente se sigue negando, destruyendo u ocultando información básica por parte de las fuerzas de seguridad en relación con el conflicto armado.

Adopción de una política pública para la protección de las personas defensoras de derechos humanos: es una reiteración de la medida ordenada en 2014 en “Defensor de Derechos Humanos y otros” que se encuentra pendiente de cumplimiento. Aquí se retomaron los criterios delineados para la política pública ordenada, incluyendo la participación efectiva de personas defensoras, sociedad civil y expertos en su diseño; el abordaje integral e interinstitucional de la problemática que enfrentan las personas defensoras; la creación de un modelo adecuado de análisis de riesgo y necesidades de protección; la creación de un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a los casos de violencia contra las personas defensoras de derechos humanos; y la adopción de acciones dirigidas a la promoción de una cultura de legitimación y protección de la labor de las personas defensoras de derechos humanos. Todo ello acompañado de la provisión “de los recursos humanos, materiales y financieros suficientes que

respondan a las necesidades reales de seguridad y protección de las personas defensoras de derechos humanos” (Idem, párr. 245).

6. Conclusión

La sentencia que aquí comentamos representa un paso significativo en la lucha contra la impunidad histórica por las graves violaciones cometidas durante el conflicto armado interno.

Al reconocer la desaparición forzada de cuatro defensores de derechos humanos indígenas como una violación múltiple y continuada, y ordenar al Estado guatemalteco una serie de medidas estructurales –incluidas políticas públicas sobre archivos militares, mecanismos de búsqueda y protección a personas defensoras–, la Corte IDH no solo respondió a las víctimas de este caso, sino que también estableció estándares renovados para enfrentar las deudas de verdad y justicia en la región.

Además, es clave la inclusión por parte de la Corte IDH de la doctrina del proyecto de vida en la consideración del daño sufrido por los familiares. El voto razonado de tres jueces, abogando por la consideración del proyecto de vida como un derecho autónomo, abre camino para que en el futuro así sea considerado por la mayoría del Tribunal y entre a ser parte, eventualmente, de los aportes de la Corte IDH al derecho internacional de los derechos humanos.

La resolución del caso también pone de relieve los desafíos actuales en Guatemala, donde persiste un contexto adverso para quienes defienden derechos humanos. La conexión entre la represión durante el conflicto armado y la criminalización actual, sumada a la falta de voluntad estatal para investigar y facilitar el acceso a la información, refuerza la urgencia de implementar de manera efectiva las medidas de no repetición ordenadas por el tribunal regional. La sentencia, en definitiva, es tanto un acto de reparación como una hoja de ruta para avanzar en la reconstrucción democrática, la memoria histórica y la garantía de no repetición en un país donde la justicia aún es una tarea pendiente.

Referencias bibliográficas

Amnistía internacional. Acción Urgente, 29 de junio de 1989. Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/06/amr340291989es.pdf>

Comisión para el Esclarecimiento Histórico (1999), Guatemala. Memoria del Silencio. Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas.

CIDH. Resolución 49/2017. Medida cautelar No. 782-17. Paulina Mateo Chic respecto de Guatemala. 1 de diciembre de 2017.

CIDH. Informe Anual 2022. Capítulo IV.B: Guatemala.

CIDH. Informe Anual 2023. Capítulo IV.B: Guatemala.

Corte IDH. *Caso Pérez Lucas y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C No. 536.

Pueblos indígenas. Aislamiento voluntario

Corte IDH. Caso *Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C No. 537

*Por Diana Milena Murcia Riaño**

.....

1. Introducción

El caso que aquí se comenta es el primero en el que se aborda la responsabilidad internacional de un Estado por violaciones de derechos humanos cometidas en contra de Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario –PIA(V)–,¹ no obstante que los órganos del Sistema Interamericano ya habían tratado algunas vulneraciones a través de medidas cautelares² o provisionales (Corte IDH, 2022 y 2023), resoluciones (CIDH, 1985), informes de admisibilidad (CIDH, 2020) e informes temáticos (CIDH, 2013 y 2019).

* Abogada y especialista en instituciones jurídico penales (Universidad Nacional de Colombia). Maestra en Ciencias Sociales con mención en Sociología (FLACSO – Ecuador). Profesora de la Facultad de Derecho (Universidad El Bosque de Colombia) y del Programa Andino de Derechos Humanos (Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador). Trabaja como consultora ante organismos intergubernamentales y no gubernamentales de derechos humanos en América Latina.

1 Existe una diferencia en la perspectiva que organismos del Sistema Universal y del Interamericano exhiben sobre la decisión de aislarse de estos grupos humanos. Mientras en el primero se considera que el aislamiento es una decisión voluntaria de romper relaciones con la sociedad mayoritaria, pero no como “opción voluntaria sino [como] una estrategia de supervivencia” (ACNUDH, 2012: párr. 8), la CIDH realza la centralidad de su derecho a la autodeterminación “ya que aun si la decisión de permanecer en aislamiento es una estrategia de supervivencia resultado en parte de presiones externas, ésta es una expresión de autonomía de estos pueblos en tanto sujetos de derecho” (CIDH, 2013: párr. 12).

2 Ver CIDH, MC 382-10, Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Brasil; MC 679-20, Miembros del Pueblo Indígena Munduruku, Brasil; MC 563-20, Miembros de los Pueblos Indígenas Yanomami y Ye'kwana, Brasil; MC 754-20, Miembros de los Pueblos Indígenas Guajajara y Awá de la Tierra Indígena Araribóia, Brasil; y MC 262-05, Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario de Mashco Piro, Yora y Amahuaca, Perú.

Los PIA(V) son “pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no mantienen contactos regulares con la población mayoritaria, y que además suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su grupo” (ACNUDH, 2012: párr. 8). El Grupo de Trabajo Internacional para la Protección de Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial reporta 188 registros de indicios de existencia de PIA(V) en países amazónicos,³ el chaco boliviano o la región oriental de Paraguay, pero solo se han reconocido oficialmente a 60 de ellos en esas regiones, según datos obtenidos hasta 2024 (GTI-PIACI, 2025).

Aunque gozan de todos los derechos de que son titulares los pueblos indígenas, sus características han llevado a anteponer el principio de que sus derechos deben

ser leídos atendiendo a la particularidad del no contacto o del contacto reciente de estos pueblos, sin olvidar las amenazas o problemas que enfrentan, desde el punto de vista del ejercicio de los derechos humanos y su situación de particular vulnerabilidad (ACNUDH, párr. 21),

lo que se traduce en una especial atención a los derechos: i) a su autodeterminación, que implica fundamentalmente no ser contactados forzadamente o de forma no deseada; ii) a sus tierras, territorios y recursos, debiendo el Estado delimitar apropiadamente las zonas en las que habitan y por las que transitan para el mantenimiento de sus formas de vida, incluyendo zonas intangibles y perímetros de amortiguamiento, y realizar un monitoreo permanente sobre ellos; iii) a la salud, que impone establecer cordones de protección sanitaria, protocolos y planes de contingencia, debido a la vulnerabilidad inmunológica de sus miembros, así como prevenir la contaminación ambiental y la exposición a sustancias tóxicas para mantener sus condiciones alimentarias y de salubridad; y iv) a la participación, entendiendo que estos pueblos no participan de consultas y que no otorgan su consentimiento para actividades que impliquen intervenciones en sus territorios, pues en virtud de su autodeterminación, rechazan la presencia de terceros en ellos y su forma de vida involucra el aislamiento.

Con una movilidad cíclica y estacionaria, los tagaeri y taromenane (y posiblemente otros grupos aislados cuyo nombre y número de miembros se ignora), habitan un territorio selvático entre ríos y bloques petroleros en la Zona Intangible Tagaeri-Taromenane (ZITT) y el Parque Nacional Yasuní, en la amazonia ecuatoriana.

Son parte del pueblo indígena waorani, considerados de contacto reciente, con quienes comparten una historia común, en particular, ligada a colonización de su territorio para la explotación legal de hidrocarburos e ilegal de madera. En uno de los testimonios allegados al proceso se lee

[s]oy testigo de que la llamada Vía Auca, abierta por la petrolera estadounidense Texaco (ahora Chevron) y por la estatal CEPE (ahora Petroecuador), partió el corazón del territorio de los tagaeri y otras familias

3 Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

waorani parientes de ellos, junto con los pozos y demás infraestructura petrolera, y los colonos invitados y apoyados por el Estado ecuatoriano que creía que la selva era tierra de nadie. La idea impulsada por el Estado de que “una tierra sin hombres para unos hombres sin tierra” causó una pérdida territorial enorme y esa frontera agrícola sigue ampliándose hasta hoy día (Corte IDH, 2024: nota al pie 124).

2. Los hechos del caso

El primer grupo de hechos está relacionado con la delimitación del territorio de los PIA(V) y la permisividad de actividades extractivas en su territorio. El punto de debate se refirió a si la delimitación del territorio y la creación de distintas figuras jurídicas para su protección⁴ habían sido eficaces y correspondían efectivamente al territorio de habitación, uso y trasegar de los aislados y si la autorización de las actividades petroleras había desconocido el territorio protegido.

En este punto cabe tener en cuenta que, para viabilizar la explotación en una parte del territorio, fueron modificados los mapas de presencia de PIA(V):

[e]l 15 de agosto de 2013, a través del Decreto Ejecutivo No. 74, la Presidencia de la Republica solicitó que varios ministerios presentaran informes “sobre la viabilidad ambiental, técnica, financiera y constitucional de la explotación en el Parque Nacional Yasuní, para efectos de solicitar fundamentadamente a la Asamblea Nacional para que autorice la explotación petrolera en el Parque Nacional Yasuní”. El 22 de agosto de 2013, mediante Oficio MJDHC-DM-2013-0880-OE, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos remitió al Secretario de la Presidencia de la República un Informe sobre posibles señales de presencia de PIAV en los Bloques 31 y 43. En este Informe se modificó el mapa que se había venido utilizando desde el 2007, llegando a la conclusión de que al interior de los bloques petroleros no habitaba población indígena aislada, ni tampoco eran utilizados como lugar de tránsito. El 3 de octubre de 2013, la Asamblea Nacional adoptó la “Resolución de Declaratoria de Interés Nacional de la explotación petrolera de los Bloques 31 y 43 dentro del Parque Nacional Yasuní”, excluyendo la ZITT (Corte IDH, 2024: párr. 119).

El segundo grupo se refiere a “hechos violentos ocurridos en 2003, 2006 y 2013”. Se trata de episodios en los que miembros del pueblo waorani asesinaron a miembros de los PIA(V) en acciones de venganza por la muerte que los aislados, a su vez, en defensa de su territorialidad, habían causado a aquellos campesinos colindantes o a madereros ilegales, o por instigación de estos. Los dos primeros episodios no fueron investigados suficientemente: el propio Estado reconoció que “hubo una renuncia injustificada de la potestad punitiva estatal” (Ib., párr. 132) y el tercero culminó con la condena de

4 Como la creación del Parque Nacional Yasuní en 1979; la ZITT creada en 1999 y delimitada en 2007; la demarcación derivada de una consulta popular en 2019 que, aunque agregó territorio a la zona de amortiguamiento, permitió las operaciones petroleras; la Política Nacional de los Pueblos en Situación de Aislamiento Voluntario; el Plan de Medidas Cautelares a favor de los pueblos indígenas en aislamiento Tagaeri-Taromene; y la “Iniciativa Yasuní ITT” de 2007 y el Plan de Acción “Fortalecimiento de los mecanismos de cooperación interinstitucional para ejecutar el seguimiento, monitoreo y control de la Zona Intangible Tagaeri Taromene (ZITT) y su área de influencia” de 2022.

diez personas waorani a quienes se les impusieron sanciones interculturales, consistentes en trabajo comunitario, tal y como los recomendaron sus propias autoridades o pikenanis (*Idem*, párr. 144).

El tercer grupo de hechos se refiere a la situación de dos niñas tagaeri que presenciaron el asesinato de su madre y de otros miembros de su pueblo durante los hechos de 2013 y fueron tomadas por los atacantes y entregadas a familias waorani que se hicieron cargo de su crianza. Al respecto, se analizó la conducta de las autoridades estatales al mantener a las hermanas separadas y a una de ellas bajo el programa de protección y asistencia a testigos y a víctimas, lo que limitó el ejercicio de sus derechos.

3. Trámite ante el SIDH

El procedimiento internacional inició en mayo de 2006, con una petición formulada por un grupo de activistas. A lo largo del proceso se fueron sumando otros peticionarios, entre los que se cuentan abogados particulares, organizaciones indígenas, universidades, ONG y un movimiento social. En algunos momentos estos actores realizaron cambios de representantes lo que impidió consolidar una estrategia coordinada en forma óptima a lo largo del proceso.⁵

Luego del segundo evento de violencia, se otorgaron medidas cautelares (CIDH, 2006) que derivaron en un Plan de Medidas Cautelares y una Política Nacional de los Pueblos en Situación de Aislamiento Voluntario a través de los cuales se implementaron algunas medidas gubernamentales.

En 2014 se aprobó el informe de admisibilidad y un año después se llevó a cabo una audiencia ante la CIDH, de la que se derivaron otras medidas cautelares otorgadas en favor de una testigo que fue amenazada por uno de los testigos del Estado (CIDH, 2015). En 2019 se aprobó el Informe de Fondo No. 152/19 y la audiencia ante la Corte IDH se llevó a cabo en 2022.

Entre tanto, la CIDH había declarado la inadmisibilidad del caso de la comunidad indígena huaorani de Bamenó y sus miembros (CIDH, 2022), quienes también habitan la zona de amortiguamiento de la ZITT, por considerar que había superposición entre ambas peticiones (principio de no duplicidad) y que la peticionaria no había agotado los recursos internos correspondientes a la vulneración de derechos contra los PIA(V) y contra las dos niñas tagaeri.⁶

5 Aunque en el análisis de sentencias internacionales tiende a preferirse el comportamiento de los tribunales en relación con las pruebas, la argumentación y decisión, lo cierto es que la configuración de la parte peticionaria es sumamente relevante, particularmente en casos en los que prima la agencia oficiosa o en casos colectivos o de alta complejidad. Téngase en cuenta que ante el SIDH cualquier persona puede presentar peticiones en el nombre de terceras personas y no se exige demostrar un vínculo entre peticionarios y víctimas. La forma en que se realiza la representación termina definiendo a quién se representa (lo que puede dar lugar a exclusiones) y de qué manera (la estrategia de litigio). Sin duda alguna, un tema desafiante para explorar es la apertura de análisis sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la sociología jurídica relativa a la prestación de servicios legales interamericanos.

6 Quienes inicialmente se pensaba que eran taromenane. Por su parte, la Corte IDH resolvió en 2022 negativamente la petición de adopción de medidas provisionales en favor de la mayor, sobre quien se alegó que estaba siendo víctima de actos de amedrentamiento, hostigamientos y amenaza. El Tribunal consideró que no se satisfacían los requisitos de extrema gravedad y urgencia relacionada con la posibilidad de daños irreparables (Corte IDH, 2022).

En este punto se disiente de la decisión de la CIDH, pues pudo haber acumulado en ese momento las peticiones en virtud del artículo 29.5 de su Reglamento, lo que hubiera enriquecido la comprensión de las consecuencias de las diversas intervenciones legales e ilegales en el territorio de los PIA(V) y la conflictividad con y entre los pueblos aledaños a este. Asimismo, hubiera permitido una mejor integración entre los peticionarios.

En la sentencia dictada en 2024 la Corte IDH determinó la vulneración del derecho a la propiedad colectiva y el derecho a la libre determinación en conformidad con el principio de no contacto de todos los PIA(V) habitantes de la Amazonía occidental ecuatoriana, tanto por la permisibilidad de la explotación petrolera en su territorio como por la falta de una “efectiva protección de la intangibilidad de la ZITT frente a los riesgos de intrusión de agentes externos, en particular de madereros ilegales” (Corte IDH, 2024: párr. 234).

También estableció la vulneración de los derechos a la salud, alimentación, identidad cultural, ambiente sano y vivienda, debido a las amenazas ambientales derivadas de la intervención de sus territorios, siguiendo la línea ya establecida en los casos *Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina* y *Pueblo Indígena U'wa y sus miembros Vs. Colombia*.

En cuanto al derecho a la vida no hubo debate, pues el Estado nunca negó los homicidios, lo que hizo a este caso excepcional ya que, en otros similares, esto sí se debatió. La Corte IDH reconoció los esfuerzos del Estado ecuatoriano para investigar, con criterios interculturales, los hechos de 2013, pero concluyó la vulneración del deber reforzado de protección a la niñez, al no haber facilitado la participación de las niñas en esa investigación. Sobre los otros hechos de violencia, ordenó la reapertura de las investigaciones correspondientes, esta vez, de forma diligente.

En lo referente a las garantías judiciales, concluyó que, en distintos momentos, diferentes actores habían iniciado “acciones, como recursos de amparo y solicitudes de medidas cautelares, orientados a detener las decisiones administrativas relativas a la exploración y explotación petrolera, pero ninguno de ellos tuvo resultados concretos”, lo que se tradujo en una afectación a la obligación de que el Estado desarrolle mecanismos efectivos para defender los derechos territoriales de los PIA(V).

Sobre la situación de las niñas, la Corte IDH determinó, por primera vez en su jurisprudencia, que se había producido un hecho de “asimilación forzada” (*Idem*, párr. 387) y una vulneración de la obligación de protección a la familia y concluyó que

a pesar de que el contacto forzado no fue producto de una acción estatal, las medidas tomadas por el Estado posteriormente, en particular el traslado de C. de Yarentaro a Francisco de Orellana, la permanencia de las niñas en manos de sus captores y la decisión de mantener a D. en la familia de uno de sus atacantes, son contrarias a los derechos a la integridad y libertad personal, así como a los derechos de circulación y residencia (*Idem*, párr. 399).

Finalmente, las consecuencias de esa asimilación fueron estudiadas a partir de elementos interseccionales: ser niñas e indígenas en aislamiento, vulneradas en sus derechos por la invocación de costumbres o tradiciones contrarias al DIDH. Al respecto, se ordenaron investigaciones administrativas y disciplinarias.

4. Avances jurisprudenciales

Varios elementos se destacan en esta sentencia. En primer lugar, el reconocimiento del marco de estándares internacionales aplicables a los PIA(V), validando instrumentos como las ya mencionadas Directrices de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,⁷ la aplicabilidad la Carta de la OEA para reconocer los derechos a la salud y a la alimentación adecuada y los estándares desarrollados en los informes temáticos de la CIDH sobre estos grupos humanos.

De igual manera, tras reconocer que en su jurisprudencia el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales ha pasado prácticamente “desapercibido” (*Idem*, párr. 22), estableció que en este caso había sido vulnerado por el desconocimiento del principio de no contacto, con la tramitación de la declaratoria de interés nacional que viabilizó la explotación petrolera de los Bloques 31 y 43 dentro del Parque Nacional Yasuní. A esto le denominó vulneración del criterio de precaución,⁸ y es relevante porque permite avanzar en una jurisprudencia interamericana que debate las declaraciones de interés nacional y otras figuras ligadas a la utilidad pública, como una suerte de presunción de derecho que legitima la explotación de recursos en territorios y comunidades vulnerables. Para la Corte IDH,

las excepciones a la prohibición de acceso y explotación del territorio intangible deben ser establecidas de forma clara en la legislación, deben estar encaminadas a brindar una mayor protección de los derechos de los PIAV o a atender situaciones excepcionales de emergencia. Además, las medidas adoptadas deben ser proporcionales en consideración a su naturaleza y su potencial impacto en la forma particular de vida de los PIAV, con el fin de evitar afectaciones al derecho al no contacto, en aplicación del principio de precaución (*Idem*, párr. 207).

La Corte IDH también determinó que las medidas de protección territorial de los PIA(V) deben ser dinámicas, en el sentido de que, dados sus patrones de movilidad, debe considerarse una am-

7 Con posterioridad a la sentencia el ACNUDH publicó el Documento Informativo “Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial” (2025) contentivo de las brechas existentes entre el reconocimiento y goce de sus derechos, los desafíos que enfrentan en la región y los avances alcanzados. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documento-informativo-sobre-pueblos-indigenas-en-aislamiento%20voluntario-y-contacto-inicial.pdf>

8 En su voto parcialmente disidente, el juez Sierra Porto consideró que se trataba de una aplicación equivocada del principio de precaución propio del derecho ambiental. No obstante, en la sentencia es claro que con “criterio de precaución” la Corte se está refiriendo al deber de prevenir el contacto forzado de los PIA(V), que es una obligación derivada del derecho a su determinación o autodeterminación de vivir aislados: “ante los efectos que la actividad de prospección y explotación petrolera pueden tener sobre los territorios de los PIAV, esta Corte considera que con el fin de respetar el principio de no contacto como expresión del derecho a la autodeterminación y a la consulta, se debe de aplicar el criterio de precaución” (Corte IDH, 2024: párr. 224).

pliación del territorio reconocido, contemplando el principio de no contacto, la irreductibilidad del territorio y con respeto pleno a su decisión de mantenerse en aislamiento (*Idem*, párr. 215), lo que orienta a los Estados de la región a abstenerse de implementar medidas regresivas en el reconocimiento de la territorialidad de los aislados.

Otro avance importante está relacionado con la justiciabilidad de los DESCAs. Por un lado, el reconocimiento de que las condiciones para el goce de la salud de estos grupos poblacionales, que tienen una vulnerabilidad inmunológica particular, “está estrechamente ligado con el control de la contaminación y el mantenimiento de la soberanía alimentaria” (*Idem*, párr. 258), lo que implica, a su vez, el reconocimiento de la soberanía alimentaria como un derecho en el orden jurídico interamericano⁹ y da continuidad al desarrollo del derecho humano a un ambiente sano:

[e]n el caso particular de los PIAV, el derecho a la alimentación está muy ligado a la preservación de su territorio y de sus ecosistemas, ya que en virtud del principio de no contacto, deben ser soberanos alimentariamente. De esta forma, se debe garantizar el acceso a los territorios que les permitan cumplir con los patrones estacionales y cíclicos de caza y cultivo (*Idem*, párr. 261).

Por otra parte, esta sentencia reconoce el derecho al hábitat de los PIA(V). La consecuencia de reconocer que “debido a su carácter de pueblos ecosistémicos, los PIAV tienen una relación con el ambiente tan integral y completa, que la afectación de éste pone en grave peligro su propia existencia” (*Idem*, párr. 272), supuso para la Corte avanzar más allá del derecho a la vivienda:

[e]l concepto de hábitat permite dar mejor cuenta de las necesidades de los PIAV ... son pueblos con movilidad cíclica y estacionaria, por lo que se puede presumir que sus viviendas no son necesariamente permanentes y no se adaptan a los criterios establecidos en el mundo externo. La protección a su derecho a la vivienda pasa entonces por una protección más amplia, una protección a su territorio, a la selva que les brinda protección y seguridad (*Idem*, párr. 264).

La apertura a este concepto es muy importante, y encuentra sintonía con el desarrollo del concepto de “domicidio”, presentado por el Relator Especial sobre una vivienda adecuada, quien lo ha utilizado para referirse a “la destrucción masiva y deliberada de hogares para causar sufrimiento

9 En el caso *Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, la Corte había llegado a reconocer la disponibilidad, esto es “las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos” como un componente del derecho a la alimentación, siguiendo la Observación General 12 del Comité DESC (Corte IDH, 2020: párr. 219). Aquí se da un paso fundamental hacia algo más: la soberanía alimentaria, que ya había sido reconocida en el caso de los campesinos, como el “derecho a definir sus sistemas agroalimentarios y el derecho a una alimentación sana y culturalmente apropiada, producida con métodos ecológicos y sostenibles que respeten los derechos humanos” (Consejo de Derechos Humanos, 2018b).

humano” (2022: párr. 5) y está aparejado a la destrucción de los medios de subsistencia de una población determinada.

Conforme al Relator, en ciertas circunstancias, “tenga o no como resultado la destrucción física de una vivienda, podría ser, por consiguiente, una vía hacia el genocidio cuando la destrucción se lleve a cabo con el propósito de acarrear la destrucción física del grupo” (*Idem*, párr. 41), lo que aplica perfectamente a la situación de los PIA(V).

Adicionalmente, resulta significativo que la Corte IDH haya establecido que, dado que no existe acceso a prueba directa para establecer los impactos en los DESCAs de los PIA(V), “es necesario hacer referencia a las vivencias de los pueblos vecinos y a las evidencias de las consecuencias de los contactos que se han dado producto de estas presiones sobre el territorio ancestral de los PIAV” (Corte IDH, 2024: párr. 288).

Esto ya había sido evidenciado en el Asunto de los Miembros de los Pueblos Indígenas Yanomami, Ye’kwana y Munduruku examinado por la Corte IDH en 2023, en relación con la contaminación de fuentes hídricas con mercurio vertido en las actividades de minería ilegal en el territorio común de pueblos en aislamiento y pueblos indígenas aledaños en Brasil.

Así pues, la determinación de las vulnerabilidades de los PIA(V) derivada de factores ambientales está anclada a monitoreos epidemiológicos de la población circundante y la asistencia oportuna que brinde el Estado, lo que puede traducirse en un incentivo para estas poblaciones en promover los derechos de aquellos.

Finalmente, la Corte IDH respaldó la iniciativa de mantener el crudo en el subsuelo del Bloque 43, que se había ordenado en virtud de la Consulta Popular de 2023 que determinó el retiro de la infraestructura petrolera ya construida. Así, ordenó

que, en el plazo de un año, el Estado tome todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, para que efectivamente se implemente esta decisión y se prohíba la explotación petrolera en el Bloque 43. Estas medidas deberán incluir un plan para el retiro progresivo de toda la infraestructura petrolera existente en la zona de amortiguamiento, siempre y cuando este retiro no impacte negativamente al ambiente. Además, el Estado deberá velar por la participación efectiva de la población afectada, en particular de los pueblos indígenas, en todo el proceso de implementación del resultado de esta Consulta. Para el caso de los PIAV, deberá tomar en cuenta el estándar establecido en la presente Sentencia de acuerdo con el cual el derecho a la consulta de estos pueblos implica el respeto a su voluntad a mantenerse en aislamiento (*Idem*, párr. 504).

Esta medida es importante en el contexto latinoamericano actual en el que se debate la responsabilidad sobre cierre de proyectos extractivos, ya sea por voluntad popular, como este o el caso de la mina “Cobre Panamá” en Panamá, o por la clausura de operaciones (ya sea por agotamiento de los recursos, obsolescencia, baja rentabilidad o procesos de transición energética), tema sobre el

que recientemente se ha pronunciado la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la CIDH (2025).

5. Zonas grises y temas pendientes

La sentencia también dejó zonas grises que tendrán que ajustarse con enfoque de derechos, por ejemplo, la responsabilidad de actores económicos privados que operan en inmediaciones de territorios de PIA(V). En este caso la Corte IDH tomó nota de la existencia de un Protocolo de conducta dirigido a empresas que desarrollan actividades hidrocarburíferas en zonas adyacentes y/o colindantes con la ZITT y su zona de amortiguamiento. Al respecto, consideró que

este Protocolo rige para las actividades ya existentes. De esta forma, y en complemento de este Protocolo, se ordena al Estado que tome medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole para que en el proceso de otorgamiento de nuevas licencias o de renovación de las existentes, el requisito de realización de un estudio de impacto ambiental incluya provisiones específicas que tomen en cuenta los impactos diferenciados a los PIAV y se aplique el principio de precaución, tal y como ha sido interpretado en esta Sentencia (Corte IDH, 2024; párr. 528).

Sin duda alguna, el principio o criterio de precaución supone excluir las operaciones extractivas en inmediaciones de territorios PIA(V), por lo tanto, esta disposición, leída de esta manera, supone que los estudios de impacto ambiental (EIA) en los que se advierta su existencia, tendrán que concluir en la improcedencia de los proyectos. Una conclusión contraria llevaría a que los protocolos por crear sean preparativos para el contacto (inminente, inevitable) y no medidas de contingencias extraordinarias.

En el plano nacional, un tema aún por resolver es la prevención de interacciones potencialmente violentas entre los PIA(V) y las comunidades aledañas. Los relatores de pueblos indígenas de los sistemas universal e interamericano, habían recomendado algunos años antes que

[s]e deben promover actividades de sensibilización de comunidades indígenas y otras poblaciones aledañas sobre los pueblos en aislamiento y contacto inicial y sus derechos. Asimismo, las comunidades y poblaciones aledañas podrían ser capacitadas para identificar situaciones de inminente contacto, conflictos y otros riesgos a fin de colaborar con las agencias competentes en el diseño de protocolos de emergencia y contingencia. En el caso de pueblos en contacto inicial, la colaboración con las comunidades aledañas es también necesaria en relación con la adopción de medidas de prevención y resolución de conflictos y de reparación por situaciones de conflictividad y violencia que hayan sucedido entre estos pueblos y pueblos en aislamiento (Consejo de Derechos Humanos, 2018a: párr. 64).

En este caso eso no se especificó. Si bien la Corte IDH partió de que no existe un conflicto interétnico, sino episodios de violencia entre grupos familiares (Corte IDH, 2024: párr. 101), el pueblo waorani está incluido en el cumplimiento de varias órdenes neurales¹⁰ sin que haya mediado una pedagogía alrededor del proceso internacional, sin que el Estado haya previsto un modelo de reconversión económica susceptible de ser consensuado y sin que existan formas más claras de coordinación entre la justicia propia y la jurisdicción ordinaria de tal manera que los procesos penales por venir no agraven las tensiones sociales y territoriales.

Ahora bien, en el plano interamericano hay otros casos de PIA(V) que eventualmente serán presentados a la Corte IDH, y entre los jueces no existe un consenso sobre la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a sus derechos.

En uno de los votos parcialmente disidente se consideró que la Corte IDH había establecido una prohibición absoluta de actividad petrolera en las proximidades de la zona de amortiguamiento, cuando, según la jueza, eso debió decidirse en el EIA (*Idem*, voto de la jueza Hernández López: párr. 23). Esto desconoce los defectos en la construcción de los EIA, que generalmente han excluido la participación ciudadana y no incorporan estándares de derechos humanos.

En otro voto se consideró que la ponderación entre los derechos de estos grupos humanos y la comunidad general debió llevar a concluir la necesidad de conservar la seguridad jurídica de la propiedad, por lo que no debió establecerse una delimitación dinámica de sus territorios (*Idem*, voto del juez Sierra Porto: párr. 6).

Así también se resaltó cómo “paradójico determinar la responsabilidad estatal cuando se parte de una premisa de la mínima intervención” (*Idem*, voto de la jueza Gómez: párr. 7), esto es, el no contacto. Llevado a una perspectiva acartonada, se llegaría a concluir que, si el Estado realiza esfuerzos razonables por proteger a los aislados, la debida diligencia o el criterio de precaución no deberían transformarse en una obligación de resultado, en particular por la acción de terceros de la que se derive la responsabilidad internacional del Estado. Esto fue defendido por dos de los juzgadores (*Idem*, párr. 9 y voto de la jueza Pérez Goldberg, párr. 12).

Una postura predominante en este sentido sometería a los PIA(V) a su extinción. Así pues, queda un largo camino de pedagogía, fundamentalmente para operadores de justicia de todas las jerarquías, sobre el derecho de estas comunidades a existir por fuera de los parámetros occidentales y el deber de defender esa opción de vida.

10 Como la integración de una Comisión Técnica de Evaluación de la ZITT, encargada de realizar periódicamente informes de avistamientos de los PIAV en zonas aledañas al ZITT, el mecanismo para la implementación del retiro de la infraestructura petrolera en el Bloque 43, el monitoreo de condiciones ambientales en el territorio y el programa de capacitación permanente y obligatorio para funcionarios públicos sobre los derechos de los PIAV, en calidad de capacitadores y formadores.

Referencias bibliográficas

- ACNUDH (2012). Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región amazónica, el Gran Chaco, y la Región Oriental de Paraguay, Ginebra.
- CIDH. Resolución No. 12/85. Caso No. 7615. Pueblo Yanomami. Brasil, 5 de marzo de 1985.
- CIDH. Medida cautelar No. 91-EC, Pueblos indígenas Tagaeri y Taromenane que habitan en la selva amazónica ecuatoriana situada en la zona fronteriza con el Perú y se encuentran en situación de aislamiento voluntario u “ocultos”, 10 de mayo de 2006.
- CIDH. Informe Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13, 30 de diciembre de 2013.
- CIDH. Medida cautelar No. 530-EC, Alicia Cahuiya, lideresa waorani y vicepresidenta de la NAWÉ, 24 de octubre de 2015.
- CIDH. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176, 29 de septiembre de 2019.
- CIDH. Informe de Admisibilidad No. 113/20. Petición 211-12. Caso 64 Comunidades de los Pueblos Mojeño, Yuracaré y Tsimane. Bolivia, 24 de abril de 2020.
- CIDH. Informe de Inadmisibilidad No. 42/22. Petición 1095-14. Comunidad Indígena Huaorani de Bameno y sus Miembros. Ecuador, 9 de marzo de 2022.
- CIDH. REDESCA urge a garantizar enfoque de derechos humanos en las políticas de reparación y salida responsable en proyectos de desarrollo. Comunicado del 27 de marzo de 2025.
- Consejo de Derechos Humanos. Resolución 39/12. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, 28 de septiembre de 2018.
- Consejo de Derechos Humanos. Resumen de la reunión de trabajo sobre normas de derecho internacional sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en la Amazonía y el Gran Chaco, preparado conjuntamente por la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas y el Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, A/HRC/39/17/Add.1, 27 de junio de 2018.
- 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. Asunto Miembros de los Pueblos Indígenas Yanomami, Ye'kwana y Munduruku respecto de Brasil. Medidas Provisionales. Resolución del 1 de julio de 2022.
- Corte IDH. Asunto Miembros de los Pueblos Indígenas Yanomami, Ye'kwana y Munduruku respecto de Brasil. Medidas Provisionales. Resolución del 12 de diciembre de 2023.
- Corte IDH. *Caso Pueblos indígenas Tagaeri y Taromenane Vs. Ecuador*. Solicitud de medidas provisionales. Resolución del 18 de octubre de 2022.
- Corte IDH. *Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C No. 537.

Grupo de Trabajo Internacional para la Protección de Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial (2025). Pueblos indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial (PIACI) y derechos humanos en el ciclo de vida de las energías renovables y minerales críticos. Recuperado de https://www.pueblosaislados.org/_files/ugd/fe48e9_87a09e74ae9340fa9ede4b555ef220a1.pdf

Relator Especial sobre una vivienda adecuada. Informe sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Balakrishnan Rajagopal, A/77/190, 19 de julio de 2022.

Racismo institucional. Acceso a la justicia

Corte IDH. Caso *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de octubre de 2024. Serie C No. 539

*Por Maria Sylvia Ap. de Oliveira**

1. Introducción

En octubre de 2024, la Corte IDH condenó al Estado brasileño en el caso “Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes” por violar el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Entre los aspectos abordados en la sentencia se destaca el impacto de la discriminación en el derecho de las víctimas a un “proyecto de vida”. La decisión subraya cómo el racismo estructural no solo excluye a las personas negras de oportunidades en el mercado laboral, sino que también compromete sus trayectorias profesionales, su autoestima y su plena participación ciudadana.

Este artículo analiza el contexto normativo, histórico e institucional que enmarca el caso, destacando el papel del movimiento negro, en especial de Geledés – Instituto de la Mujer Negra, y reflexionando sobre los impactos de la decisión de la Corte IDH para la lucha contra el racismo estructural en Brasil.

* Abogada (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Posgrado en Humanidades, Derechos y otras Legitimidades (Universidade de São Paulo). Directora ejecutiva y coordinadora del Área de Género, Raza y Equidad de GELEDÉS - Instituto de la Mujer Negra.

2. Marco legal e histórico

Durante el proceso constituyente, en el período de redemocratización, el movimiento negro en Brasil logró avances significativos en la lucha antirracista (Neris, 2015). En la Constitución Federal de 1988 la lucha contra el racismo se manifiesta en tres pilares centrales que conforman la base normativa y lógica destinada a la garantía de la igualdad y a la efectividad de los derechos fundamentales: “principios fundamentales” de la República, principios que rigen las relaciones internacionales, y derechos y garantías fundamentales.

Así se consagra la promoción del bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras formas de discriminación (art. 3º, inc. IV), el repudio al terrorismo y al racismo (art. 4º, inc. VIII) y la criminalización del racismo como delito no susceptible de fianza e imprescriptible (art. 5º, inc. XLII).

Para reglamentar lo dispuesto en el artículo 5º citado, se promulgó la Ley N° 7716/1989, que establece en el ámbito penal la criminalización de las prácticas racistas. Entre estas conductas, se destaca la tipificación legal que sanciona el acto de negar o impedir el acceso al empleo en empresas privadas, previsto en el artículo 4º de dicha legislación, que establece:

Negar o impedir empleo en empresa privada.

Pena: reclusión de dos a cinco años.

§ 1º Incurrir en la misma pena quien, por motivo de discriminación de raza o color o prácticas resultantes del prejuicio de ascendencia u origen nacional o étnico:

I – deje de conceder al trabajador el equipamiento necesario en igualdad de condiciones con los demás;

II – impida la promoción funcional del trabajador u obstaculice otra forma de beneficio profesional;

III – proporcione al trabajador un trato diferenciado en el ambiente laboral, especialmente en lo que respecta al salario.

§ 2º Quedará sujeto a multa y a la prestación de servicios comunitarios, incluyendo actividades de promoción de la igualdad racial, quien, en anuncios u otras formas de reclutamiento laboral, exija características de apariencia propias de raza o etnia para empleos cuyas funciones no justifiquen tales exigencias (Incluido por Ley N° 12288/2010).

Sin embargo, la efectividad de estas normas siempre ha estado condicionada a su aplicación concreta, revelando tensiones entre conquistas jurídicas y prácticas sociales excluyentes.

Por otro lado, es importante destacar que el Estado brasileño es signatario de todos los tratados y convenciones internacionales de combate contra la discriminación racial, lo que implica responsabilidades normativas y políticas tanto en el ámbito interno como internacional.

No obstante la relevancia de estos instrumentos internacionales para la promoción y garantía de los derechos humanos de la población afrodescendiente en Brasil, en especial de las mujeres afrodescendientes, se observa una significativa ausencia de debate crítico acerca de su efectiva implementación. Tal vacío evidencia no solo la desarticulación entre los compromisos internacionales y las políticas nacionales, sino también la persistente invisibilización de las especificidades de género y raza en las agendas públicas.

Uno de estos documentos es el Plan de Acción de Durban, que establece medidas de prevención, educación y protección para erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia.

Este plan es resultado de la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, realizada en Durban, Sudáfrica (2001), en la cual Brasil desempeñó un papel central como relator general. Fue durante esa conferencia que el Estado brasileño reconoció oficialmente su responsabilidad histórica por el régimen esclavista y por la marginación económica, social y política de la población afrodescendiente. Además, se comprometió a adoptar todas las medidas encaminadas a superar el racismo estructural, reafirmando la centralidad de esta cuestión para la promoción de los derechos humanos.

Como desarrollo de las directrices establecidas en Durban, la Asamblea General de la OEA aprobó en 2013 un marco normativo fundamental: la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, incorporada a la legislación brasileña mediante el Decreto N° 10932/2022. Brasil estuvo entre los primeros países en reconocer y firmar dicha convención, junto con Antigua y Barbuda, Argentina, Costa Rica, Ecuador y Uruguay. Brasil es también signatario de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, promovida por la ONU, firmada en 1966 y en vigor desde 1969.

Es importante destacar que los tratados y convenciones sobre derechos humanos aprobados por el Congreso Nacional tendrán rango de enmiendas constitucionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º, párrafo 3º de la Constitución Federal.

A la luz de lo expuesto, se constata que, desde hace más de cinco décadas, el Estado brasileño ha asumido obligaciones internacionales mediante la adhesión a tratados y convenciones orientados a la promoción de la igualdad racial. No obstante, la eficacia de dichas obligaciones requiere la adopción de medidas integrales y efectivas encaminadas a dismantelar las estructuras históricas y persistentes de discriminación que atraviesan la sociedad. En este sentido, resulta fundamental la centralidad de las acciones dirigidas a combatir la violencia contra las mujeres afrodescendientes, cuya situación de vulnerabilidad se ve agravada por la interseccionalidad entre raza y género, lo que pone de relieve que únicamente la erradicación de las bases estructurales del racismo y del sexismo puede garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos y el acceso efectivo a la justicia social.

La persistencia de profundas desigualdades estructurales evidencia la distancia entre el marco normativo y la efectivización de derechos, impactando de manera particularmente severa la vida de las mujeres negras, que constituyen el mayor segmento poblacional del país.

En este sentido, se evidencia una limitación estructural de la sociedad en garantizar el reconocimiento de la población negra –y, de manera aún más acentuada, de las mujeres negras– como sujetos plenos de derechos.

En la realidad social brasileña, el racismo estructural y sistémico actúa como un dispositivo que no solo intensifica, sino que también normaliza la violación de los derechos de la población negra. Enraizado en las instituciones, en las dinámicas sociales y en las estructuras de poder, este sistema sostiene desigualdades y legitima formas de discriminación que resultan en la marginación y deshumanización de las personas negras, restringiendo su acceso a derechos fundamentales, como el trabajo digno.

La negación de la humanidad de una parte de la población, relativizando la dignidad de estos individuos y concibiendo escalas de diferentes intensidades de derechos en la sociedad constituye en sí misma una forma de agresión a la dignidad, para la cual el Estado brasileño aún no ha logrado desarrollar políticas de protección (Conceição, 2009: 70).

El racismo institucionalizado y las prácticas discriminatorias que atraviesan la sociedad brasileña no pueden ser comprendidos únicamente como vestigios históricos. Al contrario de lo que sugieren interpretaciones reduccionistas, el racismo en Brasil no puede entenderse como un residuo del pasado ni como una mera manifestación de prejuicios individuales. Se trata de un fenómeno dinámico y estructural que se actualiza históricamente a través de múltiples mecanismos sociales, políticos, económicos y culturales. Su permanencia se explica por la capacidad de adaptarse a las transformaciones del contexto social, resignificándose y produciendo nuevas formas de exclusión y jerarquización racial. En este sentido, el racismo debe ser entendido como una tecnología de poder, capaz de organizar las relaciones sociales, naturalizar desigualdades y sostener la reproducción de las asimetrías que estructuran el Estado y la sociedad brasileña.

En este contexto, la decisión dictada por la Corte IDH en el caso que aquí se comenta constituye un hito jurídico-político, al reconocer la existencia de racismo institucional en el sistema judicial brasileño y reafirmar la centralidad de la lucha de las mujeres negras contra el racismo y el sexismo en los espacios de justicia y derechos humanos.

3. El caso Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes

El caso resuelto por la Corte IDH se remonta a 1996 y refiere a dos mujeres negras, Neusa dos Santos Nascimento y Gisele Ana Ferreira Gomes, quienes fueron víctimas de discriminación racial en un proceso selectivo promovido por la empresa *Nipomed Planos de Saúde*.

Aunque poseían experiencia previa en la función de investigadoras, a ambas se les impidió participar en el proceso bajo el pretexto de que las vacantes ya estaban ocupadas, negándoseles incluso el ingreso a la sala destinada a la recolección de información profesional. Dicho impedimento fue realizado por el representante legal de la empresa, Mnehiro Tahara, quien les negó el derecho de participar en la entrevista.

Sin embargo, ese mismo día, una candidata blanca, amiga de las peticionarias, no solo fue aceptada en el proceso, sino también contratada para el cargo, habiendo sido alentada a recomendar a otras personas “como ella”, lo que evidencia una práctica de discriminación racial directa en el contexto laboral.

Las víctimas registraron una denuncia policial y, con el patrocinio del Departamento Jurídico de Geledès – Instituto da Mulher Negra, a través del SOS Racismo, recurrieron al sistema de justicia en busca de la protección de sus derechos. No obstante, se enfrentaron a la ausencia de respuestas efectivas por parte de las autoridades policiales y judiciales brasileñas. Tal circunstancia evidenció no solo la selectividad racial presente en la actuación de las instituciones estatales, sino también la omisión del Estado en cumplir con la obligación de ejercer la debida diligencia reforzada en la investigación de crímenes de racismo.

Esta situación llevó al SOS Racismo a buscar justicia en el sistema interamericano, a través de la presentación de una petición ante la CIDH, en la cual se sostuvo que el Estado brasileño incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los artículos 8.1, 25.1, 24 y 26 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del tratado.

En esta perspectiva, se demostró que el Estado no solo falló en adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de esos derechos, sino que también perpetuó un cuadro de desprotección incompatible con los estándares mínimos exigidos por el SIDH.

Entre los aspectos abordados por la sentencia de la Corte IDH, se destaca el impacto de la discriminación en el derecho al “proyecto de vida” de las víctimas, concepto jurídico que abarca las repercusiones psicológicas, sociales y económicas de la violación de derechos fundamentales. La decisión resalta cómo el racismo estructural no solo excluye a las personas negras de oportunidades en el mercado laboral, sino que también compromete sus trayectorias profesionales, su autoestima y su participación ciudadana plena (Corte IDH, 2024: párr. 102).

La sentencia concluye que el resultado de la actuación estatal en este caso fue la perpetuación de la impunidad por más de dos décadas, configurando un patrón de ineficacia institucional que contribuye al mantenimiento y a la reproducción de las desigualdades raciales en el país. El reconocimiento internacional de la negligencia estatal en este caso refleja un problema sistémico más amplio, en el que el acceso a la justicia y la protección de los derechos fundamentales permanecen distribuidos de manera desigual. La condena a Brasil impone la necesidad de medidas concretas para enfrentar el racismo institucional en el Poder Judicial, garantizando la adopción de mecanismos efectivos de combate a la discriminación racial y de promoción de la equidad en el acceso a la justicia (*Idem*: párr. 58).

4. Racismo estructural e institucionalidad

La sentencia dictada por la Corte IDH evidencia la presencia del racismo institucional profundamente arraigado en el sistema de justicia brasileño, manifestado en la incapacidad estructural de dicho aparato para asegurar, de manera efectiva, la protección de los derechos fundamentales de la población negra.

Tal constatación revela un problema de carácter sistémico: aunque el ordenamiento jurídico nacional disponga de normas destinadas a enfrentar la discriminación racial, la omisión en la aplicación de esos dispositivos jurídicos contribuye directamente a la reproducción de asimetrías históricas, al sostener la continuidad de estructuras de poder excluyentes. Esta negligencia refuerza la permanencia de jerarquías raciales que organizan y atraviesan la sociedad brasileña, perpetuando patrones de desigualdad y legitimando, de forma velada o explícita, la naturalización del racismo estructural.

Como señalan Silva y Pires, existe una tensión entre el ideal normativo de la igualdad y la estructura social que sostiene jerarquías raciales (2015: 64). En ese sentido, la decisión de la Corte IDH debe ser comprendida como una oportunidad para repensar políticas públicas y reconfigurar prácticas institucionales que refuerzan el racismo estructural.

5. Consideraciones finales

Fundado en 1988, GELEDÉS – Instituto de la Mujer Negra se consolidó como una organización central en la lucha contra el racismo y el sexismo en Brasil. El Programa de Derechos Humanos desarrollado por GELEDÉS articula de manera indisoluble las dimensiones de género y raza, configurándose como un instrumento clave para visibilizar la dimensión racial en la exclusión social y en las consecuentes violaciones de derechos humanos en Brasil. Esta exclusión incide de manera desproporcionada sobre la población negra y, como ya se ha señalado, tiene un impacto particularmente acentuado en la vida de las mujeres negras, cuya dignidad continúa siendo vulnerabilizada por las estructuras sociales, económicas e institucionales del país.

En este contexto, Geledés – Instituto de la Mujer Negra, ha desarrollado estrategias políticas y jurídicas orientadas al enfrentamiento de estas formas de discriminación, valiéndose de los instrumentos legales disponibles como mecanismos de efectivización y protección de derechos.

Entre estas iniciativas, merece especial mención la creación en 1991 del SOS-Racismo – Asesoría Jurídica en Casos de Discriminación Racial, como la Sección Brasileña del *SOS Racisme* de Francia, integrando el Programa de Derechos Humanos de Geledés. Su implementación respondió a una laguna existente en Brasil, en particular en la ciudad de São Paulo, marcada por la ausencia de servicios especializados en asesoría jurídica para denuncias y litigios relacionados con la discriminación racial. El Programa fue concebido no solo como un dispositivo de atención y apoyo individual, sino también

como una herramienta pedagógica y política destinada a promover la concientización social y tensionar el sistema de justicia.

A partir de los años 2000, la actuación de Geledés adquirió proyección internacional, con una estrategia de incidencia en instancias en el marco de la OEA y la ONU, organización que en 2022 concedió a GELEDÈS el estatus consultivo en el Consejo Económico y Social (ECOSOC). Esta estrategia se inserta en una lógica de litigio internacional, orientada a denunciar la persistencia del racismo estructural y a presionar al Estado brasileño para que cumpla con sus obligaciones internacionales.

Actualmente, el programa SOS Racismo acompaña seis casos en trámite ante estas organizaciones multilaterales, tanto de manera individual como en articulación con organizaciones negras en Brasil y en América Latina, que tienen como eje central la denuncia del racismo como violación sistemática de los derechos humanos. Más allá de la dimensión contenciosa, tales casos contribuyen a la producción de datos estadísticos y a la formulación de recomendaciones específicas dirigidas al Estado brasileño, reforzando la necesidad de adoptar políticas públicas estructurales y eficaces de enfrentamiento al racismo.

Como ya se ha señalado en este artículo, la violencia racial en Brasil trasciende las agresiones físicas o verbales, manifestándose de forma sistémica mediante la negación de derechos, la marginalización social y la perpetuación de estereotipos. El caso “Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes” representa, por lo tanto, más que la condena de un acto discriminatorio específico: se trata de la denuncia de una estructura que limita trayectorias y obstaculiza proyectos de vida de la población negra.

La condena internacional impone a Brasil la adopción de medidas concretas para enfrentar el racismo institucional en el sistema de justicia, asegurando mecanismos eficaces de reparación y prevención. Solo con el fortalecimiento de la equidad y de la dignidad humana será posible avanzar hacia una sociedad democrática e inclusiva.

Referencias bibliográficas

- Conceição, Í. A. (2009). Os limites dos direitos humanos acrílicos em face do racismo estrutural brasileiro: o programa de penas e medidas alternativas do Estado de São Paulo”. Dissertação, Universidade de São Paulo, São Paulo. Recuperado de <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-164318/>
- Corte IDH. *Caso Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de octubre de 2024. Serie C No. 539.
- Neris, N. (2015). A Voz e a Palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): Um Estudo Das Demandas Por Direitos. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV - Direito SP).
- Silva, C. L. y Pires, Thula Rafaela de Oliveira (2015). Teoria Crítica da Raça como Referencial Teórico Necessário - Para Pensar a Relação entre Direito e Racismo no Brasil. *Direitos dos conhecimentos* [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI.

Derechos políticos. Principio de equidad

Corte IDH. Caso Capriles Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2024. Serie C No. 541

*Por Estela Beatriz Martínez Vázquez**

1. Introducción

El 10 de octubre de 2024 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó un pronunciamiento mediante el cual declaró la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela por las violaciones a los derechos humanos de Henrique Capriles Radonski durante el proceso electoral para la elección de presidente de la República llevado a cabo en 2013.

El Tribunal, luego de un pormenorizado y exhaustivo análisis de las denuncias y pruebas aportadas, constató que el proceso electoral tuvo lugar en un contexto de progresivo deterioro de la separación de poderes en Venezuela, y de afectación a la independencia del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Supremo de Justicia.

La Corte IDH consideró acreditada la existencia de un uso abusivo del aparato del Estado durante el proceso electoral que favoreció al candidato oficial, Nicolás Maduro, lo que afectó la integridad del proceso electoral y los derechos políticos del Sr. Capriles y de sus electores y concluyó que se vulneraron los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la libertad de expresión en el marco del recurso contencioso electoral presentado por el Sr. Capriles para solicitar la nulidad de la elección.

* Abogada y escribana. Secretaria electoral del Juzgado Federal de Tucumán N° 1. Profesora adjunta de Derecho Procesal Civil B y Derecho Procesal Constitucional (UNT).

En razón de ello, concluyó que el Estado violó los artículos 23, 13, 24, 8.1 y 25 de la CADH y lo condenó a cumplir con las reparaciones impuestas.

2. Los derechos políticos como derechos fundamentales del sistema democrático

Las ideas de “democracia representativa” y “democracia constitucional” en las que se asientan los derechos políticos y electorales se componen de las siguientes premisas: Estado de derecho e imperio de la ley, división de poderes, soberanía popular, límites constitucionales a los poderes constituidos, respeto a las minorías, elecciones libres, tolerancia y racionalidad, todo lo cual debe acontecer en los procesos electorales constitucionales y, por ende, en los sistemas de protección internacional (Dalla Via, 2007: 24).

Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental y, en su conjunto con otros derechos como la libertad de expresión, hacen posible el juego democrático, tal como lo resalta la Corte IDH en “Castañeda Gutman” (2008), recordando, a su vez, que la propia CADH en su artículo 27 le otorga gran importancia al prohibir su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos.

Estos derechos son de titularidad individual de los ciudadanos y se ejercen de manera conjunta o agrupada con la libertad de expresión, el derecho de reunión y manifestación y el derecho de asociación en partidos, por lo que están relacionados con los “derechos de ejercicio colectivo”, que pueden realizarse con fines políticos y en conjunto hacen posible el juego democrático (Habermas, 2000: 123).

Emanan de un centro de imputación de derechos más restrictivo, que es la posición del ciudadano cuyos titulares son todas las personas (Corte IDH, 2008 y 2011), que responden a un status *activae civitatis* frente al Estado, según la caracterización clásica de Jellinek (1954); son los únicos que se comprenden desde una posición de libertad y, al mismo tiempo, de participación activa en la vida de una comunidad política.

La Corte IDH en “Castañeda Gutman” recordó que la interdependencia entre democracia, Estado de derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema del que la CADH forma parte, y se encuentra plasmada en la Carta Democrática Interamericana (2001), toda vez que en el sistema democrático las elecciones cumplen un rol fundamental, ya que mediante ellas el pueblo pone en ejercicio su soberanía a fin de constituir directa o indirectamente a las autoridades de la nación.

A su vez, el artículo 23.1. de la CADH impone la obligación positiva a los Estados de diseñar un sistema electoral para que los derechos políticos puedan ser ejercidos mediante “elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”.

De dicha normativa se infiere que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; b) a votar y a ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) a acceder a las funciones públicas de su país, en condiciones generales de igualdad.

En el sistema de protección internacional de los derechos humanos la participación política es el derecho político por excelencia, ya que reconoce y protege el derecho y el deber de los ciudadanos de participar en la vida política (CIDH, 2009). Actualmente asistimos a un profundo desarrollo del derecho de participación política, que supone una concepción amplia acerca de la democracia representativa que descansa en la soberanía del pueblo y en el cual las funciones a través de las que se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas.

La Corte IDH en el fallo en comentario recordó que el Sistema Interamericano no impone a los Estados un sistema político, ni una modalidad determinada sobre la forma de regular el ejercicio de los derechos políticos, no obstante lo cual, remarcó que las regulaciones que implementen los Estados deben ser compatibles con la CADH, y, por ende, con los principios de la democracia representativa que subyace en el Sistema Interamericano (Corte IDH, 2024: párr. 106).

Consideró, asimismo, que la obligación de preservar la integridad electoral requiere a los Estados garantizar, como mínimo, y de conformidad con el derecho interno, lo siguiente: a) transparencia a lo largo del proceso electoral, particularmente en el financiamiento de las campañas y en la fase de conteo de resultados, así como la participación de testigos, fiscales y/o veedores pertenecientes a los partidos políticos y/o la sociedad civil, y la presencia de observadores nacionales e internacionales independientes; b) oportunidades para que quienes compiten por un cargo público puedan dar a conocer sus propuestas a través de medios de comunicación tradicionales y digitales, y para que la ciudadanía tenga acceso a la información sobre las campañas electorales; c) evitar el uso abusivo del aparato del Estado en favor de un candidato, candidata, o grupo político, por ejemplo, a través de la participación de servidores públicos en ejercicio de sus funciones en actos de proselitismo, del uso de recursos públicos en el proceso electoral, o de la coacción del voto; d) imparcialidad, independencia y transparencia de los organismos encargados de la organización de las elecciones en todas las etapas del proceso electoral, incluyendo la etapa de verificación los resultados; y e) recursos judiciales o administrativos idóneos y efectivos frente a hechos que atenten contra la integridad electoral (*Idem*: párr. 106).

Además de las garantías mencionadas, el Tribunal consideró que cuando una persona que participa en una contienda electoral ocupa un cargo que le permite hacer uso de los recursos o facultades públicas, como lo es el titular del Poder Ejecutivo, los Estados deben adoptar medidas adicionales y reforzadas para evitar que se afecte la integridad electoral (*Idem*: párr. 108).

En el caso, el Tribunal constató la existencia de presiones a funcionarios públicos para participar en actos de apoyo a Maduro, lo que incluyó amenazas de represalias para quienes no lo hicieran; que Maduro utilizó los poderes del Estado en beneficio de su campaña a través del uso de mensajes y cade-

nas en los medios de comunicación públicos, el uso de propaganda oficialista, recursos públicos como edificios y autos oficiales para la campaña y sitios web oficiales y concluyó que

el uso de recursos públicos y participación de servidores públicos en actos de proselitismo y presión para el voto, favorecieron al Sr. Maduro en una magnitud capaz de afectar el balance y equilibrio de la contienda y afectó las posibilidades de Capriles de dar a conocer sus propuestas a la población (*Idem*: párr. 123).

En razón de ello, remarcó que el adecuado ejercicio de los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH se vincula con la vigencia de sus derechos y libertades asociadas, entre los cuales se encuentran el derecho a la libertad de expresión (artículo 13), a las garantías judiciales (artículo 8), al derecho de reunión (artículo 15), a la libertad de asociación (artículo 16), a la protección judicial (artículo 25).

3. Derechos a las garantías judiciales, la protección judicial y la libertad de expresión

La Corte IDH se pronunció también respecto de los recursos judiciales presentados por el Sr. Capriles ante el Tribunal Superior de Justicia venezolano a fin de solicitar la nulidad de la elección y de la multa que le fue impuesta al haber realizado afirmaciones que desconocieron la “majestad” del Poder Judicial y de la Sala Constitucional.

Afirmó que las decisiones de la Sala Constitucional, en el marco del recurso contencioso electoral, tuvieron la intención de favorecer la permanencia del partido oficial a la cabeza del Poder Ejecutivo en Venezuela y silenciar un cuestionamiento legítimo a la autoridad (*Idem*: párr. 187).

Se consideró demostrado: a) el ejercicio de la facultad de avocamiento por un Tribunal con fuertes indicios de parcialidad; b) el incumplimiento del procedimiento establecido en la ley para resolver las recusaciones, c) la falta de motivación y la arbitrariedad de la decisión que rechazó el recurso contencioso electoral en una materia de evidente interés público para la ciudadanía, y d) que se impuso una multa al Sr. Capriles por los mismos hechos que fundamentaron la inadmisión del recurso y posteriormente se remitió el asunto al ámbito penal.

En “Yatama” la Corte IDH ya había señalado que

resulta indispensable que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones a fin de garantizar con acciones positivas el derecho de revisión por autoridad electoral independiente en tutela del principio de legalidad (Corte IDH, 2005: párr. 206).

En el presente caso el Tribunal consideró acreditado: a) que la Sala Constitucional del TSJ favoreció al Sr. Maduro, pues le permitió postularse como candidato y mantenerse en el cargo a pesar de las disposiciones constitucionales que expresamente prohibían la posibilidad del Vicepresidente Ejecutivo de ser elegido como Presidente de la República; b) que las actuaciones del CNE no fueron imparciales debido a la cercanía y vinculación política de tres de sus rectores con el gobierno, lo que resultó corroborado por la falta de respuesta de las más de 300 denuncias de irregularidades presentadas por parte del equipo del Sr. Capriles, lo cual constituyó un incumplimiento del deber del Estado de garantizar la existencia de medios idóneos de impugnación, y c) la negativa a realizar una auditoría de la elección, lo que afectó la transparencia del proceso (Corte IDH, 2024: párr. 142). Respecto de este último punto, señaló que los sistemas de votación electrónica deben ser transparentes e incluir posibilidades de verificación de los resultados, de manera tal que la ciudadanía pueda confiar en su integridad (*Idem*: párr. 136).

Debe destacarse que las garantías del debido proceso reconocidas en la CADH obligan al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso y no simplemente como objeto del mismo, lo cual fue vulnerado en el caso al obstaculizar el acceso a una justicia imparcial y rechazar arbitrariamente las denuncias y recursos interpuestos (*Idem*: párr. 178).

4. Principio de equidad electoral

El principio de equidad electoral garantiza que todos los participantes en un proceso electoral tengan las mismas oportunidades y condiciones para competir, evitando la creación de ventajas o privilegios injustos. Esto implica que los partidos políticos, candidatos y electores deben tener acceso equitativo a recursos, medios de comunicación y la posibilidad de expresar sus ideas libremente, sin que existan obstáculos o restricciones que favorezcan a unos sobre otros. La equidad es una forma de justicia que combina los elementos de igualdad y proporcionalidad y atiende a las circunstancias particulares del contexto (Ferreira Rubio, 2013: 36).

La clave para que la equidad electoral funcione desde el punto de vista de las y los electores está centrada en la vigencia del Estado de derecho y el respeto de los derechos de la ciudadanía, distinguiéndose tres derechos: el derecho al voto informado, el derecho a una elección real y el derecho a controlar el proceso electoral.

Mediante las elecciones el pueblo pone en ejercicio su soberanía a efectos de constituir directa o indirectamente a las autoridades de la nación, resultando uno de los aspectos fundamentales de la realización de “elecciones libres y democráticas” que se verifiquen una serie de prácticas que permitan asegurar igualdad de oportunidades y equidad electoral, toda vez que lo que ocurre en una campaña electoral mostrará efectivamente si una elección es libre y justa (IIDH, 2000: 123).

En este aspecto, la Corte IDH en “Yatama”, “Castañeda Gutman” y “López Mendoza” afirmó que el artículo 23 de la CADH no solo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el

término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real de ejercerlos y que ese ejercicio sea en un mismo estatus de igualdad, lo que no aconteció en el caso de análisis (Corte IDH, 2024: párr. 143).

Loewenstein señalaba que la desigualdad entre los partidos y entre los candidatos a la hora de hacer uso de medios económicos para la campaña electoral es la regla. De allí que la desigualdad en el uso de los medios de comunicación tiene una importancia decisiva para el resultado de una elección y requiere una regulación estricta por los órganos competentes (Loewenstein, 1986: 143).

La Corte IDH ha remarcado que el Sr. Capriles se ha visto impedido de ejercer sus derechos políticos, al haber participado en una contienda electoral totalmente desproporcionada respecto del Sr. Maduro, lo que la torna ilegítima.

5. Reparaciones

Al establecer las medidas de reparación en el caso, con fundamento en la noción de “garantía colectiva” la Corte IDH realizó un llamado a la comunidad internacional y, en particular, a la OEA y a los demás miembros del SIDH, a coadyuvar y cooperar con el fin de garantizar el debido cumplimiento de la sentencia.

Como medidas de reparación integral ordenó: a) Restitución: adoptar las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para dejar sin efecto la multa impuesta al Sr. Capriles y cualquier otra orden derivada de la sentencia de 2013 del TSJ, así como también el reintegro de las cantidades que hubieren sido pagadas en la ejecución de la sentencia; b) Satisfacción: publicar la sentencia; c) Garantías de no repetición: i) implementar medidas dirigidas a materializar las garantías mínimas necesarias para preservar la integridad de los procesos electorales; ii) implementar las medidas necesarias para garantizar la posibilidad de verificación de los resultados electorales, en particular del escrutinio de los resultados; iii) realizar las acciones necesarias para facilitar el acceso libre y equitativo de los candidatos y candidatas a los medios de comunicación tradicionales y digitales, especialmente los medios públicos y de alcance nacional; y iv) adoptar las medidas necesarias para garantizar que el Consejo Nacional Electoral, la Sala Constitucional y la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia actúen con imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones, y para evitar actos de desviación de poder; y d) Pago de indemnizaciones compensatorias (Corte IDH, 2024: párrs. 199-212).

6. Reflexión final

Asistimos a un profundo desarrollo del derecho de participación política, que supone una concepción amplia acerca de la democracia representativa que se asienta en la soberanía del pueblo, que ejerce el

poder a través de personas escogidas en elecciones libres y auténticas. La participación política puede “incluir amplias y diversas actividades que los ciudadanos realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos” (Dworkin, 2002: 211).

La jurisprudencia interamericana venía denunciando que en el Estado venezolano: a) al menos desde 1999, existía un debilitamiento de las instituciones estatales que imparten justicia; b) había una afectación a la independencia e imparcialidad del Poder Judicial y se realizaban actos de hostigamiento del Estado frente a ciertas decisiones adoptadas que eran contrarias a los intereses de los titulares en turno; c) esto derivaba en un patrón de destitución de jueces; y d) existía una desviación de poder en donde se utilizaban las facultades legales para encubrir las motivaciones reales que eran declaradas públicamente por funcionarios del Estado.

De dichas conclusiones se deduce que cuando se aleguen violaciones al derecho de acceso a la justicia y a la ausencia de tutela de los derechos, en razón de decisorios imparciales y arbitrarios, existirá la muy alta presunción de que las pretensiones se efectuaron ante tribunales parciales.

El caso “Capriles” constituye la primera ocasión en la cual la Corte IDH aborda “el derecho a ser elegido” (vertiente pasiva del derecho al sufragio) de un candidato presidencial, en un escenario de deterioro de la institucionalidad democrática y “abandono de los principios del Estado de derecho”. También es el primer caso en que se considera que la CADH protege la “equidad en la contienda” y que se garantiza el derecho y la oportunidad de ser elegido, así como la equidad en la contienda entre personas que aspiran a un cargo público a través del procedimiento electoral, lo que impone a los Estados el respeto al “principio de integridad electoral”, para el cual se establecen garantías mínimas necesarias para asegurarlos, lo que influye en el derecho a la democracia, especialmente en su dimensión colectiva.

Referencias bibliográficas

- CIDH (2009). *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54.
- 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 Castañeda Gutman Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233.
- Corte IDH. *Caso Capriles Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2024. Serie C No. 541.
- Dalla Via, A. (2007). *Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales*, tomo 2. Buenos Aires: La Ley.

- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Buenos Aires: Ariel.
- Ferreira Rubio, D. (2013). Sobre la equidad electoral: dos miradas. *Revista IIDH*, (58). San José.
- Habermas, J. (2000). *La inclusión del otro, estudios de la teoría política*. Buenos Aires: Paidós.
- IIDH (2000). *Diccionario Electoral*, tomo I, San José.
- Jellinek, G. (1954). *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatros.
- Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Ariel.

Condiciones de detención. NNyA. Derecho al ocio

Corte IDH. Caso *Adolescentes Recluidos en Centros de Detención e Internación Provisoria del Servicio Nacional de Menores (SENAME) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2024

*Cristian Sanhueza Cubillos**, *Ignacia Díaz*, *Paula Gamonal* y *Samuel Pizarro***

1. Introducción

La sentencia que aquí se comenta constituye la decimonovena condena contra el Estado chileno. La causa se originó a partir del incendio ocurrido el 21 de octubre de 2007 en el centro de internación provisoria “Tiempo de Crecer” en Puerto Montt, que provocó la muerte de diez adolescentes, así como por las condiciones estructurales de hacinamiento, deficiencias de atención y precariedad en que se encontraban otros 291 jóvenes recluidos en distintos recintos administrados por el Servicio Nacional de Menores (SENAME) en la misma época. Ambos hechos fueron considerados por la Corte IDH como expresiones de un mismo patrón de vulneración de derechos, lo que dio lugar a un pronunciamiento histórico sobre las obligaciones del Estado respecto de adolescentes privados de libertad y consolidó criterios relevantes para la jurisprudencia interamericana.

La sentencia constituye un precedente histórico en materia de privación de libertad de adolescentes en Chile al subrayar que el Estado, en su posición de garante, no solo debe velar por que el diseño y ejecución de las políticas penitenciarias prevengan riesgos a los derechos fundamentales, sino que,

* Abogado (Universidad Diego Portales). Bachiller en Ciencias Sociales y Humanidades y magíster en Pensamiento Contemporáneo: Filosofía y Pensamiento Político (UDP). Abogado litigante de la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos (UDP).

** Estudiantes pasantes de la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos (UDP).

además, detenta una posición “especial de garante” frente a jóvenes privados de libertad (Corte IDH, 2024: párr. 122). La Corte IDH constató que el Estado incumplió dicho deber al no adoptar medidas ni la debida diligencia, lo que derivó en graves afectaciones a la integridad personal y al derecho a la vida de las víctimas.

El caso también evidencia la importancia de la participación de instancias académicas en litigios estratégicos de derechos humanos. La representación de las víctimas por la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos (Clínica AIP) de la Universidad Diego Portales permitió canalizar sus demandas de justicia y contribuyó a la formación práctica de futuros profesionales del derecho, lo que generó un impacto pedagógico y social relevante.

El presente comentario analiza los hechos procesales y materiales que dieron origen a la sentencia, examina sus principales fundamentos y destaca su relevancia jurisprudencial tanto en el plano nacional como interamericano.

Contexto del caso

El 21 de octubre de 2007, en la ciudad de Puerto Montt, región de Los Lagos, ocurrió uno de los incendios más graves en la historia de los centros de detención de adolescentes en Chile. El siniestro tuvo lugar en el centro “Tiempo de Crecer”, administrado por SENAME,¹ y provocó la muerte de diez de los once adolescentes reclusos en el módulo 1 del establecimiento.

La sentencia también abordó la situación de otros 271 jóvenes en diversos centros de internación provisoria entre los años 2006 y 2009, quienes fueron víctimas de violaciones a sus derechos humanos debido a las condiciones precarias en las que se encontraban reclusos.

El incendio se produjo en el marco de una manifestación de los jóvenes respecto de las condiciones del establecimiento, que derivaron en incidentes con las autoridades a cargo del recinto. En los términos de la Ley N° 20084, revestían las características de un “conflicto crítico”.

El altercado comenzó alrededor de las 22:00 horas, momento en que debía cumplirse el horario de descanso nocturno. Ante la negativa de los adolescentes a acatar esta instrucción, se produjeron actos de amotinamiento y la exhibición de armas improvisadas (como cepillos de dientes afilados). En ese contexto ingresaron la coordinadora de turno y el jefe técnico subrogante, quienes intentaron entablar un diálogo para que los jóvenes depusieran su conducta. Sin embargo, estos intensificaron sus acciones e incluso intentaron retener a la coordinadora como rehén.

A las 23:00 horas, el personal de SENAME, siguiendo el reglamento interno de la unidad, interrumpió el suministro eléctrico tras coordinar con Gendarmería, institución responsable de la seguridad

¹ El Servicio Nacional de Menores era el organismo vinculado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a cargo del sistema de ejecución de las sanciones penales adolescentes (Ley N° 20084) en centros de internación provisoria y régimen cerrado. En 2023 se creó la entidad continuadora del SENAME denominada Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.

en recintos de privación de libertad. Como reacción, los adolescentes encendieron materiales combustibles en el interior del módulo, principalmente colchones. Diez minutos más tarde, Gendarmería informó a la guardia del recinto sobre la presencia de humo y cinco minutos después se estableció contacto con Bomberos, quienes arribaron a combatir el siniestro a las 23:40 horas. No obstante, el fuego ya se había propagado, lo que imposibilitó rescatar con vida a todas las personas que se encontraban en el edificio. Finalmente, a las 00:30 horas del día siguiente, algunos adolescentes de entre 14 y 18 años fueron trasladados en ambulancia debido a las graves lesiones sufridas por quemaduras e inhalación de gases tóxicos.

Con posterioridad a los hechos se determinó que ciertos centros de detención e internación juvenil, incluyendo “Tiempo de Crecer”, Lihuén, Antuhe y San Bernardo, presentaban condiciones inadecuadas para la reclusión de adolescentes. Una comisión investigadora de la Cámara de Diputados de Chile, instancia encargada de determinar la responsabilidad administrativa y política de las máximas autoridades del SENAME y del ministro de Justicia en el momento del fallecimiento de los diez jóvenes, estimó, en el año 2008, que existían situaciones de “precaria y deficiente infraestructura, hacinamiento y falta de espacios comunes y problemas con la oferta educativa y de capacitación” (*Ibidem*: párr. 62).

Sumado a aquello, el centro en Puerto Montt –al momento de los hechos– presentaba baños sin condiciones higiénicas adecuadas y suministros de agua deficientes, características comunes a otros centros.

A raíz de estos hechos, la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos interpuso en el año 2007 múltiples acciones de amparo constitucional o *habeas corpus* producto de las condiciones lesivas de privación de libertad en la que se encontraban los demás jóvenes en los centros del SENAME Lihuén, San Bernardo, Antuhue y “Tiempo de Crecer”, epicentro del incendio. En todos los casos, las Cortes de Apelaciones rechazaron los recursos, limitando su competencia a la verificación de la legalidad formal de las detenciones, sin pronunciarse sobre las condiciones materiales de reclusión, criterio confirmado por la Corte Suprema (*Ibidem*: párrs. 271 y 275).

Simultáneamente, se inició una causa penal en la cual seis funcionarios fueron imputados por homicidio culposo. No obstante, en 2009 se otorgó la suspensión condicional del procedimiento y en 2011 la causa fue sobreseída, absolviendo a los imputados.

En paralelo, la Cámara de Diputados concluyó que existía responsabilidad política de las autoridades del Ministerio de Justicia, del SENAME y de la dirección del centro, mientras que un sumario administrativo derivó en sanciones menores. En sede civil, se celebró en 2015 una transacción entre el Estado y las familias de las víctimas, salvo en un caso en que la madre rechazó el acuerdo.

Agotados los recursos internos, en 2008 la Clínica AIP presentó una petición ante la CIDH por violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad, a la salud, a la educación, al agua, al saneamiento, a la formación profesional y a la recreación, además de la falta de garantías judiciales y protección judicial. Diecisiete años después la Corte IDH emitió sentencia condenatoria contra el Estado de Chile.

Aspectos principales de la sentencia

El análisis de la Corte IDH se centró en dos aspectos: por un lado, el incendio ocurrido el 21 de octubre de 2007 en el centro “Tiempo de Crecer” de Puerto Montt y, por otro, las condiciones de detención calificadas como inhumanas que afectaban a 282 adolescentes internados en cuatro establecimientos. El Tribunal concluyó que el Estado incumplió sus obligaciones establecidas en la CADH, específicamente en relación con el derecho a la vida (art. 4), el derecho a la integridad personal (art. 5), los derechos de la niñez (art. 19) y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26), en concordancia con el deber general de respeto y garantía de los derechos consagrado en el artículo 1.1 del tratado.

En lo relativo al incendio del centro “Tiempo de Crecer”, determinó que el Estado incumplió su deber de adoptar medidas preventivas adecuadas, lo que derivó en la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal de los adolescentes fallecidos (*Ibidem*: párrs. 114 y 123).

En cuanto a las condiciones de reclusión en los otros establecimientos, se acreditaron deficiencias estructurales graves: hacinamiento, falta de separación por edad y género, uso inadecuado de celdas de aislamiento y carencias en servicios básicos como salud, educación, agua y saneamiento (*Ibidem*: párr. 338). A mayor abundamiento, la Corte IDH sostuvo que el encierro prolongado en condiciones de hacinamiento agravó la vulnerabilidad y desarrollo psicológico de los jóvenes (*Ibidem*: párr. 248). Estas falencias configuraron tratos inhumanos y degradantes, incompatibles con los estándares internacionales de protección a niñas, niños y adolescentes (*Ibidem*: párrs. 210 y 245).

En cuanto al artículo 26 de la CADH, la Corte IDH rechazó el argumento del Estado sobre la gradualidad de estos derechos, exigiendo medidas inmediatas relativas al acceso de agua potable y saneamiento, educación y atención médica (*Ibidem*: párrs. 157 y 159). Según el Tribunal, el Estado vulneró los derechos económicos y sociales referentes a condiciones precarias en salud y saneamiento y la carencia de servicios básicos como el agua en las que se encontraban los jóvenes privados de libertad (*Ibidem*: párr. 158). En este sentido, se documentó que las enfermerías de los centros Antuhue y Lihuen fueron convertidas en dormitorios y contaban con baños antihigiénicos, configurados como trato degradante (*Ibidem*: párrs. 219 y 220).

Uno de los aspectos más innovadores del fallo fue el reconocimiento explícito del derecho al ocio y a la recreación como componente indispensable de la dignidad y del desarrollo integral de los adolescentes privados de libertad. La Corte IDH entendió que la ausencia de espacios y actividades recreativas impedía la resocialización y afectaba de manera directa la salud física y psicológica de los jóvenes.

Este pronunciamiento constituye un precedente regional en la interpretación del artículo 19 de la CADH en relación con los artículos 5, 11 y 24 del tratado y con el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual surge que los Estados están obligados a proporcionar a los NNyA privados de libertad las condiciones y recursos materiales necesarios para la plena realización de su derecho al ocio y la recreación, solos y en conjunto con otros, en actividades libres, así como también a través

de actividades organizadas y voluntarias, con inclusión de ejercicio físico. Los Estados deben facilitar o proveer tales actividades, de modo de garantizar el derecho de las personas referidas (*Ibidem*: párr. 177).

En materia de reparaciones, la Corte IDH dispuso un conjunto de medidas integrales. En el plano de la rehabilitación, ordenó al Estado brindar atención psicológica y psiquiátrica gratuita y especializada a las víctimas y a los familiares de los fallecidos. En cuanto a medidas de satisfacción, instruyó la publicación y difusión de la sentencia en distintos medios nacionales. Respecto a las garantías de no repetición, ordenó mejoras estructurales en los centros de detención de adolescentes, incluyendo infraestructura, seguridad, separación por edad y etapa procesal, acceso a salud física y mental, atención diferenciada a mujeres adolescentes y fortalecimiento de la oferta educativa. También dispuso la creación de una Comisión de Verdad, Justicia y Reparación, junto con capacitaciones permanentes en derechos humanos y responsabilidad penal adolescente para jueces, fiscales, defensores públicos y personal penitenciario. Por último, en materia indemnizatoria, determinó que el Estado de Chile debe pagar una suma de dinero a título de daños inmateriales, dado que consideró que no contaba con elementos para evaluar el daño material. Por esto, ordenó que se pagaran distintas compensaciones económicas diferenciadas según el tiempo en que las víctimas permanecieron en los centros “Tiempo de Crecer”, Lihuén, Antuhue y San Bernardo, con una distinción especial a este último centro otorgando montos más altos por la gravedad de las violaciones sufridas (*Ibidem*: párrs. 329 y 330). También se reconoció el pago previo a los familiares de las víctimas fallecidas, por lo que no se consideró que fuera necesario ordenar un pago adicional en favor de aquellas familias, salvo el caso de la señora Mirsia Isabel Almonacid Almonacid.

Comentarios

La sentencia precisa con claridad los deberes que asume el Estado en contextos de privación de libertad, destacando que dicha obligación se intensifica cuando se trata de NNyA dada su situación de particular vulnerabilidad. En este marco, la Corte IDH reitera que la responsabilidad estatal no se limita a la mera custodia de las personas privadas de libertad, sino que comprende también la prevención de situaciones críticas que puedan comprometer sus derechos fundamentales (*Ibidem*: párr. 114). Ello exige asegurar infraestructura adecuada, protocolos de emergencia efectivos y mecanismos claros de evacuación que reduzcan al mínimo los riesgos de afectaciones a la vida e integridad personal.

En materia probatoria, la Corte IDH consolidó un estándar ya presente en su jurisprudencia: corresponde al Estado la carga principal de demostrar las circunstancias en que ocurrieron los hechos y de aportar la evidencia pertinente, precisamente por su posición de control sobre los medios de prueba (*Ibidem*: párr. 202). Este criterio busca evitar que las víctimas enfrenten obstáculos insalvables para acreditar violaciones a sus derechos y reafirma que la defensa estatal no puede basarse en la falta de pruebas de la parte denunciante cuando es el propio Estado quien detenta la información necesaria para esclarecer los hechos. En este punto, la prueba aportada por la Clínica AIP y por la CIDH resultó

determinante, corroborando los hechos y fortaleciendo la credibilidad de las alegaciones, siendo el informe de la Comisión Investigadora una pieza clave para la decisión de la Corte.

Asimismo, el fallo subraya que el derecho de acceso a la justicia no se satisface únicamente con la apertura de investigaciones, sino que exige garantizar la participación efectiva de las víctimas y sus representantes en todas las etapas del proceso. La posibilidad de ser escuchados, declarar y presentar pruebas constituye un componente indispensable para el esclarecimiento de la verdad y la realización de justicia en casos de violaciones graves a los derechos humanos (*Ibidem*: párr. 269).

La dimensión interamericana del fallo se expresa también en la incorporación de estándares novedosos, como el reconocimiento del derecho al ocio y a la recreación de las personas adolescentes privadas de libertad. Este pronunciamiento no solo busca reparar las violaciones cometidas en Chile, sino también proyectar principios de dignidad humana hacia toda la región, ofreciendo directrices aplicables a los sistemas de justicia juvenil de otros Estados y consolidando el interés público interamericano en la protección integral de la niñez y la adolescencia.

En cuanto a las implicancias nacionales, el Defensor de la Niñez, Anuar Quesille, destacó que

Un sistema penal juvenil no puede ser estrictamente punitivo, sino que debe avanzar en mecanismos que permitan, por una parte, aplicar la ley vigente y, por otra, contar con estrategias que hagan posible que los y las adolescentes puedan ejercer sus derechos y reincorporarse a la sociedad (Defensoría de la Niñez, 2025).

Finalmente, el procedimiento ante la Corte enfrentó desafíos procesales significativos, particularmente en lo relativo a la representación legal de las víctimas. De las 315 personas reconocidas, solo tres habían otorgado mandato expreso a la Clínica AIP, lo que pudo haber dificultado la admisibilidad del caso. No obstante, la Corte IDH optó por una interpretación flexible, considerando la vulnerabilidad de los adolescentes, la participación activa de sus representantes y el reconocimiento parcial de responsabilidad por parte del Estado (*Ibidem*: párrs. 40 y 42). En cuanto al marco temporal de análisis, aunque Chile solicitó limitarlo al período 2006-2009 y a ciertos centros específicos, la Corte IDH admitió prueba posterior presentada por la Clínica AIP, considerando que las violaciones constituían una situación continuada que trascendía el marco inicialmente propuesto (*Ibidem*: párr. 50).

Conclusiones

La sentencia de la Corte IDH constituye un hito en la protección de los derechos de NNyA privados de libertad al establecer con claridad la responsabilidad internacional del Estado de Chile tanto por el incendio que costó la vida a diez jóvenes como por las condiciones estructurales de hacinamiento, precariedad y trato inhumano que afectaron a cientos de internos.

Entre sus puntos más relevantes, el fallo reafirma el carácter reforzado de las obligaciones estatales frente a personas bajo custodia, reconoce la especial vulnerabilidad de la niñez en contextos de encierro y amplía el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco de la CADH.

A partir de este precedente se proyecta la necesidad de que los Estados de la región implementen reformas estructurales en sus sistemas de justicia juvenil y políticas de privación de libertad, asegurando estándares de dignidad, seguridad y reinserción social. La sentencia no solo interpela a Chile, sino que fija parámetros regionales para superar la lógica punitiva, avanzar hacia modelos de protección integral y consolidar políticas públicas que prioricen la prevención, el respeto de derechos y la garantía de un futuro digno para la niñez y adolescencia.

Referencias bibliográficas

Corte IDH. *Caso Adolescentes Recluidos en Centros de Detención e Internación Provisoria del Servicio Nacional de Menores (SENAME) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2024. Serie C No. 547.

Defensoría de la Niñez (2025). *Defensoría de la Niñez advierte que modificación a ley de responsabilidad penal adolescente pone en peligro la reinserción social*. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/defensoria-de-la-ninez-advierte-que-modificacion-a-ley-de-responsabilidad-penal-adolescente-pone-en-peligro-la-reinsercion-social/>

Derechos reproductivos

Corte IDH. Caso *Beatriz y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2024. Serie C No. 549

*Por Morena Herrera**

1. Introducción

En este artículo comentaremos la sentencia de la Corte IDH, así como algunos aspectos relevantes en el proceso de litigio del caso “Beatriz y otros”, que ha tenido un profundo significado en la búsqueda de reconocimiento de los derechos y la justicia reproductiva de las mujeres en la República de El Salvador y en otros países del SIDH. Ello, pues ha sido la primera vez que el Tribunal abordó directamente un caso relacionado con aborto, lo cual generó muchas expectativas, pero también ataques, como señalaremos más adelante.

La sentencia establece la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos a la integridad personal, a la vida privada y a la salud (artículos 5, 11 y 26 de la CADH, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecidos en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento), así como por no cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 7.a) de la Convención Belém do Pará, en perjuicio

* Maestría en Relaciones de Género (Universidad de Gerona) y Maestría en Desarrollo Local (Universidad Centroamericana José Simeón Cañas). Egresada de Estudios de Doctorado en Filosofía Iberoamericana (UCA). Doctoranda (Universidad de Gerona). Ha integrado el Equipo de Coordinación de la Colectiva Feminista por veinte años y ha sido presidenta de Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto en El Salvador, una de las organizaciones peticionarias en el caso “Beatriz y otros”.

de Beatriz. Llegar a esa conclusión ha sido importante, pero no suficiente para asegurar que situaciones similares no se repetirán.

Desde su inicio en abril de 2013 hasta el momento de la emisión de la sentencia este proceso se ha caracterizado por una fuerte polémica y confrontación, que trascendió las fronteras salvadoreñas y los propios espacios de debate y deliberación de la Corte IDH. El Tribunal fue sometido a una fuerte presión a través de diversos medios de comunicación liderada por actores (Chinchilla, 2024) que se oponen al reconocimiento de los derechos y la autonomía reproductiva de las mujeres y que directamente enfocaron su influencia en impedir que la sentencia de “Beatriz” influyera en el cambio de la normativa que regula el aborto en El Salvador.

Esta controversia se advierte también en el voto concurrente y parcialmente disidente del juez Sierra Porto, quien consideró que

la Corte debió concluir que El Salvador era responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la integridad personal, la libertad, la vida privada y la igualdad y no discriminación, en relación con el derecho a la salud y la obligación de erradicar la violencia contra la mujer, causada por la criminalización del aborto en casos de riesgo para la madre e inviabilidad de la vida extrauterina del feto. Asimismo, la Corte debió concluir que dicha prohibición y sus consecuencias sobre la atención médica violaron el derecho a la vida de Beatriz y su autonomía reproductiva. Como consecuencia, debió declarar la violación de los artículos 2 de la CADH y 7 e) de la Convención Belém do Pará, por la existencia de disposiciones que impiden el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, y ordenar medidas legislativas para evitar que hechos como el del presente caso se repitieran (Corte IDH, 2024).

La sentencia dictada en 2024 fue la segunda ocasión en que la Corte IDH tuvo intervención en el caso de Beatriz, pues en 2013, mientras en El Salvador se debatía y demoraba la decisión de autorizar o no la interrupción de su embarazo de alto riesgo y ella se encontraba hospitalizada, la CIDH presentó una solicitud de medidas provisionales. La Corte IDH ordenó al Estado que adoptara y garantizara “todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora [Beatriz] pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos” (Corte IDH, 2013).

Las medidas provisionales otorgadas por la Corte IDH propiciaron las condiciones para que el equipo médico tratante interrumpiera el embarazo de Beatriz el 3 de junio de 2013, después de una espera de casi tres meses y de haber estado 81 días en el hospital.

2. Antecedentes y contexto

La legislación penal salvadoreña constituye una de las regulaciones más rígidas y punitivas en materia de aborto en el continente. Diversas instancias internacionales han puesto en evidencia que la penali-

zación absoluta del aborto tiene severas consecuencias en la salud y vida reproductiva de las mujeres. Así lo constató Amnistía Internacional (2014) luego de una investigación realizada en El Salvador, precisamente durante las mismas semanas en que se debatía en el país la petición de Beatriz de que le realizaran la interrupción del embarazo que ponía en riesgo su vida.

Cabe señalar que en El Salvador la legislación penal contenía hasta 1997 tres eximentes de responsabilidad penal en el caso de aborto. Fue en el contexto de la elaboración de un nuevo código penal, a partir de los Acuerdos de Paz (1992), que a finales de la primera legislatura después de la guerra (1994-1997) se formula una nueva legislación penal, la cual, para ese entonces, se esperaba que ofreciera mayores garantías ciudadanas. No fue así para las mujeres, pues en ese marco se impone la prohibición absoluta del aborto y se eliminan las figuras de despenalización, incluso en circunstancias más extremas 1) peligrosidad y riesgo innecesario para la salud o vida de la mujer; 2) inviabilidad del feto debido a malformaciones incompatibles con la vida extrauterina; 3) cuando el embarazo es producto de violación sexual o trata de personas; 4) cuando el embarazo es resultado de violación sexual o estupro, en el caso de niñas o adolescentes.

En abril de 1997, El Salvador fue convertido en uno de los pocos países en el mundo con una legislación que absolutiza el valor de la vida en gestación, sin definir plazos y eliminando la definición de aborto. Según Feusier,

este cambio de paradigma [...] se realizó mediante un proceso que puede caracterizarse como apresurado, antidemocrático y tensionado por intereses electorales. Apresurado, pues tal como se expuso mediante investigación periodística, se realizó en apenas unos cuantos meses, aun cuando el anteproyecto de código penal tenía años en el seno de la Asamblea Legislativa. Antidemocrático, pues en el mismo no parecen haberse escuchado sectores involucrados con la temática modificada (sectores feministas, sectores relacionados a la prestación de servicios de salud, universidades, gremios de abogados, etc.), todo ello en un clima de desinformación a la población generado por la actividad deliberada de ciertos medios de comunicación, pero principalmente por la pasividad de la mayoría de ellos. Finalmente, decimos que se trató de un proceso tensionado por intereses electorales, pues se desarrolló al calor de la campaña electoral para diputados de marzo de 1997, y cuando trató de retomarse el camino abandonado (regulando nuevamente la indicación terapéutica en noviembre 1998) la discusión fue afectada por el clima electoral de las elecciones presidenciales de marzo de 1999 (2012: 66).

Para quienes se oponían a cualquier regulación que permitiera el aborto incluso por causales extremas, los cambios en las normas penales no fueron suficientes y presionaron por lo que se conoce como “blindaje constitucional”. Fue así que a pocos días de aprobado el Código Penal impulsaron el primer acuerdo de reforma constitucional. De ese modo, el 30 de abril de 1997, en los últimos 20 minutos de la última sesión plenaria de la Asamblea Legislativa elegida para el período 1994-1997, se aprobó el acuerdo de modificación del artículo 1 de la Constitución Política para agregar un inciso según el cual se “reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”.

La ratificación de esta reforma constitucional ocurrió el 3 de febrero de 1999, a pocas semanas de las elecciones presidenciales en un ambiente político de tensión preelectoral, con una bancada del principal partido de izquierda dividida, sin debate legislativo y sin escuchar opiniones de especialistas, de otras personas y sectores interesados.

Durante los primeros años de vigencia de esta legislación penal imperó un silencio social al respecto, producto de la censura y del temor a la aplicación de otra norma relacionada con el delito de ayuda o inducción al aborto (art. 133, CP), el cual se puede interpretar con brindar información al respecto. Las graves consecuencias que esta situación legal generaba para la vida de las mujeres y las niñas salvadoreñas poco a poco se fueron poniendo en evidencia, sobre todo las relacionadas con la criminalización de abortos espontáneos y emergencias obstétricas.

Diversas instancias del sistema universal de protección de los derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos, el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, han señalado que “desde que entró en vigor la penalización absoluta del aborto en El Salvador, se ha criminalizado a mujeres que han sufrido abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas” (Corte IDH, 2021: párr. 42).

El ambiente de persecución hospitalaria ha afectado tanto a mujeres y adolescentes que acuden a los centros públicos de salud buscando atención sanitaria ante una complicación obstétrica, como al personal médico que se ha visto presionado a violar el secreto profesional y denunciar a sus pacientes (Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto en El Salvador, 2019). Se trata generalmente de mujeres jóvenes que viven en situación de pobreza en ámbitos rurales o urbanos populares, con bajo nivel educativo. En las salas de emergencia de los hospitales son consideradas sospechosas de haberse provocado un aborto e inmediatamente reportadas a la fiscalía y a la policía, son detenidas y se les acusa del delito de aborto. En muchos casos, en pocas horas son trasladadas a bartolinas y centros de detención, y en algunas ocasiones durante el proceso judicial modifican la acusación de aborto a homicidio agravado, que es un delito con penas de 30 a 50 años de prisión.

Este grave ambiente punitivo contra las mujeres opera incluso en casos donde el feto ha sobrevivido al evento obstétrico (parto extrahospitalario sin atención médica). En esos casos, la acusación es de homicidio agravado en tentativa, como ocurrió con muchas mujeres cuyas historias están recogidas en los esfuerzos para lograr su libertad impulsados por organizaciones feministas y de derechos humanos (Nóchez, 2024).

Esto fue lo que le ocurrió a Manuela, una mujer rural de origen humilde y madre de dos hijos. En su tercer embarazo se cayó en un río donde lavaba, se golpeó en la zona pélvica sufriendo un fuerte dolor que le provocó el parto en la letrina de su vivienda el 27 de febrero de 2008. Su madre la encontró desmayada y sangrando y la trasladaron al hospital donde fue denunciada de haberse provocado un aborto. La inspección policial encontró el cadáver de su hijo en el fondo de la letrina. Obligaron a su padre a que denunciara a su hija, poniendo las huellas dactilares pues no sabe leer. En pocos meses, Manuela fue juzgada y condenada a 30 años de cárcel por homicidio agravado. A raíz de un cáncer

linfático murió el 30 de abril de 2010 en el pabellón de reos del hospital Rosales en San Salvador, sin haber podido ver a sus hijos y familiares.

El litigio del caso Manuela en el SIDH se inició en 2012 y nueve años después la Corte IDH emitió un fallo histórico, en el que se establece la responsabilidad del Estado por la violación de derechos a Manuela y se reconoce el contexto de penalización absoluta del aborto en el que ocurre la criminalización de mujeres por aborto y emergencias obstétricas.

Otra consecuencia de esta legislación penal sobre aborto es el suicidio de adolescentes, muchas de ellas víctimas de violencia sexual y viviendo embarazos impuestos. En los análisis sobre violencia contra las mujeres, inicialmente el suicidio como hecho violento no estaba asociado a las causas de muerte materna, y en documentos de registro y análisis de estas causas se describían como “intoxicaciones autoinfligidas con sustancias fosforadas que afectan órgano blanco”.

Sin embargo, y gracias al trabajo de indagación de organizaciones feministas y la preocupación de algunas funcionarias del Ministerio de Salud que fueron tomando conciencia de este problema, se logró que saliera a la luz, afirmando que se trata de suicidios de adolescentes embarazadas, y desde 2017 paso a ser reconocida como la primera causa indirecta de muerte materna en las adolescentes (Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de El Salvador, 2018).

Pese a su gravedad, esta es una realidad ignorada. Esto es aún más grave en la actualidad: debido a la falta de acceso a la información pública es muy difícil actualizar datos. Se presume que este continúa siendo un problema silenciado, del que casi no se habla.

En el ambiente social, político y mediático imperaba el silencio y la ignorancia en torno a las consecuencias que la legislación del aborto tenía sobre la vida de las mujeres y las niñas, aunque poco a poco algunos casos de criminalización de mujeres por emergencias obstétricas habían roto el cerco comunicacional. Este es el escenario en el que emerge el caso de Beatriz, que colocó en primera plana de los medios de comunicación y en el debate público su petición de interrupción del embarazo.

3. Los hechos del caso

Beatriz era una joven que vivía en situación de pobreza, en una zona rural salvadoreña, en el seno de una familia humilde. En algunos períodos había tenido que ir a trabajar como empleada doméstica a la capital para generar recursos y apoyar a su madre que tenía otros hijos pequeños. Su situación de salud se volvió muy frágil y tuvo que regresar a su comunidad. En agosto de 2009 le diagnosticaron lupus eritematoso sistémico agravado con nefropatía lúpica y artritis reumatoidea reumatoidea.

En 2012 dio a luz a un niño que nació con complicaciones y que tuvo que pasar 38 días hospitalizado en incubadora. Beatriz temía por su vida, pero quería ser madre. Por eso tomó la decisión de no esterilizarse, después de un parto complicado.

En marzo de 2013 mientras estaba gestando su segundo embarazo, presentaba afectaciones con síntomas de agravamiento de su enfermedad de base. Debido al agravamiento de la situación de su salud, con fiebres y lesiones de piel, acudió al hospital, donde confirmaron su embarazo y le realizaron dos pruebas de ultrasonido.

El 7 de marzo los médicos confirmaron las características de embarazo con anencefalia y fue trasladada del Hospital Rosales al Hospital de Maternidad. Allí, el 14 de marzo el médico tratante (jefe de la Unidad de Perinatología) explicó a Beatriz el nulo pronóstico de sobrevivida del feto que estaba gestando y las complicaciones que surgirían en su embarazo, tomando en cuenta las enfermedades de base que padecía y antecedentes de complicaciones en el embarazo anterior. Por lo anterior, Beatriz solicitó la interrupción del embarazo, a lo cual el Dr. Ortiz le explicó que legalmente no era permitido en el país.

Este es un momento crucial en el proceso porque se hace constar la petición explícita de Beatriz. Ante esta situación los médicos consultaron a la Unidad Jurídica del Hospital, que envió nota al coordinador de la Junta de Protección de la Niñez y Adolescencia, señalando que

es de vital importancia realizarle [a Beatriz] un procedimiento médico ya que de no hacerlo hay una fuerte probabilidad de muerte materna ya que esta tiene un feto de trece semanas de gestación con Anencefalia la cual es una anomalía mayor incompatible con la vida extrauterina.

Las semanas transcurrían, Beatriz era dada de alta con indicaciones de reingreso hospitalario, pero a pesar de que el Comité Médico confirmaba el diagnóstico de embarazo anencefálico y el riesgo para su salud, la decisión de la intervención se dilataba. El 11 de abril, tras un acuerdo privado de apoyo con la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, los representantes legales de Beatriz presentaron un recurso de amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para que los prestadores de los servicios de salud pudieran realizar el procedimiento médico que Beatriz necesitaba. Se esperaba que, con una petición clara de Beatriz como paciente, un diagnóstico médico confirmado por el Comité Médico del Hospital integrado por 14 especialistas directores de las diferentes unidades del hospital, la Sala que había resuelto favorablemente otras peticiones de la ciudadanía en otros ámbitos resolviera pronto la petición de Beatriz. Sin embargo, el proceso y la decisión siguió dilatándose.

La intervención del Instituto de Medicina Legal cuyo director había expresado de forma adelantada posiciones en contra de la realización de abortos en el país, prolongó aún más el proceso. Convocaron a otros médicos que, sin tener los antecedentes del caso, entrevistaron a Beatriz y realizaron un nuevo peritaje médico, que buscaba determinar si Beatriz estaba ante un “inminente riesgo de muerte”.

Debido a la dilatación del tiempo y a la negación por parte del Estado de realizar el procedimiento, las organizaciones representantes decidieron solicitar medidas cautelares a la CIDH, que fueron otorgadas el 29 de abril. Estas medidas generaron esperanza de que, aunque la Corte seguía sin resolver el amparo, el equipo médico podría hacer el procedimiento a Beatriz.

A mediados del mes de mayo, con un debate mediático intenso, Beatriz seguía esperando respuesta a su petición, sometida a una situación de angustia permanente. Las autoridades del Ministerio de Salud y del Hospital de Maternidad demandaron la autorización legal para intervenir. En esos mismos días (14 y 15 de mayo) la Corte decidió utilizar un recurso inusual en procesos constitucionales, convocando a una audiencia constitucional, en la cual Beatriz fue interrogada para que confirmara si su petición era auténtica y firme. Se presentó para comparecer, junto con sus dos abogados representantes y los médicos demandados en el amparo, en una audiencia que refleja una desigualdad de recursos desproporcionada, en la que, además, no dejaron asistir a dos médicos especialistas latinoamericanos que de forma solidaria y con apoyo de la OPS habían acudido para apoyar, desde argumentos científicos, la petición de Beatriz.

El final de la audiencia constitucional no arrojó una decisión a favor de la petición de Beatriz, sino una nueva prórroga de 15 días. Beatriz continuaba internada sin recibir el tratamiento que necesitaba. Ante la persistencia de la Corte IDH otorgó las medidas provisionales ya referidas. Ello fue recibido como un alivio por el personal médico y sanitario, las personas y organizaciones que apoyaban a Beatriz en su petición, debido a que un día antes, el martes 28 de mayo de 2013, la Corte Suprema de Justicia emitió su sentencia definitiva mediante la cual rechazó el amparo promovido por Beatriz.

Cuatro días después, ante los indicios de actividad de contracciones leves, Beatriz fue intervenida. Le realizaron la interrupción del embarazo mediante una cesárea, ya que estaba en la semana 26 de embarazo. Como señaló la representación del Estado en la audiencia pública ante la Corte IDH, lo hicieron por el “procedimiento de parto adelantado y no un aborto”.

De acuerdo con lo que los médicos habían pronosticado, en la recién nacida se evidenció ausencia total de calota craneana y tejido cerebral. Fue mostrada a Beatriz y a su madre por los médicos –lo cual la madre de Beatriz refirió a las integrantes de la Agrupación como “una experiencia muy dura”– y murió 5 horas después.

Después de la cesárea, Beatriz pasó por un período crítico en cuidados intensivos, recuperándose de una fuerte hemorragia. Quedó con una salud muy frágil y golpeada emocionalmente por toda la presión que había recibido para que desistiera de su petición. Cuando salió del hospital, el día 10 de junio de 2013, Beatriz contó que el nefrólogo le había manifestado que su falla renal ya estaba en ambos riñones, ante lo cual se mostró muy preocupada. No era para menos; los problemas de salud relacionados con problemas renales son cada vez más frecuentes en el país, especialmente en poblaciones que viven en zonas que han sido dedicadas al cultivo del algodón como es la zona donde Beatriz vivía.

Esta experiencia marcó profundamente la vida de Beatriz, afectando su salud física y emocional. Como declaró su madre ante la Corte IDH, “Beatriz nunca volvió a ser la de antes”. El 4 de octubre de 2017 tuvo un accidente en una motocicleta mientras se dirigía a una consulta médica. Cuatro días después murió debido a complicaciones de una neumonía nosocomial. Como insistió su madre, el Estado volvió a fallarle a Beatriz, y decidió continuar el litigio ante el SIDH que su hija había iniciado.

4. La sentencia de la Corte IDH

El Estado alegó que en el presente caso no se configuró violación alguna a los derechos humanos y que ha adoptado medidas para garantizar una administración de justicia con enfoque de género y una ciudadanía informada sobre los derechos de las mujeres (Corte IDH, 2024).

No obstante, la Corte IDH determinó que El Salvador vulneró el derecho a la integridad personal de Beatriz, no solo por el daño físico ocasionado, sino también por el sufrimiento psicológico, legal y estructural vinculado a la forma en que el Estado manejó su embarazo de alto riesgo.

El Tribunal identificó que la ausencia de “protocolos claros de actuación” para atender embarazos de alto riesgo generó una situación de inseguridad para la salud de Beatriz. Esa falta de directrices obligó a que las decisiones médicas se sometieran a consultas legales (“judicialización” del tratamiento), lo que retrasó o dificultó la atención médica.

Como consecuencia, Beatriz vivió una “violencia obstétrica”: un trato deshumanizado, con sufrimiento, angustia y una carga emocional intensa.

La Corte IDH también señaló que la inseguridad jurídica y la manera burocrática/judicial de manejar su atención afectaron la “integridad personal de la víctima y de su familia”. El sufrimiento no fue solo de Beatriz, sino extendido a su familia, incluidas personas muy cercanas como su hijo pequeño.

Además, afirmó que el Estado tenía un deber especial de protección: ante un embarazo de tan alto riesgo, era imperativo que el sistema de salud y de justicia actuaran con diligencia para garantizar su seguridad y bienestar. Al no proveer mecanismos eficaces (protocolos, capacitación, guías claras) para que los médicos actuaran sin temer consecuencias legales, el Estado incumplió con ese deber, lo cual fue parte central de la violación de integridad.

En cuanto a la “judicialización” de la atención médica, en el caso de Beatriz, en vez de primar criterios médicos y de salud, muchas decisiones dependieron del aval o la aprobación legal, lo que alargó y complicó el proceso. Esa interferencia, según la Corte IDH, vulneró su integridad personal porque no se respetó adecuadamente su condición médica ni su derecho a recibir atención adecuada.

Esa judicialización también generó “inseguridad jurídica”: los profesionales sanitarios temían actuar por las consecuencias legales, lo que afectó la capacidad de respuesta del sistema.

En la sentencia también se reconoció la violación del derecho a la vida privada. Si bien la Corte IDH reconoció la violación de este derecho, cabe destacar que en el voto parcialmente disidente del juez Sierra Porto se señaló que la Corte debió haber analizado y declarado violado el derecho a la vida. En tal sentido, reprocha que la mayoría omitió pronunciarse sobre si la prohibición absoluta del aborto y su aplicación en este caso vulneraron el derecho a la vida de Beatriz.

Con relación al derecho a la salud, el Tribunal señaló que hubo una falta de atención adecuada y oportuna: el Estado no garantizó un protocolo ni una respuesta médica apropiada para un emba-

razo de alto riesgo. Si bien este reconocimiento a la vulneración del derecho a la salud es relevante, nuevamente el voto parcialmente disidente del juez Sierra Porto sostiene que el examen debía incluir un análisis más directo de la autonomía reproductiva y de la posible existencia de un “derecho a la interrupción del embarazo” en circunstancias de riesgo, con base en la jurisprudencia interamericana sobre derechos sexuales y reproductivos.

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos sexuales y reproductivos fue abiertamente ignorada en este caso, ya que decidió analizarlo exclusivamente desde la perspectiva del derecho a la salud. La sentencia no reconoce la autonomía reproductiva de Beatriz ni se refiere a esta; no menciona los riesgos que el embarazo suponía para su vida, ni el contenido particular de sus derechos tratándose de una mujer joven en condición de pobreza. Tampoco analiza la obligación de erradicar estereotipos asociados a la maternidad y prácticas discriminatorias en materia de acceso a la salud sexual y reproductiva en el contexto de criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Además, en la sentencia se aplicó erróneamente el concepto de violencia obstétrica, lo que pone en mayor situación de desprotección tanto a mujeres como Beatriz como a los médicos tratantes.

Como se observa en otros apartados del voto parcialmente disidente del juez Sierra Porto,

la falta de aplicación de los precedentes sobre derechos sexuales y reproductivos no representa una falencia de carácter meramente formal o simbólico, sino que tuvo profundas implicaciones en la manera en que la Corte configuró la responsabilidad internacional, y en las medidas de reparación ordenadas. Como consecuencia, afectó la protección que la Corte debía otorgar a Beatriz, así como a otras mujeres y niñas que puedan encontrarse en su misma situación tanto en El Salvador, como en otros países del continente y que se verán afectadas por este nefasto precedente.

El magistrado insistió en que la ausencia de la dimensión de autonomía reproductiva es

componente central de los derechos a la integridad personal, a la libertad y a la vida privada. Además, indicó que la protección de este componente de los artículos 5, 7 y 11 de la CADH resultaba particularmente relevante en el caso de las mujeres, por su capacidad biológica de ser madres. No obstante, a pesar de su estrecha relación con el caso de Beatriz, estos precedentes se omitieron groseramente en la Sentencia, pues la Corte prefirió abordar el asunto como una mera cuestión de falta de diligencia médica, privilegiando el concepto científico por sobre el volitivo individual. En mi criterio, y de acuerdo con el precedente consolidado, el Tribunal debió concluir que la criminalización absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo en este caso permitió que Beatriz fuera instrumentalizada y convertida en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad.

La Corte IDH también declaró que El Salvador violó el derecho de Beatriz a un recurso judicial efectivo: no hubo un mecanismo eficaz para responder a su situación, lo que agravó su vulnerabilidad. Si bien este reconocimiento es importante, cabe destacar que en reiteradas ocasiones el juez Sierra Porto señaló que se omitió profundizar en las causas estructurales del acceso a la justicia por parte de Beatriz:

la Corte concluyó que la falta de protocolos claros de actuación para un caso como el de Beatriz fue la causa de la vulneración de sus derechos a la salud y a la integridad. Creo que este análisis desconoció que la causa de la violación de los derechos de Beatriz fue la criminalización absoluta del aborto en El Salvador, ratificada por la Sala de lo Constitucional, que impidió que se hicieran efectivas las medidas para proteger su autonomía, vida e integridad personal.

Para este juez, la penalización total del aborto crea un efecto inhibitorio en médicos, que temen actuar por miedo a consecuencias penales, lo que lleva a una judicialización excesiva del caso.

Por último, la sentencia hace referencia explícita a la existencia de violencia obstétrica en el trato que recibió Beatriz. En cuanto al derecho a vivir libre de violencia (específicamente violencia de género), también invocó la Convención Belém do Pará.

Nuevamente aparece la mirada crítica del juez Sierra Porto. Si bien coincide con la valoración de que Beatriz fue sometida a una situación de violencia obstétrica, advirtió la ambigüedad de esta consideración por parte de la Corte al dejar abierta la posibilidad de la responsabilidad en el personal médico tratante y no en los factores legales y estructurales que impiden al personal médico brindar a sus pacientes el tratamiento que necesitan.

Sierra Porto argumenta que la violencia obstétrica en este caso no solo se debió a la falta de protocolos médicos, como señala la mayoría de la Corte, sino que está íntimamente vinculada con la legislación penal que prohíbe el aborto. Según él, la prohibición absoluta de la interrupción del embarazo impidió que Beatriz tomara decisiones sobre su propio cuerpo y esa criminalización inhibió a los médicos por miedo a las consecuencias legales, lo cual llevó a una atención tardía, burocrática y judicializada.

En resumen, la Corte IDH consideró que El Salvador no solo falló en proveer atención médica adecuada, sino también no garantizó mecanismos judiciales eficaces para proteger a Beatriz y respetar su decisión. Además, hay un agravante: la ausencia de protocolos para embarazos de alto riesgo en un contexto de prohibición total del aborto generó violencia obstétrica, poniendo en mayor riesgo su vida y su salud.

5. Palabras de cierre

La sentencia comentada en este artículo está referida a un intenso proceso de litigio que involucró a numerosas instituciones y organizaciones de El Salvador y la región que continúan luchando por lograr la autonomía y la libertad reproductiva de las mujeres.

Si bien la sentencia no reconoció el derecho al aborto, ni indicó al Estado cambios sustantivos en la legislación penal tendientes a superar la grave situación que enfrentan las mujeres que necesitan y deciden la interrupción voluntaria del embarazo en el país, el proceso ha dejado en evidencia que “La falta de certeza jurídica, protocolos claros y la penalización absoluta del aborto impidieron que Beatriz accediera a la interrupción voluntaria del embarazo que había solicitado y que era el tratamiento indicado por sus médicos” (Centro de Derechos Reproductivos, 2024).

Es imprescindible una lectura completa de la sentencia, incluyendo el voto disidente, que señala vacíos y aspectos que el proceso deja pendientes. Sobre todo, es fundamental conocer todo el proceso que ha implicado la defensa de derechos de Beatriz y su tenacidad para abrir caminos, para que los hechos que le tocó vivir no vuelvan a repetirse.

Referencias bibliográficas

- Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto en El Salvador (2019). *Del Hospital a la Cárcel. Consecuencias para las mujeres por la penalización, sin excepciones de la interrupción del embarazo en El Salvador. 1998 – 2019*. Recuperado de <https://agrupacionciudadana.org/download/del-hospital-a-la-carcel-tercera-edicion/>
- Amnistía Internacional (25 de septiembre de 2014). Doce datos sobre la prohibición del aborto en El Salvador. Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2014/09/twelve-facts-about-abortion-ban-el-salvador/>
- Centro de Derechos Reproductivos (21 de diciembre de 2024). El Salvador es responsable por la violación de los derechos humanos de Beatriz. Recuperado de <https://reproductiverights.org/news/el-salvador-es-responsable-por-la-violacion-de-los-derechos-humanos-de-beatriz/>
- Chinchilla, D. (18 de diciembre de 2024). Campaña antiaborto distorsiona caso Beatriz para presionar a la Corte IDH. *Doble Check*. Recuperado de <https://radios.ucr.ac.cr/2024/12/doblecheck/caso-beatriz-el-salvador-corte-idh/>
- Corte IDH. *Asunto B. respecto de El Salvador*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013.
- Corte IDH. *Caso Manuela y otros Vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441.
- Corte IDH. *Caso Beatriz y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2024. Serie C No. 549.
- Feusier, O. (2012). *Pasado y presente del delito de aborto en El Salvador*. Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA).
- Nóchez, M. L. (29 de enero de 2024). *Manuela, las 17 y una victoria de las mujeres pobres en El Salvador*. El País. Recuperado de <https://elpais.com/america/2024-01-29/manuela-las-17-y-una-victoria-de-las-mujeres-pobres-en-el-salvador.html>

Violencia contra las mujeres. Deber de investigar

Corte IDH. *Caso Carrión González y otros Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2024. Serie C No. 550

*Salvador Marengo Contreras**

*En tanta búsqueda de justicia que recorrimos todo Nicaragua,
recorrimos marchas, recorrimos todas las instituciones del Estado,
por todo hicimos plantones en la Fiscalía, en la Corte,
marchas en la calle con pancartas, mi esposo en la silla de ruedas,
caminando por toda Nicaragua buscando la justicia,
buscando las organizaciones de mujeres.*

Extracto del testimonio de Aída González ante la Corte IDH

1. Introducción

El presente trabajo analiza los aportes en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer emitidos a partir de la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso de Dina Carrión.

El Colectivo de Derechos Humanos Nicaragua Nunca Más, junto con el Centro Nicaragüense de Derechos Humanos (CENIDH), realizó la representación legal ante los órganos del SIDH con el objetivo de demostrar la responsabilidad del Estado de Nicaragua en la impunidad por el femicidio de Dina Alexandra Carrión González el 3 de abril de 2010, en el marco de su divorcio con JCSS, con

* Consejo de coordinación del Colectivo de Derechos Humanos Nicaragua Nunca Más.

quien procreó un hijo, que al momento de su muerte tenía 6 años y en cuyo trámite había llevado a cabo una conciliación o acuerdo respecto de la guarda del niño, pensión alimenticia y un vehículo.

El femicidio de Dina Carrión se dio en un contexto elevado de violencia contra las mujeres y de acuerdo con la Policía Nacional y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, en Nicaragua, “la casa de habitación es el lugar más peligroso para mujeres, niñas y niños, no solamente en los casos de VIFS [violencia intrafamiliar y sexual] sino también en [los casos de] muerte de mujeres” (Corte IDH, 2024: párr. 25). Según datos de Católicas por el Derecho a Decidir y de la Red de mujeres contra la violencia, en 2009 fueron asesinadas al menos 79 mujeres y en 2010 la cifra se incrementó a 89 mujeres.¹

A este incremento de violencia extrema contra las mujeres se suma la ausencia de normas de protección a favor de las víctimas de este flagelo, además de fallas en el sistema de administración de justicia en Nicaragua, que incluían actos de manipulación, control político y falta de independencia, que tuvieron su impacto en la impunidad del caso concreto.

Los hechos sometidos al SIDH

Según los hechos del caso, el 3 de abril de 2010 Dina Carrión se encontraba en su casa de habitación junto con su esposo, JCSS, quien refirió a las autoridades que aproximadamente a las 18:00 horas salió al patio de su casa, encontrando a Dina en el jardín, inconsciente, ensangrentada en el pecho, con un arma de fuego cerca de sus manos. Sin tocarla llamó por teléfono a su papá y cuando él llegó llamaron a la Policía Nacional, institución que declaró su muerte como “suicidio”.

A partir de ese momento, las autoridades realizaron una línea de investigación: suicidio-inducción al suicidio. Casi tres meses después, la Fiscalía desestimó el ejercicio de la acción penal por tratarse de suicidio, basado, entre otras consideraciones, en el dictamen médico forense que determinó dicha muerte como tal y en la ampliación del referido dictamen se incluyó “antecedentes[,] estudio de la escena del crimen, inestabilidad emocional[,] atenciones psiquiátricas, [y] pérdida [de] la relación de pareja” (*Ibidem*: párr. 40).

La familia de Dina Alexandra denunció una serie de irregularidades en la investigación, incluidas la ausencia de descripción en el dictamen forense de hematomas y laceraciones que presentaba el cuerpo, la ausencia de sangre en el arma encontrada en la escena del crimen cuando las manos de la víctima estaban con sangre, la presencia de sangre en ropa, zapatos y almohada del investigado sin que se determinara el tipo ni grupo sanguíneo como tampoco el origen de las mismas, entre otras circunstancias que presumían que la muerte no era de carácter suicida.

¹ Medio de comunicación digital: Artículo 66. Machismo y muerte en Nicaragua: 943 femicidios de 2010 a marzo de 2024, 0 de abril de 2024. Recuperado de <https://www.articulo66.com/2024/04/10/violencia-en-nicaragua-943-femicidios-de-2010-a-marzo-de-2024/>

Un año después de los hechos la resolución fiscal de primera instancia fue revocada por la Fiscalía Departamental, que ordenó ampliar las investigaciones, basada en una serie de inconsistencias, así como en dictámenes de investigación y peritajes independientes que contrastaban con las conclusiones de peritos forenses y de criminalística, concluyendo que la muerte de Dina era de etiología homicida.

Finalmente, el 20 de febrero de 2013 el Ministerio Público interpuso acusación por el delito de parricidio en contra de JCSS ante el Juzgado Séptimo de Distrito Penal de Audiencias de Managua. El juzgado convocó a audiencia inicial, pero no se realizó porque el acusado interpuso un recurso de amparo contra la acusación y la convocatoria a audiencia alegando violación a sus derechos constitucionales. El recurso fue tramitado y el proceso suspendido hasta que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolviera el recurso. Seis años después fue resuelto favorablemente al acusado, lo que impidió el acceso a la justicia de la familia de la víctima y, con ello, favoreció el encubrimiento y protección a favor del acusado.

En ese entonces, en Nicaragua no existía un marco jurídico especializado que protegiera a las víctimas de violencia de género y los casos de violencia contra las mujeres, incluidos los femicidios, anualmente se incrementaban, dejando como consecuencia dolor y sufrimiento en muchas familias y la orfandad de cientos de niños y niñas por la pérdida de sus madres.

Si bien en Nicaragua la Policía Nacional había creado comisarías de la mujer y niñez para investigar estos casos, lo cierto es que existían deficiencias en las investigaciones y tanto los operadores de justicia como el Ministerio Público y el Poder Judicial no contaban con los suficientes instrumentos legales para conducir estos casos y determinar las responsabilidades penales. Fue hasta 2012, cuando entró en vigencia la Ley Integral contra la violencia, Ley N° 779, que fortaleció la confianza de las mujeres en el sistema de administración de justicia, lo que se tradujo en un incremento en el número de denuncias;² no obstante, provocó que distintos sectores de la sociedad, incluidas las iglesias, abogaran por reformas legales que permitieran la mediación en estos casos,³ realizándose cambios en la legislación que fueron debilitando el objeto de la ley de “prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres” por fortalecer “la convivencia y unidad familiar” a través de la mediación y el cambio en la tipificación del femicidio, que quedó circunscrito al ámbito privado, entre otras modificaciones, que redundan en impunidad.⁴

En ese sentido, el litigio del caso se volvió trascendental para demostrar no solo la impunidad en la muerte de Dina, sino también la falta de debida diligencia de las investigaciones con perspectivas de género en el caso concreto, el impacto del femicidio en los familiares de las víctimas, el contexto de

2 Telenorte. “Aumentan denuncias por violencia contra las mujeres en Nicaragua”. Recuperado de <https://telenortecanal35.blogspot.com/2013/10/aumentan-denuncias-por-violencia-contra.html> y El Economista. “Reportan el aumento de femicidios en Nicaragua pese a la ley de protección a mujeres del 13 de julio de 2013”. Recuperado de <https://www.economista.es/legislacion/noticias/4991022/07/13/Reportan-el-aumento-de-femicidios-en-Nicaragua-pese-a-la-ley-de-proteccion-a-mujeres.html>

3 La Prensa. “Abogados independientes protestarán contra ley 779”, 2 de mayo de 2013. Recuperado de <https://www.laprensani.com/2013/05/02/politica/145054-abogados-independientes-protestaran-en-contra-de-la-ley-779>

4 Expediente Público. “Ley contra la violencia hacia las mujeres es letra muerta en la Nicaragua de Daniel Ortega y Rosario Murillo”, 8 de marzo de 2021. Recuperado de <https://www.expedientepublico.org/ley-contra-la-violencia-hacia-las-mujeres-en-riesgo-de-ser-letra-muerta-en-nicaragua/>

violencia contra las mujeres, la ausencia e ineficacia de medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, la falta de independencia del sistema de administración de justicia que favorece la impunidad en este tipo de casos, la ausencia de normas al momento de los hechos y la regresividad de estas en la actualidad para enfrentar el fenómeno de la violencia contra las mujeres, de tal manera que las medidas de reparación tuvieran un efecto positivo no solo en la familia afectada, sino en otras sobrevivientes de violencia.

Los aportes a la lucha contra la violencia realizados por la Corte IDH

A través del caso “Carrión” la Corte IDH pudo constatar una problemática vigente que aflige a la población nicaragüense, que amenaza, limita o anula los derechos y libertades de las mujeres como consecuencia de la violencia de género. Este caso ha sido emblemático para el país porque ha representado la lucha contra la impunidad en casos de violencia de género, en los cuales, por lo general, los familiares de mujeres asesinadas no cuentan con los recursos emocionales y económicos que implica impulsar procesos de investigación y procesos judiciales que contribuyan al esclarecimiento de la verdad.

En esta oportunidad, la Corte IDH analizó tres aspectos fundamentales del caso: 1) las violaciones al derecho a la vida, las garantías judiciales, igualdad ante la ley y protección judicial en relación con el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará; 2) las violaciones a los derechos de protección a la familia, garantías y protección judiciales y 3) la violación a los derechos a la integridad personal, derecho de circulación y de residencia.

3.1. Sobre la violación al derecho a la vida, las garantías judiciales, igualdad ante la ley y protección judicial en relación con el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará

En este apartado encontramos los primeros aportes significativos, ya que la Corte IDH vincula los derechos establecidos en la CADH con las obligaciones de prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género establecidas en la Convención de Belém do Pará. En ese sentido, la Corte IDH analizó: (a) la obligación de debida diligencia reforzada en la investigación de la muerte potencialmente ilícita de Dina Alexandra Carrión González, la garantía de imparcialidad en el proceso judicial y el derecho a conocer la verdad sobre lo sucedido; (b) los estereotipos negativos de género en el proceso judicial y la garantía de no discriminación e igualdad ante la ley y (c) el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para investigar, juzgar y sancionar actos de violencia contra la mujer” (Corte IDH, 2024: párr. 97).

En relación con la primera obligación, la Corte IDH señaló que

El deber de investigar con debida diligencia es mayor cuando existen indicios de que la víctima de una muerte potencialmente ilícita enfrentaba un contexto de violencia al interior de la familia ... ese deber de debida diligencia reforzada implica que se debe investigar lo ocurrido con perspectiva de género. Una investigación con perspectiva de género exige, en primer lugar, que las autoridades a cargo identifiquen tanto las conductas que causaron la muerte, como aquellas que causaron otros daños o sufrimientos físicos, psicológicos o sexuales a la mujer (*Ibidem*: párr. 86).

En este caso, uno de los principales cuestionamientos que realizó la familia de Dina Carrión fue la falta de investigación de los antecedentes de violencia que sufrió Dina durante su relación de pareja con JCSS que, si bien no fueron denunciados ante las autoridades, eran del conocimiento de su familia. Por ello, la Corte IDH agrega dos elementos adicionales para la investigación con perspectiva de género: por un lado,

Investigar *ex officio* las posibles connotaciones discriminatorias de lo ocurrido, lo que implica identificar el contexto de la muerte; la disposición del cuerpo; los antecedentes de violencia entre la víctima y el victimario; el *modus operandi*; la relaciones familiares, de intimidad, interpersonales, comunitarias, laborales, educativas, o sanitarias que vinculan a la víctima y el victimario; la situación de riesgo o vulnerabilidad de la víctima al momento de la muerte, y las desigualdades de poder entre la víctima y el victimario (*Ibidem*: párr. 87).

Por otro lado, refiere la necesidad de

Considerar posibles hipótesis del caso basadas en los hallazgos preliminares, que contemplen las razones de género como posibles móviles. Esto resulta especialmente relevante tratándose de casos de presuntos suicidios de mujeres, porque los suicidios son una forma habitual de ocultar un homicidio por parte de su autor, presentando la muerte de la mujer como un suicidio o muerte accidental [,y] pueden ser un argumento usado por las personas a cargo de la investigación criminal para no investigar el caso y archivarlo como suicidio (*Ibidem*: párr. 88).

Tal y como ocurrió en el caso concreto, Dina Carrión fue encontrada en el jardín de su casa con un impacto de bala en el pecho, pero sin que ella tuviera experiencia accionando un arma de fuego, que había sido disparada hacia el lado izquierdo de su pecho, siendo ella zurda; con manchas hemáticas en sus manos, pero el arma totalmente limpia.

Adicionalmente, la Corte IDH tuvo por probada la existencia de una serie de irregularidades en la recolección de la prueba en la escena, tales como:

(i) inadecuada documentación fotográfica, descrita por el perito AM “como fotos de orientación” que no detallan evidencias y “carentes de la circunferencia o de testigos métricos”, (ii) no se elaboró un croquis de la escena que permitiera relacionar los hallazgos, de hecho, ni siquiera se detalló la distancia entre el cuerpo de la señora Carrión y los cartuchos de arma de fuego encontrados; (iii) no se aseguró ni preservó la escena de los hechos, por el contrario, uno de los oficiales que atendió la llamada del señor JCSS alteró la escena al abrir una ventana de la habitación de este último, además, se habría permitido el acceso a la escena al padre de JCSS, a su cuñado y al jefe de redacción de un periódico, y (iv) no se aseguró la cadena de custodia, lo que impidió recuperar y asegurar el material probatorio de forma adecuada, por ejemplo, algunas de las evidencias encontradas, incluyendo el arma, el cargador y los cartuchos, fueron almacenadas en una caja de cartón entregada por el propio JCSS, y objetos de este último que tenían manchas de sangre no fueron recolectados el día de los hechos (*Ibidem*: párr. 98).

En cuanto a la apreciación de la evidencia recolectada, el primer fiscal a cargo de la investigación descartó elementos de prueba que apuntaban con mayor convicción a un escenario de muerte potencialmente ilícita en vez de suicidio. Concretamente, la única huella encontrada en la escena, que coincide con el dedo anular de la señora Carrión, no se situaba en el gatillo sino en el cañón del arma de fuego con la que se hicieron los disparos. Esto podría interpretarse como un indicio de que intentó evitar con su mano el disparo del arma que apuntaba hacia su tórax. Además, en el lugar donde se encontró el cuerpo no había manchas de sangre, pese a que las manos y la camisa de la Sra. Carrión González estaban ensangrentadas. Adicionalmente, no se analizó una mancha de sangre visible en la camioneta blanca del señor JCSS.

La Corte observó también que

Hay vacíos importantes en la teoría del caso de suicidio que no fueron explicados por las autoridades investigadoras. Por ejemplo, el hecho de que el orificio del disparo esté localizado en el tórax de la víctima, a pesar de que cuando se comete un suicidio con arma de fuego la región anatómica más fácil de acceder y, por lo tanto, la más frecuentemente utilizada es la cavidad oral o la región temporal ... las fotografías del cuerpo de la víctima revelan lesiones visibles que no fueron adecuadamente descritas en el dictamen médico legal. Concretamente, no fueron consignadas ni analizadas las lesiones encontradas en el párpado inferior derecho, la mejilla derecha, la región frontal y el abdomen de Dina Alexandra Carrión González, que constituían indicios de que era potencial víctima de violencia de género (*Ibidem*: párr. 100).

Asimismo, la Corte IDH incluyó en su análisis la falta de valoración de las declaraciones de familiares de Dina Carrión, “quienes contaban con información valiosa sobre la presunta víctima, sobre su relación con JCSS y sobre el alegado historial de violencia cometida [en] su contra al interior de la familia” (*Ibidem*: párr. 89). En ese sentido, no se consideraron hipótesis que contemplaran la violencia de género contra la Sra. Carrión como posible móvil de un potencial feminicidio.

Las falencias del sistema se sumaron a la interferencia de parte de la magistrada Alba Luz Ramos, entonces presidenta de la Corte Suprema de Justicia, lo cual vulneró la garantía de imparcialidad que deben conducir las investigaciones a partir de sus declaraciones públicas sobre el caso, al señalar que se trataba de un suicidio porque había dictámenes forenses que concluían en ello, agregando que

Los familiares [de la Sra. Carrión] están enterados de todo, yo lo que dije fue la verdad que han tratado de ocultar, ¿por qué quieren desinformar a la gente? [...] ahora lo que falta es que la Sala Constitucional se pronuncie si la Fiscalía podía o puede todavía acusar de parricidio con un dictamen que es una prueba científica que establece el suicidio (*Ibidem*: párr. 107).

Estas declaraciones fueron emitidas cuando el recurso de amparo interpuesto por JCSS ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no había sido resuelto y el proceso por parricidio se encontraba suspendido a la espera de la referida resolución. El vocero del tribunal también dio declaraciones y posteriormente realizaron una conferencia de prensa con los médicos forenses del Instituto de Medicina Legal.

Por otro lado, la Corte IDH valoró los estereotipos negativos de género en el proceso judicial y la garantía de no discriminación e igualdad ante la ley, basados en que los hechos relacionados con la muerte de la Sra. Carrión estaban incluidos en suposiciones entre su estado emocional y el presunto suicidio, al utilizar el dictamen médico forense expresiones como “inestabilidad emocional”, “atenciones psiquiátricas” y “pérdida de la relación de la pareja”.

Para la Corte IDH dichas expresiones no fueron contrastadas con el testimonio del médico psiquiatra que atendía a la víctima, quien sostuvo que ella le había manifestado que “se sentía bien por su separación y que tenía la oportunidad de hacer un proyecto de vida propio [...] y que iba a reiniciar sus estudios”; lo que a juicio de la Corte IDH constituyó un estereotipo negativo de género sobre la vida privada de la víctima utilizado para descartar otras líneas de investigación.

Para el Tribunal, la falta de investigación por parte de las autoridades ante los indicios o sospechas de violencia de género “de los posibles móviles discriminatorios que tuvo el acto de violencia, puede constituir en sí misma una forma de discriminación”.

Como se mencionó al inicio de este artículo, al momento en que ocurrieron los hechos del caso en Nicaragua no existía una regulación que abordara integralmente la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres. A pesar de que era una problemática que venía incrementándose, los legisladores solamente realizaron reformas para tipificar las lesiones psicológicas y establecer medidas cautelares a favor de las víctimas, pero estas fueron insuficientes para enfrentar la gravedad de la violencia contra las mujeres que ocurría en el país.

Aunque Nicaragua ha ratificado instrumentos internacionales de derechos humanos como la CADH y la Convención de Belém do Pará, la normativa interna no ha sido adecuada a los mismos y ello se vio re-

flejado en este caso, en el que Dina Carrión se enfrentó a situaciones de violencia en su relación de pareja sin que tuviera seguridad de que las autoridades podrían protegerla, dado que no existía al momento de los hechos una normativa que abordara integralmente los casos de violencia contra las mujeres.

En el análisis que realizó la Corte IDH sobre las disposiciones de derecho interno, encontró que la legislación penal solo establecía el delito de “parricidio” y señaló que

La tipificación del feminicidio de conformidad con los estándares internacionales es una medida fundamental para visibilizar los homicidios cometidos contra mujeres por razón de su género, y de esa forma enviar un mensaje sobre la gravedad y carácter diferenciado de este tipo de delito, contribuyendo a visibilizar la debida investigación, juzgamiento y sanción de la violencia contra la mujer (*Ibidem*: párr. 120).

Para la Corte IDH, esta ausencia de una normativa específica y las falencias de la investigación relacionadas con la violación al derecho a la vida fueron ejes centrales para el análisis de la responsabilidad internacional del Estado de Nicaragua por violación al derecho a la vida, en relación con el deber de garantía. Conforme a lo anterior, las falencias e irregularidades que impidieron la determinación de lo ocurrido y el eventual juzgamiento de los responsables permiten concluir que el Estado violó los artículos 8 y 25 de la CADH, en relación con el artículo 4 del mismo tratado.

3.2. Derechos a la protección de la familia, garantías y protección judiciales

La lucha de la familia de Dina Carrión no solo versó sobre la búsqueda de justicia y la verdad de lo que habría ocurrido la tarde del 3 de abril de 2010, sino que también tuvieron que enfrentar la separación y pérdida de la relación con el niño de 6 años hijo de Dina y JCSS, quien se negó a facilitar dicha relación y que incluso para permitirle insistió en que cesaran las campañas de justicia, que consideraba difamatorias en su contra, así como las investigaciones y procesos judiciales.

Sin embargo, la familia Carrión González continuó impulsando acciones dirigidas al esclarecimiento de los hechos y los procesos judiciales y administrativos que permitieran la relación del niño con su abuela y abuelo materno. A pesar de contar con resoluciones judiciales que permitían establecer dicho vínculo, estas nunca fueron cumplidas por JCSS, quien fue acusado por desacato a la autoridad. Sin embargo, la autoridad judicial no estableció responsabilidad penal en su sentencia, señalando que la determinación de la relación del niño con la familia era un derecho del padre, quien estaba obligado a proteger la integridad psicológica del menor, quien con el paso del tiempo iba creciendo perdiendo dichos vínculos, mientras que uno de sus abuelos falleció durante los procesos sin lograr restablecer esta relación.

Respecto de la violación a este derecho establecido en el artículo 17.1 de la CADH, la Corte IDH consideró

Que la garantía del derecho a la familia en lo que respecta a la relación entre abuelos y nietos, debe considerar muy especialmente el interés superior del niño, entendido como un mandato de prioridad que se aplica tanto al momento de la interpretación como cuando es necesario decidir situaciones de conflicto entre derechos (*Ibidem*: párr. 128).

En el caso concreto, consideró 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 evitar que situaciones de incertidumbre se prolonguen y para que se genere el menor impacto en la integridad física, psíquica y emocional del niño o la niña y de su núcleo familiar. Lo anterior, sin perjuicio de que el proceso se extienda lo suficiente para garantizar que el niño o la niña sean adecuadamente oídos y su interés superior sea garantizado. Además, la celeridad es necesaria porque, en procesos de este tipo, el paso del tiempo puede convertirse en un elemento definitorio de los vínculos afectivos y de las relaciones familiares, así como en el fundamento principal para no adoptar decisiones que impliquen cambios para la situación del niño o la niña. En ese sentido, el mero paso del tiempo consolida la situación de hecho que beneficia a quienes tienen la custodia de los niños, niñas o adolescentes afectados y se convierte en un obstáculo para que se restablezcan otros vínculos familiares (*Ibidem*: párr. 130).

Pese a lo anterior, en este caso, las acciones judiciales emprendidas por la señora González y el señor Carrión para garantizar la relación con su nieto C no se tramitaron con la diligencia y celeridad requeridas. Por el contrario, los procesos se prolongaron por más de cinco años, lo que implicó la ruptura total de la relación familiar e impidió que el vínculo entre abuelos y nieto se desarrollara normalmente.

3.3. Sobre el derecho a la integridad personal y derecho de circulación y de residencia

La tramitación de este caso permitió visibilizar y demostrar los daños a la integridad personal que sufrieron las hermanas, hermano, padre y madre de Dina Carrión como consecuencia o impacto del sufrimiento por la muerte violenta de Dina y la falta de esclarecimiento de los hechos. Los obstáculos para la búsqueda de justicia, tanto en su caso como en la relación con el niño, profundizaron estos sufrimientos, causando daños psicológicos y deterioros en su salud física. Adicionalmente, y como consecuencia de la demanda activa de búsqueda de justicia, una de las hermanas de la víctima sufrió amenazas de muerte y pese a sus denuncias ante las autoridades no

se realizaron investigaciones ni medidas dirigidas a proteger su integridad personal e incluso su vida, razón por lo cual tuvo que salir del país.

A este respecto, la Corte IDH reiteró su jurisprudencia en cuanto a que la falta de investigación envía mensajes a la sociedad de que estos crímenes son tolerados, lo que legitima los ciclos de violencia, cuando existe una responsabilidad de erradicarlos. Asimismo, señaló que la falta de investigación e impunidad

Impiden la revelación de los hechos del caso, las verdaderas circunstancias de la muerte de las víctimas, la responsabilidad penal de perpetradores y encubridores, y la debida reparación de los familiares de la víctima que buscan justicia o que se ven afectados por esta pérdida y su falta de esclarecimiento. Vale decir que el incumplimiento de la obligación de investigar y juzgar a los responsables de conductas que potencialmente pueden constituir un feminicidio, no sólo propicia la impunidad sino que viola el derecho a la verdad de las víctimas, sus familiares y la sociedad en su conjunto, protegido por los artículos 13 en relación con el 4 y 1.1 de la CADH (*Ibidem*: párr. 137).

Otro elemento que la Corte IDH consideró para determinar la violación al derecho de integridad personal de los abuelos maternos fue la falta de debida diligencia y celeridad excepcional en el proceso judicial orientado a restablecer los vínculos entre los abuelos maternos y su nieto, lo que constituyó una violación a la integridad psíquica de los abuelos maternos.

Como habíamos mencionado, una de las hermanas de Dina Carrión tuvo que salir del país por razones de seguridad frente a las amenazas de muerte que estaba enfrentando y la inacción del Estado para protegerla, por lo que, a juicio de la Corte, si bien el derecho de circulación y residencia es un derecho individual, no depende de algún objetivo o motivo particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar,

Puede ser vulnerado de manera formal o por restricciones de facto cuando el Estado no ha establecido las condiciones, ni provisto los medios que permiten ejercerlo. Dichas afectaciones *de facto* pueden ocurrir cuando una persona es víctima de amenazas u hostigamientos y el Estado no provee las garantías necesarias para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales (*Ibidem*: párr. 146).

Razón por lo cual consideró la violación al derecho de integridad personal, el derecho de circulación y de residencia de una de las hermanas de Dina.

3.4. Sobre las reparaciones

Las reparaciones de la Corte IDH podemos dividir las en aquellas que están directamente relacionadas con las víctimas y las que tienen un efecto o impacto en la prevención y protección de otras víctimas para que casos como estos no se repitan:

1. El Estado deberá, en un plazo razonable, promover la investigación penal que sea necesaria para determinar las circunstancias de la muerte de la Sra. Carrión González y, de ser el caso, juzgar y eventualmente sancionar a la persona o personas responsables de su muerte. Dicha investigación deberá llevarse a cabo con debida diligencia reforzada, perspectiva de género y sin la aplicación de estereotipos de género negativos (*Ibidem*: párr. 156).
2. El Estado deberá, en un plazo razonable, promover las investigaciones que sean necesarias para determinar, juzgar y, de ser el caso, establecer responsabilidades, según corresponda, respecto de las amenazas denunciadas por la señora VVCG (*Ibidem*: párr. 157).
3. El Estado deberá pagar las indemnizaciones relacionadas con medidas de rehabilitación y reparación del daño causado a cada una de las víctimas.

Por otro lado, la Corte IDH determinó medidas que pueden fortalecer el sistema interno en materia de prevención y protección contra la violencia de género como:

1. Un programa o curso obligatorio y permanente dirigido a operadores de justicia, incluyendo jueces, defensores, fiscales, asesores, operadores y auxiliares de justicia vinculados a la administración de justicia en casos de muertes potencialmente ilícitas de mujeres. Dicho programa o curso debe contemplar, entre otros aspectos, los estándares internacionales en derechos humanos en materia de debida diligencia reforzada con perspectiva de género en la investigación de muertes potencialmente ilícitas de mujeres.
2. Un programa o curso obligatorio y permanente dirigido a las personas encargadas de recibir las denuncias por violencia de género, en el que se ofrezca capacitación sobre la ruta de atención y denuncia de este tipo de delitos con perspectiva de género.
3. Un programa permanente de sensibilización y capacitación con protocolos de actuación para jueces con competencia en asuntos relativos a la situación de NNyA afectados por la muerte potencialmente ilícita de su madre en posibles casos de feminicidio.
4. Crear un observatorio que incluya una base de datos para la recopilación sistemática y periódica de información estadística sobre violencia de género y feminicidios y sobre el acceso a la justicia en estos casos. El Estado deberá dotar a este observatorio de los recursos adecuados para su funcionamiento y los resultados de su trabajo deberán ser tenidos en cuenta al momento de dar forma a la política pública en materia de prevención de violencia de género.

5. Reestablecer los mecanismos de denuncias sobre violencia contra la mujer en las Comisarías de la Mujer y Niñez, contemplando medidas que generen confianza a las mujeres víctimas de dicha violencia.
6. Crear centros de resguardo y atención especializada que reciban y acojan a las víctimas de violencia de género que se encuentren en necesidad de protección.
7. Adoptar un protocolo de atención e investigación de hechos constitutivos de violencia de género que contemple los estándares de debida diligencia reforzada establecidos en la sentencia. Dicho protocolo deberá ser difundido de forma amplia entre los encargados de la atención y judicialización de este tipo de conductas y entre las presuntas víctimas que acudan al sistema de administración de justicia. El Estado deberá elaborar una cartilla a través de la cual dar difusión al protocolo, en la que deberá identificar cuáles son las autoridades encargadas de la atención e investigación de este tipo de conductas.
8. Realizar las adecuaciones normativas necesarias para garantizar la investigación con perspectiva de género de muertes potencialmente ilícitas de mujeres que puedan involucrar feminicidios.
9. Adoptar las medidas legislativas necesarias para adaptar el tipo penal de feminicidio de manera que su configuración legal refleje la naturaleza de la conducta, en el sentido que se encuentra motivado por la condición de género de la víctima, y no únicamente por la existencia de una relación personal de pareja con el presunto agresor.
10. Adoptar las medidas necesarias para eliminar o restringir los procedimientos de mediación y conciliación en todos los delitos que involucren violencia contra la mujer.
11. Adoptar las medidas pertinentes, incluyendo las reformas normativas que sean necesarias, para asegurar que los procesos relacionados con la situación de niños, niñas y adolescentes afectados por el posible feminicidio de su madre sean tramitados con diligencia y celeridad excepcionales y se les proporcionen medidas adecuadas de acuerdo al interés superior del niño.

Palabras de cierre

En conclusión, la sentencia en el caso “Carrión” brinda importantes aportes para: a) impedir que el caso quede en la impunidad, al ordenar reabrir las investigaciones del caso, juzgar y eventualmente sancionar a la persona o personas responsables de su muerte; b) fortalecer el sistema de protección de las mujeres que sufren violencia y que sean atendidas por personal debidamente capacitado y sensibilizado en la materia; c) fortalecer el sistema de investigación de la muerte potencialmente ilícita, incluidos los casos de suicidios, en los que se deben agotar todas las líneas de investigación posibles, eliminando los estereotipos de género negativos que puedan afectar dichas investigaciones y d) disponer de marcos legales adecuados a las normativas internacionales en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, incluido la prohibición de la mediación.

Adopción. Derecho a la identidad. Derecho a la intimidad

TEDH. *Case of Mitrevska v. North Macedonia*,
14 de mayo de 2024

*Por María Cecilia Dieuzeide**

1. Introducción

El siguiente artículo tiene como objetivo realizar una reseña del fallo dictado por el TEDH en el que, a la luz de leyes nacionales del país demandado y de normativa internacional de carácter vinculante, concluyó resolviendo que en el caso se había producido una violación del artículo 8º del CEDH. Ello, luego de analizar el equilibrio y la interrelación existente entre dos derechos en juego, como son el derecho a la identidad de la persona adoptada y el derecho a la intimidad de los progenitores biológicos en situaciones de adopción plena.

2. Antecedentes fácticos del caso

La actora nació en el año 1977 en la ciudad de Escopia (Skopje) en Macedonia del Norte y fue adoptada en su infancia, en el marco de un proceso de adopción plena. En el mes de abril de 2017, luego

* Abogada (UBA). LL.M (University of Virginia School of Law). Maestranda en Bioética (FLACSO) y en Derecho Administrativo y Administración Financiera (UBA). Thomas G. Bell Fellow 2018-2019. Becaria Comisión Fulbright Argentina 2017-2018. Docente en la Universidad de Palermo, en la Universidad del Salvador y en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Secretaria administrativa en el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

de ser diagnosticada con un trastorno mixto ansioso-depresivo y de presentar dificultades cognitivas en el habla, la Sra. Mirjana Mitrevska solicitó –a pedido de sus médicos tratantes– información acerca sus antecedentes familiares al Centro de Asistencia Social de la ciudad referida (en adelante, el Centro) a fin de determinar si tales patologías eran de carácter hereditario.

Entre la información requerida, la actora peticionó datos sobre su nombre previo a la adopción, el lugar de su nacimiento, los nombres y domicilios de sus progenitores biológicos, sus antecedentes médicos y los motivos que llevaron a su adopción. Este pedido se fundó en el artículo 8 del CEDH que establece el derecho de toda persona a su vida privada y familiar y el artículo 7 de la CDN, que prevé que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

El Centro respondió que tal pedido debía ser presentado ante la Comisión de Adopción, dependiente del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Social (en adelante, la Comisión), lo cual fue realizado por la accionante en mayo de 2017.

Frente al silencio de ambos organismos, la accionante repitió su presentación al Centro, a lo que agregó un pedido de información sobre su infancia y residencia en un hogar de la ciudad de Bitola, con el objeto de tener una mayor comprensión sobre su desarrollo psíquico y emocional durante su infancia. Este requerimiento se fundó en la Ley de Procedimiento Administrativo a fin de obtener una respuesta formal pasible de ser recurrida por otras vías legales.

El 13 de junio de 2017 el Centro le notificó que, en virtud del artículo 123.a de la Ley de Familia, toda información vinculada a procesos de adopción que ya habían sido concluidos resultaba información reservada, lo que le impedía dar respuesta a lo solicitado por la actora.

La Comisión, a su vez, le respondió por intermedio del Centro, afirmando que, conforme lo establecido en la legislación de familia precitada, la adopción plena asignaba a la persona adoptada y al/a los adoptantes/s la totalidad de los derechos y obligaciones propios de lazos familiares biológicos, a la vez que culminaba automáticamente tales derechos y obligaciones filiatorias entre la persona adoptada y su familia biológica.

El 31 de julio de 2017 la Sra. Mitrevska interpuso un recurso ante el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Social a fin de solicitar una respuesta formal o que instruya al Centro a que brinde la información solicitada. Con posterioridad a ello, siguieron varios reclamos hasta que finalmente se le notificó que ni la Comisión ni el Centro podían hacer lugar a lo requerido.

Como corolario de dicho rechazo, la actora demandó al Ministerio ante el Juzgado Administrativo invocando que ni la Comisión ni el Centro habían brindado una respuesta formal al pedido de información vinculando a su proceso de adopción, a lo que agregó que la aplicación de la Ley de Familia a su situación particular fue retroactiva, toda vez que la norma no se encontraba vigente cuando se llevó a cabo su proceso de adopción.

En efecto, en ese momento la norma vigente era la Ley de Adopción –sancionada en 1973 y dejada sin efecto por la Ley de Familia precitada– que no incluía ninguna previsión respecto a la confidencialidad de la información relacionada con procesos de adopción. Sin perjuicio de ello, el Juzgado mencionado rechazó la acción, por entender que las autoridades estatales no habían incurrido en omisión alguna, dado que la información solicitada resultaba confidencial, en los términos previstos por esta última normativa.

Tal resolución fue posteriormente confirmada por el Tribunal Administrativo de Apelaciones por idénticos motivos, habiéndose así agotado la totalidad de las vías internas de recursos, conforme entendió el TEDH al declarar que la demanda resultaba admisible.

Finalmente, cabe destacar que lo resuelto por los tribunales locales resultó coincidente con un fallo dictado por el Tribunal Constitucional de Macedonia del Norte en el mes de diciembre de 2019, en el marco de una acción de constitucionalidad respecto al artículo 123-a de la Ley de Familia (U.br. 1265/2017). En este sentido, el Tribunal Constitucional entendió que la normativa que prevé el carácter reservado de información vinculada a adopciones no puede ser considerada una limitación al derecho de los niños a la privacidad. Por el contrario, el hecho de haber categorizado a tal información como confidencial y reservada encuentra su legitimación en la necesidad de resguardar las relaciones que surgen a partir de un proceso de adopción, y en todo momento se debe priorizar todo aquello que resulte en el mejor interés de la persona adoptada.

3. Marco normativo involucrado en el caso

A efectos de analizar el conflicto jurídico que se debate en autos, deviene necesario realizar un somero repaso de la normativa que resulta pertinente en el caso, además del artículo 8 del CEDH.

En este sentido, la CDN –ratificada por Macedonia del Norte en el año 1993– establece en su artículo 7 que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Asimismo, su artículo 8 prevé que “los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”, a lo que agrega que “*cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*” (el resaltado es de mi autoría).

Por otro lado, el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio sobre Adopción de 1993) –al cual adhirió el referido país en el año 2009– dispone en su artículo 30 que

las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia,

y que “asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado”.

En esta misma línea, el Convenio Europeo en Materia de Adopción de Menores (revisado) –ratificado por Macedonia del Norte el 30 de abril de 2003– señala en su artículo 22, referido a acceso a la información y transmisión en materia de adopción, que

el menor adoptado tendrá acceso a la información relacionada con sus orígenes en poder de las autoridades competentes. *Cuando sus padres de origen tengan derecho a que no se divulgue su identidad, una autoridad competente deberá tener la posibilidad, en la medida en que la ley lo permita, de determinar si es conveniente no hacer uso de este derecho y de transmitir información sobre la identidad, teniendo en cuenta las circunstancias y derechos respectivos del menor y de sus padres de origen* (el destacado me pertenece)

y que

considerando el derecho de una persona a conocer su identidad y sus orígenes, las informaciones pertinentes relativas a una adopción se recogerán y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que aquella se haya hecho definitiva.

A más de ello, este artículo resalta en su inciso 6 al interés legítimo como un requisito insoslayable para peticionar la información referida, al establecer que

Se llevarán los registros públicos o, al menos, se reproducirán sus contenidos, de tal modo que las personas que no tengan un interés legítimo en los mismos no puedan tener conocimiento de la adopción de una persona o, si ésta es conocida, de la identidad de sus padres de origen.

Asimismo, el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, respecto de las aplicaciones de la biología y medicina –que entró en vigor en el Estado demandado el 1° de enero de 2010– menciona que

toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud [y] a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada.

Finalmente, en su Recomendación N° 1443 (2000) sobre Adopción Internacional, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa invitó a los Estados miembros a garantizar el derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes al arribar a la mayoría de edad, a más tardar, y a eliminar toda barrera legislativa en dificultad dicho acceso. También se resalta el interés legítimo de los niños y las niñas por conocer sus orígenes.

4. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Luego de dar traslado a ambas partes, el Tribunal decidió admitir la demanda incoada por la Sra. Mitrevska, pese a que el Estado demandado había invocado la inaplicabilidad del artículo 8 del CEDH a la situación planteada en autos, por entender que el concepto de “vida familiar” allí regulado no regía en el vínculo entre la actora y sus progenitores biológicos, a quienes ella no había conocido.

Sin perjuicio de ello, el TEDH consideró que el derecho de toda persona a conocer sus antecedentes familiares queda efectivamente encuadrado dentro de la idea de “vida familiar” y que las condiciones y circunstancias en que nace forman parte de su vida privada. De este modo, replicó la postura sentada en el caso “KH y otros” (TEDH, 2009), en el que concluyó que el acceso a información vinculada a antecedentes sanitarios de una persona está inescindiblemente vinculado con su intimidad.

A más de ello, el Tribunal entendió que no obstante el artículo 8 precitado tiene como principal objeto proteger a la persona de intromisiones estatales arbitrarias en su esfera íntima, también impone a las autoridades obligaciones de carácter positivo, tendientes a garantizar su vida privada. Por ello, resulta necesario pensar al conflicto a partir de la búsqueda de un equilibrio entre los intereses contrapuestos involucrados (TEDH, 2024: párr. 45).

Por un lado, la persona adoptada tiene derecho a conocer sus orígenes, y ese interés legítimo no desaparece necesariamente al arribar a la mayoría de edad. Por el otro, el derecho de sus progenitores biológicos a que se preserve su intimidad y su anonimato tampoco puede ser desconocido sin más. Ambos derechos quedan contemplados dentro de la norma referida.

Como corolario de ello, el Estado obligado debe garantizar procedimientos eficientes y accesibles para que las personas puedan acceder a información directamente vinculada con sus orígenes y su condición sanitaria, a la vez que debe resguardar la confidencialidad de tal información (*Ibidem*: párr. 48). Ambos derechos resultan vitales en sistemas legales que adhirieron a las premisas del CEDH y se comprometieron a adaptar su legislación interna a los principios que emanan de la mentada normativa internacional.

En este sentido, el TEDH consideró que el conflicto de autos debía analizarse desde la perspectiva de las obligaciones positivas que se encuentran en cabeza de los Estados a fin de garantizar un efectivo respeto de los derechos que busca a proteger el artículo 8 del CEDH. En esta línea, entendió que la Sra. Mitrevska tenía un interés primordial en obtener información acerca de su familia biológica a fin de conocer un aspecto fundamental de su identidad y el derecho a acceder a sus antecedentes sanitarios para determinar si la enfermedad que padecía resultaba hereditaria. En efecto, el derecho a la identidad –que incluye el derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos e históricos– resulta un elemento esencial de la vida privada, en los términos previstos por la norma referenciada (*Ibidem*: párr. 52).

El Tribunal también destacó que los jueces locales no habían siquiera averiguado si los progenitores biológicos de la actora o su familia adoptiva habían solicitado que su información personal permaneciera reservada, a lo que agregó que no se conocían los antecedentes legislativos que dieron lugar a la modificación de la legislación local de familia y al establecimiento de la reserva de todo tipo de información vinculada con adopciones –fuesen estas parciales o plenas– ni se tenía noción acerca del modo en que los legisladores buscaron balancear los diferentes intereses en juego (*Ibidem*: párrs. 51 y 55).

Por lo expuesto, concluyó condenando al Estado demandado por entender que las autoridades locales habían adoptado una posición sumamente sesgada de la cuestión, sin analizar ni buscar un equilibrio entre todos los intereses involucrados –pese a disponer de un amplio margen de apreciación para ello–, omitiendo así dar cumplimiento a las previsiones del artículo 8 del CEDH.

5. Conclusión

Llegados a este punto de nuestro análisis, podemos afirmar que el derecho a la identidad comprende dos aristas diversas dignas de protección por parte del ordenamiento jurídico. Por un lado, se encuentra la faz estática, vinculada con la identificación de la persona e integrada por atributos tales como nombre, nacionalidad, imagen y antecedentes genéticos; en tanto, por el otro, se sitúa la faz dinámica, que hace referencia al sistema de valores, creencias, bagajes culturales, entorno social e ideología del individuo (Lorenzetti, 2003). Ambas dimensiones deben ser igualmente garantizadas por los estados.

En idéntico sentido, ha dicho la Corte IDH que el derecho a la identidad

puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia (Corte IDH, 2011: párr. 122).

Tanto lo resuelto por TEDH como la normativa involucrada en autos y la doctrina precitada ponen de resalto la centralidad del derecho de toda persona (tanto durante su infancia como en su adultez) a conocer sus orígenes biológicos, y cómo la supresión de tales antecedentes no solo vulnera su identidad personal, sino que conforma una violación atroz a otros derechos humanos, como son la dignidad humana, la libertad o la integridad física o moral.

Efectivamente, el derecho a saber quién soy y de dónde vengo conforma uno de los pilares fundamentales respecto de los cuales giran los demás derechos esenciales que conforman a la persona humana, al resultar una precondition necesaria para poder elegir el propio plan de vida en un marco de autonomía. Tan es así, que en los últimos años dentro del ámbito de la psicología se ha comenzado a utilizar el término *genealogical bewilderment* (“confusión genealógica”) para hacer referencia a la angustia que suelen padecer quienes desconocen sus verdaderos orígenes biológicos (Jhutti, 2024).

Por tal motivo, su protección y la implementación de canales institucionales que favorezcan su pleno ejercicio debe ser una cuestión prioritaria en la agenda de los Estados. La conjunción de la normativa mencionada en el presente artículo impone de manera evidente en cabeza de las administraciones de los países signatarios la obligación de proporcionar la información vinculada a la identidad de las personas que conste en sus archivos, como un requisito necesario para el efectivo ejercicio de tal derecho.

De nada sirve el reconocimiento de un derecho si no se brindan los medios necesarios para hacerlo cumplir. Por lo tanto, el derecho de una persona a conocer sus antecedentes genéticos debe suponer, como correlato, la facultad de exigir a los organismos competentes la entrega de la documentación que obre en su poder, vinculada a los orígenes del/de la peticionante. Idéntico criterio ha sido reconocido en sendos precedentes emitidos por organismos regionales con facultades jurisdiccionales o por tribunales de diferentes países del mundo en situaciones en los que se condenó la apropiación de niños/as durante gobiernos *de facto*.

Por otro lado, conflictos similares al que se presentó en el caso de la Sra. Mitrevska y la necesidad de realizar una interpretación equilibrada entre diferentes derechos en juego, suelen darse de manera corriente, y cada vez con mayor frecuencia, ante la donación anónima de gametos para la reproducción humana asistida. En estos supuestos, se conjugan –por un lado– el derecho a la intimidad de los/las donantes, quienes en muchos casos han realizado un acto altruista bajo la condición de que se respete su anonimato y –por el otro– el derecho a la identidad de las personas, y como correlato de ello, el derecho a conocer sus orígenes biológicos.

Tal es la disyuntiva que se genera respecto de esta cuestión, que, si bien la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea han suscrito la CDN, el modo en que se incorpora y se interpreta dicho instrumento en el derecho interno puede variar: algunos países no permiten el anonimato de los donantes de gametos por entender que entraría en colisión con el derecho a conocer los orígenes

biológicos,¹ en tanto otros países sí lo hacen.² Por su parte, determinados Estados solo reconocen el derecho del/de la niño/a a conocer sus antecedentes familiares al arribar a la mayoría de edad.³ Sin perjuicio de que en algunos Estados existan limitaciones de diferente grado en el acceso a la información vinculada a los orígenes familiares, en definitiva, son cada vez menos los que prevén un impedimento absoluto a obtener tal información cuando ello puede redundar en un menoscabo de derechos fundamentales, como es el derecho a la identidad.

Al igual que ocurrió en el caso de adopción plena analizado por el Tribunal, la alusión a personas concebidas con donantes de gametos también pone en el centro de la discusión dos derechos esenciales que deben ser balanceados a partir de la evaluación de las normas y principios aplicables –incluyendo el principio de proporcionalidad– y el conjunto de circunstancias relevantes del caso individual, tomando como premisa inicial que ningún derecho resulta absoluto.

De allí la importancia de la decisión a la que arribó el TEDH frente a la situación planteada por la Sra. Mitrevska, en tanto no solo resultó acorde con las obligaciones contraídas por el Estado demandado a partir de la incorporación de determinados instrumentos internacionales de derechos humanos a su derecho interno, sino que también proporciona un claro ejemplo de modos en que diferentes intereses en competencia pueden ser debidamente equilibrados. Asimismo, la solución fue coherente con otros fallos dictados por el propio TEDH, en los que reconoció expresamente el derecho de las personas a recibir información que les permita comprender sus infancias (TEDH, 1989, 2002 y 2003).

En este sentido, resulta interesante el análisis que hizo el TEDH al preguntarse respecto de la motivación que tuvieron los legisladores para impulsar la modificación de la legislación local de familia y el establecimiento de la reserva de todo tipo de información vinculada con adopciones, y si, en el caso particular en cuestión, había mediado un pedido expreso por parte de los progenitores biológicos de la actora para que su información personal permaneciera reservada.

De este modo, tras verificar que tal solicitud de reserva no obraba en el expediente respectivo y que de los antecedentes parlamentarios, tampoco se desprendía la motivación del legislador para modificar la normativa vinculada al derecho de familia, el Tribunal concluyó que el derecho de la Sra. Mitrevska debía prevalecer. Ello, a partir de la ponderación entre los dos derechos en aparente colisión, y luego de contemplar la importancia del expediente de adopción como una fuente de información crucial

1 Es el caso de Inglaterra, Suecia, Austria, Alemania, Noruega y Países Bajos.

2 Esto se da en España, República Checa, Estonia y Grecia. Sin embargo, en el caso de España, se prevé una excepción a tal negativa “en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes” (art. 5 de la Ley N° 14/2006). En América Latina, por su parte, de quince países que permiten el uso de técnicas de reproducción asistida, solo cuatro cuentan con legislación específica al respecto, previendo la donación anónima: Brasil, Chile, Uruguay y Argentina, donde además se contempla una excepción legal para que el nacido pueda pedir información sobre su origen genético. Efectivamente, conforme surge del artículo 564 del Código Civil y Comercial de la Nación, las personas nacidas mediante donación de gametos pueden solicitar los datos identificatorios del donante únicamente por vía judicial, incluyendo su nombre, apellido y DNI, mientras que toda la información no identificatoria referida a cuestiones de salud puede pedirse en el centro médico.

3 Como ocurre, a modo de ejemplo, en Finlandia.

para que la accionante pudiera conocer sus antecedentes biológicos. Cualquier solución diferente a la arribada por el TEDH no solo hubiese continuado poniendo en jaque su derecho a la identidad, sino que hubiera resultado en una clara violación al principio de proporcionalidad.

Finalmente, cabe agregar a la evaluación realizada por el TEDH que, incluso cuando el sentido último de la modificación legislativa al derecho de familia del país demandado hubiese tenido por motivación evitar que la persona adoptada pudiese en un futuro exigir judicialmente vínculos filiatorios a su familiar de origen –conforme entendió la Comisión–, bajo ningún punto de vista tal finalidad puede implicar una restricción al derecho de las personas a conocer sus orígenes biológicos, ni se puede asumir –a partir de ello– que el hecho de no haber conocido a sus progenitores genéticos configura un impedimento de carácter absoluto para conocer elementos esenciales que hacen a la vida privada.

Referencias bibliográficas

- Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.
- Jhuty, S. (2024). Genealogical Bewilderment in Egg Donation: A Fertility Psychologist's Perspective. Recuperado de <https://www.cofertility.com/family-learn/genealogical-bewilderment>
- Lorenzetti, R. L. (2003). Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema, LL 1993-D-673 y ss.
- Stefanovska, V. (2024). Macedonian courts' failure to recognize rights and balance interests concerning adoption in the case of *Mitrevska v. North Macedonia*, Strasbourg Observers. Recuperado de <https://strasbourgobservers.com/2024/06/21/macedonian-courts-failure-to-recognize-rights-and-balance-interests-concerning-adoption-in-the-case-of-mitrevska-v-north-macedonia/>
- TEDH. *Case of Gaskin v. The United Kingdom*, Appl. No. 42326/98, Court (Plenary), 7 de julio de 1989.
- TEDH. *Case of Mikulic v. Croatia*, Appl. No. 53176/99, Court (First Section), 7 de febrero de 2002.
- TEDH. *Case of Odièvre v. France*, Appl. No. 42326/98, Court (Grand Chamber), 13 de febrero de 2003.
- TEDH. *Case of KH and others v. Slovakia*, Appl. No. 32881/04, Court (Fourth Section), 6 de septiembre de 2009.
- TEDH. *Case of Mitrevska v. North Macedonia*, Appl. No. 20949/21, Court (Second Section), 14 de mayo de 2024.

Refugiados. Reunificación familiar

TEDH. *Case of D. H. and others v. Sweden*, 25 de julio de 2024

*Por Vanina Dolores Sciolla**

1. Introducción

En el fallo que aquí se comenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirmó la decisión estatal que denegó un pedido de reunificación familiar formulado en el año 2017. En el caso se vieron involucrados cuatro miembros de una familia, la señora A.G., sus dos hijos menores (D.H. y A.H.) y su madre (L.G.), todos ellos nacionales de Eritrea, país del África Oriental.

Debe considerarse especialmente que en el período de tiempo que transcurrió entre la solicitud de reunificación de los accionantes y la negativa del tribunal, se sancionó la Ley de Restricciones Temporales, que precisamente restringía la concesión de permisos de residencia permanente a los solicitantes de asilo y establecía una serie de requisitos a fin de acceder a tal permiso. Tal ley estuvo en vigor desde el 20 de julio de 2016 hasta el 19 de julio de 2021.

En la acción legal existieron cuatro accionantes miembros de la misma familia involucrada, la actora principal, recurrente o primera solicitante, será denominada

* Abogada, especialista en Derecho Administrativo y doctoranda en Derecho Internacional Público (UNL). Docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Diplomada en Migraciones y Movilidad Humana (Fundación Henry Dunant) y en Abogacía Pública (ECAE). Actualmente se encuentra a cargo del Departamento de Procedimientos Disciplinarios en la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe.

2. Los hechos del caso

La actora nació en 1984 en Eritrea y vive en Vallentuna (Suecia). Sus dos hijos nacieron en 2009 y 2011 y su madre nació en 1956. Tanto la madre de la actora principal y sus dos hijos viven en Sudán. El 12 de septiembre de 2014, la solicitante ingresó en Suecia y solicitó asilo, que le fue concedido el 23 de diciembre de 2015. En una reunión con la Agencia Sueca de Migraciones (*Migrationsverket*) celebrada el 18 de enero de 2016, con la asistencia de un intérprete, fue informada, entre otras cosas, sobre el procedimiento para solicitar la reunificación familiar.

Como se ha mencionado, el 20 de julio de 2016 entró en vigor la Ley relativa a las restricciones temporales a la concesión de permisos de residencia permanente a los solicitantes de asilo (en adelante, “LRTA”).

El 15 de febrero de 2017, la señora A.G. en nombre de sus dos hijos, solicitó que se les concedieran permisos de residencia en Suecia sobre la base de la reunificación familiar. El 26 de febrero de 2017 la madre de la primera solicitante solicitó un permiso de residencia por el mismo motivo. Los niños y la madre fueron entrevistados en la Embajada de Suecia en Jartum el 15 de febrero y el 31 de julio de 2017, respectivamente.

Durante una audiencia celebrada en el marco del trámite administrativo de reunificación la actora explicó que había abandonado su ciudad natal en Eritrea en 2006 y se había trasladado a la capital, Asmara, donde había trabajado como empleada doméstica. En 2008 se había trasladado a Sudán, donde se ganaba la vida vendiendo café, té y pan. El padre de los niños había abandonado a la familia en 2011 y no habían tenido noticias de él durante muchos años. Cuando la actora abandonó Sudán en 2014, su madre se mudó desde Eritrea para cuidar a los niños en Sudán, quienes concurrían a la escuela.

En relación con la solicitud de reunificación familiar, la primera solicitante se había puesto en contacto con el padre de los niños, quien vivía en Israel con su nueva familia y había dado su consentimiento para que los niños vivieran en Suecia con su madre.

Por último, la solicitante declaró que tenía una discapacidad y, por lo tanto, necesitaba que su madre se uniera a la familia en Suecia para que pudiera ayudarla a cuidar de los niños.

El 4 de junio de 2018, la Agencia de Migración rechazó las solicitudes invocando que en virtud del capítulo 5, sección 3ª de la Ley de Extranjería se puede conceder un permiso de residencia a un ciudadano extranjero que sea cónyuge o hijo de una persona que resida en Suecia. También se puede conceder un permiso de residencia a un ciudadano extranjero que sea pariente cercano de alguien que resida en Suecia si han sido miembros del mismo hogar y existe una relación especial de dependencia entre ellos que ya existía en el país de origen.

Asimismo, en virtud del artículo 9, apartado 1, de la LRTA, solo se podía conceder un permiso de residencia si el residente en Suecia podía demostrar ingresos suficientes para mantenerse a sí mismo y a las personas legitimadas, lo que se conoce como “el requisito de ingresos”, y, además, cuenta con alojamiento de un tamaño y una calidad suficientes para él o ella y las personas vinculadas, lo que se

denomina “el requisito de alojamiento”, siendo estos requisitos en conjunto en adelante denominados “requisitos de manutención”.

Si a la persona residente en Suecia se le había concedido el estatuto de refugiado, como a la actora en este caso, o protección subsidiaria, el requisito de manutención solo se aplicaba si la solicitud de permiso de residencia se presentaba más de tres meses después de que se le hubiera concedido el estatuto de refugiado o protección subsidiaria.

En el caso bajo análisis se presentan dos cuestiones: a) las solicitudes de reunificación y permisos de residencia presentadas por los hijos y la madre de la primera solicitante se presentaron más de tres meses después de que se le hubiera concedido a aquella un permiso de residencia en Suecia, y b) las solicitudes se presentaron después de la entrada en vigor de la LRTA.

La solicitante vivía de la asistencia social, que no se consideraba un beneficio laboral comparable a un salario, y había alquilado un apartamento de una habitación, que no se consideraba un alojamiento de tamaño y nivel suficientes para que todos vivieran allí juntos. Además, el contrato de alquiler expiró en agosto de 2018.

Por lo tanto, la Agencia de Migración determinó que no había cumplido el requisito de manutención y por ese motivo no se podía conceder a sus hijos menores y a su madre permisos de residencia en virtud del artículo 3, apartado 1 incisos (1) y (2) de la Ley de Extranjería. La Agencia no consideró que esa decisión fuera contraria al artículo 13 de la LRTA ni a los compromisos asumidos por Suecia en virtud de convención internacional alguna.

En cuanto a la madre de la accionante, la Agencia también señaló que no había estado viviendo en el mismo hogar antes de que A.G. se mudara a Suecia. Además, la solicitud de reunificación familiar se presentó más de catorce meses después de que se hubiera concedido a la primera solicitante un permiso de residencia. Por lo tanto, la Agencia consideró que no existía una relación especial de dependencia entre la peticionante y su madre que ya hubiera existido en el país de origen (o Sudán), como se contempla en el capítulo 5, artículo 3a, de la Ley de Extranjería. Por lo tanto, no había motivos jurídicos para conceder a la madre de A.G. un permiso de residencia sobre la base de vínculos familiares.

El 14 de junio de 2018, los solicitantes, fundamentándose en los artículos 8 y 14 del CEDH, apelaron contra la decisión de la Dirección General de Migraciones ante el Tribunal de Migraciones (*Migrationsdomstolen*). Sostuvieron que A.G. no había sido informada sobre la existencia de un plazo límite para solicitar la reunificación familiar con el fin de quedar exenta de los criterios de manutención. Agregaron que tenía movilidad reducida en su pie derecho, una consecuencia secundaria de haber sufrido polio a la edad de 4 años, lo que limitaba sus posibilidades de encontrar un empleo adecuado, ya que no podía llevar cosas, limpiar o trepar. Por ello se le había concedido un permiso de transporte especial (*färdtjänstillstånd*) y un ciclomotor eléctrico para desplazarse con mayor facilidad. Sin embargo, no había recibido suficiente apoyo durante el proceso de establecimiento y había tenido que mudarse de un hogar a otro, lo que la había llevado a sufrir depresión, por lo que se había visto

obligada a dejar de asistir a las clases de idiomas que había estado tomando. Por último, presentaron cuatro certificados médicos sobre la salud física y psicológica de la solicitante.

El 1 de octubre de 2018, el Tribunal de Migración confirmó la decisión del 4 de junio de 2018, considerando que “las alegaciones de los solicitantes no podían alterar la evaluación” y que la decisión de rechazar la reunificación familiar no podía considerarse una violación del CEDH. La solicitud de apelación ante el Tribunal de Apelación de Migración (*Migrationsöverdomstolen*) fue denegada el 19 de diciembre de 2018.

3. Sobre la reunificación familiar

La reunificación familiar es un principio de protección internacional, conceptualizado y llevado a la práctica por el ACNUR, que entre otras labores busca garantizar que las personas refugiadas puedan vivir en familia una vez que se le ha reconocido la calidad de refugiado y/o categoría similar de residencia.

A su vez, como mecanismo de protección internacional, es un procedimiento que gestiona y concede el Estado en consonancia con su marco jurídico. Las condiciones para que proceda pueden variar según la nacionalidad, la edad, el vínculo familiar, el tipo de residencia u otros requisitos formales como el plazo para solicitarla, o condiciones laborales.

Por lo tanto, en estas condiciones, la responsabilidad de reunificar miembros de una familia recae, primordialmente, en los Estados y es una institución prevista principalmente para los refugiados, o personas que reciben alguna protección complementaria de algún Estado.

La familia es universalmente reconocida como la unidad natural, fundamental y primordial para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos que integran una comunidad. Como tal, tiene derecho a la protección y asistencia por parte de la sociedad y el Estado (Parra Senfet, 2018). La familia como elemento fundamental de la sociedad, así como la protección de la unidad familiar, también han sido reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y la Declaración de Cartagena (1984).

4. El fallo del TEDH y la normativa aplicable

El TEDH recordó que, en materia de solicitudes de reunificación, la legislación y las prácticas nacionales pertinentes, el derecho de la Unión Europea, el derecho internacional y el derecho material, comparado y las estadísticas habían sido desarrollados recientemente en *Dabo v. Sweden* (TEDH, 2024a).

Conforme la normativa vigente en Suecia, se puede conceder un permiso de residencia a un extranjero que sea, además de por las relaciones a que se refiere el artículo 3 (artículo 3a, artículo

17, subsección 2), un pariente cercano de alguien que reside o a quien se le ha concedido un permiso de residencia para establecerse en Suecia si ha sido miembro del mismo hogar que esa persona y existe una relación especial de dependencia entre los parientes que existían previamente en el país de origen.

El 20 de julio de 2021 dejó de aplicarse la LRTA y se introdujeron nuevas disposiciones en la Ley de Extranjería en relación con el requisito de manutención para la reunificación familiar (*Idem*, párrs. 46-49). Se mantuvieron las normas sobre el requisito de manutención si se presentó una solicitud de reunificación familiar más de tres meses después de que se concediera al peticionante un permiso de residencia como refugiado. Sin embargo, la Ley previó que se podían conceder exenciones totales o parciales del requisito de manutención si existían “razones excepcionales” para hacerlo. La disposición permitía tales exenciones cuando no fuera razonable hacer cumplir el requisito. El tribunal ejemplifica con las personas jubiladas que no tenían un ingreso del nivel requerido o las personas que no podían obtener un ingreso debido a una discapacidad permanente (*Idem*, párr. 49).

El TEDH refiere que, anteriormente, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 7 de noviembre de 2018 había considerado que el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2003/86/CE del Consejo no se oponía a una legislación nacional en virtud de la cual una solicitud de reagrupación familiar presentada en nombre de un miembro de la familia de un refugiado sobre la base de las disposiciones más favorables para los refugiados del capítulo V de dicha Directiva podía rechazarse por el motivo de que se presentó más de tres meses después de que se hubiera concedido al reagrupante el estatuto de refugiado, cuando era posible presentar una nueva solicitud con arreglo a un conjunto diferente de normas, siempre que la legislación pertinente: a) estableciera que dicho motivo de denegación no podía aplicarse cuando concurrieran circunstancias particulares que hicieran objetivamente excusable la presentación tardía de la solicitud inicial; b) estableciera que las personas interesadas debían ser plenamente informadas de las consecuencias de la decisión de denegación de su solicitud inicial y de las medidas que podían adoptar para presentar una solicitud efectiva de reagrupación familiar; y c) garantizara que los reagrupantes que habían sido reconocidos como refugiados siguieran beneficiándose de las condiciones más favorables para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar aplicables a los refugiados.

Tanto el Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa como el ACNUR se mostraron preocupados por la aplicación estricta del cálculo del plazo de tres meses y recomendaron que se aboliera por completo.

Por otra parte, surge la cuestión particular de la discapacidad alegada por la reclamante. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, “la CDPD”) tiene por objeto promover, proteger y garantizar el disfrute pleno e igualitario de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.

En su artículo 5 dispone:

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a igual protección y a igual beneficio de la ley.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a las personas con discapacidad protección jurídica igual y efectiva contra la discriminación por todos los motivos.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar que se proporcionen ajustes razonables.
4. Las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de facto de las personas con discapacidad no se considerarán discriminación en los términos de la presente Convención.

Además, el artículo 23 prevé:

1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad en todos los asuntos relacionados con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones, en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad que estén en edad de contraer matrimonio a contraer matrimonio y fundar una familia sobre la base del libre y pleno consentimiento de los futuros contrayentes; Se reconozcan los derechos de las personas con discapacidad a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y a tener acceso a información apropiada para su edad y a educación en materia de reproducción y planificación familiar, y se les proporcionen los medios necesarios para que puedan ejercer estos derechos; Las personas con discapacidad, incluidos los niños, conserven su fecundidad en igualdad de condiciones con las demás.
2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y responsabilidades de las personas con discapacidad con respecto a la tutela, curatela, curatela, adopción de niños o instituciones similares, cuando estos conceptos existan en la legislación nacional; En todos los casos, el interés superior del niño será la consideración primordial. Los Estados Partes prestarán asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus funciones en la crianza de los hijos.
3. Los Estados Partes garantizarán que los niños con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida familiar. Con miras a hacer efectivos estos derechos y a evitar la ocultación, el abandono, el descuido y la segregación de los niños con discapacidad, los Estados Partes se comprometerán a proporcionar información, servicios y apoyo tempranos y completos a los niños con discapacidad y a sus familias.
4. Los Estados Partes garantizarán que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que dicha separación es necesaria en el interés superior del

niño. En ningún caso se separará a un niño de sus padres por razón de una discapacidad del niño o de uno o ambos padres.

5. Cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, los Estados Partes harán todo lo posible por proporcionar cuidados alternativos dentro de la familia ampliada y, en su defecto, dentro de la comunidad, en un entorno familiar.

El Gobierno sueco alegó que el asunto había sido resuelto y que, por lo tanto, el caso debía desestimarse. La LRTA había dejado de aplicarse en 2021 y, a partir de entonces, la Ley de Extranjería contenía una cláusula de exención específica que podía invocarse en situaciones como la presente, en las que el solicitante tenía pocos o ningún ingreso o alegaba que había razones objetivamente excusables para presentar la solicitud de reunificación familiar después del plazo de tres meses. Por lo tanto, se podía esperar que los solicitantes volvieran a petitionar la reunificación familiar.

El TEDH reitera que, para evaluar si el asunto se ha resuelto en el sentido del artículo 37.1.b) del CEDH, debía responder a dos preguntas: en primer lugar, si las circunstancias denunciadas por el demandante todavía existen y, en segundo lugar, si también se han reparado los efectos de una posible violación del Convenio debido a esas circunstancias.

El TEDH consideró que la denegación del 19 de diciembre de 2018, junto con la aplicación continuada de la LRTA, tuvo inevitablemente un impacto en el período total de cuatro años y seis meses, durante el cual la familia estuvo separada. En estas circunstancias, no puede concluir que los efectos de una posible violación del CEDH fueron reparados por el hecho de que la LRTA dejó de aplicarse, o por el hecho de que los solicitantes pueden volver a solicitar la reunificación familiar en virtud de la nueva legislación.

Por tanto, los solicitantes tenían derecho a quejarse ante el Tribunal de que la negativa a concederles la reunificación familiar era contraria al artículo 8, tomado por sí solo y en conjunción con el artículo 14 del CEDH.

En cuanto a la supuesta violación del artículo 8 del Convenio, el Tribunal reitera que, si bien en algunos casos ha sostenido que no habrá vida familiar entre padres e hijos adultos o entre hermanos adultos a menos que puedan demostrar elementos adicionales de dependencia, en otros casos no ha insistido en dichos elementos adicionales de dependencia con respecto a los adultos jóvenes que todavía vivían con sus padres y aún no habían formado una familia propia (p. ej. TEDH, 2022 y 2021).

Señala que la primera demandante afirmó que, debido a su discapacidad, necesitaba que su madre se uniera a la familia en Suecia para recibir ayuda para cuidar de los niños. El Tribunal observa, no obstante, al igual que lo hizo la Agencia de Migración anteriormente, que la primera demandante y su madre nunca vivieron juntas en Sudán. Por lo tanto, no compartían el mismo hogar antes de que la primera demandante se mudara a Suecia. Además, de 2011 a 2014 la primera demandante fue ca-

paz de cuidar sola de sus dos hijos pequeños. Por lo tanto, declaró la demanda inadmisibile en lo que respecta a la cuarta demandante.

Respecto de los restantes demandantes, el TEDH sostuvo que los Estados miembros deben tener un amplio margen de apreciación para decidir que, después de haber sido eximidos de cualquier requisito de manutención durante tres meses, los refugiados deben satisfacer dicha condición cuando posteriormente soliciten la reunificación familiar. Lo más probable es que un refugiado permanezca permanentemente en el país de acogida, que habrá tomado y tomará varias medidas para asegurar una integración exitosa, incluida la concesión de la reunificación familiar sin ningún requisito de manutención durante los primeros tres meses después de que se le conceda el estatuto de refugiado. Por lo tanto, no consideró irrazonable que, posteriormente, para que se le conceda la reunificación familiar, se le exija al solicitante de refugio que demuestre que tiene un ingreso independiente y estable suficiente, sin recurrir a beneficios sociales, para cubrir los gastos básicos de vida de los miembros de la familia con quienes busca la reunificación (TEDH, 2024b: párr. 54).

El Tribunal observa que expertos y comisionados en derechos humanos han expresado su preocupación específica por la posibilidad de que muchos beneficiarios de protección internacional no puedan cumplir el requisito de manutención sueco y de que este no tenga suficientemente en cuenta las circunstancias particulares de las personas que se han visto obligadas a huir. También han considerado que el período de exención de tres meses es demasiado corto o se aplica de forma demasiado inflexible, y han recomendado que el plazo se suprima (o presumiblemente se amplíe).

En respuesta el Tribunal señala que los obstáculos insuperables para disfrutar de la vida familiar en el país de origen adquieren progresivamente mayor importancia en la evaluación del justo equilibrio a medida que pasa el tiempo. En particular, cuando el refugiado residente en el territorio del Estado de acogida no puede y sigue sin poder satisfacer los requisitos de ingresos, a pesar de hacer todo lo que razonablemente puede para llegar a ser económicamente independiente, seguir aplicando el requisito de manutención sin ninguna flexibilidad podría conducir potencialmente a la separación permanente de las familias (*Ibidem*, párr. 54 *in fine*).

Ahora bien, la aplicación de esos principios al presente caso, resulta que los dos hijos de la primera demandante no habían residido previamente en Suecia. El *quid* de la cuestión es si las autoridades suecas lograron un equilibrio justo, sujeto a su margen de apreciación, entre los intereses en pugna, por un lado, los de la primera demandante en reunirse con los miembros de su familia y, por otro, los del Estado en controlar la inmigración en interés general del bienestar económico del país.

Si bien los solicitantes no cuestionaron el cálculo del plazo de tres meses para quedar exento del requisito de manutención, sostuvieron que existieron razones objetivamente excusables para no haber presentado su solicitud de reunificación familiar antes de la entrada en vigor de la LRTA.

En el presente caso, a la solicitante se le concedió un permiso de residencia en Suecia el 23 de diciembre de 2015. En consecuencia, el plazo de tres meses no se le aplicaba como tal, porque ya había expi-

rado cuando la LRTA entró en vigor el 20 de julio de 2016 (la Ley no preveía tres meses adicionales para las personas a las que se les concedía asilo antes de dicha fecha).

Además, no se discute que la solicitante podría haber solicitado la reunificación familiar en el período comprendido entre el 23 de diciembre de 2015 y el 20 de julio de 2016, es decir, aproximadamente siete meses, durante los cuales la reunificación no habría estado sujeta al requisito de manutención. El Tribunal también observa que en una reunión con la Agencia de Migración el 18 de enero de 2016, ella fue informada, entre otras cosas, sobre el procedimiento para solicitar la reunificación familiar y que no se ha afirmado que fuera imposible buscar asistencia o asesoramiento jurídico para entender la legislación sueca sobre reunificación familiar.

Por ende, el TEDH no se convenció de que existieran razones objetivamente excusables para que los solicitantes no presentaran la solicitud de reunificación familiar antes de la entrada en vigor de la LRTA o que solo por esa razón los tribunales nacionales los deberían haber eximido de cumplir con el requisito de manutención.

El Tribunal observa que la solicitud de reunificación familiar de 15 de febrero de 2017 fue la primera solicitud presentada por los demandantes. En ese momento, la primera demandante llevaba aproximadamente catorce meses viviendo en Suecia. Cuando la denegación de la reunificación familiar se hizo firme, el 19 de diciembre de 2018, la primera demandante llevaba tres años en posesión de un permiso de residencia como refugiada en Suecia. Los demandantes podrían haber presentado una nueva solicitud de reunificación familiar en cualquier momento, lo que habría significado que las autoridades nacionales tuvieran que volver a examinar si la primera demandante cumplía el requisito de manutención o si podía y debía quedar exenta de él.

Adicionalmente, el Tribunal observa que, cuando la decisión de rechazar la reunificación familiar quedó firme el 19 de diciembre de 2018, los demandantes no habían presentado ninguna prueba de que la primera demandante fuera incapaz de trabajar o de que hubiera hecho todo lo que se podía esperar razonablemente de ella para obtener ingresos suficientes para cubrir sus gastos y los de su familia. Agrega que no hay ningún indicio de que la LRTA no permitiera una evaluación individualizada de los intereses de la unidad familiar a la luz de la situación específica de las personas afectadas, o de que dicha evaluación no se llevara a cabo en el caso de los demandantes.

Además, después del 19 de julio de 2021, la Ley de Extranjería fue modificada de modo que se hizo posible conceder exenciones totales o parciales del requisito de manutención si se consideraba que había “razones excepcionales”.

El TEDH no discute que existían “obstáculos insuperables” para que los solicitantes disfrutaran de una vida familiar en Eritrea. Los hijos de la primera solicitante nacieron y se criaron en Sudán, donde fueron cuidados por su madre hasta 2014, y luego por su abuela materna, que vino de Eritrea a Sudán con ese propósito específico, para que la solicitante pudiera viajar a Suecia y solicitar asilo. Asimismo, es consciente de los fuertes vínculos entre los niños, su madre y su abuela. Sin embargo, no se probó que los solicitantes no pudieran mantener el contacto, o de que la primera solicitante

no pudiera visitar a sus hijos en Sudán. Además, los solicitantes no han señalado ninguna dependencia particular entre la primera solicitante y sus hijos, ni ninguna dificultad que pudiera haber surgido del hecho de que vivieran separados. El interés superior del niño, sea cual sea su edad, no puede constituir una consideración inatacable que exija la admisión de todos los niños que estarían mejor viviendo en un Estado contratante (*Ibidem*, párr. 55).

Los demandantes también alegaron que la decisión de rechazar la reunificación familiar había supuesto una discriminación indirecta por la discapacidad de A.G. en violación del artículo 14 leído conjuntamente con el artículo 8 de CEDH.

El Tribunal reitera que “discriminación” significa tratar de manera diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones relevantes similares, y que una diferencia de trato carece de cualquier “justificación objetiva y razonable” cuando no persigue un “objetivo legítimo” o no existe una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se busca alcanzar”.

El derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos garantizados por el CEDH también se viola cuando los Estados sin una justificación objetiva y razonable no tratan de manera diferente a personas cuyas situaciones son significativamente diferentes. En cuanto a la carga de la prueba en relación con el artículo 14 del Convenio, el Tribunal ha sostenido que una vez que el solicitante ha demostrado una diferencia de trato, corresponde al Gobierno demostrar que estaba justificada.

En este caso no se discute que la movilidad de la primera demandante se vio reducida en cierta medida, que no podía realizar ciertos tipos de trabajos, incluidos trabajos físicos duros, y que no logró encontrar empleo en el período comprendido entre el 23 de diciembre de 2015, cuando se le concedió un permiso de residencia (y trabajo), y el 19 de diciembre de 2018, cuando la decisión de rechazar la reunificación familiar quedó firme.

Por otra parte, no se presentó ninguna prueba de que estuviese discapacitada hasta tal punto que no pudiera trabajar, o que había solicitado trabajo en vano. Aunque las autoridades suecas no eximieron inmediatamente a la primera demandante del cumplimiento del requisito de manutención debido a su movilidad reducida, difícilmente puede decirse que no la ayudaron a obtener un empleo en un campo adecuado para ella, que podría permitirle en el futuro cumplir con el requisito de manutención. Así, se le ofrecieron cursos de sueco (seguidos después de diciembre de 2018 de cursos de sueco e inglés, y un curso orientado al trabajo). También se le concedió un permiso de transporte especial y un ciclomotor eléctrico para que pudiera desplazarse con mayor facilidad. Asimismo, la primera demandante vivió de la asistencia social.

Por lo dicho, el TEDH consideró que las demandantes no demostraron que el Gobierno no trató a la primera demandante de forma diferente debido a su movilidad reducida o a su incapacidad para realizar diversos tipos de trabajos.

5. A modo de conclusión

El TEDH, con fundamento en principios convencionales y fundamentalmente basándose en criterios anteriores, confirmó la denegación realizada por la autoridad de migración a una solicitud de reunificación familiar declarando que no ha habido violación del artículo 8 del CEDH.

En esta sentencia se confirma un criterio que el tribunal ya ha expresado anteriormente en casos que se invocan derechos del niño, sumado a un tema de discapacidad de la mujer-madre-migrante solicitante involucrada. Entre sus consideraciones los jueces valoraron que los niños nunca habían estado en Suecia, que no tenían vínculos con el país aparte de la relación con su madre, que iban a la escuela en Sudán, que recibían cuidados parentales de su abuela, que no existía impedimento para mantener el contacto con su madre y que ella podía viajar a visitarlos.

Frente a una familia que pide vivir en el mismo territorio y bajo un mismo techo, el TEDH optó por la solución más ventajosa para el Estado, es decir, mantener sus políticas públicas migratorias incólumes y sin margen de apreciación para la inclusión aun habiendo dos ejes transversales como minoridad y discapacidad en el debate.

En apariencia el fallo que se analiza refiere a una cuestión de oportunidad y/o insistencia, más que de exclusión por falta de requisitos para otorgar el permiso de reunificación. Bajo esta tesitura, el Tribunal concluye que, en las circunstancias del caso, las autoridades nacionales lograron un equilibrio justo entre los intereses de los solicitantes y los del Estado en el control de la inmigración, y que no sobrepasaron el margen de apreciación que se les concedió.

Referencias bibliográficas

- Parra Senfet, S. (2018). El principio de reunificación familiar en el derecho internacional de los refugiados. El caso de los menores no acompañados o separados en Argentina. *El Derecho*, (14.557), Año LVI, ED 280.
- TEDH. (2021). *Case of Savran v. Denmark*, Court (Great Chamber), App. no. 57467/15.
- TEDH. (2022). *Case of M.T. and others v. Sweden*, App. no. 22105/18.
- TEDH. (2024a). *Case of Dabo v. Sweden*, App. no. 12510/18.
- TEDH. (2024b). *Case of D.H. and others v. Sweden*, App. no. 34210/19.

Autonomía de la voluntad. Directivas médicas anticipadas TEDH. *Case of Pindo Mulla v. Spain*, 17 de septiembre de 2024

*Por Pablo Javier Bürki**

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el fallo “Pindo Mulla vs. España” resuelto por el TEDH. En el mencionado caso, el tribunal resuelve a favor de la víctima la necesidad de ponderar derechos como la autonomía de la voluntad, el respeto a la dignidad y el derecho a profesar un culto por encima del derecho a la vida, cuando por el alcance de manifestaciones de voluntad las personas puedan y tengan la plena conciencia de determinar qué es mejor para su vida, su salud, en cuanto a continuar con un tratamiento o no, priorizando la dignidad humana y entendiendo que estos planteos también son parte del derecho a la vida.

El siglo XXI formaliza y legisla sobre discusiones que tiempo atrás se encontraban frenadas o lentificadas en su debate, por tener un halo de tabú en la sociedad, ya que ponían en miras ciertos paradigmas que atraviesan (al día de hoy) elementos de carácter moral y de autoridad epistémica, haciendo indiscutible a la ciencia médica y con ella a los médicos de decidir sobre el cuerpo y la vida de sus pacientes.

En el primer caso, el carácter moral refiere a desafiar parámetros sociales, éticos y religiosos como la muerte; en el segundo, se trata de la aparición de nuevos derechos, como los derechos del paciente,

* Abogado (UNR). Profesor de Introducción a la Filosofía y Ciencias Sociales (UNR). Secretario académico del Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos Prof. Juan Carlos Gardella (UNR).

que desafían el discurso médico positivista de que ante el diagnóstico hay un sujeto pasivo –paciente– que debe ser pensado y decidido en su salud y continuidad de vida o muerte por quienes detentan un discurso científico hegemónico, por el mero hecho de conocer sobre el tema y ser portador de esa *episteme* que le permite decidir.

Las modernas legislaciones a nivel mundial fueron incorporando los derechos de los pacientes, otorgando plena autonomía a la voluntad de decidir sobre su salud y su cuerpo; aun antes de conocerse un diagnóstico negativo, la persona de manera libre y consciente, puede decidir e influir a futuro sobre su salud. Tal es el caso de las conocidas “directivas médicas anticipadas”.

En cada legislación las directivas médicas anticipadas han alcanzado un estatus de instituto jurídico, pero su aplicación no es homogénea en cada país o región –como se verá en el fallo en cuestión–. Lo cierto es que entran en la órbita de los derechos personalísimos, reforzando la estructura de derecho subjetivo de la dignidad de la persona humana, ya que deben ser tomadas como determinantes y como manifestación de la voluntad indiscutible –aun por la justicia– llegado el momento de que deban cumplirse.¹

Entendemos por directivas anticipadas a las declaraciones de voluntad efectuadas por una persona mayor de edad, competente en términos bioéticos y capaz en términos jurídicos, de manera libre, mediante las cuales manifiesta anticipadamente la voluntad de dejar expresadas instrucciones relacionadas con la toma de decisiones vinculadas a su salud, sin necesidad de expresión de causa alguna, para que sean tenidas en cuenta en el momento en el que concurren circunstancias que no le permitan expresar personalmente su voluntad.

El derecho a la autonomía de la voluntad se materializa y se expresa entre otros actos, a través de la emisión de una directiva médica anticipada, en donde cada persona encuentra la posibilidad de decidir anticipadamente conductas autodeterminantes, acordes con los más íntimos deseos, valores y sentimientos. Es por ello que entendemos que la consagración normativa del derecho a manifestar una directiva médica anticipada implica un importante avance para toda la sociedad, en el camino hacia el respeto y la valoración del derecho a la autonomía de la voluntad y los derechos personalísimos (Aizenberg y Reyes, 2012: 2).

Vale decir que en ellas los sujetos que hacen uso de este instituto jurídico de la bioética pueden decidir sobre su salud y su cuerpo, negando ciertas prácticas médicas para ser aplicadas en ellas, rechazando ciertos tratamientos o terapias, más allá de su grado de eficacia.

¹ En nuestro país, las directivas médicas anticipadas se encuentran legisladas en la Ley N° 26529, del año 2009, sobre derechos del paciente en su relación con los profesionales y las instituciones de salud, en su artículo 11. Más tarde fueron incorporados en el artículo 60 del CCyCN, dentro del Título I, capítulo III “Derechos y actos personalísimos”. En ambas legislaciones se destaca la importancia de rechazar tratamientos preventivos o paliativos, ante una posible enfermedad que pueda tornarse irreversible, dejando expresamente sentado el carácter revocable de las mismas y la prohibición de aquellas que configuren prácticas eutanásicas.

2. Los hechos del caso

Rosa Edelmira Pindo Mulla, de nacionalidad ecuatoriana y radicada en España desde hace tiempo, es una testigo de Jehová, cuya queja ante los órganos jurisdiccionales plantea que durante una intervención quirúrgica de urgencia le habían hecho tres transfusiones de sangre, a pesar de haber manifestado previamente su postura de rechazo ante estas prácticas por sus creencias religiosas.

En mayo de 2017, la Sra. Pindo Mulla fue atendida en el Hospital de Santa Bárbara de Soria, perteneciente a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por un problema de retención urinaria, producto de mioma uterino, al cual los médicos le prescribieron una intervención quirúrgica para extirparlo. Ella aceptó la decisión médica, pero informó al Hospital su negativa a recibir transfusiones de sangre por su fe religiosa, siendo esta información registrada el 4 de agosto de 2017, de conformidad con lo establecido por la Ley N° 41/2002, de la cual más adelante desarrollaremos en sus puntos más relevantes para este tema en cuestión.

La firma de la demandante en el documento de voluntades anticipadas fue presenciada por tres testigos, de acuerdo con las formalidades previstas por la ley. Ese mismo día, la demandante depositó su voluntad anticipada en el Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla y León.

Después de varios ingresos al Hospital de Soria por sangrados y dolores abdominales fuertes, el 6 de junio de 2018 fue ingresada al servicio de obstetricia y ginecología debido a que los resultados de los análisis de sangre arrojados ese mismo día no fueron positivos y dieron un agrandamiento del mioma más allá de lo habitual. Le informa el médico que la atiende sobre la posibilidad de llevar adelante una transfusión de sangre debido a la gran anemia que tenía, a lo que ella se niega, ratifica lo informado y el médico deja por escrito la negativa de la paciente.

Ante el avance de la anemia y la disminución de la hemoglobina, la situación de la Sra. Pindo Mulla se iba complicando cada vez más, así que el equipo médico decidió su traslado al Hospital La Paz de Madrid, conocido por ofrecer formas de tratamientos que no implican transfusiones de sangre, situación que fue aceptada por la paciente que se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales.

La paciente fue trasladada en una ambulancia de cuidados intensivos con un médico a bordo. Ante esta urgencia, se lleva la historia clínica, pero no la documentación de su directiva anticipada (registrada). El médico que la acompaña se pone en contacto con otro médico del Hospital La Paz y le comenta que la paciente, además de la gravedad y lo delicado de su estado de salud, se niega a hacerse transfusiones de sangre por sus creencias religiosas.

Al conocer el cuerpo médico del Hospital La Paz la situación que en breve iban a abordar, envían un fax al juez de turno informando el estado delicado de salud en que la paciente se encuentra y que rechaza las transfusiones de sangre por ser testigo de Jehová, pidiéndoles al juez saber cómo proceder ante la inestable salud de la paciente.

Esta petición se lleva a cabo mientras la ambulancia se encontraba en camino, sin que la Sra. Pindo Mulla tuviera conocimiento de ella. En ningún momento, se nombró la identidad de la Sra. Pindo Mulla, pudiendo ser cualquier paciente que haya ingresado ese día, con las mismas características y problemáticas de salud. La decisión del juez de turno fue autorizar el procedimiento, en salvaguarda del derecho a la vida y a la integridad física de la paciente.

Al llegar al hospital La Paz la paciente se encontraba consciente. Los médicos consideraron que existía un riesgo inminente para la vida de la demandante debido a la cantidad de sangrado y que requería una intervención quirúrgica inmediata. Al tratarse de una urgencia médica, el personal del hospital no siguió el procedimiento habitual de solicitud de consentimiento informado para procedimientos quirúrgicos.

Por su parte, la Sra. Pindo Mulla no aportó documento alguno en el que se hiciera constar su negativa a la transfusión sanguínea ni hizo referencia a su voluntad médica anticipada, que, en cualquier caso, no formaba parte del expediente físico que le enviaron desde Soria. Tampoco se consultó al Registro Nacional de Voluntades Médicas Anticipadas, donde también figuraba su voluntad. La Sra. Pindo Mulla seguía entendiendo que se le iba a realizar una embolización de la arteria uterina, sin haber sido informada de la naturaleza de la intervención que iba a realizarse. Durante la operación se produjo una hemorragia tan grande que tuvieron que hacerle tres transfusiones de sangre.

Al día siguiente se informa a la Sra. Pindo Mulla las acciones tomadas en la intervención quirúrgica; ella manifiesta su desacuerdo por esas prácticas y que se ha violado su integridad física, libertad religiosa, y su tutela judicial.

3. La omisión en la toma de decisiones por los organismos judiciales

La Sra. Pindo Mulla, una vez que tomó conocimiento de que su voluntad fue quebrada en un proceso quirúrgico por una decisión judicial, pidió la anulación de la misma, aduciendo que se ha tomado una decisión judicial sobre su cuerpo y salud por una petición unilateral de la cual no fue consultada, y ni siquiera se había comunicado su identidad al juez (lo cual violaba el art. 24.1 de la Constitución Española).

En sus argumentos, que fueron recorriendo el sistema judicial interno, la afectada esgrime que sufrió una injerencia judicial injustificada, así como una intervención médica coercitiva, ya que se le había impuesto una forma de tratamiento médico que tanto los médicos como el juez sabían que ella rechazaba por motivos religiosos. Pese a que los tribunales insistían con que las directivas no estaban en el expediente presentado al Hospital La Paz, el consentimiento informado carecía de su firma, por lo que no existía certeza de la voluntad fehaciente de la peticionante. Y en tal sentido los médicos y el Hospital actuaron con la información que tenían a su alcance, priorizando la salud y el derecho a la vida.

La Audiencia Provincial desestima el recurso planteado por la Sra. Pindo Mulla, quien recurrió ante el Tribunal Constitucional. El 9 de octubre de 2019 tres jueces de la Corte Constitucional declararon

inadmisible el recurso, sin abordar el fondo del asunto, sobre la base de que había una “clara ausencia de violación de un derecho fundamental protegido por el recurso de amparo”.

Uno de los planteos que toma el TEDH es la omisión en la toma de decisiones por parte de la actora, que está vinculada con el derecho a la información, al omitir antes de la intervención quirúrgica el consentimiento informado de la Sra. Pindo Mulla –que se encontraba en perfectas condiciones mentales para prestarlo–.

En su relato, la Sra. Pindo Mulla alegó que los tribunales habían cometido un error al concluir que no había habido una denegación de tratamiento fiable o válida; su posición había sido transmitida muy claramente a sus cuidadores, tanto verbalmente como por escrito, incluso en su Directiva Médica Anticipada que había sido registrada debidamente. Antes de emitir su fallo, la jueza de turno debió asegurarse que actuarán de conformidad con su obligación de respetar los deseos de la paciente, previa petición de esta información que se encontraba al alcance.

Al omitir la información necesaria de conocer al paciente y sus deseos respecto de su salud, y prestar su consentimiento informado para decidir si quiere un tratamiento o qué tipo de tratamiento quiere, se viola su derecho a la autodeterminación informativa y a su autonomía de voluntad, por ende, se configura una violación a un derecho fundamental no solo de la integridad física de la persona sino a su dignidad.

4. El marco jurídico relevante y la decisión del TEDH

El TEDH tomó en consideración las normativas regionales pero también el derecho interno que consiste en esta materia en un plexo normativo abundante para arribar a su decisión final, a saber: los artículos 15, 16 y 148 de la Constitución Española, el artículo 9 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo, 1997), los Principios 1 y 16 de la Recomendación CM/REC 2009 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la Resolución N° 1859/2012 de la Asamblea Parlamentaria, el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los artículos 5 y 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005), y el artículo 11 de la Ley N° 41/2002.

El Registro Nacional de Voluntades Médicas Anticipadas está previsto en el artículo 11.5 de la mencionada Ley y fue creado por el Real Decreto N° 124/2007. Una vez registrada la voluntad médica anticipada en la Comunidad Autónoma correspondiente se notifica al Registro Nacional en el plazo de siete días y se recibe copia de la misma, quedando de esta manera efectivizado el registro de la directiva médica anticipada.

La Sra. Pindo Mulla cumplió con este requisito legal y redactó su voluntad anticipada en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. La legislación pertinente en esta región es la Ley N° 8/2003, que indica que la Junta de Castilla y León regulará los modelos de registro, así como el procedimiento adecuado para que, en su caso, se garantice el cumplimiento de las voluntades médicas anticipadas de

cada persona, que deberán constar siempre por escrito e incorporarse a su historia clínica, todo ello sin perjuicio de la normativa aplicable en la legislación básica del Estado.

5. La decisión del TEDH

En primer lugar, el TEDH ha reconocido que la posición de la demandante se trata esencialmente de una cuestión de principios y la forma de reparación que solicitó ante los tribunales nacionales reflejaba esto, por lo cual ella misma descarta que se trate de un error médico o negligencia médica.

Por esta razón, considera que los derechos invocados estaban basados en su fidelidad a las enseñanzas religiosas que ella profesa. En el mismo sentido, el Tribunal considera que la cuestión refiere principalmente a la autonomía y la autodeterminación del paciente en relación con el tratamiento médico, y que puede examinarse adecuadamente a la luz del artículo 8 del CEDH, siendo claro que esto entra en el ámbito del “respeto a la vida privada”.

En base a las pericias médicas presentadas, el TEDH observa que la paciente se encontraba consciente, que pudieron recabar la información necesaria, sobre todo en los registros de directivas médicas anticipadas, y obtener un consentimiento informado de acuerdo a lo deseado por ella.

Respecto de la toma de decisiones omitida, el TEDH plantea que si bien la información brindada a la jueza de turno, de parte del Hospital La Paz, fue insuficiente, y se ha cometido el grave error de omitir la identidad de la paciente en cuestiones básicas como su nombre y apellido, la jueza debió indagar en las condiciones de la paciente para conocer si podía prestar de manera plena, libre y autónoma su consentimiento para rechazar las transfusiones de sangre.

No obstante, ante la situación planteada dijo: “el Tribunal puede aceptar que, en vista de las circunstancias y el grado de urgencia, la posibilidad práctica de involucrar a la demandante en lo que era la etapa crítica del proceso –el procedimiento ante el juez de turno– se vio muy reducida” (TEDH, 2024: párr. 176), y que el derecho a la vida es el máximo de los derechos que también aglutina los demás derechos protegidos en la Convención como la intimidad y la libertad religiosa.

En tal sentido, el TEDH cita el caso “Testigos de Jehová de Moscú”, donde ha decidido que la libertad de aceptar o rechazar un tratamiento médico específico era vital para la autodeterminación y la autonomía personal. Para los jueces,

un paciente adulto competente era libre de decidir sobre la cirugía o el tratamiento médico, incluida la transfusión de sangre [...] Si bien el interés público en proteger la vida y la salud de los pacientes era legítimo y muy fuerte, el interés de la autonomía del paciente era aún más fuerte, y que la libre elección y la autodeterminación eran en sí mismas componentes fundamentales de la vida (TEDH, 2010: párr. 136).

Pese a lo señalado, según lo dispuesto por la Ley N° 41/2002, ante situaciones que dificulten conocer el consentimiento informado del paciente, se puede obtener de los parientes o familiares. Esta conducta también fue omitida en el proceso de toma de decisiones.

El TEDH concluye admitiendo la demanda, porque se ha violado en la toma de decisiones el respeto de la vida privada consagrado en el artículo 8 del CEDH, leído a la luz del artículo 9 sobre libertad de conciencia y religiosa. Por ende, no se respetó suficientemente la autonomía de la demandante que deseaba ejercer para observar y cumplir con una enseñanza importante de su religión.

6. Conclusiones finales

Como se mencionó en la introducción, las legislaciones modernas fueron incorporando a lo largo de este siglo derechos y actos personalísimos que, si bien durante el siglo anterior habían generado una larga y profunda discusión, hoy son parte de un derecho positivo que permite ampliar el campo de los derechos personalísimos. Ello implicó profundizar en la autodeterminación plena y libre en personas adultas respecto de la disposición de su cuerpo y salud.

De esta manera, el campo de los derechos humanos como el derecho a la intimidad y a la vida, son permeables a subsumir la autonomía de las personas en la elección sobre disponer de su cuerpo y salud en tanto continuar o no con un tratamiento médico.

Este campo de derecho fue encontrando su identidad en las leyes dentro de lo que se conoce como “derechos del paciente”, y con ellos la consagración de derechos como el consentimiento informado y las directivas médicas anticipadas se transforman en los bastiones de la autonomía de las personas en estas elecciones.

El principio de la autonomía se ha convertido en uno de los más fundamentales de la bioética, dando a las personas (pacientes) un grado de libertad en sus acciones y elecciones que no deben ser constreñidas ni obstaculizadas por los demás, ni aun por la ciencia médica. Para entender por qué una persona piensa lo que piensa, actúa como actúa o valora lo que valora, es útil no desarraigar sus acciones, ideas o valores del contexto que los hace posibles y de las circunstancias que configuran sus modos o estilos de vida. Ello es lo que desde la época griega ya se reconocía como la autonomía personal (*autos*-sí mismo y *nomos*-ley), generada sobre el prisma de la libertad (Kemelmajer de Carlucci, 2024: 60).

Esa autonomía es de un amplio campo de decisiones en la que un ser humano puede ejercer su pensamiento y desarrollar sus ideas, como así también el derecho a revocar o rectificar lo que han decidido. Esta idea es esencial dentro del campo de los derechos del paciente porque no solo se verá plasmada en un tiempo presente –como puede ser la prestación de un consentimiento informado–, sino que impacta a futuro, decidir si el día de mañana quiere ese paciente que le practiquen tal tratamiento, cuando ya sus condiciones psíquicas no le permitan discernir ni decidir en esa función.

El Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona planteó:

La libertad de la persona y la autonomía individual adquieren una especial relevancia en las relaciones asistenciales. En este ámbito, uno de los aspectos más remarcables es la posibilidad de que la persona pueda establecer previsiones por si en el futuro se convierte en paciente y no se encuentra en condiciones de decidir sobre la acción terapéutica a recibir...Es preciso valorar positivamente esta voluntad de cambio, si bien hay que tener en cuenta que una innovación en hábitos tan arraigados no es de esperar que tenga lugar rápidamente, y requerirá del empeño educativo de los responsables de las instituciones sanitarias (Royes, 8).

El valor de la persona humana y el respeto de su autonomía en las tomas de decisiones deben ser prioritarios en el Estado de derecho y en la democracia. El derecho no solo debe adelantarse a leer ese deseo de los sujetos sobre las decisiones que tomen sobre su cuerpo y salud, sino que debe garantizar legislando que se pueda materializar sin ninguna clase de perjuicio.

Referencias bibliográficas

- Aizenberg, M. y Reyes, R. (2012). El reconocimiento del derecho a la autodeterminación en el ordenamiento jurídico argentino. La consagración de las Directivas Médicas Anticipadas en la Ley 26.529, Observatorio de Salud - Facultad de Derecho - UBA.
- Domínguez Martínez, J. (2009). Orden Público y Autonomía de la voluntad. En J. A. Sánchez Barroso (ed.), *Cien años de derecho civil en México 1910-2010. Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su centenario*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2024). Las directivas anticipadas en el derecho argentino. *Revista Cubana de Derecho*, 4(1).
- TEDH. *Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia*, Application N° 302/02, Court (First Section), 10 de junio de 2010.
- TEDH. *Case of Pindo Mulla v. Spain*, Application N° 15541/20, Court (Grand Chamber), 17 de septiembre de 2024.
- Royes, A. (2010). Documento sobre las voluntades anticipadas. *Revista de Bioética y Derecho*, (18). Barcelona: Universitat de Barcelona. Recuperado de <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/>

Autonomía de la voluntad. Derecho a la vida

TEDH, *Case of Lindholm and the estate after Leif Lindholm v. Denmark*, 5 de noviembre de 2024

*Por María Eugenia Rodríguez Pería**

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Lindholm y la sucesión de Leif Lindholm”. El caso se refiere a un miembro de la comunidad religiosa de los Testigos de Jehová al que se le administró una transfusión de sangre tras haber sido hospitalizado de urgencia, a pesar de que había manifestado previamente su rechazo a este procedimiento basado en sus creencias religiosas. Los demandantes se quejaron en virtud de los artículos 8, 9 y 14 del CEDH.

2. Antecedentes del caso

El 19 de septiembre de 2014 Leif Ingolf Lindholm ingresó en la unidad de urgencias del Hospital Universitario de Odense, en Dinamarca, tras sufrir una caída de unos dos metros desde un techo. Según la historia clínica, al arribar al hospital podía decir su nombre pero estaba desorientado y no recordaba la caída. Asimismo, llevaba consigo un documento de directivas anticipadas que había fir-

* Abogada (UBA). Magíster en Derechos Humanos y Democratización (Universidad Externado de Colombia). Docente de Contratos Civiles y Comerciales (UBA). Prosecretaria letrada de la Procuración General de la Nación.

mado el 11 de febrero de 2012. Las directivas indicaban que era miembro de la comunidad religiosa de los Testigos de Jehová y que no quería que se le administrara sangre bajo ninguna circunstancia, aunque fuera necesario para preservar su vida. Había otorgado también un poder notarial para la asistencia sanitaria.

El 22 de septiembre de 2014 recibió una transfusión de sangre mientras estaba inconsciente pese a las indicaciones del referido documento y las manifestaciones de su familia. Para actuar de ese modo, el médico jefe consultó con el responsable médico sanitario, quien, luego de recordar los artículos pertinentes de la Ley de Sanidad de Dinamarca,¹ habilitó la transfusión debido a que el paciente no era competente y no había expresado sus deseos en la situación actual. A pesar de ello, indicó que, de existir la posibilidad de evitarla, debía intentarse en virtud del conocimiento que el hospital tiene de las manifestaciones del paciente (TEDH, 2024: párr. 19).

El Sr. Lindholm falleció el 21 de octubre de 2014 por razones distintas a la transfusión de sangre, sin haber recuperado la consciencia. El 7 de diciembre de 2014, su viuda, Lilian Elisabeth Lindholm, también Testigo de Jehová, presentó un reclamo ante el Defensor del Paciente (actualmente Autoridad para la Seguridad del Paciente) alegando que la transfusión de sangre se había administrado en contra de la voluntad de su esposo.

El 17 de diciembre de 2015 la Autoridad concluyó que el tratamiento dispensado al Sr. Lindholm había cumplido las normas profesionales generalmente aceptadas y se había ajustado a la Ley de Sanidad, por lo que no había motivos para cuestionar el accionar del hospital.

El 16 de diciembre de 2016 la Sra. Lindholm y la sucesión de su difunto esposo interpusieron un recurso contra dicha resolución. Cuatro años después el Tribunal Superior de Dinamarca Oriental hizo lugar parcialmente al planteo de los demandantes y consideró que se habían violado los artículos 8 y 9 del CEDH. Explicó que, al momento de la transfusión, no existía ninguna duda razonablemente justificada del rechazo absoluto del Sr. Lindholm a recibir sangre. Entendió que no había pruebas de que concurrieran circunstancias especiales para que el médico jefe tuviera motivos para no tener en cuenta sus deseos. Agregó que imponer el requisito incondicional y formal del rechazo informado “en el curso actual de la enfermedad” como condición para no administrar sangre significaría que una persona hospitalizada en estado inconsciente no podría oponerse al tratamiento, por muy inequívoca y bien documentada que fuera su negativa anterior a recibirla.

¹ El artículo 19 de la Ley de Sanidad de Dinamarca establece que “Si un paciente que carece temporal o permanentemente de la capacidad de dar su consentimiento informado, o que es menor de 15 años, se encuentra en una situación en la que se requiere un tratamiento inmediato para la supervivencia del paciente o para mejorar las posibilidades de supervivencia del paciente a largo plazo o para un resultado significativamente mejor del tratamiento, un profesional sanitario puede iniciar o continuar el tratamiento sin obtener el consentimiento del paciente o de la persona que tenga la custodia del paciente, del familiar más cercano del paciente o del tutor del paciente”, y el artículo 24 indica que “(1) No podrá iniciarse ni continuarse un tratamiento que implique la transfusión de sangre o productos sanguíneos sin el consentimiento informado del paciente. (2) La negativa de un paciente a recibir transfusiones de sangre o hemoderivados debe darse en el contexto de la evolución actual de su enfermedad y debe basarse en la información proporcionada por el profesional sanitario sobre las consecuencias para la salud del paciente de no administrar una transfusión de sangre o hemoderivados en relación con el tratamiento...”.

Apelada dicha resolución, el Tribunal Supremo falló en contra de los demandantes el 1° de febrero de 2022. Consideró que los médicos habían evitado administrar sangre al Sr. Lindholm hasta que fue necesario para salvarle la vida y que existía un fundamento jurídico para esa decisión en la legislación nacional que establecía que la negativa de un paciente a una transfusión de sangre debía otorgarse de manera informada y en el curso actual de la enfermedad para ser vinculante. Agotadas las instancias internas, los demandantes se presentaron una solicitud ante el TEDH el 18 de mayo de 2022.

3. La sentencia del TEDH

3.1. Admisibilidad

El TEDH, determinó, en primer lugar, que solo la Sra. Lindholm tenía la condición de víctima en el sentido del artículo 34 del CEDH y no así la sucesión. Detalló que el caso se refiere a cuestiones fundamentales relativas al derecho de un paciente a la autodeterminación y al deber del Estado de proteger la vida que son de interés general y trascienden la persona y el interés de los involucrados. Señaló, además, que la Sra. Lindholm estuvo casada con el difunto durante cuarenta y cuatro años, compartía sus creencias religiosas, estuvo con él en el hospital y se opuso a la transfusión de sangre en su nombre. Agregó que su compromiso personal se evidencia también por el hecho de que, tras el fallecimiento de su marido, siguió adelante con el procedimiento interno en su propio nombre. En estas circunstancias excepcionales, el Tribunal entendió que la demandante se vio tan personalmente afectada por la injerencia en cuestión que puede ser considerada una víctima en el sentido del artículo 34 del Convenio.

Por el contrario, respecto de la sucesión del Sr. Lindholm no encontró ninguna circunstancia excepcional que justificara su condición de víctima, por lo que declaró inadmisibile la solicitud a su respecto. Para adoptar esa postura, siguió la doctrina que considera que, en los casos en los que la violación alegada no está estrechamente vinculada con el fallecimiento,² los derechos estrictamente personales son intransferibles –arts. 3, 5, 8, 9, 10, 11, 14 y art. 3 del Protocolo N° 1–. En cambio, para la viuda valoró circunstancias excepcionales, tales como el interés general de la cuestión y la implicancia personal que el caso tenía para ella.

2 Cuando las presuntas violaciones del Convenio están estrechamente relacionadas con una muerte o desaparición en circunstancias que presuntamente implican la responsabilidad del Estado, el Tribunal ha reconocido la legitimación de los familiares más cercanos de la víctima para presentar una demanda (TEDH, 2009: párr. 112; 2015: párr. 115). En tales casos, el Tribunal ha aceptado que los familiares cercanos puedan considerarse “víctimas indirectas” de la presunta violación de los artículos 2, 3 o 5. En los casos en que la presunta violación del Convenio no estaba estrechamente relacionada con la muerte o la desaparición de la víctima directa, el enfoque del Tribunal ha sido más restrictivo. Sin embargo, ha hecho, a lo largo de su jurisprudencia, excepciones a este enfoque general y ha concedido la condición de víctima a familiares que denunciaban violaciones no relacionadas con la muerte o la desaparición de la víctima directa. Para profundizar ver: TEDH (31 de agosto de 2023). *The locus standi of relatives (indirect victims) to bring a case to the Court when the direct victim has died*. Recuperado de <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/the-locus-standi-of-relatives-indirect-victims-to-bring-a-case-to-the-court-when-the-direct-victim-has-died>

3.2. Fondo

Respecto del fondo de la cuestión, el TEDH entendió que el caso se refiere a la autonomía y la integridad personal del paciente en relación con el tratamiento médico y que podía examinarse adecuadamente en virtud del artículo 8 por encuadrar en el ámbito del “respeto a la vida privada”.³ En cuanto al aspecto religioso de la cuestión consideró que podía resolverse interpretando y aplicando el artículo 8 a la luz del artículo 9 (TEDH, noviembre de 2024: párr. 62) en tanto los deseos del Sr. Lindholm de no recibir sangre se encontraban arraigados en la fidelidad a las enseñanzas de su comunidad religiosa.

En ese contexto, concluyó que no se había producido una violación del artículo 8 leído a la luz del artículo 9. Para así decidir, afirmó que la administración de la transfusión de sangre había sido conforme al derecho interno, en tanto estaba claramente definida en la Ley de Sanidad (arts. 19, 20 y 24) y sus notas preparatorias y cumplía con los requisitos de accesibilidad y previsibilidad, a la vez que no había elementos que indiquen que la interpretación y aplicación del derecho por parte del Tribunal Supremo fue arbitraria o manifiestamente irrazonable (*Idem*, párr. 34).

Afirmó, a diferencia de lo sostenido por la demandante que entendía que no se perseguía ninguno de los fines del inciso 2 del artículo 8, que el objetivo de la injerencia era la protección de vida y la salud. Observó que la excepción prevista en el derecho interno, que permite el tratamiento médico con el fin de salvar la vida en situaciones de emergencia cuando los deseos del paciente no pueden establecerse de manera suficiente, se corresponde con lo previsto en el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Convenio de Oviedo), leído a la luz de su informe explicativo. Adicionó que debe tenerse en cuenta a este respecto el deber del Estado de garantizar la protección de los pacientes hospitalizados –arts. 2 y 8 del Convenio– (*Idem* párr. 84).

En cuanto a la necesidad de la interferencia, explicó que la norma interna establece como requisito para que la negativa a recibir hemoderivados sea vinculante, que se produzca durante el curso de la enfermedad actual y se base en la información proporcionada por los médicos sobre las consecuencias de dicha negativa. El objetivo de esta norma es garantizar la disposición de información actualizada y suficiente, y evitar que a un paciente inconsciente –que podría querer seguir viviendo– se le niegue un tratamiento que podría salvarle la vida. Este requisito, se enmarca dentro del margen de apreciación del Estado al momento de sopesar la protección de la vida con el respeto al derecho del paciente a la autonomía (*Idem*, párr. 89). Esto significa que el Estado no está obligado en virtud del artículo 8 del Convenio a dar efecto vinculante a las directivas anticipadas (*Idem* párr. 86).

Consideró, particularmente, que los profesionales tomaron en cuenta la directiva anticipada en las decisiones de tratamiento y retrasaron la transfusión tomando otras medidas, como la utilización de medicamentos hematopoyéticos, hasta que el riesgo de vida determinó que le realizaran la transfusión.

³ En “Pindo Mulla v. Spain”, el Tribunal sostuvo que reconoce desde hace tiempo que el derecho al respeto de la vida privada abarca la autonomía personal como un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías del artículo 8. Asimismo, se refiere a la autonomía personal como el derecho a tomar decisiones sobre el propio cuerpo (TEDH, septiembre de 2024: párr. 137).

Se le dio, por lo tanto, un valor importante al proceso que se siguió para llevar a cabo la transfusión a pesar de la negativa anterior del paciente.

A la luz de esas consideraciones, afirmó que las razones invocadas por el Tribunal Supremo eran pertinentes y suficientes para establecer que la injerencia denunciada puede considerarse “necesaria en una sociedad democrática” y proporcionada a los fines perseguidos de protección de la salud, y que las autoridades del Estado demandado actuaron dentro de su margen de apreciación (*Idem*, párr. 100).

Por último, en cuanto a la pretensión de la demandante vinculada con la violación del artículo 14 del CEDH, concluyó que la demanda era manifiestamente infundada y la declaró inadmisibile. Tuvo en cuenta que los Testigos de Jehová que no podían cumplir los criterios establecidos en el artículo 24, apartado 2, de la Ley de Sanidad para rechazar la transfusión de sangre en el contexto de la actual evolución de la enfermedad, podrían haberse visto más afectados que otros grupos por las transfusiones de sangre autorizadas en virtud del artículo 19 de la ley. Sin embargo, consideró que esa posible discriminación indirecta tenía una justificación objetiva y razonable, ya que perseguía un fin legítimo, a saber, la protección de la salud, y existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretendía alcanzar.

4. Directivas anticipadas

La solución en comentario refiere al alcance de la autonomía personal y a qué posibilidades de injerencia tienen los Estados frente a la situación de un paciente que, antes de estar en estado de inconsciencia o en una situación de imposibilidad de darse a entender o comunicar sus decisiones, especificó sus deseos con relación a los tratamientos médicos en una directiva anticipada. Con esa denominación –y con otras tales como “disposiciones para la propia incapacidad”, “derecho de autoprotección”, “documento de instrucciones previas”, “testamento de vida”, entre otros (Kemelmajer De Carlucci, 2024: 314-315)– se identifica a los documentos o expresiones claras e inequívocas de voluntad de una persona respecto de situaciones futuras, previsibles o hipotéticas, relacionadas con su propia salud (Hooft y Hooft, 2010: 225).

El desarrollo de las directivas anticipadas tiene que ver con el avance en el campo bioético y en el jurídico del reconocimiento de la doctrina del consentimiento informado. A diferencia de este,⁴ que refiere a decisiones tomadas por una persona competente sobre su salud cuando surge la necesidad de un tratamiento médico –situaciones actuales–, las directivas anticipadas se trasladan a situaciones futuras en las que el sujeto no pueda manifestarse, y no están ligadas, necesariamente, a una enfermedad en curso (*Idem*, 226-228).

Tanto las directivas anticipadas como el consentimiento informado aseguran el reconocimiento de la autonomía personal en el ámbito sanitario. La posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse

4 Se recomienda ver Kina y Rodríguez Pería, 2023: 63-76.

y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un aspecto central de la dignidad.⁵ En este marco, juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure su instrumentalización, es decir, que convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad (Corte IDH, 2016: párr. 150; Kina y Rodríguez Pería, 2023: 65).

El origen de las directivas anticipadas se dio en Estados Unidos. En 1967, la *Euthanasia Society of America* propuso la creación del “testamento vital” o *living will* referido a la manifestación de voluntad de retiro o no aplicación de tratamientos de soporte vital. Su finalidad inicial era, por tanto, evitar los procedimientos médicos encaminados a mantener y prolongar la vida. En sentido similar, Kutner, un abogado de Chicago, elaboró en 1969 un documento para que una persona pudiera expresar anticipadamente su deseo de que se le dejase de aplicar un tratamiento en caso de una enfermedad terminal (Gallego Riestra, 2011: 494; Kemelmajer De Carlucci, 2024: 316).

La figura fue incorporada a nivel legislativo en 1976 en la *Natural Death Act del Estado de California*, reconociendo el derecho a dar instrucciones previas por escrito para situaciones terminales, es decir, cuando se sabe que de acuerdo con el razonable juicio del médico, la muerte va a producirse, y tales procedimientos solo van a lograr posponerla (Romeo Casabona, 1994, como se citó en Kemelmajer de Carlucci, 2024: 316).⁶

Con el pasar del tiempo, la validez de las directivas anticipadas se fue ampliando, dando la posibilidad de reconocer esas manifestaciones previas a los momentos de incapacidad para decidir a otro tipo de situaciones clínicas, distintas a las de enfermedades terminales (Gallego Riestra, 2011: 495).

A pesar de lo expuesto, las directivas anticipadas no siempre están legisladas y, cuando lo están, su regulación no es uniforme. Como se verá en el apartado siguiente, en Europa no existen estipulaciones uniformes en los casos que las directivas anticipadas están normativizadas, lo cual fue analizado por el TEDH.⁷

4.1. El antecedente Pindo Mulla c. España. Margen de apreciación

La cuestión de las directivas anticipadas en situaciones de emergencia había sido resuelta por la Gran Sala pocos meses antes de la solución del presente en “Pindo Mulla”.

5 La persona humana posee dos rasgos ontológicamente relevantes: la dignidad y los derechos humanos (Juri, 2021: 1-12).

6 La culminación definitiva del proceso legislativo no se llevó a cabo hasta 1991, fecha en la que entró en vigor la Ley Federal de Autodeterminación del Paciente, que obliga a todos los hospitales que reciben fondos federales a preguntar a los pacientes, en el momento de ingresar, si disponen de directivas anticipadas para adjuntarlas a la historia clínica, y, en caso negativo, a informarles sobre su derecho a formularlas (Gallego Riestra, 2011: 495).

7 La diversidad legislativa no es solo un fenómeno europeo, en un reciente trabajo de investigación (Buedo et al, 2023) en el que se analizaron las legislaciones de los veintinueve países latinoamericanos, se observó que solo siete regulan las directivas anticipadas, aunque no de manera idéntica.

En los meses previos al evento que generó la solicitud ante el TEDH, Rosa Edelmira Pindo Mulla, quien pertenecía al culto de los Testigos de Jehová, decidió registrar una directiva anticipada –conforme la legislación española– ya que existía la posibilidad de que fuera intervenida quirúrgicamente porque tenía un fibroma uterino y no quería que le transfundieran sangre si eso sucedía. El fibroma causaba pérdidas de sangre importantes por lo que debió ir a urgencias del hospital de Soria. Allí se le diagnosticó anemia grave y se le recomendó una transfusión de sangre, que ella rechazó, firmando un formulario de consentimiento informado a tal efecto. Por ese motivo fue trasladada del hospital de Soria al hospital de La Paz, conocido por ofrecer tratamientos que no implican transfusiones de sangre. A pesar de su grave estado por la pérdida de sangre, pudo informar a los médicos mediante un llamado desde la ambulancia que no quería ser transfundida. Sin embargo, los médicos enviaron un fax al juez de turno de un Juzgado de Instrucción de Madrid, que autorizó a los médicos a utilizar “las medidas médicas o quirúrgicas necesarias para salvaguardar su vida e integridad física” (TEDH, septiembre de 2024: párr. 28). El juez justificó su decisión basándose en el deber del Estado de proteger la vida, especificando que el derecho a la vida no incluye el derecho a la propia muerte y que esto limita el derecho a la libertad de religión.

A su llegada a La Paz, los médicos, considerando que existía un riesgo inminente para la vida de la demandante debido a la pérdida de sangre, determinaron que necesitaba una intervención quirúrgica inmediata. Aunque, según se informa, la demandante estaba lúcida en ese momento, debido a la urgencia, los médicos no siguieron el procedimiento habitual de consentimiento informado. Solo después de la intervención se le informó que la habían transfundido.

En aquel caso el TEDH examinó por primera vez cómo deben conciliarse el derecho a la autonomía personal en el ámbito de la asistencia sanitaria y el deber del Estado de proteger la vida y la salud del paciente en situaciones de emergencia. Por ello, al analizar la necesidad y proporcionalidad de la injerencia en la vida privada en “Lindhholm”, el TEDH refiere a los criterios fijados en “Pindo Mulla”, que reproduce.⁸

Afirmó que se desprende del artículo 8 del CEDH que, en el contexto de la asistencia sanitaria ordinaria, el paciente adulto competente tiene derecho a rechazar, libre y conscientemente, un tratamiento a pesar de las consecuencias mortales que pueda aparejar (*Idem*, párr. 146). Ello no es más que el reconocimiento del consentimiento previo, libre e informado como salvaguarda de la autonomía personal en el ámbito de las prácticas médicas.

Recordó, sin embargo, que el derecho al respeto a la vida privada que engloba a la autonomía del paciente no es absoluto y puede ser limitado legítimamente cuando “la injerencia esté prevista por la ley

8 Allí realizó unas observaciones preliminares que son plenamente aplicables aquí. Aclaró que el asunto no se refería a la voluntad de una persona a poner fin a su vida, ya que la paciente pretendía recibir un tratamiento adecuado sin perjuicio de su negativa a la transfusión de sangre. Distinguió estos casos de los que se refieren a la voluntad de una persona de poner fin a su vida, ya sea mediante el retiro de un tratamiento de mantenimiento de la vida (TEDH, 2015), la eutanasia (TEDH, 2022) o el suicidio asistido (TEDH, 2002) (TEDH, septiembre de 2024: párr. 125). Tampoco se refería al tratamiento suministrado a un niño o la retirada de soporte vital a un niño (párr. 126). Por último, indicó que no se refería a personas privadas de la libertad bajo responsabilidad y control del Estado (párr. 127).

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 terceros”, tal como establece el segundo párrafo del artículo 8.

Destacó, además, que cuando la situación implique un peligro real e inminente para la existencia de una persona, también estará en juego el derecho a la vida y se verán, entonces, comprometidas las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de ambos derechos, es decir, sus obligaciones derivadas del artículo 8 y del artículo 2 del CEDH. Con respecto a esta última disposición, el Tribunal reiteró que el derecho a la vida es una de las disposiciones más importantes del tratado y exige que el Estado no solo se abstenga de quitar la vida intencionadamente, sino que también adopte las medidas adecuadas para salvaguardar la vida de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción (*Idem*, párr. 147; TEDH, noviembre de 2024: párr. 72).

Refiriendo específicamente a una situación de emergencia, entendió que lo que debe garantizarse es que la decisión de rechazar un tratamiento para salvar la vida haya sido adoptada de forma libre y autónoma por una persona con la capacidad jurídica necesaria y consciente de las implicancias de su decisión. Esa decisión debe ser conocida por el personal médico, debe ser aplicable a las circunstancias de la emergencia –en el sentido de que sea clara, específica e inequívoca en rechazar el tratamiento–, y representar la posición actual del paciente al respecto (*Idem*, párr. 148; *Idem*, párr. 72).

De ello dedujo que, si en una situación de emergencia existen motivos razonables para dudar de la decisión del individuo en cualquiera de estos aspectos esenciales (libre, informada, actual, etc.), el tratamiento urgente que le salve la vida no puede considerarse una violación a su autonomía personal.

Observó la concordancia de lo expuesto con el artículo 8 del Convenio de Oviedo que permite la intervención médica necesaria en una situación de urgencia en la que no pueda obtenerse el consentimiento. Sin perjuicio de ello, aclaró que el respeto a la autonomía del paciente requiere la realización de esfuerzos razonables⁹ para disipar la duda o incertidumbre que rodea el rechazo del tratamiento, en tanto los deseos del paciente deben considerarse de importancia primordial.

La determinación de qué constituye un “esfuerzo razonable” dependerá de las circunstancias del caso y podrá verse influida por el contenido del marco jurídico nacional. Cuando a pesar de esos esfuerzos no se pueda establecer que la voluntad del paciente es efectivamente rechazar el tratamiento médico que puede salvarle la vida, el deber de proteger la vida debe prevalecer (*Idem*, párrs. 149-150; *Idem*, párr. 72).

⁹ El informe explicativo del Convenio de Oviedo indica con relación a ello que “esta posibilidad se limita a los casos de urgencia que impiden al profesional obtener el consentimiento adecuado. El artículo se aplica tanto a las personas capaces como a las incapaces de hecho o de derecho de dar su consentimiento. Un ejemplo que podría presentarse es el de un paciente en coma que, por tanto, no puede dar su consentimiento, o el de un médico que no puede ponerse en contacto con el representante legal de una persona incapacitada, que normalmente tendría que autorizar una intervención urgente. Sin embargo, incluso en situaciones de urgencia, los profesionales sanitarios deben hacer todos los esfuerzos razonables para determinar qué desearía el paciente”.

En cuanto a los deseos expresados previamente por los pacientes, afirmó que ni el Convenio de Oviedo ni el artículo 8 del CEDH profundizan en las disposiciones que los Estados deben o pueden adoptar con respecto a esas manifestaciones frente a una situación de emergencia en la que el paciente no esté en condiciones de exteriorizar su voluntad respecto de un tratamiento.

Señaló que, si bien las principales instituciones del Consejo de Europa están a favor de las voluntades anticipadas en el ámbito médico, el carácter de sus pronunciamientos no es vinculante, por lo que los Estados conservan una discrecionalidad considerable en cuanto al estatuto y las modalidades en relación con dichos instrumentos (*Idem*, párrs. 151-152).

En este punto analizó también la normativa europea¹⁰ e identificó una diversidad de prácticas sobre cómo conciliar el derecho a la vida con el respeto a la autonomía del paciente teniendo en cuenta los deseos expresados previamente. Aunque un número considerable de Estados miembros del Consejo de Europa cuentan con disposiciones y mecanismos específicos para las voluntades médicas anticipadas o para tener en cuenta los deseos expresados previamente por los pacientes en relación con el tratamiento médico, no lo han hecho de manera uniforme. En otros Estados la legislación nacional no incluye disposiciones que los traten específicamente. Por lo tanto, el Tribunal recordó que tanto el principio de atribución de efectos jurídicos vinculantes a las voluntades anticipadas, como las modalidades formales y prácticas conexas, entran dentro del margen de apreciación de los Estados Parte (TEDH, noviembre de 2024: párr. 72).

El margen de apreciación estatal es una doctrina desarrollada por el TEDH según la cual las autoridades nacionales están, en principio, en mejor posición que el Tribunal para realizar la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la medida estatal que limita un derecho. Luego de que las autoridades nacionales efectúan el análisis de necesidad y proporcionalidad, el TEDH controla si la restricción al derecho está justificada en forma adecuada y suficiente de acuerdo con las particularidades de protección de cada uno de los derechos. Finalmente indica el alcance del margen de apreciación (Clérico, 2018: 298-299).

10 En relación con la normativa europea, el Tribunal destaca tres grupos de Estados según el tratamiento que le dan a los deseos expresados previamente por los Testigos de Jehová respecto del rechazo de transfusiones de sangre en situaciones de emergencia vital. Se constató que en diecisiete Estados existe un reconocimiento formal de las voluntades anticipadas del paciente. Estos Estados han adoptado disposiciones específicas que determinan la forma, la accesibilidad y los efectos de las voluntades anticipadas. Entre ellos se encuentra Dinamarca. El segundo grupo de Estados está formado por aquellos que, en la ley o en la práctica, exigen que se respete la voluntad previamente expresada por el paciente, pero sin establecer un marco normativo específico para ello. En estos Estados, una instrucción clara dada de antemano por el paciente rechazando un tratamiento médico debe ser respetada. Esto incluiría el rechazo de un Testigo de Jehová a una transfusión de sangre. No obstante, se hizo hincapié en que dicho rechazo debe manifestarse en términos suficientemente específicos para que se considere vinculante para el personal médico. Los Estados del tercer grupo no han adoptado ninguna disposición específica relativa a los deseos expresados previamente por los pacientes. Sus leyes y normativas en este ámbito se enmarcan en la prestación del consentimiento a un tratamiento médico inminente. En muchos de estos Estados se establece que si el paciente no puede dar su consentimiento a un tratamiento vital en una situación de urgencia, si es posible, debe recabarse de su representante o de sus familiares. Cuando las circunstancias no lo permitan, se administrará al paciente el tratamiento médico necesario (TEDH, septiembre de 2024: párr. 81; TEDH, noviembre de 2024: párr. 51).

La amplitud de este margen varía y depende de una serie de factores, como la naturaleza del derecho reconocido en el CEDH, su importancia para el individuo, la naturaleza de la injerencia y el objetivo perseguido por esta. El margen tenderá a ser más estrecho cuando el derecho involucrado sea crucial para el disfrute efectivo por parte del individuo de derechos íntimos o fundamentales o cuando esté en juego un aspecto particularmente importante de la existencia o la identidad de una persona. En estos casos el TEDH examina escrupulosamente la proporcionalidad de la restricción. El margen se amplía cuando no hay consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la importancia relativa del interés o sobre la mejor manera de protegerlo (TEDH, 2013: 102-103).

Hay quienes sostienen que cuando el TEDH concede un margen más amplio examina si las autoridades nacionales analizaron el caso con detenimiento. Por el contrario, en los casos que el margen es más estrecho y realiza un escrutinio estricto, suele exigir que el Estado haya hecho un examen de proporcionalidad¹¹ para comprobar si la violación de derechos podría haberse evitado con políticas distintas. Las evaluaciones de proporcionalidad son más complejas cuando entran en conflicto dos derechos reconocidos en el CEDH –por ejemplo, libertad de expresión e intimidad– (Follesdal, 2017: 363-365).

La doctrina del margen de apreciación solo es utilizada por el TEDH en relación con los derechos que pueden ser limitados, siempre y cuando esas limitaciones estén establecidas por ley y sean “necesarias en una sociedad democrática”. Es decir, cuando los Estados pueden tomar decisiones políticas, las autoridades nacionales tienen margen, y el Tribunal las respetará, hasta cierto punto. Este es el sistema que se aplica a las restricciones de los derechos fundamentales que permiten injerencias por parte del Estado, por ejemplo, los derechos a la vida privada y familiar, el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de religión, a la libertad de reunión y de asociación, al derecho a casarse, entre otros. Es también el sistema que rige las obligaciones positivas, ya que el Convenio no impone a los Estados ninguna obligación precisa de actuar.

Por el contrario, no existe margen de apreciación respecto de los derechos que están protegidos en forma absoluta, tales como la prohibición de desaparición forzada de personas, la prohibición de tortura y otros tratos inhumanos crueles y degradantes, y la prohibición de esclavitud, servidumbre, trata de personas, trabajo forzado. En estos casos no hay posibilidad de ponderación alguna (Clérico, 2018: 299-300; TEDH, 2015: párr. 36).

Esta doctrina tiene adeptos y críticos. Por un lado, se sostiene que evita confrontaciones o discrepancias excesivas con los Estados, posibilitando una flexibilidad argumentativa que evidencia la pluralidad europea, y tener que comprometerse de modo expreso con una interpretación restrictiva del derecho. Por el otro, sus detractores aducen que no es una doctrina consistente ni precisa y que en ocasiones deviene en arbitrariedades, a la vez que un consenso europeo no necesariamente redundaría en la pro-

11 Follesdal advierte que no siempre la prueba de proporcionalidad es coherente, sin embargo identifica cinco cuestiones que debe evaluar: 1) la legitimidad del objetivo social perseguido; 2) la importancia del derecho restringido como fundamento de una sociedad democrática; 3) el grado de invasión de la injerencia propuesta; 4) si la restricción del derecho es necesaria; y 5) si las razones aducidas por las autoridades nacionales son pertinentes y suficientes (2017: 365).

tección de derechos (Aldao, 2019: 37; Clérico, 2018: 311-312). El propio TEDH reconoce que ha sido criticada por su vaguedad e incoherencia, por ser “una peculiaridad lingüística”, “un galicismo desafortunado”, “el producto más controvertido del TEDH” (TEDH, 2015: párr. 11).

En el presente caso, el TEDH aplicó la doctrina del margen de apreciación y le otorgó una amplia posibilidad al Estado de decidir si las directivas anticipadas son obligatorias, meramente orientativas o nulas en caso de urgencias.

En el caso de Dinamarca, la Ley de Sanidad establece que no podrá iniciarse ni continuarse ningún tratamiento sin el consentimiento informado del paciente, salvo las excepciones dispuestas por la ley (art. 15, inc. 1). Se entiende por consentimiento informado el que se brinda sobre la base de una información adecuada facilitada por un profesional sanitario (art. 15, inc. 3). Si bien el paciente tiene derecho a ser informado sobre su estado de salud y las opciones de tratamiento, también puede rechazar cualquier información (art. 16, incs. 1 y 2).

En cuanto a las excepciones, el artículo 19 prevé, en lo que interesa, que si un paciente que carece temporal o permanentemente de la capacidad de dar su consentimiento informado, requiere un tratamiento inmediato¹² para su supervivencia a largo plazo o para un resultado significativamente mejor del tratamiento, un profesional sanitario puede iniciar o continuar el tratamiento sin obtener el consentimiento del paciente o de la persona que tenga su custodia, del familiar más cercano o del tutor.

El artículo 24, que regula la situación específica de las transfusiones de sangre, establece que no podrá iniciarse ni continuarse un tratamiento que implique la transfusión de sangre o productos sanguíneos sin el consentimiento informado del paciente. Agrega que la negativa de un paciente a recibir transfusiones de sangre o hemoderivados debe darse en el contexto de la evolución actual de su enfermedad y debe basarse en la información proporcionada por el profesional sanitario sobre las consecuencias para la salud del paciente de no administrar una transfusión de sangre o hemoderivados en relación con el tratamiento.

En el curso del análisis normativo el TDH explicó que los artículos 15, 19 y 24 de la Ley de Sanidad establecen cómo equilibrar la salvación de la vida de un paciente o la posibilidad de un resultado significativamente mejor del tratamiento con su autonomía y el derecho a formular una directiva anticipada vinculante –como la que rechaza las transfusiones de sangre–. Añadió que el legislador optó por proteger la vida y la salud de los ciudadanos y la seguridad de los pacientes, de modo que las voluntades médicas anticipadas no son jurídicamente vinculantes para el personal sanitario, salvo en el caso de las directivas sobre el tratamiento médico de, entre otros, los enfermos terminales. Cuando

12 Las notas preparatorias de la ley anterior, referidas por el TEDH, aclaraban lo siguiente con relación a este artículo: “el punto principal de la disposición reside en la necesidad inmediata de tratamiento. Dicha necesidad existe cuando ‘se requiere un tratamiento inmediato para la supervivencia del paciente’, es decir, un tratamiento inmediato para salvar la vida, o cuando se necesita urgentemente un tratamiento para mejorar las posibilidades de supervivencia del paciente a largo plazo o para que el resultado del tratamiento sea significativamente mejor”.

el paciente no tiene una enfermedad terminal la directiva anticipada sirve de orientación al médico y debe tenerse en cuenta en sus decisiones terapéuticas (TEDH, noviembre de 2024: párrs. 48-49).

5. Palabras finales

Puede observarse que, en el presente caso, al igual que en “Pindo Mulla”, el TEDH da un amplio margen de apreciación a los Estados con relación a cómo regular y dar solución a las directivas anticipadas. Asimismo, pone en tensión el derecho a la autodeterminación en materia de atención médica del paciente y el derecho a la salud y a la vida del propio paciente. Resuelve ese conflicto sosteniendo que, en el caso de que existan dudas razonables sobre el carácter actual, libre, informado y consciente de la decisión de rechazar un tratamiento, el hecho de que los médicos brinden un tratamiento urgente para salvar la vida del paciente no puede considerarse una afectación de su autonomía personal.

La solución que adopta el Tribunal en ambos casos se refiere a las medidas procesales adoptadas a nivel interno sin ahondar específicamente en el alcance de la autodeterminación y sus efectos, dando un alcance muy amplio –por lo menos para casos de emergencia en los que esté en riesgo la vida de una persona que no puede manifestar su opinión– a la protección del derecho a la vida.

En efecto, en “Pindo Mulla” determinó que existieron fallas procesales graves a nivel nacional –como que el juez de turno no contaba con la información completa, el hospital ignoró las directivas y no se evaluó su capacidad para reiterar o revocar la negativa que ya había brindado desde la ambulancia– que llevaron a vulnerar el artículo 8 del CEDH en relación con el artículo 9 (TEDH, septiembre de 2024: párrs. 172-184).

En el mismo sentido, pero con una solución diferente, en “Lindholm” concluyó que la injerencia estaba prevista por la ley y era necesaria para salvar la vida ante dudas razonables sobre la vigencia del rechazo. Subrayó que la ley danesa exigía una negativa informada y actual y que el documento de directivas anticipadas no cumplía con ese requisito. El TEDH consideró que el procedimiento interno cumplió con los requisitos para determinar la existencia de dudas razonables sobre la existencia de la negativa y proceder a llevar adelante la transfusión.

Estas decisiones priorizan la protección de la vida, dando a los Estados una gran posibilidad de injerencia sobre la autonomía personal en caso de que existan dudas sobre la manifestación de la voluntad de los pacientes.

Esta visión ha sido criticada por el juez Ktistakis, quien al emitir su voto disidente en “Pindo Mulla” sostuvo que se perdió la oportunidad de “afirmar con claridad los principios de autodeterminación y autonomía personal” (*Idem*, párr. 1). Indicó que se trata de principios que el Tribunal articuló ampliamente cuando resolvió los casos “Testigos de Jehová de Moscú y otros” (2010: párrs. 135-136) y Ta-

ganrog LRO y otros (2022: párr. 162), en los que trató la disolución y prohibición de organizaciones de Testigos de Jehová en Rusia.¹³ Allí se valoró que

[l]a libertad de aceptar o rechazar un tratamiento médico específico o de elegir una forma alternativa de tratamiento es vital para los principios de autodeterminación y autonomía personal. Un paciente adulto competente es libre de decidir, por ejemplo, si se somete o no a una intervención quirúrgica o a un tratamiento o, por la misma razón, si se somete a una transfusión de sangre. Sin embargo, para que esta libertad tenga sentido, los pacientes deben tener derecho a tomar decisiones que estén de acuerdo con sus propias opiniones y valores, independientemente de lo irracionales, imprudentes o insensatas que puedan parecer a los demás (TEDH, 2010: párr. 136).

En esos caso, además, se tuvo en cuenta que diferentes jurisdicciones habían examinado los casos de Testigos de Jehová que se habían negado a recibir una transfusión de sangre y concluyeron que, “aunque el interés público en preservar la vida o la salud de un paciente era sin duda legítimo y muy fuerte, tenía que ceder ante el interés más fuerte del paciente en dirigir el curso de su propia vida” (*Ibidem*).

El juez también consideró que los principios se reflejan en el Convenio de Oviedo (arts. 5 y 9), en el PIDESC (OG 14) y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (OG 1, párr. 42), que son reconocidos por 24 (de 39) Estados Parte en el CEDH y que fueron recomendados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa del siguiente modo:

Existe un consenso general basado en el artículo 8 del CEDH sobre el derecho a la intimidad, según el cual no puede haber ninguna intervención que afecte a una persona sin su consentimiento. De este derecho humano se derivan los principios de autonomía personal y de consentimiento. Estos principios sostienen que un paciente adulto capaz no debe ser manipulado y que su voluntad, cuando está claramente expresada, debe prevalecer aunque signifique el rechazo de un tratamiento: nadie puede ser obligado a someterse a un tratamiento médico contra su voluntad (Resolución N° 1859, 2012: ap. 1).

La valoración que hace el TEDH en “Pindo Mulla” y en “Lindholm” del deber del Estado de proteger la vida del propio paciente (art. 2, CEDH), aun en casos donde existe una manifestación expresa de aquel de no recibir transfusiones en casos de emergencia aunque exista un riesgo vital, deja muy limitado el reconocimiento a la autodeterminación y a la autonomía personal. Esto es más evidente en “Lindholm”, puesto que allí consideró que no había violación del artículo 8 con relación al artículo 9 del tratado.

¹³ La mayoría sostiene que el contexto de aquellos casos era muy diferente, por “consiguiente, los derechos del Convenio en cuestión eran diferentes, en particular los de libertad de asociación y libertad religiosa. El derecho del paciente a rechazar un tratamiento médico no se abordó directamente como tal” (TEDH, septiembre de 2024: párr. 140).

Además, desconoce sus propias afirmaciones en cuanto a que

la libertad de elección y la autodeterminación son elementos fundamentales de la vida y [...], en ausencia de indicios de la necesidad de proteger la salud pública, el Estado debe abstenerse de interferir en la libertad individual de elección en el ámbito de la asistencia sanitaria, ya que tal interferencia sólo puede disminuir, y no aumentar, el valor de la vida (TEDH, 2022: párr. 162).

La solución adoptada por el TEDH no es la única posible para el caso de directivas anticipadas como instrumento del ejercicio de la autodeterminación y la autonomía de la persona. Justamente la CSJN tuvo oportunidad de expedirse sobre la cuestión en 2012 en el caso “Albarracini Nieves”.

Pablo Albarracini Otonelli, mayor de edad y perteneciente al culto Testigos de Jehová, sufrió una lesión proveniente de un arma de fuego por lo que fue internado en la Clínica Bazterrica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Su estado era crítico y sus médicos destacaron la necesidad de efectuarle una transfusión. Dos años antes del incidente había firmado una directiva anticipada ante un escribano en donde constaba que no aceptaba transfusiones de sangre.

El padre de Pablo interpuso una medida precautoria a los efectos de que se autorizase a los médicos tratantes de su hijo a efectuarle la transfusión. Frente a la imposibilidad de Pablo de expresarse, su cónyuge se opuso al planteo efectuado por el progenitor, invocando la existencia de la mencionada expresión de voluntad y solicitando se respete dicha decisión.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó el pronunciamiento de primera instancia y denegó la medida precautoria solicitada. A su turno, la CSJN atinadamente postuló que no había dudas respecto de la validez formal del documento señalado y que no existían pruebas claras y convincentes de que el paciente al momento de expresar dicha voluntad no hubiera considerado la trascendencia y las consecuencias de su decisión o que su voluntad estuviera viciada.

Recordó que una de las premisas fundamentales de la libertad individual en la Constitución Nacional se encuentra en el artículo 19, que otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros.

Consideró que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal, que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada (CSJN, 2012: consid. 16).

En ese contexto, afirmó que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento, ya que mientras una

persona no ofenda el orden, la moral pública o los derechos ajenos, sus comportamientos, incluso públicos, pertenecen a su privacidad y hay que respetarlos aunque resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo. Una conclusión contraria significaría convertir al artículo 19 de la Carga Magna en una mera fórmula vacía, que solo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior (*Idem*, cons. 19).

La tensión entre la autodeterminación personal a través de las medidas anticipadas y la protección del derecho a la vida y a la salud es un tema complejo y exige tener presente, como se dijo, que un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de autodeterminación.

Frente a las recientes decisiones del TEDH, los Estados europeos que quieran ser respetuosos con los principios de autodeterminación y autonomía personal deberán tener una regulación robusta que haga efectivos los derechos de los pacientes a decidir sobre su propio cuerpo y salud. Así se evitará que el reconocimiento de esos principios sea una enunciación sin contenido y que, por el contrario, garantice los derechos humanos y la dignidad de las personas.

Referencias bibliográficas

- 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. *Revista Derecho del Estado*, (44), 31-55. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.03>
- Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Resolución N° 1859 (2012). Proteger los derechos y la dignidad humana en consideración a los deseos previamente expresados por los pacientes. Recuperado de <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=18064&lang=en>
- Buedo, P. et al (2023). Consentimiento informado y directivas anticipadas: análisis comparado de la legislación en América Latina. *Revista de Bioética y Derecho*, (58), pp. 25-44. DOI: 10.1344/rbd2023.58.41678
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). *Observación General N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.*
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014). *Observación General N° 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.*
- Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.
- CSJN. *Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias*. 1 de junio de 2012. *Fallos* 335:799.
- Clérico, L. (2018). La enunciación del margen de apreciación: Fontevécchia 2017 desde los márgenes. *Derechos en Acción*, 7(7), 295-317. DOI:10.24215/25251678e153
- Follesdal, A. (2017). Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law*. 15(2), 359-371.

- Gallego Riestra, S. (2011), Las instrucciones previas y su regulación jurídica. En M. Gascón Abellan, M. C. González Carrasco y J. Cantero Martínez (coords.), *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales* (pp. 493-521). Tirant lo Blanch.
- Hooft, P. F. y Hooft, I. (2010). Directivas anticipadas o testamentos de salud: hacia una mayor protección de la dignidad humana y la autonomía personal. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 225-259.
- Juri, Y. E. (2021). Inteligencia artificial y dignidad humana: los desafíos para el derecho. *Justicia & Derecho*, 4(2), 1-12.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2024). Las directivas anticipadas en el derecho argentino. *Revista Cubana de Derecho*, 4(1), 311-380.
- Kina, J. y Rodríguez Pería, M. E. (septiembre de 2023). La autonomía personal y la incidencia de la violencia de género durante el embarazo, parto y posparto. *RDF*, (111), 63-76.
- TEDH (2015). Proceedings of the Seminar. *Subsidiarity: a two-sided coin?* Recuperado de https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/dialogue_2015_eng
- TEDH (31 de agosto de 2023). *The locus standi of relatives (indirect victims) to bring a case to the Court when the direct victim has died*. Recuperado de <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/the-locus-standi-of-relatives-indirect-victims-to-bring-a-case-to-the-court-when-the-direct-victim-has-died>
- TEDH. *Case of Sanles Sanles v. Spain*, Court (Fourth Section), 26 de octubre de 2000.
- TEDH. *Case of Pretty v. The United Kingdom*, Court (Fourth Section), 29 de abril de 2002.
- TEDH. *Case of Animal Defenders International v. The United Kingdom*, Court (Grand Chamber), 4 de diciembre de 2008.
- TEDH. *Case of Varnava and others v. Turkey*, Court (Grand Chamber), 18 de septiembre de 2009.
- TEDH. *Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia*, Court (First Section), 10 de junio de 2010.
- TEDH. *Case of S. and Marper v. The United Kingdom*, Court (Grand Chamber), 22 de abril de 2013.
- TEDH. *Case of Lambert and others v. France*, Court (Grand Chamber), 5 de junio de 2015.
- TEDH. *Case of Mortier v. Belgium*, Court (Third Section), 4 de octubre de 2022.
- TEDH. *Case of Pindo Mulla v. Spain*, Court (Grand Chamber), 17 de septiembre de 2024.
- TEDH. *Case of Lindholm and the estate after Leif Lindholm v. Denmark*, Court (Fourth Section), 5 de noviembre de 2024.

Salud mental. Sujeciones físicas.

TEDH. *Case of Lavorgna v. Italy*, 7 de noviembre de 2024

Por Facundo Capurro Robles y Gabriela Spinelli***

El tema no es curar, eliminar o cerrar nuestras heridas.

Se trata de habitarlas de otro modo.

El poder terapéutico reduce las crisis a patologías,

tramitables con medicamentos o terapias;

pero se trata de vivencias ambiguas que nos debemos

reapropiar para liberarnos de nosotros mismos.

Emiliano Exposto

1. Introducción

En el presente comentario abordaremos la sentencia del TEDH, donde se analiza la legitimidad del uso de sujeciones físicas respecto de una persona con discapacidad psicosocial. El caso resulta particularmente relevante para echar luz sobre la persistencia de dicha práctica en las instituciones de salud mental.

* Abogado (UBA). Magíster en Estudios Legales Internacionales (American University). Docente de Derechos Humanos y Garantías (UBA) y de posgrado (UNPAZ y UNLa). Se desempeña como funcionario de la Procuración General de la Nación.

** Abogada (UBA) y maestranda en Diseño de Políticas y Programas Sociales (FLACSO). Posgraduada en Determinantes Sociales de la Salud Mental (UBA). Se desempeña como funcionaria de la Defensoría General de la Nación.

Primeramente, examinaremos los fundamentos de la decisión del tribunal. Sobre esa base, analizaremos el marco jurídico internacional de dichas prácticas; luego su proyección en nuestro país. Finalmente, realizaremos algunas reflexiones vinculadas especialmente a la necesidad de avanzar en la reforma del sistema de salud mental desde un enfoque basado en los derechos humanos.

No obstante, debemos adelantar que existe un fuerte consenso tanto en la regulación jurídica internacional, en los movimientos de personas usuarias de los servicios de salud mental y en la posición de los organismos internacionales, en cuanto a que la recurrencia a prácticas coercitivas se encuentra estrechamente ligada a la persistencia de un modelo manicomial y la falta de una organización de un sistema de atención basado en la comunidad, centrado en la persona y con enfoque de derechos humanos.

2. La decisión del TEDH

Matteo Lavorgna es una persona con discapacidad psicosocial que ingresó como paciente voluntario al Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura (SPDC) del Hospital Santa Maria delle Stelle, en Melzo, Italia. En ocasión de recibir la visita de sus padres, el día 7 de octubre del 2014 solicitó su alta hospitalaria. Los profesionales del hospital negaron esa petición con el argumento de que las causas que determinaron su ingreso aún no habían sido abordadas. En particular, le manifestaron que debían esperar los resultados de su terapia farmacológica y que debía permanecer internado por cuatro días más. Según los registros médicos, Lavorgna reaccionó ante esa noticia con agresiones físicas, primero contra su padre y posteriormente contra su madre y el médico jefe. El personal sanitario decidió aplicar sujeciones físicas y transformar su internación en involuntaria.

Las medidas de sujeción se prolongaron por el lapso de ocho días. Un día antes de que se cumpliera dicho plazo, dos psiquiatras tratantes presentaron una nota de “peligro social” ante las autoridades y destacaron que el cuadro clínico del solicitante revelaba una falta de análisis crítico sobre sus acciones y sobre la gravedad del incidente, por lo que era imperiosa la sujeción física y que continúe la observación clínica “en un contexto más adecuado”. Finalmente, el Sr. Lavorgna recibió el alta y fue derivado a otro hospital, a cuyo ingreso se lo describió como aparentemente sedado (TEDH, 2024: párrs. 5-16).¹

El TEDH encontró a la República de Italia responsable por haber violado el artículo 3 del CEDH, tanto en su aspecto sustantivo como procedimental. En primer término, sostuvo que si bien la imposición inicial de contenciones mecánicas pudo haber estado justificada por la posibilidad de que el peticionante causara un daño a sí o a terceros, no se había demostrado que la continuidad de la medida por un período extraordinariamente prolongado fuera estrictamente necesaria ni respetara su dignidad. A su vez, determinó que las autoridades omitieron abordar aspectos cruciales en la investigación penal por presuntos malos tratos, la cual tampoco se llevó a cabo con la celeridad que el caso ameritaba.

¹ El Sr. Lavorgna fue diagnosticado con trastorno psicótico no especificado. Previo a su ingreso al SPDC, había sufrido otras hospitalizaciones.

En la delimitación del marco legal interno aplicable, como parámetros más relevantes, el TEDH tuvo en cuenta, por un lado, las disposiciones del Código Penal italiano que eximen de responsabilidad por el daño ocasionado a una persona cuando se actúa frente a un peligro “cierto y actual” (*Id.*: párr. 47); y la sentencia del Tribunal de Casación local en el caso “Mastrogiovanni”, en el cual –sobre la base de la “Ley Basaglia”– se consideró que los tratamientos forzosos solo pueden imponerse cuando fueran el único medio disponible para evitar un peligro cierto y actual de daño grave para la salud del paciente, de forma limitada en el tiempo y sujeta a constante revisión (*Id.*: párrs. 42-50). También consideró la existencia de un protocolo interno elaborado por el Centro Hospitalario Melegnano, que resulta aplicable al Hospital Melzo (*Id.*: párr. 62).

En cuanto a la legislación supranacional, consideró las directrices elaboradas por el Comité Europeo para la Prevención de Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes y, en particular, el informe de visita al país por parte de ese organismo en el año 2022, donde constató la persistencia de “demasiados y prolongados” episodios de contenciones físicas en pacientes del SPDC y alertó sobre un “vacío legal” que facilitaba su imposición (*Id.*: párrs. 66-69).

En ese contexto, desarrolló importantes precisiones sobre las justificaciones admisibles para la imposición y mantenimiento de una medida de esta naturaleza. Por un lado, consideró que tanto el marco legal internacional, la legislación local y la jurisprudencia del Tribunal de Casación italiano, como la propia jurisprudencia del TEDH, daban cuenta de una evolución respecto del uso de medidas coercitivas (no consentidas) en sitios de privación de la libertad.

Señaló que, en estos espacios, existe una situación de inferioridad por parte de las personas internadas. Ello exige que tales medidas solamente puedan aplicarse con apego a ciertos parámetros, principalmente: que deben ser el único medio disponible para prevenir un daño cierto e inminente al paciente o a terceros; se deben haber agotado todas las opciones de contener el daño por otros medios; debe respetarse el principio de proporcionalidad y contemplar salvaguardas adecuadas; no debe prolongarse más allá del tiempo estrictamente necesario a ese fin; y se debe mantener a la persona bajo estrecha supervisión y registrar adecuadamente todas las intervenciones (*Id.*: párrs. 113-116). En particular, descartó que, a la luz de la su jurisprudencia en “Aggerholm” (2020), la verificación de una situación de riesgo potencial fuera suficiente para mantener una medida de estas características. En cambio, debía verificarse un riesgo “inminente, específico, actual y demostrable” (*Id.*: párr. 122).

En el caso no existe controversia sobre la duración de la medida, en diferentes modalidades.² En ese marco, el tribunal entendió que, al momento de decidir la sujeción, podría considerarse que el Sr. Lavorgna se encontraba en un estado de “agitación” y “crisis”, lo cual justificaba tal medida. Sin embargo, encontró que, un día después, no se registraron más informes de agresividad ni agitación. En cambio, diversas anotaciones describían al solicitante como “tranquilo” (*Id.*: párr. 125). Para el tribunal, ello es

² Si bien las restricciones, consistentes en correas para muñecas y tobillos, se aplicaron inicialmente a las cuatro extremidades, a partir del segundo día, ciertas extremidades quedaron temporal e intermitentemente libres de restricciones para fines de higiene personal, alimentación o fisioterapia. A partir del séptimo día, el solicitante fue liberado temporalmente de las restricciones para su higiene personal e ir al baño. *Id.*: párr. 118.

un indicio de que la continuidad de la medida parece haberse basado en la falta de apreciación crítica sobre el comportamiento violento por parte del Sr. Lavorgna, y que los profesionales prolongaron la situación de “peligro cierto y actual” a partir de esta percepción inicial.

En efecto, obran registros médicos que hacen alusión a la persistencia del riesgo de agresión externa, debido a la actitud acrítica del solicitante hacia su propio comportamiento (*Id.*: párrs. 126 y 127). El tribunal observó que, a días de la imposición de la medida, obraban anotaciones sin ningún detalle, especificación o indicación que demostraran de qué modo persistía el peligro cierto y actual. Otros registros también referían a la decisión de prolongar la medida sin más detalles (ej. “la sujeción se mantiene en tres extremidades con un brazo libre”).

De hecho, el TEDH observó que, en una oportunidad, se retiraron las sujeciones temporalmente por razones de higiene personal y para permitir que el peticionario pudiera fumar, y luego, con su consentimiento, se lo volvió a sujetar en una de las extremidades, sin que se indiquen las razones que justifiquen esa decisión. En particular, respecto de los registros médicos del 14 de octubre, señaló que la primera anotación fue efectuada dieciséis horas después de la anterior y se limitaba a señalar que el solicitante tenía “sujeciones en tres extremidades” y que parecía tranquilo (*Id.*: párr. 129). En consecuencia, concluyó que no se había demostrado la necesidad de continuar con dicha medida por un período de tiempo extraordinariamente prolongado.

Luego, el TEDH analizó si el Estado realizó una investigación adecuada y diligente. Tuvo en cuenta que la pericia rendida en la investigación penal, si bien había descartado una posible conducta delictiva por parte de los médicos, determinó que los profesionales podrían haber obrado con un exceso de prudencia “quizás excesivo e infundado”. Observó que, a pesar de ello, el fiscal omitió analizar si el peligro “cierto y actual” se encontraba presente durante todo el lapso que duró la medida y no solamente al comienzo (*Id.*: párrs. 130-134).

En cuanto a los aspectos procedimentales del artículo 3 del CEDH, se detuvo, en primer lugar, en la excesiva duración de la pesquisa, que insumió más de tres años y cuatro meses sin que se hubieran escuchado testigos o realizado otras diligencias probatorias relevantes. Únicamente se consultaron los registros médicos y se solicitó un informe pericial. Desde la entrega del informe y la solicitud de sobreseimiento habían transcurrido más de dos años. Sobre esa base, el TEDH consideró que, más allá de alegaciones genéricas respecto de la sobrecarga de trabajo, el Estado no había aportado elementos concretos para justificar semejante demora, máxime tratándose de una denuncia por malos tratos. En definitiva, concluyó que la investigación no arrojó luz sobre cuestiones esenciales para determinar si la medida restrictiva continuaba siendo estrictamente necesaria por el lapso de ocho días (*Id.*: párrs. 148-153).

3. Las prácticas coercitivas en el marco regulatorio internacional

Para introducirnos en el marco regulatorio internacional respecto de las sujeciones físicas, nos parece un buen punto de partida las palabras de la Corte IDH cuando señala:

las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. La vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos a internación (Corte IDH, 2006: párr.129).

En esa línea, ya en la Declaración de Caracas, los ministros y ministras de salud de los países de la región habían reconocido que el hospital psiquiátrico crea condiciones desfavorables que ponen en peligro los derechos humanos de las personas usuarias de los servicios de salud mental y, en consecuencia, recomendaron una reestructuración de la atención psiquiátrica ligada a la atención primaria de la salud, donde los recursos, cuidados y tratamiento provistos deben, entre otras cuestiones, salvaguardar, invariablemente, la dignidad personal y los derechos humanos y civiles (OMS, 1990).

En el derecho internacional, si bien los tratados de alcance general reconocieron derechos sin discriminación alguna a todas las personas por su condición de tales, fue la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) la que abordó la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y asumió el “modelo social”, que propicia la inclusión social de ese colectivo principalmente sobre la base del reconocimiento del derecho a la vida independiente, a la no discriminación, a la accesibilidad universal, a la capacidad jurídica y a la libertad, entre otros.

Ese tratado refuerza la protección que ofrecía el marco internacional de derechos humanos existente en el ámbito de la salud mental y consagra normas internacionales más avanzadas en materia de protección de derechos de las personas con discapacidad. Entre ellos, los “Principios de Salud Mental” de la ONU de 1991, que establecieron un catálogo de derechos con estándares generales y que –en ese entonces– significó un valioso avance en la defensa de los derechos humanos.

Sin embargo, los postulados de esta norma luego serían superados por las mayores garantías dispuestas en la CDPD. En efecto, los “Principios” procuran evitar la utilización extendida e infundada de este método, establecer un estricto registro y control de estas prácticas (ONU, 1991: principio 11), lo cual es relevante como estándar mínimo, mas no satisface las obligaciones derivadas de la CDPD. Ello revela la transformación que se ha ido desarrollando en el ámbito de la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial.

Como adelantamos, la CDPD reconoce su derecho a la capacidad jurídica plena, dado que todas las personas –incluidas las personas con discapacidad–, tienen la aptitud legal y la legitimación para actuar en virtud de su condición de ser humano (Comité DPD, 2014: párrs. 13-15). En esa línea, garantiza que la atención sanitaria a las personas con discapacidad se preste sobre la base del consentimiento libre e informado (art. 25).

A su vez, la CDPD reafirma que las personas con discapacidad disfrutan del derecho a la libertad y a la seguridad en igualdad de condiciones con las demás, y aclara que “la existencia de una discapacidad no justificará en ningún caso la privación de libertad” (art. 14).

Desde ese marco normativo, las prácticas coercitivas entran en conflicto con el derecho al igual reconocimiento ante la ley al negarle su capacidad jurídica, al tiempo que violan el derecho a la libertad y a la seguridad y contradicen el derecho al consentimiento libre e informado. En lugar de ello, según el Comité DPD,

los Estados partes deben respetar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad de adoptar decisiones en todo momento, también en situaciones de crisis; velar por que se proporcione información exacta y accesible sobre las opciones de servicios disponibles y porque se ofrezcan alternativas no médicas; y proporcionar acceso a apoyo independientes. Los Estados parte tienen la obligación de proporcionar acceso a apoyo para las decisiones relativas a los tratamientos psiquiátricos (Comité DPD, 2014: párr. 42).

Además de establecer la prohibición absoluta de las internaciones involuntarias en tanto violatorias de la capacidad jurídica, el Comité DPD ha destacado que en esos contextos donde las personas con discapacidad suelen estar expuestas a situaciones de aislamiento, inmovilización y medidas de contención física, farmacológica y mecánicas, prácticas que resultan violatorias de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15 CDPD) (Comité CDPD, 2015: párrs. 38 y 39).

Al respecto, los Relatores Especiales de la ONU sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes han destacado que la imposición de prácticas coercitivas en el marco de tratamientos por salud mental –cualquiera que sea su duración– respecto de personas que padecen discapacidad mental constituye un trato degradante, y que la inmovilización de estas personas, incluso durante un breve período de tiempo, puede constituir tortura y malos tratos (2013: párr. 63). Los expertos señalaron también que “los fines supuestamente benévolos” –como la “necesidad médica”– no justifican la imposición de prácticas coercitivas. Por ello, instaron a adoptar una absoluta prohibición de este tipo de medidas (2020: párr. 37).

El desaliento del uso de medidas no consentidas o forzosas en tratamientos de salud mental también fue recomendado por el Relator Especial de la ONU sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. El experto destacó que estas medidas ya no son defendidas en el contexto de la mejora de la salud mental e hizo hincapié en el hecho de que los sistemas de salud mental de todo el mundo están dominados por un modelo biomédico reduccionista, que utiliza la medicalización para justificar la coerción como práctica sistémica y que califica como “trastornos” a las diversas respuestas humanas frente los determinantes sociales.

Entiende que la forma de superar esa dominación requiere una acción transformadora en materia de derechos humanos que debe sustentarse fundamentalmente en los apoyos basados en la comunidad. También destaca que son los propios titulares de derechos –movimientos de usuarios, de personas con discapacidad psicosocial, “dementes”, de personas que oyen voces– quienes deben estar a la vanguardia de los esfuerzos en favor de un cambio basado en los derechos (2017: párr. 14; y 2020: párrs. 10-12).

En sentido similar se pronunció recientemente el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al señalar que “las personas con discapacidades psicosociales y que utilizan los servicios de salud mental siguen permaneciendo en instituciones, reclusas y sometidas a tratamiento forzoso, a menudo en condiciones inhumanas” (ACNUDH, 2025: párrs.16-21). Como respuesta, considera que es urgente la implementación de una reforma sistémica de los servicios de salud mental, a fin de priorizar un enfoque basado en los derechos humanos que implica pasar de una atención limitada a los enfoques biomédicos a una comprensión más holística e integradora, fundada en la atención y el apoyo a la salud mental basados en la comunidad.

Las últimas orientaciones en la materia fueron aprobadas en 2023 por la OMS y el ACNUDH. Allí los organismos observan que las violaciones de derechos humanos durante las internaciones por salud mental siguen siendo demasiado frecuentes. Para revertirlo, consideran fundamental poner fin a las prácticas coercitivas como forma de respetar el derecho de las personas a decidir sobre sus tratamientos y a tomar sus propias decisiones. En ese documento también señalan que la coerción sigue siendo un componente básico de las leyes de salud mental vigentes en todas las jurisdicciones, lo cual constituye un importante motivo de preocupación. Sostiene que no hay evidencia de que la coerción facilite el acceso a la atención de la salud mental y, por el contrario, pueda disuadir a las personas de buscar apoyo.

En este contexto, destacan que existe un conjunto cada vez mayor de prácticas no coercitivas que pueden aplicarse y que producen mejores resultados. Según estos organismos, el reemplazo de la hospitalización y el tratamiento involuntario debería ir acompañado por servicios comunitarios de salud mental centrados en la persona, con capacidad para ofrecer apoyo individualizado a quienes se encuentran atravesando una crisis. En esa línea, y como marco integral, recomiendan la adopción de voluntades anticipadas, la toma de decisiones con apoyo y el apoyo entre pares. Resaltan la importancia de garantizar opciones no médicas en momentos de crisis que deberían estar disponibles y accesibles como servicios primarios en las comunidades donde viven las personas.

Aun cuando no descartan la necesidad excepcional de las prácticas coercitivas, el documento señala que

todas las prácticas coercitivas pueden impugnarse desde un punto de vista jurídico, ético y clínico y admiten que, hay pruebas de que incluso cuando las leyes pretenden regular los casos más excepcionales, el uso de la coerción se normaliza y sus índices no disminuyen.

4. Regulación, prácticas y control judicial en la Argentina

En nuestro país, el uso de sujeciones físicas posee diversas aristas, al ser una práctica que se verifica en distintos contextos. Si bien en “Lavorgna” se trata su utilización en instituciones que alojan personas

con discapacidad, no es ocioso señalar que su uso es también frecuente en otros contextos, como suelen ser las residencias para personas mayores.³

En las instituciones de salud mental la recurrencia a esta práctica se hizo visible a partir de la publicación del informe “Vidas Arrasadas”, que provocó un gran impacto en la opinión pública y en especial en decisores del campo jurídico y sanitario, lo cual generó un momento favorable para el cambio de paradigma (CELS-MDRI, 2008).

En cuanto a su regulación, como dijimos, debe partirse de los postulados de la CDPD, que gozan de jerarquía constitucional en nuestro país. Sus disposiciones son operativas y comprometen a todas las personas que se encuentran involucradas en procesos asistenciales a ajustar su conducta a dichas pautas. De allí que se proyectan como un deber de abstención y generan la obligación de erradicar las prácticas no consentidas y los tratos incompatibles con la dignidad, como son las sujeciones. Institucionalmente, existe el deber –por parte de los decisores de políticas públicas– de adecuar la normativa interna a las disposiciones de la CDPD.

En este sentido, en su última revisión sobre el país, el Comité DPD recomendó al Estado prohibir “cualquier medida coercitiva impuesta a personas con discapacidad” y eliminar las disposiciones jurídicas que las legitiman, “incluido el aislamiento, la sujeción mecánica y farmacológica” (2023: párrs. 31.a) y 32.a). Previamente, el Comité DESC había recomendado adoptar medidas para prevenir malos tratos en los establecimientos de salud mental y garantizar los tratamientos sobre la base del consentimiento informado (2018: párrs. 53 y 54).

Sumado a ello, diversos organismos de protección internacional encomendaron al país cumplir con el mandato de desinstitucionalización derivado de la Ley Nacional de Salud Mental (Ley N° 26657, “LNSM”) y efectuar un estricto control sobre los establecimientos de salud mental, lo que incluye a estas prácticas (Comité DH, 2016: párr. 22 y CIDH, 2022).

En el plano legislativo, la LNSM regula los principios a los que deben sujetarse los tratamientos. Esta norma se encuentra inspirada en principios compatibles con el “modelo social de la discapacidad” de la CDPD, pues no solo promueve la atención sobre la base de tratamientos respetuosos de la dignidad y la condición de sujetos de derecho de los usuarios, sino también la prohibición de los entornos segregados y la abolición de una verdadera “cultura manicomial”, dentro de la cual se inscriben prácticas forzosas como la que aquí es objeto de análisis.

La LNSM, a su vez, incorpora los “Principios de Salud Mental de la ONU” que, como mencionamos, abordan los motivos, modos y principios que deben observarse al aplicar métodos de sujeción (art.

3 Diversos organismos de control llamaron la atención también sobre el uso de sujeciones en contexto carcelario. Ver, a modo de ejemplo, Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (2022), Informe de Seguimiento. Recuperado de <https://cnpt.gob.ar/2022/wp-content/uploads/2022/11/INFORME-DE-SEGUIMIENTO-DE-LAS-RECOMENDACIONES.pdf>; Subcomité para la Prevención de la Tortura (2013), Informe sobre la visita a Argentina del Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, CAT/OP/ARG/1, p. 101.

2). Pero es menester señalar que estas normas, actualmente, se encuentran sujetas a un control de convencionalidad respecto de los aspectos ya referidos de la CDPD.

De tal modo, a pesar de que no existe controversia jurídica sobre la aplicación en todo el territorio nacional de las disposiciones de la CDPD y de la LNSM (arts. 1 y 45) —a cuyos principios deben adecuarse las normas provinciales—, el hecho de que las principales incumbencias en materia de atención sanitaria resulten de competencia local, fomenta la falta de uniformidad en la materia.

Es así como en diversas jurisdicciones se adoptaron protocolos relativos al uso de sujeciones físicas, por fuera de los lineamientos federales. Como ejemplo, nótese que, en el ámbito de la CABA, se elaboró en 2021 la “Guía de Procedimiento para la Contención Física de Usuarios asistidos en Salud Mental en Situaciones de Urgencia y/o Emergencia”.⁴ Si bien allí se incorporan los principios de excepcionalidad, *ultima ratio*, proporcionalidad y máximos cuidados en el uso de estos métodos, es evidente que se apunta a una mirada regulatoria del uso de las sujeciones y no a su erradicación. Así y todo, el protocolo establece un plazo máximo de duración para las sujeciones “que nunca deberá superar las 72 horas”.

Sobre la base de esta dispersión normativa, la labor de los órganos de control ha sido relevante, por un lado, para constatar la persistencia de estas prácticas, como así también para establecer estándares mínimos y propiciar que se activen los controles judiciales necesarios. En el marco de sus tareas de monitoreo y fiscalización sobre los servicios de salud, en ocasiones puntuales el Órgano de Revisión Nacional de salud mental (ORN) —organismo de vigilancia de la LNSM— ha remarcado la necesidad de adoptar medidas alternativas, como el acompañamiento terapéutico permanente, en lugar del uso de sujeciones físicas.

En este punto, no escapa al análisis que la adopción de estas medidas guarda estrecha relación con la organización institucional en los servicios de salud, ya que, usualmente, su imposición suplente la falta de recursos humanos para brindar un abordaje personalizado y no coercitivo. En tal sentido, el ORN, en referencia al extendido uso de las consignas policiales para “contener” situaciones de riesgo en las instituciones de salud, aprobó una resolución donde señaló, en lo que aquí importa, que era necesario erradicar el uso de esposas⁵ y que debía garantizarse que la dotación de personal e infraestructura en los establecimientos “sean suficientes y adecuados para que las personas reciban una atención sanitaria, social, integral y humanizada”. También remarcó la necesidad de “controlar de manera oficiosa y periódica hasta su levantamiento” la excepcionalidad de esta medida (ORN, 2023).

4 La impronta del Protocolo se advierte, por un lado, en que si bien se hace referencia a una “contención verbal” previa, no se incluyen pautas específicas sobre el modo en que debe abordarse una crisis, previo a la imposición de medidas coercitivas. También se omite por completo cualquier referencia a técnicas de “desescalada” de la crisis, a la intervención de los referentes vinculados o la necesidad de prevenir las situaciones que suelen desencadenarlas. En cuanto a esto último, debe notarse que, para el protocolo, se encuentra legitimada la imposición de esa medida inclusive para “evitar la interrupción y permitir la instauración y administración de todas aquellas medidas terapéuticas necesarias para el tratamiento y que el estado temporal del individuo pueda poner en peligro, como por ejemplo el mantenimiento de vías, catéteres, aparatología, administración de medicación”.

5 A instancias de la Unidad de Letrados (Penal) de la Defensoría General de la Nación, se dictaron pronunciamientos donde se ha ordenado al personal abstenerse de su utilización, como así también de adoptar medidas restrictivas que no hayan sido indicadas por el equipo de salud o convalidada por el juzgado de control de internación. Ministerio Público de la Defensa, Informe Anual 2024, pp. 108/109.

Hay que destacar que en “Lavorgna” la duración de la medida por ocho días y su prolongación debido a la falta de “arrepentimiento” no cumple siquiera con el protocolo aquí mencionado. Así y todo, para el TEDH el tiempo no parece convertirse *per se* en un factor dirimente para evaluar su legalidad, por lo que, en este punto, su contribución al desarrollo progresivo de los estándares en la materia resulta escasa.

Por otra parte, no son numerosas las ocasiones en que los tribunales han realizado un efectivo control sobre el uso de sujeciones físicas en el ámbito de la salud mental. En este último plano, existen precedentes relevantes respecto de su imposición en el marco del alojamiento en instituciones para personas adultas que pueden orientar el análisis. No debe perderse de vista que en la CABA, la Ley N° 5670 regula el uso de sujeciones físicas en las instituciones de personas mayores, quienes además de la protección de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores usualmente también se encuentran abarcados por las disposiciones de la CDPD y la LNSM.

No es difícil advertir que esta ley local no satisface el *test* de convencionalidad y legalidad, ya que habilita la realización de contenciones físicas de forma prolongada, por causas excesivamente laxas y sujetas a la interpretación de quien las aplica. Ejemplo de ello es que su artículo 33 establece que el control judicial sobre la medida de sujeción recién podrá activarse si esta se extendiera por más de catorce días.

En el caso “D., L. B.”, resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, se plantearon algunas de estas discusiones.⁶ Allí, la hija y curadora de una persona de 64 años institucionalizada solicitó la autorización para realizar su sujeción “total o parcial”. El juez de primera instancia había delegado en la institución recabar el consentimiento y, a su vez, consideró que el control sobre las condiciones de la medida correspondía al Ministerio de Salud de la CABA, autoridad de aplicación de la ley local. La Cámara revocó la decisión. Para ello, consideró, en primer lugar, que tanto la Convención sobre Personas Mayores como la Ley N° 5670 establecen que la sujeción es una medida excepcional. Sobre esa base, consideró fundamentales los informes encomendados al Grupo “Desatar” –recabados por intermedio de la Sociedad Argentina de Gerontología y Geriatria–, en los cuales se constató que el método de sujeción podía ser reemplazado por apoyos –de conformidad con la CDPD–. Por lo tanto, ordenó a las entidades a cargo de la cobertura la provisión de los dispositivos adecuados.

Por otra parte, y el marco de un conflicto de competencias, en un reciente pronunciamiento la CSJN se refirió al control judicial y de modo *obiter*, a la duración de las sujeciones físicas, respecto de personas mayores. El director de una institución interpuso una acción declarativa de certeza contra el Gobierno de la CABA, alegando un estado de “incertidumbre” sobre los plazos máximos previstos por la Ley N° 5670 para el uso de sujeciones, toda vez que –según afirmó– algunos residentes requerían contenciones “permanentes”. El planteo derivó en un conflicto negativo de competencias.

6 CNAC (Sala “K”), “D., L. B. s/determinación de capacidad”, Expte. 89.129/2001, 06/10/22; en igual sentido, CNAC (Sala “C”), “Incidente N° 1- Actor: S. G., D. L. s/ART. 250 C.P.C - Incidente de Familia”, Expte. 70026/2022, 30/11/22. Por el contrario, se autorizó el empleo de cintas de sujeción en una persona mayor en silla de ruedas luego de que los informes profesionales avalaron dicho método. CNAC (Sala “G”), “Incidente N° 1 - ACTOR: C., M. A. s/ART. 250 C.P.C - INCIDENTE FAMILIA”, Expte. 89880/2019/1/CA1, 28/10/20.

En su decisión, la CSJN –remitiendo el dictamen de la Procuración General– delimitó el objeto de la pretensión, al señalar que, no obstante el *nomen iuris*, no perseguía poner fin a un estado de incertidumbre sino lograr una “autorización judicial amplia” para imponer dicho método en forma permanente, respecto de algunos residentes. De allí que tal acción debía ser sustanciada ante los juzgados civiles, por ser quienes tienen a cargo el control judicial sobre los derechos de las personas con padecimiento mental, pacientes y personas mayores. A su vez, y en función del excesivo tiempo que insumió la sustanciación del conflicto, el máximo tribunal ordenó también al juez competente tomar en cuenta el compromiso asumido por el Estado de prevenir, sancionar y erradicar las sujeciones físicas prolongadas en personas mayores (CSJN, 2023).

5. Breves reflexiones finales

Como hemos sostenido, el abandono de la atención basada en el hospital psiquiátrico en tanto amenaza concreta a la vigencia de los derechos humanos data ya de varias décadas. Sin embargo, la protección jurídica de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial ha ido evolucionando progresivamente desde entonces. Por lo tanto, desde la perspectiva del control judicial, entendemos que el minucioso análisis efectuado por el TEDH sobre la justificación, modo e implementación de cada uno de los días en que la sujeción física tuvo lugar sin dudas constituye un aporte positivo.

Así, desde la regulación de los “Principios ONU” hasta la robusta protección de la CDPD, junto con las opiniones consultivas e informes tanto del Comité DPD como de otros organismos internacionales, se advierte una evolución continua del paradigma del enfoque de la salud mental basada en los derechos humanos que, en lo que aquí importa, postulan la erradicación de las prácticas coercitivas. En el caso argentino, si bien la LNSM marcó un hito en desarmar el paradigma manicomial y existen avances de su implementación en varias jurisdicciones, se observa todavía una deuda importante en ese campo.

En simultáneo, la organización de las personas usuarias y la emergencia del activismo en primera persona han contribuido a poner en primer plano algunos de los planteamientos críticos que ya venían haciéndose. En palabras de Erro: “[d]ar valor a la propia experiencia ha resituado la prioridad dada a algunas iniciativas realizadas desde los *ámbitos* profesionales en etapas anteriores” (Erro, 2025). Este autor refiere como ejemplo, el de la lucha contra prácticas como las contenciones mecánicas en España o contra el electroshock en Chile, y destaca el desarrollo de prácticas horizontales, de alternativas de cuidado colectivo con base en la autogestión, el apoyo mutuo, entre otras iniciativas impulsadas por el activismo. En sentido similar, señala Exposto: “[e]l precariado psíquico precisa organizarse: el sujeto del cambio en el movimiento social por la salud mental ya no son solo los profesionales y familiares, el sujeto somos los sintomáticos; los usuarios, ex usuarios y supervivientes del modelo terapéutico hegemónico” (Exposto, 2021).

De tal modo, para la erradicación definitiva de estas prácticas coercitivas es fundamental tanto una acción sostenida, interdisciplinaria, multisectorial, que junto al activismo en primera persona amplíe y haga accesible el acceso a dispositivos y tratamientos no coercitivos que respeten el consentimiento

informado y la autonomía de las personas, como el ejercicio de un oficioso control judicial por parte de la magistratura, respetuosa de los principios de inmediatez y tutela judicial efectiva.

Referencias bibliográficas

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Informe Salud Mental y Derechos Humanos, 2025, A/HRC/58/38
- CELS - MDRI (2008). *Vidas arrasadas – La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- CIDH. (2022). Petición P-268-10, “María del Carmen Senem de Buzzi”, acuerdo de solución amistosa del 6 de junio de 2022. Recuperado de https://www.mpd.gov.ar/pdf/Acuerdo_Senem_de_Buzzi.pdf.
- Comité de Derechos Humanos (2016). Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina, 10 de agosto de 2016, CCPR/C/ARG/CO/5, p. 22;
- Comité DESC (2018). Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Argentina, 1 de noviembre de 2018, E/C.12/ARG/CO/4, pp. 53 y 54.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité CDPD) (2014). Observación General 1, cit. (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, pp. 13 a 15.
- Comité CDPD (2015). Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad, 2015, A/72/55, pp. 38 y 39.
- Comité CDPD (2023). Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Argentina, 24 de marzo de 2023, CRPD/C/ARG/CO/2-3, p. 31.a) y 32.a).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). “Ximenes Lopes c/ Brasil”, sentencia del 4/7/2006, párr.129.
- CSJN (2024). Causa CCF 5896/2019/CA1-CS1, “Instituto Coghlan SRL c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción meramente declarativa”, sentencia del 22 de octubre de 2024, resuelta de conformidad con el dictamen de la Procuración General de la Nación de fecha 29 de agosto de 2023.
- Erro, J. (22 de mayo de 2025). La irrupción del activismo en primera persona. *Mad in Mexico*. Recuperado de <https://madinmexico.org/la-irrupcion-del-activismo-en-primera-persona/>.
- Exposto, E. (2021). *Las máquinas psíquicas: crisis, fascismos y revueltas*. Buenos Aires: La Docta Ignorancia.
- Organización Mundial de la Salud (OMS) (1990). “Declaración de Caracas”, adoptada por aclamación en la Conferencia Reestructuración De la Atención Psiquiátrica en América Latina Caracas, Venezuela, 11-14 de noviembre de 1990.
- ONU (1991). “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental”, adoptados por la Asamblea General (ONU) en su Resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991.
- ORN (2023). Resolución S.E. N° 06/2023, del 24 de noviembre de 2023.
- Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Informe 2013, A/HRC/22/53, p. 63.

Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Informe 2020, A/HRC/43/49, p. 37.

Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Informe 2017, A/HRC/35/21 p. 14 y 2020, A/HRC/44/48, pp. 10-12.

TEDH (2020). Caso “Aggerholm v. Denmark”, no. 45439/18, sentencia del 15 de septiembre del 2020.

TEDH (2024). Salud mental. Sujeciones físicas. TEDH, *Case of Lavorgna v. Italy*, 7 de noviembre de 2024.

Violencia sexual digital

TEDH. *Case of M.Ş.D. v. Romania*, 3 de diciembre de 2024

*Por Javier Teodoro Álvarez**

1. Introducción

Desde hace ya más de veinte años los sistemas interamericano y europeo de promoción y protección de los derechos humanos han puesto la atención sobre la violencia sexual a partir de una serie de directrices y documentos, como también de decisiones de sus órganos jurisdiccionales. Desde ese enfoque, ambos coinciden en que existe en cabeza de los Estados obligaciones positivas para prevenir, investigar, sancionar, erradicar y reparar aquellos actos. Además, que tales mandatos se encuentran reforzados o profundizados en razón de la posición de garante de los Estados frente a patrones de violencia que afectan a ciertos grupos subordinados o en situación de vulnerabilidad (Corte IDH, 2015: párrs. 311 y ss.). Sin embargo, resulta aún embrionaria la reacción frente a la violencia sexual digital, es decir, aquella intermediada por algún dispositivo electrónico.

En el ámbito de las Naciones Unidas recién en el año 2018 la Relatora Especial sobre la Violencia contra las Mujeres definió a la violencia en línea como

* Abogado (UBA). Doctor en Derechos Humanos (UNLA). Máster en Razonamiento Probatorio (Universitat de Girona – Università di Genova) y en Derecho Penal (UTDT). Profesor en grado (UBA) y posgrado (UNDAV, UNS, UNGS). Secretario Letrado de la Procuración General de la Nación.

todo acto de violencia por razón de género contra la mujer cometido con la asistencia, en parte o en su totalidad, del uso de las TIC, o agravado por este, como los teléfonos móviles y los teléfonos inteligentes, Internet, plataformas de medios sociales o correo electrónico, dirigida contra una mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada (REVM, 2018).

También en aquel año, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU reconoció

que la violencia contra las mujeres y las niñas, incluso en los contextos digitales, es un fenómeno mundial que hunde sus raíces en la desigualdad histórica y estructural que ha caracterizado las relaciones de poder entre la mujer y el hombre, que refuerza aún más los estereotipos de género y los obstáculos que impiden a las mujeres y las niñas disfrutar plenamente de sus derechos humanos (Consejo DH, 2018).

En el ámbito interamericano, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI) publicó en el año 2022 su informe sobre ciberviolencia y ciberacoso contra mujeres y niñas a partir de los alcances del citado tratado. En el documento –si bien se advierte sobre la cautela de ofrecer conceptos rígidos– define a la violencia de género digital como

cualquier acción o conducta en contra de la mujer, basada en su género, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, económico o simbólico, en cualquier ámbito de su vida, la cual es cometida, instigada o agravada, en parte o en su totalidad, con la asistencia de las tecnologías de la información y comunicación (MESECVI, 2022: 13).

Además, resalta que la ciberviolencia de género es consecuencia de la discriminación estructural que afecta a mujeres, adolescentes y niñas –como también a personas LGBTIQ+ –en todas sus interacciones sociales.

De allí que no se trata de casos aislados, excepcionales o de reciente surgimiento, sino de una manifestación más de la violencia de género fuera de línea y, por ello, debe ser abordado por el DIDH. Ese enfoque, de acuerdo con el MESECVI, es crucial para desplegar respuestas e intervenciones estatales eficaces (*Ibidem*: 16). En ese sentido, se trata de una continuidad de la violencia de género *offline* a partir del uso extendido de Internet y la fluidez entre los escenarios virtuales y físicos.

En materia de decisiones jurisdiccionales, de momento, solo el TEDH ofreció estándares en relación con estos hechos. Uno de los primeros casos que inauguró este recorrido fue *Buturugă v. Romania* sobre la ineficiente respuesta estatal frente a una denuncia de ciberacoso que una mujer realizó contra su ex pareja. Allí, el Tribunal señaló que el ciberacoso es una forma particular de violencia contra mujeres y niñas y que puede adoptar una multiplicidad de supuestos como, por ejemplo, las violaciones

cibernéticas a la privacidad, la intrusión en la computadora de la víctima, la captura de información, el intercambio y manipulación de datos e imágenes, entre otros. De igual modo, expresó que en el marco de episodios de violencia doméstica, la cibervigilancia a menudo la realizan las parejas íntimas de la víctima (TEDH, 2020: párr. 74).

El camino continúa con la sentencia que aquí se comenta. La novedad de este precedente es que, por primera vez, un tribunal regional de derechos humanos emite una decisión sobre violencia sexual digital.

2. Los hechos del caso

En el verano de 2016 M.Ş.D., una joven que acababa de cumplir 18 años, conoció por Facebook a VCA, un muchacho de 20 años. El inicio del vínculo obedeció a que M.Ş.D. había sido admitida en la misma universidad a la que asistía VCA, por lo que comenzaron a conversar sobre sus estudios y de allí iniciaron un vínculo de intercambio de mensajes que incluyó el envío de fotos íntimas. Mantuvieron una relación sentimental breve que duró unos meses.

Al poco tiempo de la separación, VCA discutió con un amigo de M.Ş.D. a quien le tenía celos. A partir de esa pelea, creó varias cuentas falsas en Facebook usando la identidad digital de amistades de M.Ş.D. con el propósito de difundir sus fotografías íntimas. VCA envió las imágenes de M.Ş.D. a familiares, amistades y compañeros de estudio de aquella. Cuando M.Ş.D. le pidió que dejara de hacerlo, VCA redobló la apuesta: publicó las imágenes con su nombre y dirección en varios sitios webs donde se promocionan servicios sexuales. Ello provocó que recibiera diversos contactos telefónicos por parte de desconocidos que habían visto sus fotos para consultarle sobre tarifas y posibles contrataciones.

En diciembre de 2016, M.Ş.D. denunció a VCA ante la policía de Bucarest que, luego de una investigación preliminar, abrió una causa penal por los delitos de comportamiento amenazante y violación a la vida privada. En el marco de esas actuaciones, VCA admitió que había realizado aquellos actos y justificó su accionar por celos. Sin embargo, la investigación comenzó a detenerse.

El hecho se hizo público mediante una investigación periodística que se tituló “La humillación suprema”. El artículo advertía que al principio la policía se había negado a tomarle la denuncia a M.Ş.D. para luego requerirle que imprimiera las fotografías en cuestión y regresara a la comisaría acompañada de su padre con el fin de asegurar que la acusación fuera genuina.

Mientras la causa tomaba estado público, la investigación judicial no avanzaba. Por ello, M.Ş.D. presentó una queja ante el Tribunal de Distrito de Bucarest por la excesiva duración del proceso y los pocos avances significativos. El tribunal hizo lugar y requirió a la fiscalía que culminara en el plazo de cuatro meses. Finalmente, la fiscalía propuso el archivo de las investigaciones contra VCA en el entendimiento que su comportamiento no constituía un delito, ya que M.Ş.D. le había enviado de manera voluntaria sus fotografías íntimas, de modo que VCA las había obtenido de forma legal y no se configuraban los elementos del tipo penal a la luz de la legislación rumana vigente en ese momento.

La fiscalía también señaló que, cuando ocurrieron los hechos, tanto VCA como M.Ş.D. eran jóvenes estudiantes con poca experiencia y “propensos a actuar de forma instintiva en lugar de racional” impulsados por el deseo de transitar experiencias sexuales nuevas. Además, agregó que M.Ş.D. al optar por enviarle fotografías íntimas suyas a VCA había contribuido de forma sustancial a transformar su relación en un vínculo “centrado en una sexualidad exacerbada”. El juzgado de instrucción convalidó el dictamen y sobreseyó a VCA. Luego de diversas instancias recursivas la decisión quedó firme en febrero del 2022 (TEDH, 2024: párrs. 5-70).

Ante ese resultado, M.Ş.D. denunció al Estado rumano ante el TEDH porque las autoridades nacionales no habían protegido de forma eficaz su derecho al respeto de su vida privada y de su intimidad en relación con los actos de VCA consistentes en: (i) la publicación de fotografías íntimas de ella en sitios web de servicios de acompañantes, junto con su nombre, número de teléfono y dirección particular, y (ii) la difusión de dichas fotografías tanto a su familia y amigos, como también públicamente, a través de la plataforma Facebook suplantando de manera maliciosa la identidad de algunos de los amigos de la demandante o de la propia demandante. A su vez, denunció que las autoridades nacionales habían vulnerado su derecho de acceso a los tribunales, a un tribunal imparcial y a que el proceso se desarrollara en un plazo razonable. Por último, también denunció un trato desigual en razón del género.

3. La decisión del TEDH

El TEDH admitió la demanda, pero solo en relación con los argumentos sobre la posible violación del artículo 8 del CEDH. Al respecto, recordó que el concepto “vida privada” es un término amplio, no admite una definición exhaustiva y abarca no solo a la integridad física de una persona, sino también la psicológica. A su vez, expresó que la protección a la vida privada se extiende a aspectos relacionados con la identidad personal, como el nombre y también las fotografías o imágenes de una persona y el derecho al control sobre el uso de las mismas (*Ibidem*: párr. 115).

Desde esa premisa, precisó que el fin del artículo 8 del CEDH es proteger a las personas contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas. Ello no se limita a obligar a los Estados a abstenerse de tales injerencias, sino también impone obligaciones de carácter positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada. Entre ellas, se encuentra adoptar medidas destinadas a garantizar el respeto de aquella esfera, incluso en el ámbito de las relaciones entre particulares (*Ibidem*: párr. 116).

La elección de los medios para asegurar el cumplimiento del artículo 8 del CEDH en el ámbito de las relaciones entre individuos cae dentro del margen de apreciación de los Estados, tanto si se trata de obligaciones negativas como positivas. Empero, el TEDH señaló que cuando está comprometido un aspecto especialmente importante de la existencia o la identidad de un individuo, o cuando las actividades impugnadas involucran un aspecto muy íntimo de la vida privada, aquel margen de apreciación se reduce (*Ibidem*: párr. 117).

Con ese norte, el TEDH señaló que, en el ámbito de la violencia perpetrada por individuos entre sí, los actos de violencia digital –como el acoso o la suplantación maliciosa de la identidad– eran una forma de violencia contra las mujeres capaces de afectar su integridad física y psicológica (*Ibidem*: párr. 118). Asimismo, recordó que tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia consolidada del Tribunal enfatizan la particular vulnerabilidad de las víctimas de violencia doméstica y la necesidad de la participación activa del Estado en su protección (*Ibidem*: párr. 119).

De modo que, hasta aquí, el TEDH ofreció cuatro grandes definiciones. La primera, que el control sobre el uso de las fotografías e imágenes de una persona queda comprendido dentro de los alcances del concepto de vida privada del artículo 8 del CEDH. La segunda, que esa norma impone a los Estados obligaciones negativas de no interferencia y positivas de protección. La tercera, que el modo en que se cumplen esos mandatos queda comprendido dentro del ámbito de apreciación de los Estados, aunque este se reduce en casos donde se involucre aspectos muy íntimos de la vida privada. Y la cuarta es la consolidación del estándar que elaboró en “Buturugă” al definir a la violencia digital contra las mujeres como una forma de violencia de género y, a partir de allí, la necesidad de protección estatal.

Queda entonces por resolver de qué manera los Estados deben ofrecer amparo a las víctimas de estos hechos. El TEDH sostuvo que los Estados tienen la obligación positiva de establecer y aplicar de manera efectiva un sistema que castigue todas las formas de violencia de género, ya sea que ocurran *online* u *offline*, y de brindar salvaguardas suficientes y medidas de protección adecuadas a las víctimas (*Ibidem*: párr. 120). En suma, la obligación positiva de los Estados a la luz del artículo 8 del CEDH ante estos casos implica: (a) Establecer y aplicar en la práctica un marco legal adecuado que ofrezca protección contra la violencia por parte de individuos privados; (b) Tomar medidas razonables para evitar un riesgo real e inmediato de violencia recurrente del cual las autoridades sabían o deberían haber sabido; y c) Llevar a cabo una investigación efectiva de los actos de violencia.

El TEDH enfatizó la gravedad de los actos de violencia digital contra las mujeres, como la publicación de fotografías íntimas con el fin de humillarlas o degradarlas. Sostuvo que son casos que requieren de una respuesta penal por parte de las autoridades nacionales ya que un recurso civil, si bien podría ser útil para situaciones de menor intensidad, no permite cumplir con los mandatos antes mencionados (*Ibidem*: párr. 121). Afirmó también que tanto el interés público como la protección de las víctimas vulnerables frente a delitos que atenten contra su integridad física o psicológica exigen la disponibilidad de un recurso que permita identificar al autor y llevarlo ante la justicia (*Ibidem*: párr. 125).

Respecto de la investigación, recordó su línea jurisprudencial que afirma que, para ser eficaz, una investigación debe ser rápida y exhaustiva. Las autoridades deben tomar todas las medidas razonables para obtener pruebas relativas al incidente en cuestión, incluidas las pruebas forenses. Por ello, la falta de diligencia en los procedimientos relativos a actos de violencia en escenarios digitales puede generar responsabilidad para las autoridades por no garantizar que los autores sean llevados ante la justicia (*Ibidem*: párr. 138).

El TEDH concluyó que, al momento de los hechos, el marco jurídico penal de Rumania resultaba inadecuado, ya que no fue útil para brindar protección contra los actos específicos de violencia digital que sufrió la víctima. Además, que la manera en la que las autoridades manejaron el caso se caracterizó por una renuncia a desplegar una investigación rápida y exhaustiva capaz de lograr un efecto disuasorio, lo que reveló un incumplimiento del Estado de sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del CEDH (*Ibidem*: párr. 158).

4. Algunas reflexiones a partir de la decisión bajo comentario

La sentencia resulta relevante no solo por sus definiciones en relación con la gravedad de la violencia de género en línea y las obligaciones sobre la protección a las víctimas y la necesidad de desplegar una investigación efectiva, sino, y principalmente, porque impone el mandato de crear tipos penales específicos que castiguen esta clase de hechos.

La postura del TEDH se puede explicar desde tres enfoques: en su visión, la existencia de un tipo penal brindaría herramientas a las autoridades para que puedan llevar adelante un proceso judicial e identificar a los autores de los hechos; permitiría disponer de medidas de protección hacia las víctimas; y les ofrecería a aquellas una respuesta frente a la gravedad de los hechos.

De allí que el TEDH interpreta que a la luz de los compromisos que los Estados asumen ante la comunidad internacional en materia de derechos humanos se impone la obligación de legislar en materia penal sobre la violencia sexual digital. La forma, contenidos y elementos básicos de aquellos tipos penales queda a discreción de los Estados. Sin embargo, como señalé, es una primera definición importante.

Los hechos que sufrió M.Ş.D. pueden ser catalogados bajo la práctica de la difusión no consentida de imágenes íntimas. Se suele definir como el comportamiento de quien publica, o amenaza con hacerlo, a través de Internet las fotografías, audios y/o videos de carácter sexual sin el consentimiento de, por lo general, una ex pareja o persona con quien se mantuvo algún vínculo o relación íntima. En este caso, la acción tiene como finalidad la degradación pública, por lo que se intentará llegar a la mayor audiencia posible ya sea mediante el uso de redes sociales, creando perfiles falsos, o bien, en blogs o sitios webs dedicados a la temática (Álvarez, 2018: 132).

Este tipo de comportamientos afecta principalmente a las mujeres, en la medida en que la exposición de conductas, usos y preferencias sexuales reproduce patrones socioculturales de sumisión y degradación, mientras que en el caso de los hombres enaltece su masculinidad desde una mirada heterocisnormativa patriarcal. Por eso, la exposición de fotografías y/o videos de carácter íntimo implica una forma específica de violencia de género: la violencia sexual.

La Corte IDH en “Penal Miguel Castro Castro” reconoció como casos de violencia sexual a la violencia psicológica en un contexto en el que se utiliza el cuerpo o el sexo para privar a la víctima de su dignidad (Corte IDH, 2006: párr. 308). En igual sentido, en “Fernández Ortega y otros”, afirmó que esta clase de violencia se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona

sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o, incluso, contacto alguno (Corte IDH, 2010: párr. 119).

A nivel local, la CSJN –en una decisión de contienda de competencias– remitió al dictamen de la Procuradora Fiscal, que entendió que constituía un episodio de violencia de género la conducta del hombre que hostigó a su ex pareja luego de que esta dio por terminada la relación, al crear un perfil falso en la red social Facebook desde donde difundía imágenes de su privacidad, así como su número de teléfono y el ofrecimiento de servicios sexuales (CSJN, 2015). Es que esta clase de comportamientos constitutivos de violencia de género no solo lesiona el derecho a la privacidad y la imagen, sino también la libertad sexual.

La criminalización de estas conductas en los sistemas jurídicos comparados que han avanzado hacia la incorporación en sus legislaciones penales de tipos específicos suele fundamentarse en la lesión al bien jurídico *intimidad* en su sentido más amplio. En efecto, la tendencia global es crear delitos particulares frente a esta clase especial de violencia de género para sancionar a sus autores de manera independiente a las acciones civiles para remover el material o restringir sus accesos.

Filipinas fue uno de los primeros países en 2009 en criminalizar esta conducta, y en los Estados Unidos la mayoría de los estados han aprobado leyes que sancionan a quienes difunden sin consentimiento de la víctima el material sexual. Entre ellos, se destaca el estado de California que amenaza con pena de multa y de hasta 6 meses de prisión a quien distribuya con intención imágenes íntimas en circunstancias en la cual la persona debió entender que las mismas quedarían reservadas, siempre que el sujeto activo sepa que la distribución causará un serio perjuicio y efectivamente la persona lo sufra.

El Reino Unido también incorporó a su legislación penal este delito en el año 2015. La figura se denomina “divulgación de fotografías y películas sexuales privadas con la intención de causar angustia”, requiriendo para su configuración la especial voluntad del sujeto activo de generar un malestar psíquico. En julio de ese año, Nueva Zelanda también incorporó el delito a su legislación interna. Por su parte, en enero de 2016 entró en vigencia en Canadá una norma que penaliza la distribución no consentida de imágenes y videos sexuales privados (Palazzi, 2016: 16).

En España la reforma del año 2015 al Código penal introdujo en el artículo 197.7 la sanción a este delito de la siguiente manera:

Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

De la redacción del tipo penal se desprende que se sancionan dos comportamientos: i) quien tras haber protagonizado y grabado una relación íntima con un tercero procede a difundir las imágenes sin el consentimiento de la otra parte, y ii) quien ha recibido las imágenes de otra persona y las difunde sin la debida autorización. Se exige, además, que la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de la víctima, lo que deberá acreditarse en cada caso concreto. Para ello, se asume que aquellas imágenes o videos de contenido sexual que no han sido creadas para ser expuestas a terceros cumplen con tal requisito. Es interesante que la figura básica se agrave por la calidad del sujeto activo cuando sea cónyuge o persona que esté o haya estado unida a la víctima, aun cuando no medie convivencia, por cuanto es la modalidad habitual de este tipo de actividades.

Como puede advertirse en este brevísimo recorrido sobre algunas legislaciones comparadas, la propuesta del TEDH no es novedosa, aunque sí lo es el reconocimiento de que se trata de un mandato bajo los alcances del DIDH. Sin embargo, la decisión presenta algunos déficits que son necesarios señalar. Comencemos.

En mi opinión, la sentencia adolece de dos grandes omisiones. Por un lado, debió poner el foco y rechazar el argumento de la justicia local sobre la autopuesta en peligro de la víctima como una forma de eludir la responsabilidad del autor. La práctica del *sexting* implica la exposición de la propia intimidad y de allí que podría suponerse que este comportamiento debe ser atípico, por cuanto es el propio protagonista el que se coloca en la situación riesgosa y, por ende, debe asumir las consecuencias que derivan de su exposición. Es decir que, al tratarse de una comunicación libre, el emisor al enviar el material sexual emancipa una parcela de su intimidad.

Sin embargo, esta tesis debe ser rechazada en la medida en que existe un quebrantamiento de la voluntad del emisor del material cuando el receptor le asigna un destino distinto para el que fueron creadas, vale decir, retirándolas del ámbito personal. De allí que no se trata de una lesión que se genera porque deriva de un riesgo típico y específico de la actividad y, por lo tanto, previsible como si se tratara de las lesiones producidas durante una práctica de turismo aventura. Esta actividad lesiona a la intimidad de manera general y, en forma particular, al derecho a la propia imagen. En efecto, la CSJN afirmó que

el derecho al honor se refiere a la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir a su descrédito [...] Por su parte, el derecho a la imagen integra el derecho a la privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Al respecto, esta Corte ha dejado claramente establecido que dicha norma otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencias alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros [...] En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar

áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen (CSJN, 2014).

Es preciso recordar que el derecho al honor y a la intimidad no solo se encuentra consagrado en el artículo 19 de la CN, sino también en el artículo 11 de la CADH y el 17 del PIDCP. Mediante aquella normativa se garantiza el respeto a la honra y a que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada ni ataques ilegales a dichos derechos.

En función de este *racconto* de normas y jurisprudencia, se deriva que el derecho a la propia imagen se constituye mediante dos pilares: por un lado, la libertad sobre la imagen y voz y, por el otro, el derecho a impedir la reproducción o difusión sin consentimiento. De modo entonces que el argumento de la autopuesta en peligro o la asunción de riesgos como forma de exclusión de la tipicidad de la conducta resulta inadmisibles a la luz de los derechos humanos. De allí que hubiera sido esperable que el TEDH pusiera sobre relieve el argumento con el fin de rechazarlo.

La otra gran ausencia en la decisión aquí comentada es la observación sobre el razonamiento de que el autor del hecho actuó motivado por celos. Es que este tipo de comportamientos suele describirse como *revenge porn*, es decir, porno venganza o pornografía de venganza, lo que hace alusión al móvil que persiguen quienes difunden material sexual íntimo de sus ex parejas. Es un término que nació en los Estados Unidos para identificar este tipo de conductas y, aunque se trate de una expresión poco feliz, ha sido la más difundida.

La idea de venganza supone la retribución de un daño que ocasionó la persona expuesta como, por ejemplo, la decisión de una mujer de finalizar una relación. Por ende, la reacción frente a tal supuesta agresión se materializa con su degradación pública con el propósito de satisfacer el agravio recibido, que consiste –ni en más ni en menos– en ser un hombre abandonado. Es en ese sentido que este comportamiento implica la idea de demostrar el poder o el dominio del hombre frente a la mujer. En suma, se trata de líneas argumentales basadas en meros sesgos y estereotipos que, como tal, afectan el principio de igualdad y no discriminación que garantiza el artículo 14 del CEDH. De allí que la decisión de no abrir el asunto al agravio que la demandante presentó respecto de aquella cláusula resulta, al menos, problemática.

Sin perjuicio de estas dos observaciones, como antes señalé, la decisión del TEDH supone un nuevo avance en la protección de las víctimas de violencia sexual en escenarios digitales. Ese amparo no es posible escindirlo de los mandatos generales y especiales que el DIDH impone frente a la violencia de género.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, J. T. (2018). *Delitos sexuales. Coerción sexual e internet*. Buenos Aires: DyD.
- Consejo DH (2018). Acelerar los esfuerzos para eliminar la violencia contra las mujeres y las niñas: prevención de la violencia contra las mujeres y las niñas en los contextos digitales, A/HRC/38/L.6.
- Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.
- 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.
- CSJN (2014). “Rodríguez, María Belén c/Google Inc. s/daños y perjuicios”, *Fallos*: 337:1114.
- CSJN (2015). “Arce, Román Agustín s/injurias”, SJ 3622/2015/CS1.
- MESECVI (2022). “Ciberviolencia y ciberacoso contra las mujeres y niñas en el marco de la Convención Belém do Pará”.
- Palazzi, P. (2016). “Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)”. *El Derecho*.
- Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias (REVM) (2018). *Informe acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos*, A/HRC/38/47.
- TEDH. *Case of Buturugă v. Romania*, App. No. 56867/15, Court (Fourth Section), 11 de febrero de 2020.
- TEDH. *Case of M.Ş.D. v. Romania*, App. No. 28935/21, Court (Fourth Section), 3 de diciembre de 2024.

Salud mental. Capacidad procesal asistida

TEDH. *Case of F.S.M. v. Spain*,
13 de marzo de 2025

*Alejandro Uriel Müller**

1. Introducción

El fallo que aquí se comenta representa un punto de inflexión en la interacción entre el derecho penal clásico y el paradigma de los derechos de las personas con discapacidad. A través del análisis del voto concurrente de las juezas Elósegui y Mourou-Vikström se evidencia una transición conceptual: del modelo de inimputabilidad fundado en la alteración psíquica hacia un modelo de apoyos en la toma de decisiones, conforme al artículo 12 de la CDPD. El presente trabajo analiza este voto a la luz del régimen argentino de inimputabilidad y del proceso de adecuación normativa impulsado por la Ley N° 26657 de Salud Mental.

2. Los hechos del caso

El demandante, F.S.M., fue declarado parcialmente incapacitado en 2016 por diagnóstico de trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH) y trastorno de personalidad/psicótico. Sin

* Secretario de Primera Instancia integrante de la Unidad de Letrados Art. 22 Ley 26657 del Ministerio Público de la Defensa.

embargo, los hechos delictivos por los que fue condenado correspondían a los ejercicios fiscales 2007 y 2008, es decir, casi una década antes de dicha declaración de incapacidad.

En 2019, la Audiencia Provincial lo condenó por delitos contra la Hacienda pública al considerar que, en el momento de los hechos, poseía capacidad suficiente para comprender la ilicitud de su conducta y actuar conforme a esa comprensión. Durante el proceso penal, la defensa alegó violación del artículo 6.1 y 3(b) del CEDH, sosteniendo que la discapacidad del acusado le impedía comprender las acusaciones y comunicarse eficazmente con su abogada.

El TEDH concluyó que las autoridades españolas habían realizado una evaluación médica suficiente, garantizado la defensa letrada, y adoptado ajustes procesales razonables por lo que no determinó la violación del derecho a un juicio justo.

3. El voto concurrente de las juezas Elósegui y Mourou-Vikström

El voto concurrente al que ya se hizo referencia constituye uno de los aportes más relevantes en la reciente evolución de la jurisprudencia europea sobre discapacidad y debido proceso penal. Aunque las magistradas comparten la conclusión del TEDH –la inexistencia de violación al artículo 6 del CEDH–, su razonamiento introduce un cambio de enfoque normativo y axiológico que trasciende el paradigma médico-psiquiátrico tradicional del derecho penal.

3.1. Una lectura de derechos humanos de la capacidad procesal

El voto subraya que el demandante, en tanto persona con discapacidad psicosocial, se encontraba en situación de vulnerabilidad estructural y, por tanto, los tribunales debían actuar bajo un deber reforzado de diligencia. A diferencia de la mayoría, que se centró en la suficiencia formal de las pericias y la defensa letrada, las juezas sostuvieron que el examen del derecho a un juicio justo debe incorporar una dimensión sustantiva de igualdad, donde las adaptaciones no sean meramente disponibles, sino efectivamente proporcionadas y evaluadas por el tribunal.

Esta posición se enmarca en una concepción dinámica del artículo 6 CEDH, que integra el contenido del artículo 12 de la CDPD. Las juezas destacan que la “capacidad procesal” no puede equipararse con una comprensión abstracta de las actuaciones judiciales, sino que implica el derecho a participar activamente y con apoyos adecuados en todas las fases del proceso.

3.2. Diferenciación entre capacidad jurídica, capacidad mental y capacidad procesal

El voto introduce una distinción clave entre tres categorías: (1) capacidad jurídica general, que corresponde a la titularidad de derechos y obligaciones y que no puede ser restringida por razón de

discapacidad; (2) capacidad mental, referida al funcionamiento cognitivo, que puede requerir apoyos o ajustes razonables, y (3) capacidad procesal efectiva, vinculada a la posibilidad real de ejercer el derecho de defensa y comprender las implicaciones del proceso.

Esta diferenciación refleja una lectura moderna del DIDH, según la cual la discapacidad no puede justificar limitaciones automáticas de capacidad jurídica o procesal, sino únicamente la provisión de apoyos adecuados para su ejercicio.

3.3. Crítica al paradigma médico-pericial

Las juezas cuestionaron la dependencia excesiva del sistema judicial europeo respecto de los informes psiquiátricos como medio exclusivo para determinar la capacidad procesal o la inimputabilidad. Señalaron que el diagnóstico clínico no debe erigirse en criterio determinante para excluir o restringir la participación procesal, ya que esto reproduce estigmas históricos y contradice el modelo social de discapacidad.

Propusieron, en cambio, un examen funcional centrado en la aptitud para participar con apoyos: la justicia debe valorar si la persona, con las medidas de ajuste razonables pertinentes (intérprete cognitivo, comunicación asistida, defensor especializado, entorno no intimidatorio, etc.), puede ejercer su defensa de manera efectiva.

3.4. Enfoque de igualdad sustantiva

El voto concurrente reinterpreta el concepto de “igualdad de armas” del artículo 6 CEDH bajo la óptica de la igualdad sustantiva: la equidad procesal no se satisface con ofrecer iguales reglas formales, sino con garantizar condiciones materiales que permitan una participación real. En este sentido, la no adopción de apoyos adecuados podría constituir una vulneración indirecta del derecho a un juicio justo, incluso cuando se cumplan formalmente los requisitos procedimentales.

3.5. Proyección del modelo de la CDPD al derecho europeo

Además, las juezas sostuvieron que el TEDH debe evolucionar hacia una lectura armónica del CEDH con la CDPD, interpretando los derechos procesales de manera que aseguren el pleno acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Esta lectura dialoga con la jurisprudencia de la Corte IDH, especialmente en casos como “Furlan y familiares” (2012), que consagraron el deber estatal de garantizar la participación efectiva de personas con discapacidad en procesos judiciales.

3.6. Valor jurídico y proyección doctrinal

Aunque el voto concurrente no modificó la resolución final del caso, su aporte tiene un peso interpretativo relevante dentro del derecho europeo contemporáneo. La opinión de las juezas Elósegui y Mourou-Vikström abre un camino hacia una lectura del artículo 6 CEDH que, en lugar de concebir la capacidad procesal como una condición binaria –presente o ausente–, propone entenderla como una facultad que puede ejercerse con apoyos adecuados. De ese modo, traslada al ámbito penal la lógica de la autonomía asistida: las personas con discapacidad no pierden su capacidad de participar en un proceso judicial, sino que el Estado debe garantizar los ajustes necesarios para que esa participación sea efectiva.

Desde un punto de vista doctrinal, esta interpretación acercaría al TEDH a la evolución observada en América Latina, particularmente en la Argentina, donde el enfoque de apoyos y salvaguardas ha adquirido un carácter normativo. El razonamiento del voto anticipa así una posible convergencia entre ambos sistemas, orientada a reemplazar el paradigma tutelar por un modelo de justicia penal inclusiva.

En síntesis, el valor del voto concurrente radica en su función de puente hermenéutico: articula la protección procesal del CEDH con el reconocimiento universal de la capacidad jurídica establecido en la CDPD. Este diálogo intersistémico constituye una base doctrinal sólida para la progresiva incorporación del principio de “capacidad procesal asistida” en la práctica judicial europea y latinoamericana.

4. El régimen argentino y el paradigma de la Ley N° 26657

El sistema penal argentino ha experimentado una transformación profunda en materia de salud mental a partir de la sanción de la Ley N° 26657 de Salud Mental (2009), que marcó un cambio estructural del paradigma médico-asistencial hacia un modelo de derechos humanos y apoyos en la toma de decisiones, conforme a la CDPD.

Antes de esta reforma, el régimen penal aplicaba la inimputabilidad (art. 34, inc. 1° del Código Penal) desde una concepción clínica centrada en la “peligrosidad” y la internación preventiva de las personas declaradas inimputables. La Ley N° 26657 sustituyó esa lógica por un modelo basado en la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona, estableciendo límites claros a la internación involuntaria y priorizando tratamientos ambulatorios y comunitarios.

En el plano penal, este cambio implicó redefinir el sentido de las medidas de seguridad: ya no pueden tener carácter punitivo ni duración indefinida, sino que deben ser proporcionales, terapéuticas y revisables periódicamente por autoridad judicial competente, con intervención interdisciplinaria y control civil posterior.

La CSJN consolidó este paradigma en el caso “Antuña” (2012), donde revocó una internación compulsiva dispuesta en sede penal por falta de audiencia y control judicial adecuado. Para así decidir, sostuvo que toda medida de restricción de la libertad por razones de salud mental debe cumplir las garantías del debido proceso, ser temporal y ajustarse a criterios médicos actualizados.

Otros precedentes, como los del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (2024), han reforzado la idea de que las unidades penitenciarias no pueden funcionar como “manicomios judiciales”, estableciendo la necesidad de derivar las medidas curativas al sistema de salud y no al penal.

Doctrinariamente, este enfoque se alinea con lo que Gómez Passanante (2025) denomina “despenalización de la locura”: el desplazamiento del control punitivo hacia mecanismos de apoyo civil y comunitario. Bajo esta perspectiva, la inimputabilidad no debe implicar sustitución de la voluntad ni pérdida de capacidad jurídica, sino un reconocimiento de apoyos específicos para el ejercicio efectivo de derechos.

La Ley N° 26657 también redefine la noción de “riesgo” al sustituir la “peligrosidad” como criterio de internación por la exigencia de riesgo cierto e inminente, evaluado de manera interdisciplinaria y sujeto a revisión judicial continua. Esto responde a los estándares de la Observación General N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), que rechaza la privación de libertad basada en diagnóstico y aboga por sistemas de apoyo y salvaguardas adecuadas.

En conjunto, el sistema argentino actual busca equilibrar la protección social y la dignidad personal, incorporando una mirada integral de salud mental que penetra incluso en la interpretación del artículo 34 del Código Penal. Si bien persisten tensiones entre el viejo modelo pericial y el paradigma de derechos, la tendencia normativa y jurisprudencial apunta hacia una desinstitucionalización plena y una responsabilidad penal adaptada al modelo social de discapacidad. España, en cambio, mantiene un esquema penal más formal, donde la CDPD se aplica indirectamente a través del principio de interpretación conforme.

5. Influencias recíprocas y tendencia de armonización

El voto concurrente de las juezas Elósegui y Mourou-Vikström representa un puente hermenéutico entre ambos sistemas. Su insistencia en los apoyos, la igualdad sustantiva y la reinterpretación del artículo 6 CEDH a la luz del artículo 12 CDPD aproxima al TEDH a la doctrina y legislación argentinas. Del mismo modo, la Argentina puede nutrirse del razonamiento procesal europeo para fortalecer garantías durante el juicio penal, en especial en lo relativo al derecho a comprender el procedimiento, a comunicarse con la defensa y a participar efectivamente en la audiencia.

Este diálogo intersistémico configura un campo fértil para la armonización de estándares internacionales, orientados a la justicia inclusiva, la desinstitucionalización y la plena participación de las personas con discapacidad en el ámbito penal.

6. Conclusiones

El caso “F.S.M.” y el desarrollo normativo argentino en torno a la Ley N° 26657 permiten delinear una evolución convergente hacia un derecho penal inclusivo, aunque partiendo de puntos de partida distintos.

En Europa, el TEDH –y, particularmente, el voto concurrente analizado– introduce el principio de capacidad procesal asistida mediante el cual las personas con discapacidad pueden participar en juicio con apoyos y ajustes razonables. En la Argentina, este principio ya encuentra reflejo normativo y jurisprudencial en la práctica de los tribunales, que privilegian la autonomía, la revisión judicial y los dispositivos comunitarios de salud mental.

Ambos modelos, sin embargo, enfrentan desafíos comunes: la persistencia de resabios tutelares en la aplicación de medidas de seguridad, la insuficiencia de recursos institucionales y comunitarios para garantizar apoyos reales y la necesidad de formación judicial y forense interdisciplinaria que integre los principios de la CDPD.

El derecho penal del siglo XXI, tanto en Europa como en América Latina, enfrenta el reto de conciliar la protección social con la autonomía personal. En ese sentido, el paradigma de la Ley N° 26657 y la lectura inclusiva del artículo 6 CEDH convergen en una misma dirección: reconocer la dignidad, la capacidad y la participación plena de las personas con discapacidad como pilares de la justicia penal democrática.

Referencias bibliográficas

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014). Observación General N° 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1
- 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.
- CSJN (2012). “Antuña, Guillermo Javier s/ causa N° 12.434”, *Fallos* 335:2228.
- Gómez Passanante, J. M. (2025). El art. 34, inc. 1° del Código Penal de la Nación. *Estudios sobre Jurisprudencia*, MPD. Disponible en <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/5731>
- TEDH, *Case of F.S.M. v. Spain*, App. No. 56712/21, Court (Fifth Section), 13 de marzo de 2025.
- Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires (2024). “G.A.L. s/ recurso de casación y acum”. Cita: MJ-JU-M-149070-AR / MJJ 149070

Derecho de defensa. Igualdad de armas. Violación de la correspondencia y privacidad en ámbitos penitenciarios

TEDH. *Case of Ivan Karpenko v. Ukraine (No. 2)*, 24 de abril de 2025

*José Ignacio G. Pazos Crocitto**

1. Introducción

En el caso “Karpenko” el TEDH se involucró en el análisis de la vulneración de los artículos 6 y 8 del CEDH, en atención a que se habrían visto conculcados los derechos de violación de los papeles privados y a la defensa en juicio.

En lo que sigue, examinamos los hechos del caso, la normativa en crisis para el estudio del proceso y la decisión del TEDH. Posteriormente, analizamos los alcances del derecho de defensa y, específicamente, la igualdad de armas para visualizar los problemas que se han dado en el caso estudiado, como así también el acceso a la correspondencia por el servicio penitenciario. Finalmente, extraemos unas breves conclusiones.

* Posdoctorado en Altos Estudios Universitarios (Universidad de Bologna). Posdoctorado (UNC). Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). Magíster en Políticas y Estrategias (UNS). Especialista en Derecho Penal (UNS). Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (UBA) y en Derecho Concursal Profundizado (UBA). Defensor ante el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca. Profesor titular de Derecho Penal II (UNS) y profesor adjunto de Derecho Penal I y de Ciencia Política (UNS). Profesor a cargo de la cátedra libre de Política Criminal y Punitivismo (UNS). Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

2. Los hechos del caso

El caso se refiere a la queja presentada por el demandante, un recluso, en torno a que las autoridades penitenciarias habían vigilado ilegalmente su correspondencia y que, cuando presentó una denuncia ante los tribunales nacionales al respecto, no le garantizaron su participación por videoconferencia en las audiencias de su caso ni justificaron adecuadamente sus decisiones.

En septiembre de 2014, presentó un reclamo contra la administración penitenciaria solicitando que se declarara ilegal la vigilancia de su correspondencia y se le indemnizara por daños morales. También solicitó al tribunal que examinara su caso por videoconferencia. No contó con representación legal en el procedimiento ni solicitó participar físicamente en la audiencia (para ser trasladado a la sala del tribunal).

En su escrito de demanda y recursos, pidió la exención del pago de las costas judiciales alegando que carecía de ingresos, no trabajaba (según él, debido a que las autoridades penitenciarias no le proporcionaron trabajo) y no tenía fondos en su cuenta penitenciaria, para lo cual presentó certificados de las autoridades penitenciarias.

El Tribunal Administrativo del Circuito de Sumy rechazó las solicitudes de ser escuchado por videoconferencia argumentando que, en ese momento, la disposición pertinente del Código de Justicia Administrativa no preveía la participación en una audiencia del tribunal administrativo por videoconferencia desde una prisión y que las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que permitían dicha participación no podían aplicarse por analogía.

El Tribunal examinó el caso en una audiencia pública en la que participaron representantes de la administración penitenciaria y presentaron alegatos orales, luego de lo cual desestimó la demanda.

En su recurso, el demandante solicitó al Tribunal Administrativo de Apelación de Járkov que examinara su caso por videoconferencia. El Tribunal rechazó dicha solicitud y confirmó la interpretación del tribunal de primera instancia. Además, citó el siguiente pasaje de la sentencia del TEDH en el caso “Roman Karasev”:

En cuanto a la presencia del demandante en la audiencia civil, el Tribunal observa que la legislación rusa preveía el derecho de las partes a una audiencia oral... Sin embargo, la legislación rusa no preveía la comparecencia de los detenidos ante el tribunal en los procedimientos civiles. No obstante, el artículo 6 del CEDH no garantiza el derecho a la comparecencia personal ante un tribunal civil, sino un derecho más general a presentar el caso eficazmente ante el tribunal y a gozar de igualdad de armas con la parte contraria. El artículo 6, inciso 1 deja al Estado la libre elección de los medios que se utilizarán para garantizar a los litigantes estos derechos (TEDH, 2010: párr. 64).

El Tribunal de Apelación declaró que, al igual que el marco legislativo ruso, el Código de Justicia Administrativa de Ucrania no preveía la participación de las partes encarceladas en las audiencias

judiciales. Los presos tenían otros medios para participar efectivamente en los casos: a través de un representante, presentando alegaciones por escrito y solicitando al tribunal que recabara cualquier prueba si la parte no podía aportarla.

Ambos tribunales confirmaron que la ley no permitía la supervisión de la correspondencia en cuestión y se remitieron a la normativa pertinente que regulaba el tratamiento de la correspondencia exenta de supervisión. Observaron que la correspondencia que el Sr. Karpenko había entregado a la administración penitenciaria se había registrado como correspondencia dirigida a un tribunal y no como un “sobre cerrado”, por lo que concluyeron que fue el propio solicitante quien no presentó su correspondencia en un sobre cerrado.

El solicitante apeló, pero el 24 de diciembre de 2015 el Tribunal Administrativo Superior (*Higher Administrative Court*) confirmó las decisiones de los tribunales inferiores, resumiendo su razonamiento y afirmando que no había presentado ningún argumento que pusiera en duda sus conclusiones.

3. La normativa aplicable

La normativa en crisis en el caso examinado fue la siguiente. El artículo 122, párrafo 1 del Código de Justicia Administrativa (2005) autorizaba a los tribunales administrativos a ordenar la celebración de una audiencia por videoconferencia. El párrafo 2 del artículo exigía que la parte que deseara participar por videoconferencia indicara el tribunal desde el que deseaba participar en la audiencia. El párrafo 5 exigía que la resolución del tribunal que ordenaba la celebración de una audiencia por videoconferencia se enviara al tribunal desde el que se proporcionaría acceso a la videoconferencia.

El 3 de octubre de 2017 se promulgó una nueva versión del Código, que regula las cuestiones pertinentes en su artículo 195. Su última modificación, el 23 de mayo de 2024, establece que las partes pueden, si así lo solicitan y siempre que se cumplan ciertas condiciones, participar en audiencias por videoconferencia desde las instalaciones de otro tribunal o desde una ubicación diferente.

Por su parte, el artículo 113 del Código de Ejecución de Sentencias (en su redacción al momento de los hechos) prohibía la supervisión de la correspondencia de los presos con los tribunales nacionales, así como con los fiscales y el Comisionado para los Derechos Humanos del Parlamento de Ucrania.

La sección II.5 de la Instrucción sobre la Revisión de la Correspondencia de los Presos, promulgada por la Orden N° 1304/5 del Ministerio de Justicia de Ucrania de 2013, establecía que la correspondencia dirigida a destinatarios exentos de supervisión debía ser sellada personalmente por los presos en sobres (con indicación del destinatario). Si el remitente no disponía de sobre, la administración del centro debía proporcionarle al preso un sobre y un sello postal. Dicha correspondencia debía registrarse en el registro de correspondencia penitenciaria correspondiente con la mención “sobre sellado”.

4. La decisión del TEDH

El Gobierno argumentó que la queja del Sr. Karpenko era manifiestamente infundada y que las decisiones de los tribunales nacionales estaban suficientemente motivadas. Además, no indicó cómo su presencia habría afectado al resultado de su caso ni qué pruebas o argumentos suyos no se habían evaluado adecuadamente.

El demandante, por su parte, alegó que los tribunales nacionales actuaron con excesivo formalismo al desestimar sus solicitudes de participación por videoconferencia. Señaló que en otros casos los tribunales habían acordado celebrar audiencias en las que participó por videoconferencia, aplicando por analogía en los procedimientos administrativos las normas del Código de Procedimiento Penal. También proporcionó ejemplos de decisiones nacionales mediante las cuales los tribunales administrativos ordenaron la instrucción de casos interpuestos por otros presos con su participación por videoconferencia desde las prisiones.

El TEDH reiteró que el principio de contradicción y el principio de igualdad de armas, estrechamente vinculados, son componentes fundamentales del concepto de “oído justo” en el sentido del artículo 6, apartado 1, del CEDH. Exigen un “equilibrio justo” entre las partes: cada una de ellas debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso en condiciones que no la sitúen en desventaja sustancial frente a su oponente o sus oponentes. Además, las partes deben tener la oportunidad de conocer y comentar todas las pruebas aportadas u observaciones presentadas, incluso por un miembro independiente del servicio jurídico nacional, con el fin de influir en la decisión del tribunal (TEDH, 2025: párr. 27).

En cuanto a la forma del procedimiento, el derecho a una audiencia pública previsto en el artículo 6 CEDH se ha interpretado en la jurisprudencia reiterada del Tribunal como que incluye el derecho a una audiencia oral. Sin embargo, la obligación de celebrar una audiencia, prevista en este artículo, no es absoluta. Una audiencia oral puede no ser necesaria debido a las circunstancias excepcionales del caso, por ejemplo, cuando no se plantean cuestiones de hecho o de derecho que no puedan resolverse adecuadamente con base en el expediente y las observaciones escritas de las partes. Además, siempre que se haya celebrado una vista oral en primera instancia se aplica un criterio menos estricto a la instancia de apelación, en la que la ausencia de dicha vista puede justificarse por las características especiales del procedimiento en cuestión. Así, los procedimientos de apelación y los que solo involucran cuestiones de derecho, en contraposición a cuestiones de hecho, pueden cumplir con los requisitos del artículo 6, incluso si el apelante no tuvo la oportunidad de ser oído personalmente por el tribunal de apelación o de casación. En casos en los que el demandante se encontraba bajo custodia, el TEDH ha aceptado que, dadas las evidentes dificultades que implica el traslado de presos de un lugar a otro, la representación del solicitante detenido por un abogado no vulneraría el principio de igualdad de armas, siempre que la demanda no se basara en la experiencia personal del solicitante (*Ibidem*: párrs. 28 y 29).

Por el contrario, la participación personal del litigante se consideró necesaria desde la perspectiva del artículo 6 en casos en los que el carácter y el estilo de vida de la persona en cuestión eran directamente relevantes para el objeto del caso o cuando la decisión involucraba la conducta o la experiencia de la

persona (*Ibidem*: párr. 30). Por lo tanto, concluyó que se había violado el artículo 6 en casos en los que la naturaleza del litigio civil justificaba la comparecencia personal del demandante ante el tribunal, independientemente de si había estado representado o no en la audiencia.

En el presente caso, se celebró una vista oral y pública ante el tribunal de primera instancia y el demandante no participó en ella debido a la negativa de los tribunales nacionales a permitir su participación por videoconferencia y, al parecer, a la falta de un marco legal para la participación de litigantes en prisión en las audiencias de causas civiles en general.

El Tribunal observó que el demandante no estuvo representado en el procedimiento y sus alegaciones ante los tribunales sobre su situación económica –que no fueron refutadas– indicaban que no tenía medios para contratar a un abogado (*Ibidem*: párrs. 31 y 32).

Para garantizar el cumplimiento de los requisitos del artículo 6 los tribunales nacionales deben realizar un análisis exhaustivo de la naturaleza de la controversia, que debe ir más allá de una simple referencia a cualquier deficiencia en el marco legal que pudiera imposibilitar la comparecencia del litigante encarcelado. En cambio, debería tener en cuenta las razones concretas a favor y en contra de su comparecencia, interpretadas a la luz de los requisitos del CEDH y de todos los factores pertinentes, como la naturaleza de la controversia y los derechos civiles en cuestión (*Ibidem*: párr. 33).

El TEDH consideró que en el presente caso las decisiones de los tribunales nacionales revelaron que no consideraron si la naturaleza de la controversia requería la comparecencia del demandante para garantizar la imparcialidad general del procedimiento. Los tribunales denegaron las solicitudes del demandante de participar en la audiencia por videoconferencia alegando la ausencia de normas legislativas pertinentes y argumentando que no era posible que una parte participara por videoconferencia desde cualquier lugar que no fuera un tribunal. Además, observó que la interpretación adoptada por los tribunales en el presente caso parece contradecir la decisión del Tribunal Constitucional de Ucrania de 12 de abril de 2012, que declaró que las personas encarceladas tenían los mismos derechos que las demás a participar en la instrucción de sus causas en tribunales de todas las jurisdicciones, especialidades y niveles e indicó que una supuesta laguna en el derecho interno no puede justificar la falta de aplicación plena de las normas del CEDH (*Ibidem*: párrs. 34 y 35).

En el presente caso, el asunto sometido a los tribunales se refería a una controversia fáctica entre el solicitante y la administración penitenciaria sobre las circunstancias en las que se les había entregado su correspondencia al HAC, cuestión para la cual la experiencia personal del solicitante era importante. Al no evaluar adecuadamente la naturaleza del caso interpuesto con el fin de decidir si su presencia, posiblemente por videoconferencia, era indispensable y al centrarse, en cambio, en las deficiencias percibidas en el derecho interno, los tribunales nacionales privaron al Sr. Karpenko de la oportunidad de presentar su caso eficazmente.

Además, la administración penitenciaria tuvo la ventaja de estar presente en la audiencia ante el tribunal de primera instancia y de presentar alegatos orales sobre el fondo del caso con el fin de refutar la versión de los hechos del solicitante, mientras que este, que se encontraba en prisión, no tuvo la

oportunidad de responder ni personalmente ni a través de un representante. Por lo tanto, también se vulneró el principio de igualdad de armas en el procedimiento.

En paralelo, el solicitante denunció que las autoridades penitenciarias habían vigilado ilegalmente su correspondencia con el tribunal nacional. Presentó varias sentencias judiciales de 2012 a 2020 en casos similares en los que los tribunales habían fallado a su favor y determinado que se había producido una vigilancia ilícita de su correspondencia. El TEDH reiteró que cualquier “injerencia de una autoridad pública” en el derecho al respeto de la correspondencia contravendrá el artículo 8 del CEDH, a menos que sea “conforme a la ley”, persiga uno o más de los fines legítimos mencionados en el apartado 2 de dicho artículo y sea “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzarlos (*Ibidem*: párr. 46).

Observó que el Sr. Karpenko alegó haber entregado un sobre sellado a la administración, que posteriormente fue abierto y su contenido examinado por la administración penitenciaria sin su conocimiento. La administración penitenciaria alegó que el solicitante había entregado la carta al personal penitenciario sin sello.

El TEDH no necesitaba resolver la cuestión fáctica (tal como lo formularan los tribunales nacionales y el Gobierno) de si el solicitante entregó la correspondencia cerrada o no. Bastaba con que observara que, como han sostenido los tribunales nacionales en otras controversias relacionadas con el Sr. Karpenko, era responsabilidad de la administración penitenciaria garantizar que sus funcionarios y, de ser necesario, el solicitante cumpliera la normativa nacional pertinente. Según dicha normativa, la correspondencia dirigida a destinatarios exentos de supervisión (como, en el presente caso, los tribunales nacionales) debía ser presentada por los reclusos cerrada y registrada como un “sobre cerrado”. No se explicó por qué la administración no devolvió la correspondencia abierta al demandante en lugar de proceder a registrar su contenido.

En síntesis, no vio motivos para modificar su jurisprudencia constante sobre la materia, por lo cual entendió que la administración penitenciaria había incumplido la prohibición legal de supervisar la correspondencia de los presos con los tribunales nacionales.

5. El derecho de defensa y el principio de igualdad de armas

La posibilidad de grabar y filmar una audiencia judicial no se vinculó en este caso a la publicidad de los medios de comunicación o a la publicidad en las salas de juicio, sino a la posibilidad de actuación del encausado para hacer valer sus derechos en una audiencia.

Liminarmente, ha de indicarse que el uso de herramientas tecnológicas del tipo de conexiones de manera remota desde un lugar diferente al tribunal por medio de un dispositivo audiovisual afecta los procesos epistémicos de quienes participan de los procesos judiciales.¹

¹ Los argumentos centrales a favor del uso de videoconferencias como herramienta para llevar a cabo procedimientos judiciales giraban alrededor de la eficiencia del funcionamiento de los tribunales: ahorro de tiempo y dinero en traslados y una mayor flexibilidad para poder programar y agendar las audiencias en los tribunales (Gibbs, 2017).

Ahora bien, ya de por sí, el uso de estos medios, de manera general, presenta complejidades que giran en torno a la fiabilidad, seguridad y confiabilidad de la tecnología como, asimismo, en cuanto al diseño, la capacidad y fiabilidad de la tecnología, es decir que la conexión de audio y video sea adecuada y sin interrupciones (Gibbs, 2017). En una mirada amplia, esta tecnología afecta la capacidad de los imputados de contar con una defensa plena; si a ello se añade la obliteración directa de su utilización para ser escuchado, entonces, la vulneración del principio del derecho a ser oído es total.

El derecho a ser oído es una consecuencia del concepto del Estado de derecho en el ámbito del proceso judicial. La función de los tribunales de dictar una resolución no se puede llevar a cabo por regla general sin oír al inculcado. Por eso, escuchar a la otra parte es —en primer lugar— presupuesto para una decisión correcta.

Adicionalmente, la dignidad de la persona exige que la autoridad no disponga de su derecho sin mayor consideración; la persona no debe ser solo objeto de la decisión judicial, sino que debe poder pronunciarse antes de una decisión que afecte sus derechos para poder influir en el proceso y su resultado.

El derecho del inculcado a ser oído se reconoce y considera ampliamente en el derecho procesal desde hace largo tiempo; los ordenamientos, en particular, han concretizado la extensión y forma de ese principio. De ahí que este deba estar en consonancia con otros principios, respetando la naturaleza de cada proceso en particular.

Como el derecho de la persona a ser oída debe dar oportunidad al afectado de influir en el resultado de una decisión jurídica que está por tomarse, ello, por lo general, solo tiene sentido si se trata de una declaración previa. El carácter definitivo e inmodificable de los pronunciamientos judiciales obliga a oír a los participantes antes de que se tome una decisión final, como es el caso de las sentencias y demás actos que tienen por objeto poner fin al procedimiento, particularmente las resoluciones que son susceptibles de adquirir fuerza de cosa juzgada.

Sin embargo, tradicionalmente se les ha atribuido a los tribunales también funciones que no se relacionan con la emisión de un juicio definitivo sobre un asunto, sino que se refieren a la adopción de medidas en una situación de carácter provisional o necesarias para garantizar provisionalmente derechos públicos o privados.

La seguridad de los intereses en peligro puede, sin embargo, hacer necesaria una intervención inmediata que no solo no permita la aclaración previa de los hechos, sino que excluya la posibilidad de oír previamente al afectado; cuando están en juego intereses importantes, puede incluso ser imperativo prescindir de oír previamente a la persona a fin de no alertarla. La intervención del juez hace tolerable esta clase de órdenes sin que se tenga que oír previamente al oponente. Dado que se trata siempre de una intervención en los derechos del afectado, solo puede ser admisible una excepción al derecho a ser oído previamente cuando es indispensable para no poner en peligro la finalidad de la medida. Por tanto, para el legislador surge el deber de vincular las intervenciones en las que no se tenga en cuenta el derecho a ser oído previamente a los más estrictos presupuestos. Adicionalmente, la idea del Estado

de derecho exige que a la persona en tal situación se le dé la oportunidad, al menos posteriormente, de defenderse de las medidas ordenadas en su contra.

Ninguna de estas excepciones se presentaba en “Karpenko”, donde el trámite de la audiencia vinculado a meras cuestiones administrativas implicó que la controversia se desarrollara sin la comparecencia del demandante, lo que habría garantizado la imparcialidad general del procedimiento. La denegación de la solicitud del demandante de participar en la audiencia por videoconferencia se fundó en cuestiones reglamentarias que conspiraron con el derecho a ser oído.

Asimismo, las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” establecen la garantía de ser oído por parte del interno previamente a la toma de decisiones a su respecto durante la privación de la libertad para cualquier trámite (Regla 30); extremo que se replica en el principio 30 de los “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos” de la ONU.

No puede hablarse de respeto por los derechos de los presos en el interior de una institución que nació como zona de no-derecho (Costa, 1974) y que, justamente, en su sustancia, la ejecución de la pena se traduce en un aminoramiento de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la utilización de la estrategia de los derechos ha de servir como reclamo: al ser “tomados en serio”, el respeto de esos derechos no puede lograrse en la cárcel, sino construyendo un camino hacia su constante reducción. Dentro de la cárcel, toda violencia, toda violación de derecho o lesión de la dignidad humana de las personas es posible:

En la mayor parte de las cárceles los presos se encuentran literalmente en condiciones de sujeción y la entera vida es disciplinada por reglas y prácticas en parte escritas, y en gran parte no escritas, que hacen de cualquier cárcel una cárcel completamente diversa de otra, de toda pena una pena diversa de otra, de cada preso un preso diversamente discriminado o privilegiado respecto de los demás: por la diferencia en materia de espacios comunes, de habitabilidad de las celdas, de duchas, de horarios de patio y aire, de condiciones higiénicas y sanitarias; por las innumerables prescripciones y sobre todo prohibiciones, muchas de las cuales son completamente distintas entre una cárcel y otra; por las vejaciones pequeñas y grandes a las cuales son sometidos los presos en violación de sus derechos fundamentales (Rivera Beiras, 2017: 43-44).

La cárcel es una contradicción institucional: es un lugar confiado al control total del Estado, pero, en cuyo interior, no rigen controles ni reglas, sino sobre todo la ley del más fuerte, la ley de la fuerza pública de los agentes penitenciarios y la fuerza privada de los presos más prepotentes y organizados. Genera una vida artificial, en cuyo interior se replica el “estado de naturaleza”, sin reglas y sin derechos.

Ferrajoli sostiene que

No basta, para verdaderamente hablar de ‘jurisdicción’ de la ejecución, el ejercicio por parte de un juez de los poderes de decisión en materia de libertad personal, de la jurisdicción falta, en realidad, el trazo constitutivo: el *ius dicere*, esto es la afirmación, la comprobación y la cualificación jurídica de un hecho –ya sea de un acto ilícito o un acto inválido o no– a través del principio público de contradicción, como necesario presupuesto de todo pronunciamiento judicial. El poder conferido a los órganos de la ejecución penal es, por el contrario, un poder altamente potestativo, anclado no a la pública comprobación de hechos claramente predeterminados por las leyes y por los requisitos relativos a la taxatividad, materialidad, ofensividad y culpabilidad, sino a las valoraciones de la personalidad del detenido (Ferrajoli, 2016: 1-3).

Procesalmente, se precisan normas de rango legal de un verdadero proceso en sede ejecutiva, donde rijan los principios de publicidad, celeridad, intermediación y contradicción. Sin un debido proceso en la fase de ejecución penal es ilusoria cualquier pretensión de seguridad y certezas jurídicas: debe dejar de ser un simulacro de jurisdicción para ser un auténtico poder del Estado en la ejecución penal.

Con el fin de fortalecer la auténtica presencia de la jurisdicción en el ámbito de la ejecución penal y terminar con el diseño de un debido proceso ante jueces de vigilancia penitenciaria con todas las garantías es preciso establecer, de modo obligatorio, el derecho de defensa y asistencia letrada gratuita –y en lo posible, especializadas– en materias penitenciarias durante toda la fase ejecutiva del proceso penal (Rivera Beiras, 2017).

Ahora bien, este principio de contradicción fue soslayado en “Karpenko” a través de la vulneración a la igualdad de armas. Debe destacarse que Ucrania ya había sido condenada por hacer a un lado dicho principio en “Zhang”,² donde se entendió que no se había atendido a lo normado por el artículo 6 CEDH. Si bien referido a la receptación de testigos de descargo, se advirtió la violación a la garantía de juicio justo porque no se respetó la igualdad de armas como presupuesto necesario para el ejercicio del derecho de defensa y los argumentos de la defensa habían sido desoídos –ni siquiera mencionados– por los tres estamentos judiciales que intervinieron en el caso (TEDH, 2018: párr. 71).

El principio de igualdad en el ámbito del proceso es una manifestación del principio general de igualdad ante la ley consagrado por el artículo 16 de la Constitución Nacional. Al penetrar el principio político constitucional de la igualdad de los habitantes de la Nación en la órbita del derecho procesal se transforma en la “relativa paridad de condiciones de los justiciables, de tal manera que nadie pueda encontrarse en una situación de inferioridad jurídica” (Díaz, 1968: 218). Calamandrei señala que el principio de igualdad procesal se formula de la siguiente manera: “las partes en cuanto piden justicia, deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones” (Calamandrei, 1973: 418.).

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en un fallo pronunciado en 1885 en la causa *Barbier vs. Connolly*, al interpretar la Enmienda XIV dijo que “por el debido proceso legal se garantiza igualdad

2 Ver comentario al fallo en Balmayor, J. (2019). Derecho de defensa. Igualdad de armas y debido proceso. TEDH, *Case of Zhang v. Ukraine*, 13 de noviembre de 2018. *Revista Debate sobre Derechos Humanos*. José C. Paz: Edunpaz, 265-274.

de protección y garantías para todos, ... que se debe tener igual acceso a los tribunales, ... que no se opondrán impedimentos a las demandas de nadie”. Es decir, la garantía del debido proceso está íntimamente ligada al principio de igualdad ante la ley (Sagüés, 1993).

Para aludir a la igualdad procesal se suele utilizar la expresión *igualdad de armas*. Sin embargo, tal expresión hace alusión principalmente a la situación de los individuos que deben tener las mismas posibilidades de defenderse. El principio de igualdad en materia procesal no requiere una igualdad aritmética, sino que lo que exige es que se brinde a las partes una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de su derecho de acción y de defensa (Couture, 1993).

Esta noción también fue receptada por la CSJN que ha señalado como elemento del derecho de defensa en juicio que el Estado debe proveer los medios para que el proceso se desarrolle en paridad de condiciones entre las partes (CSJN, 1989).

Con relación al principio de igualdad de armas, la Corte IDH destaca que, para que exista debido proceso legal, es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Recuerda la Corte que el proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible la solución justa de una controversia:

Para alcanzar sus objetivos el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación (Corte IDH, 1999; párr. 119).

El organismo regional postula que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así pues, de no existir esos medios de compensación, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (Corte IDH, 2003).

El principio de contradicción o de “bilateralidad de la audiencia” es una manifestación del principio de igualdad, pero también deviene de la cláusula constitucional que garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio. Al principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia se lo suele representar a través del aforismo latino *audiatur et altera pars*, o del menos conocido *nemo debet inaudito damnari*.

Dice Couture que el principio de bilateralidad de la audiencia consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda esta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición (Couture, 1993). Palacio, a su vez, agrega que el principio de contradicción prohíbe a los jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oí-

dos quienes pudieran verse directamente afectados por ella (Palacio, 1975). Es que la decisión judicial no es fruto de una pura actividad oficiosa del tribunal, sino el resultado del proceso entendido como método pacífico y dialéctico de debate entre partes contrapuestas ante un tercero imparcial: el debate es entre las partes y el juez reviste la situación de un tercero ajeno que independiente e imparcialmente resolverá el conflicto planteado.

Al principio de bilateralidad o contradictorio se lo puede visualizar como un principio procesal (Alvarado Velloso, 1989). Igualmente, se lo considera como una garantía de los ciudadanos incluida en la más genérica del debido proceso o de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Pero, de todos modos, resulta claro que se encuentra en las bases mismas de la idea de proceso; es un elemento fundamental del “proceso justo”.

6. Sistema penitenciario y correspondencia

Un recluso que ingresa al sistema penitenciario es introducido en una “institución total” donde todos los aspectos de su vida se encontrarán sometidos a una regulación fija y predeterminada. Este concepto se refiere a establecimientos u organismos donde todos los aspectos de la vida de una persona sujeta a determinado régimen se encuentran a merced de una única autoridad, sumado a la circunstancia de que cada actividad se realiza con la compañía inmediata de otras personas (Goffman, 1970).

Ayestarán advierte que

Esta clase de instituciones (entre las que ubican, además de la prisión, los hospitales y establecimientos educativos) se caracterizan por someter a los individuos a una ‘omnidisciplina’ en la que el Estado dispone de manera total(izante) del tiempo (y del cuerpo) de una persona. A su vez, el Estado puede regular estas cuestiones a voluntad, establecer ritmos, marcar espacios, fijar prácticas y repeticiones. Este régimen de vida se basa en una serie de principios, entre los que se destacan el aislamiento y la comunicación unidireccional (es decir, la no-comunicación) (Ayestarán, 2017: 156- 157).

A nivel jurídico-penal, esta particular especie de instituciones conlleva una importante disminución en las posibilidades de autoprotección, de allí la relevancia de mantener indemnes los bienes jurídicos que se refieren a los internos.

El sistema convencional ofrece un sistema de garantías en favor del individuo a fin de proteger su dignidad, tutelando su privacidad e intimidad para su desarrollo en un ambiente de libertad sin interferencias ajenas ilegítimas, encontrando dentro de ellas la protección de los papeles privados y de la correspondencia.

La interceptación de comunicaciones, por lo tanto, tiene una inmensa trascendencia, sobre todo porque su eficacia depende de las fuertes limitaciones de los derechos fundamentales. Esta particularidad

determina las cautelas que para esta medida se prevén ya en el nivel de las declaraciones de derechos y en algunas constituciones. En este sentido, el artículo 8 del CEDH tiene una exigencia que obliga a confrontar la legitimidad de la interceptación de las comunicaciones con un determinado modelo de sociedad democrática. Consecuentemente, no solo establece la reserva de ley, sino que señala un criterio para la valoración de la legitimidad de la ley: las disposiciones legales que instituyan este medio para la obtención de pruebas deben ser compatibles con una sociedad democrática, es decir, deben ser necesarias, entre otras, para acciones criminales.

Bacigalupo ha indicado que, a pesar de que el texto, tanto de la versión inglesa como de la francesa, se refiere solo a la prevención de los delitos, “nunca parece haber existido ninguna duda respecto de que la represión también está legitimada en la medida en que a la represión se le reconoce una función preventiva general” (Bacigalupo, 2005: 237).

En la actualidad, la interceptación de correspondencia postal privada tiene una significación secundaria. Una gran parte de los problemas que ocupan a los tribunales, por indicar algo, en los casos de criminalidad organizada, se refiere a la interceptación de comunicaciones telefónicas. Un primer marco de referencia para el tratamiento de las cuestiones que se generan con las interceptaciones telefónicas está dado por la jurisprudencia del TEDH, que exige lo siguiente:

1. La legitimidad de la interceptación de comunicaciones telefónicas depende de que esté prevista en la ley, persiga “uno o varios fines legítimos en el sentido del párrafo 2” (del art. 8 CEDH) y que sea “necesaria en una sociedad democrática.
2. La previsión en la ley no se trata de un requisito que se agota en la remisión al derecho interno, sino que concierne también a la calidad de la ley. En este sentido, se exige que el derecho interno ofrezca una cierta protección contra los ataques arbitrarios del poder público para con los derechos garantizados en el párrafo 1 (del art. 8 CEDH). Consecuentemente, la ley debe ser accesible a toda persona implicada, “quien debe además poder prever las posibles consecuencias sobre su persona”. A tales efectos se requiere que la ley defina la categoría de las personas susceptibles de escuchas judiciales, la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a ello, la fijación de un límite temporal de la ejecución de la medida, las condiciones de las actas de síntesis que consignen las conversaciones interceptadas, así como la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas, especialmente en caso de sobreseimiento o de absolución.
3. En lo que se refiere a la exigencia de previsibilidad, el derecho interno debe usar términos bastante claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas, sobre todo porque los procedimientos técnicos no cesan de perfeccionarse (TEDH, 1998).

Estos claros estándares volvieron a ser mencionados en “Karpenko” para dar cuenta de su inexistencia y, consecuentemente, de la invalidez de la interceptación de la correspondencia del interno.

7. Conclusiones

En lo relativo a la interceptación de comunicaciones escritas, estas tienen una protección vinculada a la dignidad y autodeterminación del individuo. Para determinar si la intervención en un derecho fundamental como el mentado está justificada debe atenderse al resultado de la ponderación entre dos extremos: por un lado, el derecho general de la personalidad, que se opone al empleo de estas intrusiones en forma general; por otro, los intereses jurídicamente protegidos, que hablan a favor de la utilización de las mismas solo bajo extremos taxativamente contemplados y que, en “Karpenko”, no se presentaban.

En síntesis, por la dinámica propia de los regímenes penitenciarios, los funcionarios son titulares tanto de deberes negativos como así también positivos. Con relación a la primera categoría no caben dudas de que los funcionarios penitenciarios deben organizar su ámbito de libertad de forma tal que de su comportamiento no devengan daños a los internos. Dicho de otra manera, estos deberes se basan en el deber intersubjetivo de respeto *neminem laedere*.

Del otorgamiento de una efectiva posibilidad de ejercer el derecho de defensa respecto de determinaciones formuladas por la autoridad administrativa en la etapa de ejecución de la pena, como, asimismo, la notificación de la resolución mediante la que se resuelve en el sentido que fuere depende la posibilidad del ejercicio mismo del derecho a defenderse y de obtener la revisión judicial y motivar las impugnaciones y, por ello, los defectos que se verifiquen en esos aspectos pueden constituir un supuesto de nulidad absoluta en atención a la ausencia de una auténtica bilateralización y cruzamiento de las alegaciones de las partes involucradas, en especial del interno y su derecho a ser oído.

El TEDH declaró que debió habersele garantizado al imputado, al menos, en algún momento del procedimiento el derecho de dar su versión de los hechos, y toda vez que los diversos órganos actuantes no lo escucharon, consecuentemente, se resolvió sin conocimiento adecuado y sin siquiera brindar la oportunidad de intervenir al principal interesado, por lo cual el proceso no había sido equitativo en los términos del CEDH y condenó al Estado de Ucrania.

Referencias bibliográficas

- Alvarado Velloso, A. (1989). *Introducción al estudio del derecho procesal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Ayestarán, N. E. (2017). La responsabilidad penal de autoridades penitenciarias analizadas desde el punto de vista de la omisión impropia y de las incumbencias. *En Letra. Derecho Penal*, (5) Año III, num 5, 155-171.
- Bacigalupo, E. (2005). *Derecho penal y el estado de derecho*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Calamandrei, P. (1973). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEJA.
- Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

- Costa, P. (1974). *Il Progetto Giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico (vol. I Da Hobbes a Bentham)*. Milano: Giuffrè.
- Couture, E. J. (1993). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- CSJN (1989), “Salgán, Raúl Nemesio Marrano, José Alberto Asorey, Gerardo s/infracción art. 874, inc. d), del Código Aduanero”, *Fallos* 312:1998.
- Díaz, C. (1968). *Instituciones de Derecho Procesal. Parte General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ferrajoli, L. (2016). Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional, *Crítica penal y poder*, 11, pp. 1-10.
- Gibbs, P. (2017). Defendants on video–conveyor belt justice or a revolution in access. Londres: *Transform Justice*.
- Goffman, E. (1970). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Palacio, L. E. (1975). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Rivera Beiras, I. (2017). *Descarcelación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sagüés, N. P. (1993). *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea-
- TEDH. *Case of Valenzuela Contreras v. Spain*, Application N° 27671/95, 30 de julio de 1998.
- TEDH. *Case of Roman Karasev v. Russia*, Application N° 30251/03, 25 de noviembre de 2010.
- TEDH. *Case of Zhang v. Ukraine*, Application N° 6970/15, 13 de noviembre de 2018.
- TEDH. *Case of Ivan Karpenko v. Ukraine (No. 2)*, Application N° 41036/16, 24 de abril de 2025.

Derecho a la vida privada. Difusión de datos sensibles TEDH. *Case of Baymarov v. Azerbaijan*, 6 de mayo de 2025

*Natalia L. Monti**

1. Introducción

El caso que aquí se comenta se originó a raíz de un incidente de tránsito en el que el demandante, el abogado Bahruz Bayramov, fue detenido por la policía bajo la sospecha de conducir bajo los efectos del alcohol. Más allá de cuestiones de debido proceso que escapan a este análisis, nos interesa destacar la relevancia que adquiere el hecho de que el demandante fue filmado sin su consentimiento durante un examen médico en un centro de salud custodiado por la policía, imágenes que posteriormente fueron difundidas en canales de televisión y plataformas digitales (YouTube) que lo mostraban en el centro médico. La difusión del video incluía comentarios que lo identificaban como un abogado que conducía ebrio y que se comportaba de forma inapropiada.

Este breve comentario se limitará a describir el desarrollo del concepto de privacidad, los antecedentes regionales en relación con el derecho a la privacidad y el avance en la definición del derecho a la autodeterminación informativa, destacando la importancia de este precedente del TEDH sobre la responsabilidad estatal ante la difusión de datos sensibles bajo su custodia.

* Abogada, magíster de la Unión Europea en Protección Internacional de los Derechos Humanos. Actualmente es directora legal de la Fundación Kamanau (Latam) e integra el Centro de Protección de Datos Personales de la Defensoría del Pueblo de la CABA. Profesora en Derecho y Tecnologías digitales (UDES).

2. El concepto de vida privada

2.1. Injerencias abusivas

Fue en 1890 cuando Warren y Brandeis advirtieron que la protección plena del individuo en su persona y propiedad constituye un principio tan antiguo como el derecho consuetudinario. Sin embargo, señalaron que la evolución política, social y económica exige una redefinición periódica del alcance de dicha tutela para responder a las nuevas demandas de la sociedad. Si en sus etapas más tempranas la ley solo ofrecía remedios frente a la injerencia física, el reconocimiento de la naturaleza espiritual e intelectual del hombre permitió que el “derecho a la vida” trascendiera la mera integridad corporal para consagrar el disfrute de la existencia: el derecho a ser dejado solo (*the right to be let alone*).

En este sentido, expresaron los autores de *The Right to Privacy* que los cambios políticos, sociales y económicos implican el reconocimiento de nuevos derechos para responder a las nuevas demandas de la sociedad. Así, en épocas muy tempranas, la ley solo ofrecía remedio para la injerencia física en la vida y la propiedad. Entonces, el “derecho a la vida” solo servía para proteger al sujeto de la agresión en sus diversas formas. Más tarde, se reconoció la naturaleza espiritual del hombre, sus sentimientos y su intelecto. Tal es así que gradualmente se amplió el alcance de estos derechos.

Sobre este último punto, continuaron Warren y Brandeis, invenciones y métodos comerciales de fines del siglo XIX llamaron la atención sobre el siguiente paso que debía tomarse para la protección de la persona y para asegurarle lo que el juez Cooley llamaba el derecho a “ser dejado solo”. Las fotografías instantáneas y la empresa periodística han invadido los recintos sagrados de la vida privada y doméstica y numerosos dispositivos mecánicos amenazan con cumplir la predicción de que “lo que se susurra en el armario se proclamará desde los techos de las casas”. Durante años ha existido la sensación de que la ley debe ofrecer algún remedio para la circulación no autorizada de retratos de personas privadas y el mal de la invasión de la privacidad por parte de los periódicos.

En este sentido, sugieren los autores que los remedios para una invasión del derecho a la privacidad podrían ser una acción de responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios en todos los casos y quizás una orden judicial en una clase de casos muy limitada. Además, proponían que sería deseable que la privacidad de la persona recibiera la protección adicional del derecho penal. Sugirieron que tal vez se considere adecuado situar la responsabilidad penal por una publicación dentro de límites más estrechos; pero no se puede poner en duda que la comunidad tiene un interés en prevenir tales invasiones de la privacidad lo suficientemente fuerte como para justificar la introducción de tal remedio.

Sin duda, en aquel momento Warren y Brandeis se sintieron amenazados por los riesgos que para la protección de la vida privada suponía la emergencia de la primigenia sociedad tecnológica de finales del siglo XIX. La proliferación de avances tecnológicos como el teléfono y el fotógrafo, así como el desarrollo de la prensa, amenazaban con la difusión indiscriminada de información privada, divulgándose los más íntimos detalles en las columnas de los periódicos para satisfacer la curiosidad lasciva mediante la intromisión en el ámbito privado.

En este sentido y frente a las posibilidades invasivas de la tecnología, Warren y Brandeis manifiestan la necesidad de definir “un principio que pueda ser invocado para amparar la intimidad del individuo frente a la invasión de una prensa demasiado pujante, del fotógrafo, o del poseedor de cualquier otro moderno aparato de grabación o reproducción de imágenes o sonidos”. Este principio se materializa en el derecho a la privacidad (*right to privacy*), que le otorga a toda persona plena disponibilidad para decidir en qué medida “pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones” (Nievas Saldaña, 2012).

Desde la publicación de *The Right to Privacy* hace ya más de 135 años, el mundo ha experimentado transformaciones que superan ampliamente las preocupaciones originales de sus autores. En este trayecto, la comunidad internacional ha formalizado tratados y los tribunales internacionales de derechos humanos han fijado criterios rigurosos para delimitar las injerencias abusivas en la vida privada, sobre todo teniendo en cuenta los nuevos desarrollos y posibilidades que brinda la tecnología. Lo que comenzó como una defensa frente a la curiosidad ajena se ha consolidado hoy, a través de una jurisprudencia robusta, en un estándar de protección que define con claridad el alcance de la privacidad frente a los nuevos desafíos tecnológicos.

Al respecto, destacamos un Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos quien advirtió que era innegable que las tecnologías basadas en datos podían destinarse a usos altamente beneficiosos, pero estos avances tecnológicos plantean riesgos muy importantes para la dignidad humana, la autonomía y la vida privada, así como para el ejercicio de los derechos humanos en general si no se gestionan con sumo cuidado. Es por ello que la privacidad puede entenderse como la presunción de que el individuo debe tener una esfera de desarrollo autónomo, interacción y libertad, una “esfera privada” con o sin relación con otras y “libre de la intervención del Estado y de la intervención excesiva no solicitada de otros individuos no invitados” (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2018: párr. 5).. Asimismo, la protección del derecho a la privacidad es amplia, ya que no solo abarca la información sustantiva contenida en las comunicaciones, sino también los metadatos, puesto que, al analizarse y reunirse, estos pueden “dar una mejor idea del comportamiento, las relaciones sociales, las preferencias privadas y la identidad de una persona que la información obtenida accediendo al contenido de una comunicación privada” (*Ibidem*: párr. 6).

Además, advirtió el Alto Comisionado que, de conformidad con

El artículo 17 del Pacto, las injerencias solo serán admisibles si no son arbitrarias o ilegales. Los mecanismos de derechos humanos han interpretado sistemáticamente que esas palabras apuntan a los principios generales de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Con arreglo a esos principios, la injerencia de los Estados en el derecho a la privacidad solo puede hacerse en la medida prevista por la ley, y en la legislación pertinente se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias. La injerencia no solo es ilegal y arbitraria cuando no está prevista en la ley, sino también cuando una ley o una injerencia concreta es incompatible con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto. Una limitación solo puede ser legal y no arbitraria si persigue un fin legítimo.

La limitación debe ser necesaria y proporcional a ese fin legítimo, y debe ser la menos intrusiva de las opciones disponibles. Además, las limitaciones del derecho a la privacidad no deben comprometer la esencia del derecho (*Ibidem*: párr. 10).

2.2. El concepto de privacidad y su desarrollo histórico

La comprensión de la complejidad actual del derecho a la privacidad exige reconocer que no estamos ante un concepto inmutable, sino ante una frontera cultural en constante desplazamiento. Según el análisis de Pérez Pérez, la delimitación entre lo público y lo privado fue difusa durante la Colonia y gran parte del siglo XIX, períodos en los que la intimidad se tejía fundamentalmente alrededor de la gestión del cuerpo, los afectos y la adecuación de los espacios físicos. Si bien la transición al siglo XX permitió consolidar una concepción de individualidad más robusta y con espacios privados mejor definidos, la Modernidad tardía y el siglo XXI han introducido una nueva paradoja: la creciente influencia de los medios de comunicación ha generado una porosidad inédita en estas fronteras. Al utilizar la belleza y los sentimientos como vehículos de exposición –fenómeno ensayado inicialmente con los sectores vinculados a la realeza–, los medios han penetrado en la esfera íntima para convertirla en un espectáculo de dominio público, desdibujando la línea de protección que la individualidad había logrado conquistar (Pérez Pérez, 2009).

Para dimensionar el valor de la vida privada en la actualidad es revelador mirar hacia sus raíces más remotas. Lejos de ser un invento de la Modernidad, la tutela de la intimidad ya encontraba ecos en las civilizaciones más antiguas. Una de las primeras referencias concretas se halla en la Mishná (siglo II a.C.), la ley oral judía donde la intimidad (*neshamáb*) se concibe como esa necesidad inherente al ser humano de “ser dejado solo”, una semilla doctrinal que germinaría plenamente casi dos milenios después en los textos de Warren y Brandeis. Incluso antes de la Mishná, el Código de Hammurabi ya establecía límites drásticos para proteger el entorno privado, aunque bajo el concepto de la sacralidad del hogar. La severidad de la Ley 21 de Hammurabi –que ordenaba la muerte de quien perforara una casa– ilustra que la violación de la “brecha” privada era considerada una ofensa capital contra la integridad del sujeto (Fernández Oliva, 2014).

Para profundizar en esta genealogía de lo privado es fundamental la distinción que propone Gonzalbo Aizpuru, quien nos invita a no caer en el error de interpretar lo privado únicamente como lo familiar. Por el contrario, la vida privada se desarrolla a menudo en un ámbito paralelo –y, a veces, opuesto– a la intimidad doméstica. Son los espacios del individualismo los que realmente definen la privacidad, situándose al margen de las estructuras familiares que el sistema, a través de la historia, ha pretendido regular. Aunque las leyes y el discurso religioso intenten informar valores y normas, y los registros nos den imágenes estáticas de la composición familiar, la realidad humana es mucho más volátil. Todo ese orden construido armónicamente bajo la ley “podía desmoronarse en un instante bajo el soplo violento de un arrebato pasional” (Gonzalbo Aizpuru, 1996).

El estudio de la privacidad ha sido profundamente marcado por la obra dirigida por Ariès y Duby, quienes demuestran cómo el tránsito hacia la Modernidad supuso una reconfiguración del espacio doméstico. En este sentido, la prehistoria del concepto, según los autores, puede definirse como

Una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro, donde uno puede abandonar las armas y las defensas de las que conviene hallarse provisto cuando se aventura al espacio público, donde uno se dis-
tiende, donde uno se encuentra a gusto, “en zapatillas”, libre del caparazón con que nos mostramos y protegemos hacia el exterior. Es un lugar familiar. Doméstico (Ariès, y Duby, 1991).

Por cierto, el concepto de privacidad es relativamente nuevo: surge dentro de las sociedades burguesas de los siglos XVIII y XIX y esto plantea un problema en relación con sociedades muy dispares a aquellas en las que el concepto nace (*Ibidem*)

Además, para completar este complejo mapa conceptual es necesario reconocer que la vida privada no existe como un dato ontológico inmutable, sino como una construcción social. Albohaires destaca un consenso fundamental: cada sociedad define soberanamente el campo de la vida privada de sus miembros. Lo público y lo privado no son muros estáticos, sino categorías que reflejan tanto el código de valores de una cultura como el conjunto de sus prácticas sociales (Albohaires, 1991).

Por esta razón, resulta imposible universalizar un concepto que solo cobra sentido en la especificidad de cada situación. Como señala Schnapper (citada por Albohaires), la vida privada pertenece a ese “invisible cotidiano” del que los sujetos sociales a menudo no tienen una conciencia clara hasta que es vulnerado.

Finalmente, cabe considerar que la Edad Contemporánea, inaugurada por las revoluciones burguesas, parece haber cedido el paso a una nueva era marcada por hitos como la decodificación del genoma humano en el año 2000. Este cambio de paradigma, que Fernandez Oliva define como el inicio de un proceso cultural doloroso tras el fin de la Era de la Razón, sitúa a la intimidad en una posición de vulnerabilidad frente a una “sociedad de la información” donde el “mercado” suele ostentar más poder que los propios Estados.

En este contexto posindustrial, las intromisiones indeseadas se pretenden justificar bajo una lógica mercatoria, dando lugar al concepto de “post-privacidad”, que asume la disolución de lo privado ante el avance imparable de la tecnología y las redes sociales. Como sugiere la reflexión de Luque Baena, nos encontramos en un momento de profunda desconfianza hacia las dicotomías tradicionales –tales como símbolo/realidad o cambio/continuidad–, una crisis de categorías que obliga a repensar la protección del individuo cuando el límite entre su existencia íntima y su exposición digital parece haberse desvanecido por completo.

2.3. La privacidad frente a la frontera tecnológica

Como se ha venido analizando, la privacidad no es un concepto estático; su contenido se redefine constantemente en función del contexto cultural y tecnológico. Hoy nos enfrentamos a una realidad que resultaría abrumadora hace apenas unas décadas. El avance de la ciencia sugiere que, en un futuro cercano, podría ser posible intervenir en los pensamientos, controlar el entramado neuronal y modificar procesos cognitivos. Ante este panorama, la celebración de los avances científicos debe ir acompañada de una regulación clara y que se anticipe a los nuevos conflictos, pues los riesgos para la dignidad humana son evidentes.

En este sentido, la protección de la privacidad debe evolucionar para contemplar dimensiones que hoy parecen desbordar los marcos tradicionales. Bajo el principio de desarrollo progresivo de los derechos humanos surge la necesidad de interpretar estos avances con cautela, reflexionando incluso sobre la creación de nuevos estatutos de protección para salvaguardar la intimidad y la autonomía individual.

Este desafío ha sido reconocido por los organismos internacionales. En 2015, mediante la Resolución N° 28/16, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas creó el primer mandato sobre el derecho a la privacidad. En sus objetivos, la Relatoría Especial subraya que la privacidad es un derecho instrumental: su vigencia es el presupuesto necesario para el ejercicio de otras libertades, como el libre desarrollo de la personalidad, la expresión de la identidad y las creencias y la participación efectiva en la vida política y social.

Para avanzar en este análisis, resulta imperativo delimitar el objeto de protección a la luz de las definiciones técnicas actuales. En sus informes recientes, ha precisado conceptos fundamentales que clarifican el alcance de este derecho: a) dato personal: cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables y b) dato personal sensible: aquella información que afecta la esfera más íntima del titular o cuyo uso indebido puede generar discriminación. Esta categoría incluye datos que revelen el origen racial, orientación política, convicciones religiosas, salud, vida sexual, datos biométricos y, de manera incipiente, los neurodatos (Consejo de Derechos Humanos, 2025).

3. Breve repaso sobre la interpretación de la vida privada por la Corte IDH

A nivel regional, la Corte IDH se refirió a la “prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas a la vida privada” a lo largo de su jurisprudencia. Podemos mencionar el *Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina*, donde advirtió que

El ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública y comprende, entre otras dimensio-

nes, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público.

Asimismo, destacó que

La CADH impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra aquellas injerencias [...] el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada mediante acciones positivas, lo cual puede implicar, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas, incluyendo los medios de comunicación.

Por último, se “debe encontrar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la CADH y de la mayor importancia en una sociedad democrática” (Corte IDH, 2011: párrs. 48/50).

Sin embargo, para que cualquier injerencia sea válida, el SIDH exige el cumplimiento estricto del principio de legalidad. Bajo el amparo del artículo 30 de la CADH y la Opinión Consultiva OC-6/86, se ha establecido que solo las leyes en sentido formal –aquellas emanadas del Poder Legislativo y enderezadas al bien común– tienen la aptitud para restringir derechos. Esta “reserva de ley” actúa como un límite frente a la arbitrariedad, asegurando que la privacidad no quede a merced de voluntades administrativas o protocolos policiales carentes de sustento democrático.

A este robusto estándar de legalidad debe sumarse la noción de autonomía personal que en “Artavia Murillo” se vincula al concepto de la vida privada. En esta sentencia, la Corte IDH relacionó el derecho a la privacidad con la libertad de decisión sobre el propio cuerpo, entendiendo que la vida privada abarca dimensiones físicas y morales que son esenciales para el libre desarrollo de la personalidad. Bajo esta óptica, la protección a la vida privada no se limita a la intimidad en sentido estricto, sino que engloba factores intrínsecos a la dignidad del individuo, tales como la capacidad para proyectar aspiraciones, determinar la propia identidad y definir el marco de sus relaciones personales (Corte IDH, 2012).

En definitiva, el concepto de vida privada adoptado por la Corte IDH comprende aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía y al desarrollo personal, así como la prerrogativa de establecer vínculos con otros seres humanos y con el mundo exterior. Como bien sostiene el Tribunal, la efectividad de este derecho es decisiva para que el individuo ejerza una verdadera autonomía sobre eventos que definen su calidad de vida, pues la vida privada incluye, en última instancia, la forma en que cada persona se percibe a sí misma y cómo decide proyectarse ante la sociedad.

Asimismo, cabe advertir que más recientemente el *Caso “Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados ‘José Alvear Restrepo’ (CAJAR)” Vs. Colombia* constituye un hito en la protección de los derechos humanos frente a los desafíos de la innovación tecnológica. Al reconocer por primera vez la autodeterminación informativa como un derecho autónomo bajo la CADH, el Tribunal consagra una garantía procesal indispensable en la era digital. De este modo, al imponer al Estado la obligación de transparentar y permitir la rectificación de los archivos de inteligencia, la Corte IDH fortalece la autonomía personal y establece un límite necesario frente al poder de vigilancia estatal (Corte IDH, 2023).

Se advierte que el itinerario jurisprudencial de la Corte IDH refleja una transición necesaria desde la protección de la intimidad, la relación de la privacidad con la libertad de decisión sobre el propio cuerpo, entendiendo que la vida privada abarca dimensiones físicas y morales que son esenciales para el libre desarrollo de la personalidad, hasta la consagración de la autodeterminación informativa como una facultad dinámica de control. Esto implica que el individuo debe tener la capacidad de:

- Conocer: saber qué datos han sido recopilados, por quién y con qué fin;
- Decidir: influir en cómo se procesan sus datos durante todas las fases del tratamiento; y
- Rectificar o eliminar: exigir la corrección de datos inexactos o la supresión de aquellos obtenidos de forma ilícita.¹

4. El derecho a la privacidad en el caso *Bayramov v. Azerbaiyán*

El caso “*Bayramov*” es una sentencia clave del TEDH que profundiza en la protección de la imagen personal frente a la difusión digital no consentida por parte de agentes estatales. Recordemos el contexto del caso, pues el Sr. Bayramov fue detenido y, mientras se encontraba bajo custodia del Estado, fue trasladado a un centro médico para ser examinado. Durante este procedimiento –un momento de extrema vulnerabilidad–, fue filmado sin su consentimiento y en un entorno que debería haber sido estrictamente confidencial.

¹ En suma, los estándares reseñados refieren que, desde la perspectiva de la persona cuyos datos consten en los archivos públicos, resulta imprescindible, en aras de garantizar su autonomía y la libertad para autodeterminarse, reconocer su derecho a acceder y controlar aquellos datos, con los alcances siguientes: (i) 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; (ii) el derecho a reclamar la rectificación, modificación o actualización de los datos, en el caso de ser inexactos, incompletos o no estar actualizados; (iii) el derecho a 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; (iv) 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 y (v) 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 (Conf: *Principios Actualizados del Comité Jurídico Interamericano sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, con Anotaciones*).

El TEDH reafirma que la imagen de una persona es uno de los atributos principales de su personalidad, ya que revela características únicas y constituye un elemento fundamental de su identidad. Bajo el artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada), consideró que el derecho a la protección de la propia imagen es un componente esencial de la autodeterminación, es decir que presupone el derecho a controlar el uso de esa imagen.

El TEDH observó que el demandante había sido filmado en un entorno médico bajo custodia policial. Los tribunales nacionales no explicaron cómo terceras personas (periodistas) pudieron haber tenido acceso a una zona restringida sin la cooperación o negligencia de la policía.

Advirtió que la publicación de la grabación del video en cuestión, la cual sugería que el demandante había estado conduciendo bajo los efectos del alcohol, afectó su vida privada hasta tal grado que se vio involucrado el artículo 8 del CEDH.

Por otra parte, reiteró que, aunque el objeto del artículo 8 es esencialmente proteger al individuo contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de dicha injerencia. El Estado no solo tiene la obligación negativa de “no interferir” arbitrariamente en la vida privada, sino que adquiere un deber de custodia reforzado y debida diligencia cuando una persona está privada de libertad y es el Estado el responsable de su seguridad y de la integridad de su honor.

Es decir, además de este compromiso primariamente negativo, pueden existir obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar. Estas obligaciones pueden requerir la adopción de medidas diseñadas para asegurar el respeto a la vida privada incluso en la esfera de las relaciones entre individuos.

Además, las fronteras entre las obligaciones positivas y negativas del Estado bajo el artículo 8 del CEDH no siempre permiten una definición precisa; no obstante, los principios aplicables son similares. En particular, en ambos casos debe tenerse en cuenta el justo equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses en conflicto.

En “Bayramov”, el Estado falló doblemente: primero, al permitir (por negligencia o cooperación) que se grabaran las imágenes y, segundo, al no impedir su filtración a los medios de comunicación. El TEDH concluyó que Azerbaiyán no estableció un marco legal ni medidas de supervisión suficientes para proteger los datos personales del demandante, permitiendo que información sensible (que debería tener un control reforzado) bajo control estatal fuera utilizada para atacar la reputación del individuo, vulnerando claramente su derecho a la vida privada contenido en el artículo 8 del CEDH.

5. Lo que nos deja la sentencia del TEDH

La sentencia en *Bayramov v. Azerbaiyán* no solo reitera la vigencia del derecho a la privacidad, contemplado en el artículo 8 del CEDH, sino que establece parámetros para la era de la información digital y generativa, en conjunto con la responsabilidad estatal.

Se advierte que existe un evidente impacto en la privacidad con la difusión digital. Un aporte vital de esta sentencia es el reconocimiento del daño a la vida privada generado por las publicaciones en las plataformas digitales. El TEDH concluye que la difusión de imágenes que sugerían una conducta inapropiada (conducir ebrio) afectó la vida privada del abogado hasta el grado de violar el artículo 8 del CEDH, reconociendo implícitamente que la naturaleza del medio digital agrava la lesión al honor.

Por otra parte, se presta especial atención a que la información que se difunde es sobre la vulnerabilidad en el entorno médico. La sentencia destaca que el examen médico es, por definición, un acto de naturaleza íntima. Filmar a una persona en dicho contexto sin su consentimiento constituye una injerencia desproporcionada a su vida privada. La expectativa legítima de privacidad no desaparece por el hecho de estar detenido; al contrario, la situación de vulnerabilidad del sujeto exige una protección más rigurosa de su dignidad.

Asimismo, deja claro que cuando una persona se encuentra bajo custodia estatal el Estado asume una posición de garante no solo de su integridad física, sino también de su integridad moral y su privacidad. La negligencia que permite la filtración de imágenes grabadas en entornos restringidos es imputable directamente al Estado, invalidando la excusa común de la autoría por parte de “terceros ajenos” o “periodistas independientes”. En ese caso, no se actuó con debida diligencia, contemplando actos negligentes ante una custodia activa.

Referencias bibliográficas

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2018). “El derecho a la privacidad en la era digital”, A/HRC/39/29
- Albohaires, N. (1991). Reseña del libro Historia de la vida privada. Tomo 5. Siglo XX: Diversidades culturales, por P. Ariès y G. Duby (Dirs.). *Revista Estudios del Instituto de Investigaciones en Ciencias de la Educación*, pp. 75-87.
- Ariès, P. y Duby, G. (1991). *Historia de la vida privada: Vol. 4. De la Revolución Francesa a la Primera Guerra Mundial*. Madrid: Taurus.
- Consejo de Derechos Humanos (2025). Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la privacidad, Ana Brian Nougrères. Fundamentos y principios para la regulación de neurotecnologías y el tratamiento de neurodatos desde el derecho a la privacidad, A/HRC/58/58.
- 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 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.
- 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.

- Fernández Oliva, M. (2014). El derecho a la intimidad y la protección de datos personales en el entorno digital. *Revistas jurídicas de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho*.
- Gonzalbo Aizpuru, P. (1996). *Familia y orden colonial*. México: El Colegio de México.
- Luque Baena, E. (1989). Reseña del libro Islas de historia. La muerte del capitán Cook: Metáfora, antropología e historia, de Marshall Sahlins. *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (46), 224-229.
- Nievas Saldaña, M. (2012). «The right to privacy»: la génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, el centenario legado de Warren y Brandeis. *Revista de Derecho Político*, (85), 195-239. doi.org/10.5944/rdp.85.2012.10723
- Pérez Pérez, M. C. (2009). Reseña de Borja, Jaime Humberto y Pablo Rodríguez Jiménez, comps. Historia de la vida privada en Colombia. 2 Vols. Bogotá: Taurus, 2009. *Historia Crítica (Universidad de los Andes)*, (39E), 331-336. doi.org/10.7440/histcrit39E.2009.18
- TEDH, *Case of Baymarov v. Azerbaijan*, Application N° 45735/21, 6 de mayo de 2025

Salud mental. Internaciones involuntarias. Abogado *ad litem* TEDH. *Case of Martínez Fernández v. Hungary*, 27 de mayo de 2025

*María Bianchedi Pemberton**

1. Introducción

El debate sobre la internación involuntaria de personas por motivos de salud mental vincula el derecho a la salud, su abordaje médico y la práctica judicial. En Europa, el TEDH, en consonancia con las garantías del CEDH, ha definido estándares precisos en esta materia, como se evidencia en el caso “Martínez Fernández”, en el cual se cuestionó la internación de una mujer de 83 años con demencia debido a deficiencias en su representación legal, a su participación limitada por la medicación sedante, a la invisibilización del representante elegido por la propia persona y al incumplimiento de los procedimientos legales por parte de las autoridades al ordenar y confirmar la hospitalización compulsiva, desoyendo los requisitos básicos que garantizan un procedimiento lícito y no arbitrario.

La interpretación del TEDH, haciendo lugar al reclamo de la demandante, evidenció las deficiencias estructurales del sistema de salud y representó un avance en la protección de los derechos de las per-

* Abogada (UNC). Posgrado en Derecho Procesal Administrativo y Tributario y en Gestión de Políticas Públicas, además de cursado completo de una Maestría en Partidos Políticos (categoría A – CONICET). Se ha desempeñado en organismos públicos como docente y capacitadora en procedimiento administrativo y como asesora de empresas, entes públicos, ONG y fundaciones. Actualmente se desempeña en el cargo de prosecretaría administrativa interina en la Unidad de Letrados de Salud Mental (Personas Mayores de Edad) dependiente de la Defensoría General de la Nación.

sonas con discapacidad, en particular, en lo referente a las internaciones involuntarias y sus garantías procesales. Este fallo subraya la necesidad de que los Estados adopten medidas que aseguren el respeto a la autonomía, la dignidad y los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos.

2. La sentencia del TEDH

2.1. Sobre la legalidad de la internación

La Sra. Martínez Fernández –en adelante la demandante–, nacida en 1937 y residente en Budapest, había sido diagnosticada con demencia varios años antes de su internación. Vivía en su domicilio con una cuidadora y bajo supervisión familiar. El 1º de septiembre de 2020, al sentirse mal, su cuidadora solicitó asistencia médica. Fue trasladada a un hospital general ante la sospecha de sobredosis de medicación, hipótesis luego descartada. Posteriormente, ante un cuadro de inquietud y desorientación, se dispuso su traslado a un hospital psiquiátrico, donde se le administraron inyecciones antipsicóticas y sedantes, y se ordenó su internación involuntaria.

El TEDH examinó con detenimiento las circunstancias que rodearon la internación inicial de la demandante, destacando que la medida no cumplió con los requisitos mínimos de legalidad, necesidad y proporcionalidad exigidos por el artículo 5.1 del CEDH, que protege el derecho a la libertad personal y solo admite la privación de la misma en casos estrictamente previstos por la ley (TEDH, 2025: párrs. 62/66).

El Tribunal subrayó que la decisión de ingreso al hospital psiquiátrico se fundamentó en observaciones clínicas generales de “inquietud y desorientación”, sin que mediara un diagnóstico médico preciso que justificara la existencia de un peligro inminente para la propia usuaria o para terceros. En consecuencia, la internación compulsiva careció de una base fáctica y legal suficiente (*Ibidem*: párrs. 53-55). Asimismo, observó que no se documentó ninguna evaluación independiente o autorización judicial previa que legitimara el traslado desde el hospital general al psiquiátrico. Esta omisión resultó contraria al principio de control judicial inmediato que debe regir toda privación de libertad por razones de salud mental (*Ibidem*: párrs. 56/58).

Otro aspecto relevante fue la administración de medicación antipsicótica y sedante antes de la evaluación judicial, lo que afectó la capacidad de la usuaria para comprender la situación y expresar su voluntad. El TEDH consideró que esta práctica vulneró la obligación de respetar la autonomía y la dignidad de la persona internada, en contravención con los principios de la CDPD, especialmente los artículos 12 y 14 (*Ibidem*: párrs. 59/61).

El Tribunal concluyó que la internación se basó en un criterio médico paternalista, propio del modelo tradicional de sustitución en la toma de decisiones, sin considerar alternativas menos restrictivas ni garantizar apoyos adecuados (*Ibidem*: párrs. 67/69). De ese modo, el Estado incumplió su deber po-

sitivo de asegurar que toda medida privativa de libertad esté justificada, limitada en el tiempo y sujeta a revisión efectiva.

Este tramo del fallo constituye un recordatorio contundente de que un padecimiento de salud mental no puede, por sí solo, justificar una privación de libertad. El enfoque contemporáneo en materia de derechos humanos exige que cualquier restricción a la libertad de una persona con discapacidad se evalúe a la luz de su voluntad, preferencias y del principio de mínima intervención.

2.2. Sobre el derecho a contar con un abogado

Por otra parte, la demandante había otorgado a su hijo un poder notarial para representarla durante la revisión judicial de su internación. En ejercicio de ese mandato, el hijo solicitó al hospital que comunicara su condición de representante al tribunal. A la mañana siguiente, alrededor de las 10:00, un representante del hospital se comunicó telefónicamente con el hijo de la demandante para informarle que la audiencia judicial tendría lugar en una hora, en las instalaciones del propio hospital.

La audiencia se desarrolló el 3 de septiembre de 2020 con una duración total de diecisiete minutos. Al inicio, el juez fue informado de la existencia del poder notarial, sin embargo, ya se había designado un tutor *ad litem* para la usuaria, decisión que el juez mantuvo bajo el argumento de que el hijo carecía de formación jurídica y que la figura del tutor resultaba necesaria para la adecuada protección de los intereses de la paciente.

Según las constancias de la audiencia, el juez instruyó al tutor *ad litem* para que informara tanto a la Sra. Martínez Fernández como a su hijo acerca del procedimiento y de los derechos que les asistían. El representante del hospital expuso las razones que motivaron la admisión de la mujer, su estado mental al momento del ingreso y el tratamiento aplicado. Luego, la demandante fue escuchada brevemente: aún sedada no pudo participar activamente ni formuló preguntas u observaciones –las actas consignan que brindó “respuestas confusas e inadecuadas”–.

El perito psiquiatra, basándose en su observación directa y en la documentación médica, diagnosticó “confusión asociada a deterioro mental” y sostuvo la internación compulsiva. Durante la audiencia, el hijo de la Sra. Martínez Fernández manifestó reiteradamente que el estado mental de su madre había empeorado respecto del día anterior, expresando, además, su desacuerdo con la necesidad de una internación prolongada. Por su parte, el tutor *ad litem* sostuvo que el procedimiento se había desarrollado conforme a derecho y coincidió en que debía mantenerse el tratamiento involuntario.

El Tribunal Municipal de Budapest, apoyándose en el informe pericial, consideró justificada la hospitalización de urgencia por la conducta “inminentemente peligrosa” de la usuaria y ordenó la continuación del tratamiento obligatorio entendiendo que el cuadro clínico que había motivado la internación permanecía sin modificaciones al momento de la audiencia. Finalmente, el 7 de septiembre de 2020, fue dada de alta luego de que el médico tratante confirmara la estabilización de su estado mental y concluyera que su permanencia en el hospital no era ya beneficiosa.

La secuencia procesal relatada evidenció serias deficiencias en materia de garantías judiciales y respeto por la autonomía de las personas con discapacidad, que fueron centrales en el pronunciamiento del TEDH. En primer lugar, la notificación tardía y defectuosa de la audiencia vulneró el derecho de defensa de la Sra. Martínez Fernández y de su representante. El aviso se efectuó apenas una hora antes del inicio de la audiencia, lo cual impidió una preparación adecuada y contravino el estándar establecido por el artículo 5, inciso 4, del CEDH (*Ibidem*: párrs. 75/77).

Además, la duración mínima de la audiencia y la condición médica de la Sra. Martínez Fernández, bajo efectos de medicación sedante, impidieron un ejercicio real del derecho de participación efectiva. El tribunal no garantizó que la persona internada comprendiera el procedimiento ni adoptó medidas de apoyo para su comunicación o toma de decisiones, en abierta contradicción con el artículo 12 de la CDPD, que impone a los Estados el deber de proporcionar los apoyos necesarios para el ejercicio igualitario de la capacidad jurídica (*Ibidem*: párrs. 78/80).

Por otro lado, la decisión de mantener el nombramiento del tutor *ad litem*, a pesar de la existencia de un poder notarial otorgado al hijo, refleja un enfoque sustitutivo y paternalista, propio del antiguo paradigma de la “incapacidad” jurídica. Este criterio fue expresamente superado por la CDPD, que sustituye el modelo de sustitución en la toma de decisiones por uno de apoyos y salvaguardias proporcionales y adaptadas. En este sentido, el tribunal nacional omitió valorar la voluntad previamente expresada por la demandante a través del poder conferido, debilitando la legitimidad del proceso.

Finalmente, la dependencia casi exclusiva del informe pericial psiquiátrico –sin un examen judicial independiente ni la consideración de alternativas menos restrictivas– vulneró el principio de proporcionalidad exigido tanto por el artículo 5 del CEDH como por el artículo 14 de la CDPD, que prohíben privaciones de libertad basadas exclusivamente en la discapacidad (*Ibidem*: párrs. 84/86).

En conjunto, estos factores llevaron al TEDH a concluir que la internación y su revisión judicial no respetaron las garantías mínimas del debido proceso, configurando una privación arbitraria de libertad. El caso subraya la obligación de los Estados de revisar sus procedimientos de internación involuntaria para ajustarlos a los estándares internacionales de derechos humanos, priorizando siempre la voluntad, las preferencias y la autonomía de las personas con discapacidad.

Pese a ello, la decisión del Tribunal Municipal fue apelada ante el Tribunal Regional de Apelación de Budapest, que confirmó la legalidad de la internación sin proporcionar una revisión sustantiva de las circunstancias del caso. Luego, el Tribunal Constitucional de Hungría desestimó la queja constitucional presentada por infundada, considerando que no se había violado la Constitución húngara en el proceso de la internación involuntaria.

2.3. Conclusiones del TEDH

El TEDH advirtió que la internación inicial carecía de base legal suficiente y de control judicial previo. Si bien la Ley de 1997 prevé la notificación al tribunal y la intervención de un juez en un plazo

de 72 horas, en la práctica la Sra. Martínez Fernández fue ingresada como paciente involuntaria y sedada antes de cualquier evaluación judicial independiente. Esto afectó su capacidad de participar en el procedimiento y expresar su voluntad, en violación de los principios de la CDPD, que exige ajustes razonables y respeto a la autonomía de las personas con discapacidad.

También subrayó la insuficiencia del tutor *ad litem* en la audiencia ante el Tribunal Municipal de Budapest. La normativa nacional exige que el tutor conozca al paciente y le informe sobre sus derechos; sin embargo, en la práctica, los tutores rara vez cumplen esta función, limitándose a acompañar al paciente durante la audiencia sin interacción previa. Esto contravino el artículo 5, inciso 4, del CEDH.

Asimismo, el Tribunal criticó la dependencia exclusiva del informe pericial psiquiátrico, que sirvió de base para mantener la internación. La evaluación se realizó sin considerar alternativas menos restrictivas y sin priorizar la participación de la usuaria, vulnerando los principios de proporcionalidad y necesidad de la privación de libertad establecidos tanto por el CEDH como por la Recomendación REC (2004)10 del Consejo de Europa.

El TEDH concluyó que la combinación de internación sin control judicial previo, sedación previa a la audiencia y la limitada actuación del tutor *ad litem* configuró una privación de libertad arbitraria, incompatible con los artículos 5 y 6 del CEDH, así como con los artículos 13 y 14 de la CDPD sobre acceso a la justicia y libertad personal.

3. Comparación entre el modelo húngaro y el argentino

3.1. Tratamiento ante las internaciones involuntarias por motivos de salud mental

Pese a que ambos países contemplan la internación involuntaria bajo supuestos de riesgo, las diferencias enumeradas más abajo dejarán en evidencia que el paradigma argentino ofrece un marco más robusto de garantías procesales y participación del paciente alineado con los estándares internacionales de derechos humanos:

- Base constitucional y estándares internacionales: en Argentina, la protección de la salud mental se encuentra respaldada por la Constitución Nacional, la Ley N° 26657 y tratados internacionales (CDPD, CADH, PIDCP, PIDESC) en armonía con las directrices establecidas por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, que consolidan la salud mental como derecho humano fundamental, garantizan la participación efectiva de la persona y limitan las internaciones involuntarias a casos excepcionales, siempre bajo control judicial.

En Hungría, aunque la Ley de 1997 establece criterios de “conducta peligrosa” e “inminente y peligrosa” y prevé la revisión judicial, la aplicación práctica evidenciada en el caso bajo análisis reveló déficits sistemáticos, como la falta de entrevistas previas del tutor *ad litem*, la

dependencia exclusiva del informe pericial y la ausencia de evaluación de alternativas menos restrictivas.

- Participación del paciente y autonomía: mientras la Argentina prioriza la autonomía y la voluntad de la persona, exigiendo que la internación involuntaria respete la participación efectiva del paciente y contemple los apoyos necesarios para ejercer su derecho de defensa, en Hungría la usuaria estaba sedada durante la audiencia y no fue informada ni consultada de manera significativa, limitando su participación y vulnerando la autonomía.
- Rol de representantes y tutela legal: en la Argentina se asegura la representación letrada efectiva y el acompañamiento judicial continuo, mientras que en Hungría, aunque se designó un tutor *ad litem*, su actuación fue formalista y limitada a la presencia en la audiencia, sin cumplir con las funciones de protección y representación sustantiva exigidas por los estándares internacionales, sumado a que se desoyó la voluntad de la usuaria en cuanto a la designación expresa de su hijo como su representante durante la internación.
- Garantías procesales y control judicial: ambos países contemplan revisión judicial, pero en la Argentina se enfatiza que toda medida involuntaria requiere fundamento legal, control inmediato y revisión periódica, asegurando la proporcionalidad y necesidad de la medida. El caso húngaro mostró que la internación de la usuaria careció de controles efectivos –una audiencia que duró 17 minutos– y la persona afectada no pudo ejercer su derecho a ser oída por estar sedada.
- Enfoque integral y comunitario: el sistema argentino adopta un enfoque preventivo y comunitario, promoviendo dispositivos de atención extrahospitalaria y tratamientos menos restrictivos, en línea con los estándares internacionales. Hungría, en contraste, evidenció un modelo centrado en la internación hospitalaria inmediata, con limitada consideración de alternativas y escasa integración de medidas comunitarias.

Derecho de defensa y a contar con un abogado

El caso bajo análisis pone de relieve las tensiones persistentes entre el modelo tutelar tradicional y el paradigma contemporáneo de derechos humanos en materia de salud mental. El sistema húngaro, aún estructurado sobre la sustitución de la voluntad mediante la figura del tutor *ad litem*, refleja una concepción asistencialista en la que la persona con padecimiento psíquico es tratada como objeto de protección más que como sujeto pleno de derechos. En contraste, la legislación argentina, particularmente a partir de la Ley N° 26657 y del bloque de constitucionalidad federal antes mencionado, consagra un enfoque de autonomía y apoyos. Este modelo reconoce la capacidad jurídica en igualdad de condiciones, dispone la defensa técnica especializada a cargo del letrado previsto en su artículo 22 y establece el control judicial efectivo de toda medida restrictiva. De este modo, el sistema argentino

se orienta hacia la plena efectividad del principio de dignidad humana, en armonía con los estándares internacionales emergentes de la CDPD.

En este marco, la Unidad de Letrados de Salud Mental creada en 2011 (Resolución DGN 558/11 y 841/11) garantiza el acceso a la justicia de personas adultas internadas involuntariamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin cuestionar su capacidad jurídica. Integrada por profesionales del derecho con apoyo interdisciplinario en psiquiatría, psicología y trabajo social, actúa conforme a las Reglas 41 y 64 de las Reglas de Brasilia, que promueven la intervención multidisciplinaria ante situaciones de vulnerabilidad. Interviene en más de cuarenta instituciones públicas y privadas –hospitales, clínicas, sanatorios, geriátricos y comunidades terapéuticas–, desarrollando acciones judiciales y extrajudiciales destinadas a garantizar el debido proceso y el control judicial efectivo, mantener contacto directo y confidencial con la persona internada, supervisar condiciones de internación y promover egresos adecuados, oponerse a internaciones indebidas o solicitar externaciones, coordinar con organismos para el ejercicio de otros derechos y promover el cumplimiento de las recomendaciones del Órgano de Revisión de Salud Mental.

A más de catorce años de su creación, la experiencia demuestra que una defensa técnica cercana y especializada es clave para garantizar el debido proceso, incorporar la voz de las personas y prevenir vulneraciones de derechos humanos, pese a las persistentes barreras socioeconómicas y culturales.

Conclusión final

La comparación entre el sistema argentino y el húngaro evidencia que la protección de los derechos de las personas con padecimientos de salud mental depende no solo de la normativa, sino también de su aplicación efectiva. Ambos modelos comparten un principio rector: la internación involuntaria solo puede ser un recurso de último orden, basado en evidencia médica clara, con control judicial inmediato y revisión periódica.

El TEDH y la legislación argentina coinciden en exigir que estas medidas sean excepcionales y temporales. Sin embargo, el enfoque difiere: el sistema europeo aún se apoya en la noción de “enfermedad mental” como justificativo de la privación de libertad, mientras que el modelo argentino se basa en el paradigma de derechos humanos y la CDPD, priorizando la autonomía y la capacidad jurídica plena.

El fallo del TEDH refleja una apertura hacia este cambio de paradigma, que invita a consolidar globalmente un sistema de salud mental centrado en el respeto integral y efectivo de los derechos humanos a lo largo de toda la vida.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Reseña del libro *Manual de Derechos Humanos. Tomo II*

Rey, S. A. (coord.) (2024). *Manual de Derechos Humanos. Tomo II*, José C. Paz: EDUNPAZ.

Por Adelina Loianno*

Acabamos de concluir un tiempo de enorme placer dedicado a la lectura del segundo tomo del *Manual de Derechos Humanos*, coordinado por el Dr. Sebastián Rey, en colaboración con los profesores que lo acompañan en la cátedra de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de José C. Paz. La obra completa el anterior Tomo 1, que ya anunciaba la continuidad, esta vez dedicado al análisis de los derechos en particular.

La temática de los derechos humanos presenta una diversidad significativa, bien porque se aborde desde perspectivas ideológicas, se limite a un análisis doctrinario, se justifique en contenidos meramente normativos, o pretenda simplemente exponer la jurisprudencia de los organismos internacionales omitiendo consideraciones subjetivas sobre los beneficios de las decisiones judiciales en materia convencional.

Pero ese enfoque sería parcial si no se considerara el impacto de las decisiones de los órganos supranacionales en el ámbito interno, no solo judicial sino de gestión política. Aquí se cumple esa premisa en cada capítulo, porque se expresan los puntos de vista de los autores sin omitir las derivaciones que provoca la visión de la jurisprudencia supranacional en el ámbito interno, no siempre coincidente e incluso a veces francamente diversa.

* Profesora titular de Derechos Humanos (UNLZ y UCES). Profesora titular de Derecho Constitucional (UAI). Profesora adjunta de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional (UBA). Coordinadora de la Especialización en Derecho Constitucional (UBA).

En cada capítulo del Manual se examinan integralmente ambos espacios, de lo que resulta una exposición de las aristas más significativas de la normativa doméstica e internacional. El resultado es un documento que permite visualizar la efectividad de las decisiones que provienen del ámbito internacional sin perder la perspectiva de cada autor al exponer sus consideraciones personales.

Es una obra extensa al punto que pudieron ser dos tomos, ya que se desarrolla en más de setecientas páginas, que evidencia un trabajo minucioso y abarcativo, lo cual no es frecuente en la literatura dedicada a la materia. Tampoco es común que quien coordina participe en cada capítulo del libro y es indudable que ello contribuye a la unidad de contenidos y sin invisibilizar la personalidad de cada autor, produce un efecto unificador de estilo que enriquece el resultado final.

El debate sobre las implicancias prácticas y teóricas del denominado margen de apreciación y su admisibilidad por los tribunales de derechos humanos, en especial la Corte IDH, no queda de lado y es analizado en varios capítulos. Es un tema que presenta dudas especialmente en el SIDH porque el Tribunal regional sostiene una férrea posición contraria a aplicarlo. El capítulo relativo al sistema europeo, a cargo del coordinador Sebastián Rey se hace cargo de este punto, señalando algunas excepciones en ciertos casos especialmente de índole penal, pero que no alcanzan a conmover el enfoque del TEDH francamente favorable a que los Estados resuelvan la modalidad de cumplimiento de las sentencias de condena admitiendo así el margen de apreciación nacional.¹

Es indudable que progresivamente el derecho internacional de los derechos humanos ha ido permeando la legislación interna incorporando nuevos contenidos, revitalizando otros y poniendo en franca situación de crisis algunos que parecían definitivamente consolidados. Sobran las evidencias de esos resultados, claramente enriquecedores de los estándares constitucionales a los que complementan significativamente.

Los conceptos de soberanía y de supremacía de la Constitución, fundacionales del constitucionalismo clásico, ya no pueden sostenerse en su justificación originaria. El constitucionalismo moderno ha elaborado sistemas jurídicos que comparten igual nivel jerárquico entre la norma fundamental y los tratados internacionales. El régimen constitucional argentino es una muestra de esta nueva lectura de la supremacía, pero no es el único. En la región, constituciones como la de México, Colombia, Perú o Ecuador, entre otras, otorgan al DIDH un lugar de privilegio, sea en la letra expresa del texto constitucional o en la imposición de una perspectiva hermenéutica que favorezca la fuente internacional por sobre la fuente interna.

No menos impacto ha sufrido el casi sagrado principio de soberanía. No nos atrevemos a decir que haya perdido su significación primaria en la arquitectura normativa de los Estados, que implica asignarle la trascendente función de consolidar el proyecto común de toda sociedad política; si bien ha quedado indudablemente reducido a elegir la modalidad de ejercicio del poder y el procedimiento de creación y modificación de las leyes. Pero todo lo atinente al ejercicio y tutela de los

¹ Ver capítulo 5, p. 144.

derechos humanos ha sido desplazado de la voluntad estatal desde el momento en que este ratifica un tratado, lo que impide en adelante pretender que la regulación normativa internacional pueda ser reinterpretada, desconocida o modificada por voluntad de las autoridades de los Estados, cualquiera sea la institución de que se trate.

La relectura de esos dos pilares del Estado moderno presentes en todas y cada una de las constituciones americanas y europeas imprime al derecho en general una novedosa luz, donde la persona humana toma un lugar central que si bien se suponía estaba presente desde el inicio del constitucionalismo a fines del siglo XVIII, adquiere una posición central en el sistema jurídico estatal, al punto que incluso las instituciones que integran el andamiaje de las instituciones se pone en tela de juicio si colisiona con alguno de los derechos y garantías tutelados por el DIDH.

Soberanía y supremacía constitucional han sido siempre temas esenciales para el constitucionalismo, que no ha dudado en sus diversas etapas evolutivas en otorgar una calificación de privilegio a la Constitución, norma rectora y orientativa de todo el sistema jurídico del Estado. Sin embargo, la más reciente mutación de la mayoría de los Estados democráticos hacia el monismo en materia de interpretación e incorporación de la normativa convencional a su derecho interno obliga a visualizar otras modalidades de análisis donde los principios de derechos humanos actúan como pautas hermenéuticas superadoras a su inicial naturaleza meramente abstracta o subjetiva.²

En este nuevo contexto donde lo convencional cuestiona muchas de las instituciones contenidas en los textos constitucionales, aparentemente indiscutibles hasta mediados del siglo XX, la apertura hacia novedosas formas de coordinar la normativa de fuente interna e internacional se manifiesta como imperativo necesario para hacer eficiente la labor de los órganos judiciales, reforzando su originaria función de control ahora con el compromiso de materializar en cada decisión la tutela efectiva de los derechos humanos.³

La obra inicia con un tema que generalmente se relega cuando se analizan en particular los derechos humanos y sus garantías: la reglamentación en situaciones normales y estables de equilibrio constitucional y el alcance de tales limitaciones durante los denominados “estados de emergencia”.⁴ Las condiciones de una reglamentación razonable, la necesidad y medida de las restricciones, su duración y proporcionalidad presentan el tema para converger en el marco más espinoso que es el de identificar una situación como “emergencia” que, conforme la normativa convencional, permita afectar el normal ejercicio de derechos y garantías.

2 Ver Nikken, P. (1994). El concepto de derechos humanos. En R. Nieto Loaiza y R. Cerdas Cruz (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos*, vol. 1, pp. 15-37.

3 Mac-Gregor, E. F. y Möller, C. M. P. (2012). La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana. Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Estudios constitucionales*, 10(2), 141-192. También (2013). *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Buenos Aires: Marcial Pons, capítulo XXXIII, pp. 923 y ss.

4 Capítulo 1, Reglamentación, restricción y suspensión de derechos, Gabriel Bicinskas y Sebastián A. Rey, p. 21.

El debido proceso, sus aristas complejas y el alcance de las garantías mínimas son objeto de un estudio que apunta especialmente a los contenidos jurisprudenciales.⁵ Se destaca un análisis casuístico donde la jurisprudencia de la Corte IDH se visualiza en forma espejada con la evolución de la CSJN en relación con el fundamento convencional, siendo este último evidentemente superador del encuadre constitucional de 1853, que obviamente se preocupó en resguardar las garantías mínimas del proceso penal como imperativo de época.

El posterior desarrollo a partir de esa fórmula limitada a cargo de la CSJN y hasta nuestros días transcurre a través de una selección de casos que merece destacarse por tratarse de decisiones líderes que marcaron el rumbo hasta que por los efectos de la jerarquización convencional dispuesta por la reforma de 1994 se iniciara un rumbo más preciso en la identificación de los requisitos mínimos tutelares de lo que debe ser un proceso judicial debido.

Los procesos específicos destinados a garantizar los derechos constitucionales y convencionales, sin demoras ni requisitos formales innecesarios (amparo, habeas corpus y habeas data) complementan los contenidos del trabajo precedente, manteniendo esa constante referencia entre las decisiones de la Corte IDH y la CSJN argentina, enfatizando el aporte nacional y del artículo 43 incorporado con la reforma de 1994.⁶ Esencial y valiosa la referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos porque no es sencillo para el lector (especialista o no) acceder a sus decisiones.

Como un paso previo a introducirse en la problemática de los derechos en particular, el coordinador Sebastián Rey se hace cargo de dos capítulos esenciales para comprender la dinámica sobre todo en materia de competencias, obligaciones estatales y reparaciones. Nos referimos al Sistema Universal de Derechos Humanos⁷ y al Sistema Europeo.⁸

Ese desarrollo previo de la mecánica, contenidos y sobre todo objetivos de los distintos sistemas de protección abre la puerta a las sucesivas investigaciones sobre derechos en particular. El capítulo relativo a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales⁹ inicia el derrotero con una crítica negativa –compartida por gran parte de la doctrina– sobre la idea de diferenciar los derechos humanos por generaciones. Dicha categorización para una parte de la doctrina –que aquí comparten los autores– ha influenciado en una especie de *capitis diminutio* sobre tales derechos permitiendo considerarlos como de segunda categoría. Tal vez sea cierto que haya sido una consecuencia no querida cuando la Comisión de Derechos Humanos de la ONU promovió la elaboración de un tratado de derechos humanos que comprometiera a los Estados más allá de simples declaraciones. Pero el solo hecho de que el resultado haya sido el nacimiento de dos tratados independientes, uno de Derechos Civiles y

5 Capítulo 2, Derecho a la protección judicial y garantías del debido proceso, Rosario Muñoz y Sebastián A. Rey, pp. 37 y ss.

6 Capítulo 3, Mecanismos internos de protección de derechos humanos, Tatiana Hirschhorn y Sebastián A. Rey, p. 77.

7 Capítulo 4, Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, Sebastián A. Rey, pp. 109 y ss.

8 Capítulo 5, Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, Sebastián A. Rey, pp. 137 y ss.

9 Capítulo 6, Introducción a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, Marina Chertcoff y Sebastián A. Rey, pp. 149 y ss.

Políticos y otro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no ha hecho más que contribuir a consolidar esa idea de categorías de diferente naturaleza y, vale admitirlo, operatividad.

El primer derecho analizado será la salud,¹⁰ dedicando un capítulo específico a la salud reproductiva y al tema tan complejo de la interrupción voluntaria del embarazo,¹¹ que se examina desde las diversas perspectivas que exige un aspecto tan sensible del derecho a la salud. No obstante, los autores definen su opinión en forma clara y contundente, dejando abierta la discusión aún no cerrada incluso en ámbitos académicos. Opino que necesariamente debe vincularse con otro capítulo excelente por contenido y referencias, el dedicado al derecho a la vida.¹²

El acceso a una vivienda digna, las condiciones del contexto y los deberes del Estado en la promoción y protección de una necesidad básica como lo es la del hábitat adecuado a la dignidad humana ha merecido en la obra una notoria dedicación.¹³ El análisis de la Observación N° 4 del Comité PIDESC era inevitable en un corpus internacional bastante insuficiente en cuanto a la regulación de un derecho tan fundamental como este.

Merece destacarse la forma en que ha sido trabajado el tema, así como el señalamiento de importante jurisprudencia internacional y local. Siendo la presente una obra destinada principalmente a estudiantes y personas interesadas en los aspectos jurídicos de la tutela de derechos humanos, el desarrollo del marco normativo resulta imprescindible para un tema que frecuentemente se aborda únicamente desde lo ideológico.

El profesor Marcos Filardi es un destacado especialista en la disciplina, lo cual era premonitorio sobre la calidad del capítulo del derecho a la alimentación del que resulta autor juntamente con el coordinador.¹⁴ Se complementa por su contenido el siguiente dedicado al derecho al agua,¹⁵ en coautoría con Juan Pablo Vismara, quien asume también el desarrollo del derecho al medio ambiente.¹⁶ Señalo también el valioso capítulo sobre la problemática de las migraciones, a cargo de Filardi y Rey.¹⁷

A partir del capítulo 13 se sucede el estudio de los derechos a la educación¹⁸ y al trabajo.¹⁹ El primero con un despliegue de conceptos que impactan en el derecho interno a través de los casos en que la Corte IDH se hizo cargo del tema en forma indirecta, pero iniciando el camino hacia la validación de operatividad imaginada por Ferrer Mac Gregor, en su voto razonado del caso “Suarez Peralta Vs. Ecuador”, posterior-

10 Capítulo 7, Derecho a la salud, Marina Chertcoff y Sebastián A. Rey, pp. 169 y ss.

11 Capítulo 8, Derecho a la salud sexual y reproductiva. La interrupción voluntaria del embarazo, Marina Ditieri y Sebastián A. Rey, pp. 199 y ss.

12 Capítulo 21, Derecho a la vida, Laura Iseas y Sebastián A. Rey, p. 513.

13 Capítulo 9, Derecho a la vivienda, Tatiana Hirschhorn y Sebastián A. Rey, p. 233.

14 Capítulo 10, Derecho a la alimentación, Marcos Filardi y Sebastián A. Rey, p. 253.

15 Capítulo 11, Derecho al agua, Juan Pablo Vismara y Sebastián A. Rey, p. 265.

16 Capítulo 12, Derecho al medio ambiente sano, Juan Pablo Vismara y Sebastián A. Rey, p. 279.

17 Capítulo 19, Derechos de las personas en contextos de movilidad humana, Marcos Filardi y Sebastián A. Rey, p. 455.

18 Capítulo 13, Derecho a la educación, Rosario Muñoz y Sebastián A. Rey, p. 297.

19 Capítulo 14, Derecho del trabajo y libertad de asociación en la jurisprudencia de la Corte IDH, Sebastián A. Rey, p. 317.

mente reiterado con mayor firmeza en “Gonzalez Lluy Vs. Ecuador”. El capítulo contiene un importante relevamiento de jurisprudencia nacional y de la Corte IDH.

El siguiente referido al derecho al trabajo y la libertad de asociación se introduce en la jurisprudencia del Tribunal regional con la profundidad imprescindible para un tema que, hasta hace poco tiempo, se consideraba ajeno a su competencia. De la investigación resulta un trabajo prolijo y detallado que resulta muy útil para aquellos que dedican su trabajo a los estándares internacionales en materia de derecho laboral.

El capítulo dedicado a la igualdad y no discriminación resalta en un aporte interesante al funcionamiento y los efectos de las acciones positivas. El debate sobre su conveniencia, pero sobre todo su permanencia en el tiempo no se ha agotado y sigue siendo objeto de debate sobre todo en los ámbitos políticos y de creación de la ley.²⁰ Se complementa con el estudio de la discriminación de género a cargo de los mismos autores.²¹

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad introdujo en nuestro derecho una nueva perspectiva sobre el acceso de tales personas en condiciones de igualdad y despejando los obstáculos culturales y materiales que sufre este colectivo y poniendo el tema en un plano destacado. La jerarquización de dicho tratado ha contribuido a una relectura de casi todos los derechos y enriquecido el debate sobre las acciones positivas. Se trata de un capítulo imperdible, claro, preciso y con excelentes referencias jurisprudenciales y legales.²²

Los derechos de niños, niñas y adolescentes²³ y de los pueblos indígenas y afrodescendientes,²⁴ si bien por supuesto refieren a problemas concretos y específicos tienen en mi opinión un punto de conexión, centrado en los aspectos que se relacionan con las diversidades y las particularidades de dos grupos humanos que comparten generalmente una nota de vulnerabilidad. En ambos trabajos se advierte una profundización de ese aspecto en muchos casos condicionante del acceso igualitario al disfrute de los derechos, debido a las dificultades y obstáculos que provocan precisamente esas calidades vinculadas al grupo de pertenencia en interseccionalidad con pobreza, salud y acceso a la vivienda digna, entre otros derechos.

Las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y desapariciones forzadas,²⁵ el deber de investigar las graves violaciones de derechos humanos y la experiencia argentina,²⁶ el derecho a la libertad personal,²⁷ y el derecho a la integridad personal²⁸ conforman un conjunto homogéneo de im-

20 Capítulo 15, Derecho a la igualdad y no discriminación, Julia Ben Ishai y Sebastián A. Rey, p. 341.

21 Capítulo 16, Discriminación por motivo del sexo y del género, Julia Ben Ishai y Sebastián A. Rey, p. 357.

22 Capítulo 17, Derecho de las personas con discapacidad, Tatiana Hirschhorn y Sebastián A. Rey, p. 393.

23 Capítulo 18, Derechos de niños, niñas y adolescentes, Rosario Muñoz y Sebastián A. Rey, p. 415.

24 Capítulo 20, Derechos de los pueblos indígenas y de las personas afrodescendientes, Laura Iseas y Sebastián A. Rey, p. 489.

25 Capítulo 22, Las ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales y las desapariciones forzadas de personas, Macarena Gómez y Sebastián A. Rey, p. 533.

26 Capítulo 23, El deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos. La experiencia argentina, Sebastián A. Rey, p. 553.

27 Capítulo 24, Derecho a la libertad personal, Ornella Bergés y Sebastián A. Rey, p. 589.

28 Capítulo 26, Derecho a la integridad personal, Laura Iseas y Sebastián A. Rey, p. 632.

prescindible lectura, análisis y nos dejan muchos interrogantes sobre la eficacia de los sistemas de protección de derechos humanos.

Sebastián Rey es un experto en estas cuestiones y su tesis doctoral de impecable factura se vislumbra en los tres capítulos, sin desmerecer el trabajo de quienes colaboraron en los dos compartidos. No puedo omitir a esta altura del comentario que pocos especialistas han desarrollado sobre estos temas una tarea de investigación y análisis tan serio, profundo y despojado de subjetividades como el del coordinador de esta importantísima obra. En particular, considero que estos capítulos podrían ser la base de un trabajo específico sobre graves violaciones a los derechos humanos con especial énfasis en la experiencia argentina.

Si bien no integra este grupo de análisis de violaciones vinculadas, el capítulo sobre trata de personas a cargo de Sebastián Rey abre varias ventanas a la insuficiencia de la normativa y de las políticas públicas que son un deber ineludible del Estado, en evidente falta de compromiso para resolver o al menos aportar herramientas eficaces para la lucha contra la esclavitud del siglo XXI.²⁹

Sobre el derecho a la libertad de expresión,³⁰ capítulo rico e interesante por sus planteos, destaco la numerosa jurisprudencia del TEDH –como dijimos, de no fácil acceso– y el derrotero de la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal. La construcción de la libertad de expresión y el derecho a la información en una sociedad democrática (como lo ha señalado reiteradamente la Corte IDH en sentencias y Opiniones Consultivas) constituyen pilares esenciales de la República tal como lo expresa también la Carta Democrática Interamericana, que incluye este derecho entre los que configuran el sostén y justificación esencial de una democracia.

Finalmente, el derecho a la intimidad cierra el tomo II del Manual³¹ con el aporte de los nuevos problemas que ponen en tela de juicio la amplitud del derecho a la expresión y pensamiento, trayendo al debate nuevas complejidades derivadas de la intromisión de la tecnología en la intimidad de las personas, sus calidades públicas, el derecho al olvido y el alcance de los límites constitucionales y convencionales e incluso la prohibición de la censura.

Concluyendo, tenemos en nuestras manos un Manual que es mucho más que la exposición de los temas centrales que nutren la disciplina de los derechos humanos. Hay aquí investigación profunda, dedicación, detalles, novedades y cuestionamientos que invitan a reflexionar.

El rol de la Justicia, su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos y la labor incansable y permanente de la doctrina proponiendo el debate y el respeto de la diversidad de ideas está presente en cada capítulo del libro.

Nos interpela, nos hace dudar, nos propone debatir y eso es crecer.

29 Capítulo 25, Trata de personas, trabajo forzado y esclavitud, Sebastián A. Rey, p. 607.

30 Capítulo 27, Derecho a la libertad de expresión y acceso a la información, Juan Pablo Vismara y Sebastián A. Rey, p. 649.

31 Capítulo 28, Derecho a la intimidad y a la privacidad, Marina Ditieri y Sebastián A. Rey, p. 695.

Reseña del libro

Manual sobre terrorismo de Estado en Argentina

Grünberg, A. F. (2024). *Manual sobre terrorismo de Estado en Argentina*. Buenos Aires: Editorial Octubre.

*Por Daniel González Stier**

1. Introducción

La memoria no se construye ni se mantiene viva de brazos cruzados. Requiere de nuestras acciones cotidianas para no olvidar y, sobre todo, para no repetir las atrocidades del pasado. Adrián Grünberg canalizó esas acciones cotidianas a través de esta obra que explica de forma clara, sintética y cruda qué fue el terrorismo de Estado en la Argentina, cuáles fueron sus acciones y cómo se inscribió en la idiosincrasia y en la cotidianidad de la sociedad argentina antes, durante y después de la dictadura genocida que se extendió desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 de octubre de 1983.

En la introducción a su obra, Grünberg se propone a sí mismo

que los dolorosos y terribles sucesos padecidos por nuestro pueblo puedan ser conocidos, principalmente, por las jóvenes generaciones [...] en estos tiempos en que reaparecen discursos negacionistas que pretenden, por distintos medios, tergiversar la verdad, forzar una contramarcha de la justicia y pisotear la dignidad de la memoria.

* Abogado (UBA). Magíster en Derechos Humanos y Sistemas Penales Internacionales (UBA). Profesor de grado y posgrado. Miembro de la Asociación Internacional de Especialistas en Genocidio y de la Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derechos Humanos.

Lamentablemente las atrocidades del terrorismo de Estado en la Argentina son poco analizadas o mal explicadas en nuestros sistemas de educación formal. Como muestra de ello basta observar la facilidad con la que los discursos negacionistas (y/o reivindicadores) de la dictadura, sus ideas o sus métodos, han proliferado entre los más jóvenes seguidores del actual presidente quien, en su campaña, calificó como “excesos” lo que nuestros tribunales llamaron genocidio o crímenes de lesa humanidad y como “guerra” al terrorismo de Estado, incluso citando casi textualmente la defensa enarbolada por los miembros de las Juntas cuando fueron juzgados por sus crímenes en la década de 1980.

Esta obra viene a contar con claridad cuál fue el plan de las Fuerzas Armadas para desplegar la violencia como sistema de gobierno, de control y de penetración ideológica, sus antecedentes, sus preparativos, sus métodos y sus consecuencias.

Quienes hemos indagado sobre los detalles criminales del accionar de la dictadura debemos recurrir a distintas fuentes, informes internacionales, libros y declaraciones de los protagonistas, documentales, documentación y miles de páginas de sentencias judiciales que permiten conocer qué pasó, quiénes fueron los perpetradores, con qué apoyo contaron, cuáles fueron las redes de violencia y corrupción que desplegaron y cuál era la finalidad ideológica, social y económica del gobierno. Grümberg concentra esa información en poco más de trescientas páginas que incluyen un glosario de términos y números relevantes para comprender las acciones y el contexto de la dictadura.

2. La estructura del libro

La obra se ordena de forma tal que comienza con el golpe de Estado y las primeras medidas adoptadas por la dictadura (Capítulo I: Quién fue), luego explica cuáles fueron los antecedentes que dieron forma a las ideas políticas, económicas y sociales que pretendió imponer la dictadura (Capítulo II: Por qué pasó) y sigue con el contexto social determinado por la puja entre las luchas populares por los derechos sociales y la represión ensayada en otras dictaduras y democracias previas (Capítulo III: Cómo se llegó). Luego define qué fue el terrorismo de Estado (Capítulo IV) y cómo se organizaron las diferentes atrocidades cometidas en razón del plan que las contenía y sistematizaba (Capítulo V: De qué modo lo hicieron). Finalmente tiene un detalle de las diferentes colaboraciones con las que contó la dictadura para ejecutar su plan de gobierno criminal (Capítulo VI: Con qué auxilio fue posible) y una referencia al despliegue internacional y el acuerdo de la dictadura con otros gobiernos de Latinoamérica, fundamentalmente a través del Plan Cóndor (Capítulo VII: Dónde ocurrió).

Esa estructura resulta interesante porque el libro no se limita a una exposición descontextualizada de los crímenes, sino que permite entender que no fueron una acción espontánea o aislada ni excesos de agentes perversos descontrolados de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad, sino que respondieron a una planificación orquestada internacionalmente y muy bien planificada.

3. Un análisis del contenido

El primer capítulo del libro expone los motivos esgrimidos para la planificación del golpe de Estado: luchar contra la subversión para lograr el orden y la seguridad nacional, erradicar la especulación y la corrupción generalizada y permitir el desarrollo económico.

A excepción de la lucha contra la subversión, que en su versión moderna se podría asimilar con el slogan de la “lucha contra la inseguridad”, el resto de los argumentos se han reiterado en las campañas electorales de la democracia y, curiosamente (o no), desde aquellos tiempos en los que se instauró la dictadura ha aumentado progresivamente la pobreza acompañada de inseguridad, la especulación financiera, la corrupción pública y privada y todo ello atentó, en general, contra el desarrollo económico del país.

En el caso particular de la dictadura, la violencia se multiplicó a partir del ejercicio del terrorismo de Estado que se había iniciado con la creación de la Alianza Anticomunista Argentina (conocida como la “Triple A”), organizada originalmente por López Rega durante el gobierno de María Estela Martínez “Isabelita” Perón.

Frente a ese cuadro, la obra evidencia las verdaderas intenciones de la dictadura explicando que, a través de la redacción del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional se derogó, *de facto*, la Constitución Nacional. Además, la Junta de Gobierno liderada por Jorge R. Videla disolvió el Congreso Nacional, reemplazó a los jueces de la CSJN, al PGN y removió a todas las autoridades provinciales y municipales de los tres poderes del Estado.

A su vez, las restricciones a la libertad de los argentinos y a la democracia quedaron expuestas porque “los militares suspendieron la actividad de los partidos políticos, así como las actividades gremiales de los sindicatos y, por supuesto, prohibieron las huelgas o cualquier otra medida de protesta laboral”.

Además, el autor expone expresamente que

una de las finalidades principales del golpe fue imponer un modelo económico-social en favor de los sectores más poderosos, basado en la desindustrialización y en diversas formas de transferencia de los recursos del Estado al capital concentrado, lo que provocó una profunda afectación de la clase trabajadora, con el aumento de la desocupación, la precarización de las condiciones laborales y una generalizada disminución de los salarios [y que] prevaleció la especulación financiera por sobre la actividad productiva, admitiendo la libre importación de mercaderías del extranjero; durante su gestión se multiplicó abismalmente la deuda externa y, al mismo tiempo, se facilitó la fuga de capitales.

El libro contiene una descripción concisa de la Doctrina de la Seguridad Nacional desplegada ideológicamente desde los Estados Unidos de América que, en la Argentina, significó la inclusión del comunismo como enemigo interno, pese a que en nuestro país “no existió una masiva militancia co-

munista o marxista que pudiera verdaderamente poner en riesgo el sistema y, mucho menos, el modo de vida occidental y cristiano”, por lo que el autor deduce fácilmente que se trató de “una pantalla para desangrar el verdadero objetivo, que fue todo movimiento u organización que tuviera vertientes contestatarias o combativas, ya fueran de cariz político, estudiantil, religioso o sindical”.

También expone un detalle de la relación entre las Fuerzas Armadas de Argentina y de Francia en la formación y práctica de las técnicas atroces desplegadas por la dictadura, incluyendo la inteligencia interior, los asesinatos encubiertos, los vuelos de la muerte, la regionalización del territorio nacional y las acciones psicológicas sobre la población.

Así, explica cómo la Doctrina de la Seguridad Nacional sirvió como base ideológica y militar para reprimir toda resistencia a la implementación del objetivo social y económico de la dictadura.

Esa Doctrina y sus repercusiones represivas se venían implementando paulatinamente por los gobiernos instaurados en los distintos golpes de Estado que sacudieron a la política argentina desde 1955 (1955-1958, 1962-1963 y 1966-1973) y el golpe de 1976 exhibió su faceta más sangrienta, además de acelerar la implementación de la política social y económica que acompañaba al terrorismo de Estado.

Grünberg se ocupa de brindar un detalle crudo de los objetivos del plan criminal de la dictadura y de los crueles métodos utilizados. Aquí reside el principal valor de la obra porque permite comprender el desarrollo paralelo de la violencia y del plan económico que condujo a la reducción de la clase media, el deterioro del Estado, la destrucción de la pequeña y mediana industria nacional y la concentración del capital en los grandes empresarios y los especuladores financieros.

Explica el autor que

los ataques y persecuciones contra gran parte de la población provenían de la organización criminal que se diseñó y conformó en la estructura estatal, concretamente a partir de las Fuerzas Armadas, de las demás fuerzas de seguridad y de los organismos de Inteligencia. Así, puede afirmarse sin lugar a dudas que ello aumentaba extraordinariamente su poder ofensivo y acentuaba la vulnerabilidad de las víctimas, pues aquellos agentes de la represión contaron con plena libertad para actuar con métodos criminales y clandestinos sabiendo que tenían asegurada la impunidad.

Además, “se incluyó como ‘blanco’ a toda persona que, aun por fuera de cualquier grupo o colectivo, pretendiera obstaculizar de cualquier modo el alegado proceso de ‘recuperación’ del país”.

La estructura y el objetivo criminal se reflejan claramente en una cita al General Saint Jean, designado como gobernador *de facto* de la Provincia de Buenos Aires quien, en 1977, dijo “Primero vamos a matar a todos los subversivos, después a sus colaboradores, después a los simpatizantes, después a los indiferentes y, por último, a los tímidos”.

La obra contiene, luego, una descripción de la secuencia represiva desplegada contra las víctimas del terrorismo de Estado: i) despliegue de los servicios de inteligencia para identificar personas sospechosas, ii) captura de los sospechosos, iii) traslado a los centros clandestinos de detención y tortura, iv) interrogatorio bajo tormentos y torturas para obtener información e identificar a otros posibles sospechosos, v) sometimiento de los secuestrados detenidos/desaparecidos a condiciones inhumanas para quebrar su resistencia moral, vi) clandestinidad de las operaciones y anonimato de los autores, y vii) libertad de acción a los cuadros inferiores para determinar el destino de los secuestrados, que podía implicar recuperar la libertad, permanecer en situación de detenido/desaparecido, puesto a disposición el Poder Ejecutivo Nacional, someterlo a un proceso militar, obligarlo al exilio o exterminarlo.

Esa operatoria causó un temor generalizado y formó parte del modo en que el gobierno logró anular cualquier intento de resistencia mientras ejecutaba su plan económico.

El libro detalla particularmente cada una de las acciones terroristas desplegadas por el gobierno y explica en qué consistieron los secuestros, las torturas y las condiciones inhumanas de detención, la situación de los presos políticos en las cárceles comunes, los abusos sexuales, las prácticas de despersonalización, la maquinaria de muertes y desapariciones ocurridas inmediatamente después de los “operativos” o luego del secuestro, alojamiento y tortura en centros clandestinos de detención, la sustracción y apropiación de bebés, niñas y niños, y la rapiña consistente en los delitos contra la propiedad de las personas secuestradas.

Todas esas acciones aparecen descritas y reconstruidas a través de las declaraciones de las víctimas sobrevivientes y de las sentencias judiciales que han condenado a sus autores.

Uno de los aspectos más interesantes del libro de Grünberg radica en la descripción del sistema de inteligencia y de las acciones psicológicas desplegadas por la dictadura, porque da la pauta del nivel de organización criminal del Estado durante la vigencia del gobierno militar y, con ello, acredita la existencia de un plan sistemático elaborado desde las más altas esferas de poder para ser ejecutado en cada rincón de la Argentina.

Detalla las normas militares vigentes en materia de inteligencia que legitimaban la tortura como mecanismo para obtener información y exhibe un esquema del sistema de inteligencia compuesto por Grupos de Tareas, la inteligencia del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, de la Policía Federal y la SIDE, además de la estructura interna de cada una de esas fuerzas, todo ello coordinado con otros sistemas de inteligencia internacionales a través del Plan Cóndor. Toda esa red funcionaba para detectar posibles sospechosos para ser sometidos a la secuencia represiva ya descrita.

Ahora bien, la inteligencia no solo operaba para detectar “sospechosos”, sino que el gobierno montó un sistema de “acción psicológica” muy bien explicado y detallado en el libro. Esto incluía el uso de propaganda, la censura de las opiniones disidentes y la cooptación de los medios de comunicación, a tal punto que las conductas “prohibidas” en los medios de comunicación eran sancionadas con penas de hasta diez años de cárcel, con el agravante de no haber establecido específicamente cuáles eran las conductas prohibidas.

Sobre el punto, el autor destaca un extracto del informe de la CIDH luego de su visita al país en 1979 en el que señaló que “el estado de la información pública no ha permitido que dentro del mismo país exista una conciencia generalizada de las implicaciones de lo ocurrido”.

Resulta difícil hablar de las acciones psicológicas de la dictadura sin adentrarse en el análisis de la relación entre la sociedad argentina y el fútbol, y la forma en que eso fue aprovechado por la dictadura.

Grünberg aborda la cuestión desde las primeras páginas del libro cuando relata que la transmisión del partido amistoso que disputó la selección argentina contra su par de Polonia el 24 de marzo de 1976 quedó exceptuada de la cadena nacional que transmitía la sucesión de comunicados que marcaban el inicio de la dictadura y el fin de la libertad política de los argentinos.

Además, la dictadura aprovechó la organización del Mundial de Fútbol en el año 1978 (la sede ya había sido designada antes del Golpe de Estado), para intentar promover un sentimiento de unidad nacional y para montar una fachada que sirviera como vidriera internacional para lavar la imagen del gobierno.

Sin embargo, la organización del Mundial y la concurrencia masiva de periodistas internacionales

inevitablemente expuso ante el mundo la cuestión de los ‘desaparecidos’ y de los presos políticos. Como ejemplo, puede verse el ya ‘famoso’ video [...] donde un grupo de madres que realizaban su marcha de los jueves en la Plaza de Mayo transmitían a la televisión holandesa un desesperado pedido de auxilio. Una de ellas suplicaba: ‘Nosotros solamente queremos saber dónde están nuestros hijos. Vivos o muertos. Angustia porque no sabemos si están enfermos, si tienen frío, si tienen hambre, no sabemos nada. Y desesperación, señor, porque ya no sabemos a quién recurrir. Consulados, embajadas, ministerios, iglesias, todas partes se nos han cerrado las puertas. Por eso les rogamos a ustedes, son nuestra última esperanza. Por favor ayúdennos. Ayúdennos por favor, [y ya casi sollozando] ¡son nuestra última esperanza!’.

Grünberg se adentra, además, en la cotidianidad de los detenidos/desaparecidos durante el Mundial y la forma en la que ese evento repercutió sobre sus condiciones de detención y sobre el de sus captores y torturadores.

Sin embargo, la relación de la dictadura con el fútbol no terminó con el Mundial y la obra también refleja lo ocurrido durante la mencionada visita de la CIDH, que coincidió con el desarrollo del Mundial Sub-20 en Japón, que también ganó la selección argentina liderada por Diego Maradona.

El Manual expone los detalles de los discursos divulgados por entonces a través de los medios de comunicación, incluyendo la distribución del conocido calco que afirmaba que “Los argentinos somos derechos y humanos”.

El libro aborda, también, los aspectos necesarios de la colaboración de sectores no militares para el ejercicio del poder de la dictadura pero, también, para la ejecución de su plan criminal y su plan económico.

Como ejemplos de ello cita la relación con los empresarios que se beneficiaron del liberalismo económico y la política no-intervencionista del Estado, que derivó en una liberación general de los precios y la eliminación de negociaciones paritarias entre empleadores y trabajadores con la consecuente reducción de los salarios.

Sobre el tema, Grünberg destaca que

al margen de los fríos números y del brevísimo resumen que antecede, al eliminarse las conquistas sociales de la clase trabajadora, dejar de lado toda política económica que procurara una equidad distributiva de la renta (lo que se suele llamar como el ‘reparto de la torta’) y producirse una fuerte caída de los salarios (que entre 1976 y 1978 fue de aproximadamente un 40%), es evidente que los militares y sus socios civiles debieron recurrir al terrorismo de Estado para disciplinar a la sociedad en general.

Ahora bien, la colaboración de muchos empresarios con la dictadura no se limitó a los beneficios económicos obtenidos sino que, para aportar al disciplinamiento social, muchas empresas “entregaron” a trabajadores, delegados y representantes sindicales quienes luego fueron secuestrados, torturados y desaparecidos por el gobierno.

El autor también aborda la relación entre la dictadura y el Poder Judicial en cuanto a la inactividad de los jueces frente a los reclamos presentados por familiares de detenidos/desaparecidos, la irregularidad en el trámite de las investigaciones sobre hechos en los que aparecían cuerpos acribillados con signos de tortura y, finalmente, en la complicidad para favorecer la apropiación y sustitución de identidad de niños separados de su familia, muchos de quienes todavía son buscados intensamente por las Abuelas de Plaza de Mayo.

Por otro lado, la obra desarrolla la relación entre la dictadura y la Iglesia católica. En especial con las altas autoridades de la Conferencia Episcopal Argentina, quienes “además de apoyar y convalidar el golpe de Estado, tuvieron durante la dictadura plena conciencia y conocimiento de los secuestros, las detenciones ilegales, las torturas, los asesinatos y desapariciones de miles de personas”.

Al respecto describe casos puntuales y también menciona que otro sector de la Iglesia identificado como “progresista” fue objeto de represión y de terrorismo por parte de la dictadura, lo que se tradujo en el asesinato y la desaparición de sacerdotes y monjas.

Otra de las alianzas sobre las que trata el libro se refiere a los aspectos de la educación y la cultura, ya que la “Reorganización Nacional” planteaba la necesidad de reorganizar la cultura y la educación. Así se designaron nuevas autoridades e interventores en las oficinas públicas encargadas del área educativa y se implementó la “Operación Claridad”, consistente en un sistema de inteligencia en las escuelas

primarias, secundarias, institutos terciarios y universidades para detectar maestras, profesores y personal no docente que pudieran ser “real o potencialmente ‘agentes terroristas’ dispuestos a ‘desviar’ las creencias y la ‘escala de valores’ de [las] infancias y [la] juventud”.

Además el libro describe el sistema de censura de obras literarias, cine y teatro y las quemaduras de libros masivas que se llevaron a cabo.

La obra contiene un capítulo completo destinado a explicar las implicancias del Plan Cóndor (acuerdo represivo regional concertado entre los gobiernos dictatoriales de Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay y Bolivia, al que luego se incorporó, parcialmente, Brasil, y más tarde Perú y Ecuador) y a describir hechos concretos ejecutados a través de la colaboración de los Estados mencionados.

4. Opinión y conclusiones

El Manual me resulta indispensable como una síntesis útil para conocer y para divulgar la violencia, los antecedentes, la motivación y las consecuencias del terrorismo de Estado en la Argentina durante la última dictadura.

La falta de estudio sobre nuestra historia nos condena a repetirla. Este libro pone en evidencia cómo las mismas recetas aplicadas reiteradamente desde aquella dictadura hasta nuestros tiempos, sólo han generado más violencia, más pobreza y una crisis económica crónica incompatible con las posibilidades productivas de nuestro país, que sólo se puede explicar por la aplicación de políticas económicas que se venden como novedosas pero que se repiten desprotegiendo a los sectores más vulnerables de la sociedad para favorecer a los especuladores y a los explotadores de las riquezas y de los trabajadores.

Como reflexión final creo interesante destacar un apartado del texto que se refiere a la ausencia de intervención judicial en las detenciones y las desapariciones. Desde antes de la dictadura se formaron en Argentina agrupaciones armadas que, sin lugar a dudas debían ser detenidas para mantener la paz en el territorio de la nación.

Ahora bien, a la hora de determinar la incidencia de esas agrupaciones sobre la política y sobre las posibilidades operativas de contenerlas, las fuerzas represoras de la dictadura sumaban alrededor de 200.000 hombres contra una estimación de no más de 2000 militantes de las organizaciones armadas ERP y Montoneros.

Ante esa clara superioridad numérica a la que deben sumarse el poder y los medios del Estado, la lógica civilizada que debió imperar hubo de ser la mencionada por Ernesto Sábató en el prólogo del informe final de la CONADEP, “Nunca Más”: “mediante los tribunales ordinarios, ofreciendo a los acusados todas las garantías de la defensa en juicio”. En su lugar, en nuestro país “a los delitos de los terroristas, las Fuerzas Armadas respondieron con un terrorismo infinitamente peor que el combatido, porque desde el 24 de marzo de 1976 contaron con el poderío y la impunidad del Estado absoluto, secuestrando, torturando y asesinando a miles de seres humanos”.

El gobierno, aunque dictatorial, tuvo a su alcance la posibilidad de perseguir, identificar, detener y juzgar legalmente a las personas responsables de los actos que decía reprimir, pero optó por desplegar el aparato de violencia más sangriento que ha visto la historia argentina.

El Manual de Grünberg pone en evidencia la violencia, el terror y la responsabilidad del gobierno de la dictadura en el diseño y la implementación del plan sistemático de secuestro, tortura, desaparición y asesinato de 30.000 argentinos.

Explica sus métodos y sus objetivos y, en definitiva, permite comprender por qué el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional” constituyó un genocidio, un intento de destruir al grupo nacional argentino, su cultura, su educación y su sistema social y económico a través del terror, lo que generó una herida que hasta hoy no ha cicatrizado.

Reseña del libro

Cuando hicimos historia. Acuerdos y desacuerdos en torno al Juicio a las Juntas

Gargarella, Roberto; Ramón Michel, Agustina y García Alonso, Lautaro (2025).

Cuando hicimos historia. Acuerdos y desacuerdos en torno al Juicio a las Juntas.
Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

*Por Luis H. Alén**

El libro que aquí se reseña es una obra colectiva, estructurada en forma de diálogos entre personajes de nuestra cultura política que reflexionan acerca de los cuarenta años cumplidos desde la celebración del Juicio a las Juntas Militares, realizado en la época en que Raúl Alfonsín presidía la Argentina.

Valga una primera aclaración: como toda reseña, la presente no pretende abarcar en toda su complejidad los temas desarrollados en el libro, sino destacar aspectos que, a mi juicio, constituyen puntos nodales de los trabajos que lo componen. Una segunda y no menos necesaria aclaración es que, aunque resulte obvio señalarlo, las opiniones vertidas me corresponden por completo y, en ningún caso, más allá de las discrepancias que existen con las de los autores, reflejan una visión disvalorativa de los mismos. Y una más, sobre el título escogido: la historia registra los hechos, sin que ello signifique un juicio de valor sobre los mismos. Eso concierne a los historiadores.

Antes de adentrarme en el análisis de los textos que componen el libro, creo necesario esbozar al menos el contexto en que sucedieron los hechos que allí se analizan.

* Abogado. Entre 2007 y 2015 se desempeñó como subsecretario de Protección de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Fue profesor titular en la UBA y UNLa y director de la Licenciatura en Justicia y Derechos Humanos (UNLa).

En el mes de septiembre de 1983, pocos días antes de celebrarse las elecciones que marcarían el retorno a la democracia, la dictadura cívico militar decretó una autoamnistía, a la que denominó con el eufemismo de “Ley de Pacificación Nacional” y que llevaba el N° 22924. Se pretendía, de esa manera, asegurar la impunidad y clausurar el camino de la justicia. Junto con la ley, el entonces comandante en Jefe del Ejército, Cristino Nicolaides, impartió la instrucción de que se destruyeran todos los archivos relativos a la represión.

Sin embargo, el rechazo a la dictadura hizo que, retornada la democracia con la elección de Alfonsín en los comicios del 30 de octubre de 1983, una de las primeras leyes del Congreso anuló la norma y la privó de todo efecto legal.

Es que desde el retorno de los gobiernos electos por el voto popular, quienes resultaron víctimas de las atroces violaciones a los derechos humanos cometidas hasta el 10 de diciembre de 1983 fueron desplegando una larga lucha para conseguir el fin de la impunidad de los responsables de tales crímenes.

La participación del Estado nacional en ese proceso de búsqueda de justicia atravesó distintas etapas. Asumido el gobierno por Alfonsín el 10 de diciembre de 1983, el 13 de diciembre de 1983 el presidente aprobó los decretos 157 y 158.

El primero afirmó la necesidad de “afianzar la justicia; con este fin, corresponde procurar que sea promovida la persecución penal que corresponda contra los máximos responsables de la instauración de formas violentas de acción política, cuya presencia perturbó la vida argentina”. El decreto se aplicó particularmente a los dirigentes de organizaciones guerrilleras, instalando de este modo la teoría de los dos demonios, que equiparaba la acción de particulares al terror desplegado desde el Estado.

El segundo decreto mandó enjuiciar a las juntas militares: el artículo 1 prescribía:

Sométase a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los integrantes de la Junta Militar que usurpó el gobierno de la Nación el 24 de marzo de 1976 y a los integrantes de las dos juntas militares subsiguientes.

Se buscaba que fueran las mismas Fuerzas Armadas las que produjeran la depuración de quienes, desde su seno, cometieron los crímenes más aberrantes.

El 15 de diciembre de ese mismo año fue aprobado el Decreto N° 187, que estableció la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), atribuyéndole la responsabilidad de investigar las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar. Su conformación no estuvo exenta de polémicas, ya que se había propuesto que se constituyera una comisión bicameral, en el seno del Congreso, pese a lo cual Alfonsín prefirió una comisión de notables, muchos de ellos objetados por los organismos de derechos humanos por su escasa participación en la lucha contra la dictadura.

La CONADEP fue conformada por trece miembros y cinco secretarios, desplegó su acción hasta el 20 de septiembre de 1984, cuando entregó su informe final –titulado *Nunca Más*– y registró nueve mil denuncias, obrantes en siete mil testimonios de víctimas y familiares, mil quinientos de ellos sobrevivientes del terror. Así se documentó el accionar del terrorismo de Estado en un documento de cincuenta mil fojas, en las que constaban ocho mil novecientos sesenta casos de desaparecidos y se acreditaba la existencia de trescientos ochenta centros clandestinos de detención, entre ellos la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA) en la Capital Federal, La Perla en la provincia de Córdoba y Mansión Seré en el Conurbano Bonaerense.

Sobre la base de ese informe, y una vez fracasado el intento de que fueran los propios militares los que juzgaran a los integrantes de sus filas por la inacción del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, se aplicó la Ley N° 23077 de defensa de la democracia, sancionada por el nuevo Congreso, y el 22 de abril de 1985 comenzó ante la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la ciudad de Buenos Aires un juicio oral y público a los nueve miembros de las tres primeras Juntas Militares acusados de cometer crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de los derechos humanos.

El procedimiento era inédito y escapaba a la regla procesal vigente en materia penal, que consagraba el procedimiento escrito con una parte instructoria y otra de sentencia, ambas a cargo –en la jurisdicción federal– del mismo juez. El fiscal federal Julio Strassera, con la asistencia de Luis Moreno Ocampo, llevó adelante la acusación, sin permitirse la intervención de querellantes particulares. Tanto Strassera como los integrantes de la Cámara juzgadora habían ocupado cargos en el Poder Judicial durante la dictadura.

Para llevar adelante la causa se seleccionaron más de setecientos casos y alrededor de ochocientos testigos, y los testimonios recogidos sumaron novecientas horas. Ello no agotaba siquiera la totalidad de los crímenes denunciados ante la CONADEP, pese a lo cual el juicio despertó un inusitado interés en la sociedad.

Las audiencias finalizaron el 14 de agosto de 1985 y el 9 de diciembre del mismo año la Cámara Federal dictó su fallo. Jorge Rafael Videla y Emilio Massera fueron condenados a prisión perpetua; Roberto Viola recibió una sentencia de diecisiete años de prisión; Armando Lambruschini una sentencia de ocho años de prisión, y a Orlando Agosti se lo condenó a cuatro años de prisión. Los otros miembros de la junta (Leopoldo Fortunato Galtieri, Omar Graffigna, Jorge Anaya y Basilio Lami Dozo) fueron absueltos.

Volviendo al trabajo analizado, el mismo cuenta con un Prólogo de Luis Moreno Ocampo en el que se van describiendo a los protagonistas de los diálogos,¹ que de alguna manera describen el contexto, las circunstancias y los actores de aquel histórico juicio. Según Moreno Ocampo, la idea del libro nació al calor de los debates que se produjeron tras el estreno de la película *Argentina, 1985*, una producción de Amazon que se refiere al juicio.

El Prólogo es continuado por una Introducción –“Para despertar al Juicio del olvido”–, en las palabras de Roberto Gargarella –abogado, sociólogo, escritor, docente e investigador especializado en temas

¹ Hablamos de diálogos porque es la manera que adopta el libro para referirse a lo que, en puridad, son debates entre más de dos personas.

como derechos humanos, democracia y derecho constitucional–, Agustina Ramón Michel –abogada, docente de la Universidad de Palermo e investigadora del Centro de Estudios de Estado y Sociedad– y Lautaro García Alonso –abogado, docente de la Universidad de San Andrés–.

Los autores de esta Introducción aclaran su postura desde el comienzo: para ellos, el Juicio representa el único evento jurídico, dentro de la turbulenta vida política del país, del que los argentinos podemos sentirnos plenamente orgullosos. Esta postura excluye como eventos jurídicos a los juicios por crímenes de lesa humanidad que desde la sanción de las leyes 25778 –que dotó de jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968 y aprobada por la Ley N° 24584– y 25779 –que estableció la nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida–.

Creo que la reivindicación como hecho histórico del Juicio a las Juntas no necesita efectuarse sobre la negación de otros hitos. Señalaré solamente que en 2010, el Memorial de la Shoah de París, que es el primer centro de información europeo sobre este tema, y ofrece numerosas actividades para ayudar los visitantes a entender mejor la historia del genocidio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial, y desde el 2005, también se interesa en enseñar la historia del genocidio de los tutsis en Ruanda en 1994 y el de los armenios en el Imperio otomano en 1915, invitó a un grupo de jueces federales de la Argentina a participar del Seminario “La Shoá y los genocidios o crímenes contra la humanidad del siglo XX. ¿Qué enseñanzas para los juristas?”, realizado en esa institución del 1° al 5 de febrero de aquel año. Esa invitación fue una forma de reconocer la vital importancia que reviste el proceso de Memoria, Verdad y Justicia llevado a cabo en nuestro país. Negarlo es pretender tapar el cielo con un harnero.

Entrando a los temas del libro, quienes participan del diálogo inicial son Elizabeth Jelin, Pablo Gerchunoff y Martín Farrell, y lleva como título “¿Una iniciativa política de espaldas a la sociedad? El contexto del juicio”.

Jelin es una socióloga e investigadora social, que ha centrado su trabajo en temas de memoria y represión política. Gerchunoff es un docente e investigador que trabajó en el área de economía durante los gobiernos de Raúl Alfonsín, Carlos Menem y Fernando de la Rúa. Farrell es un jurista que se desempeñó en el Poder Judicial federal y es investigador permanente del Instituto Ambrosio Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

La pregunta en torno a la cual gira este primer diálogo es ¿Hubiera habido juicio sin Alfonsín? Planteada de esta manera, es una interrogación contrafáctica, dado que es sabido que el juicio se realizó y que ocurrió durante la presidencia de Alfonsín. Jelin habla de una demanda existente en el seno de las organizaciones de derechos humanos que reclamaban alguna forma de justicia pero sin tener en claro cómo se debía realizar. Gerchunoff cree que Alfonsín tomó nota de esa demanda, aun contra la posición predominante en su partido. Farrell descrea de la existencia de esa demanda y prefiere atribuir la actuación de Alfonsín a razones morales.

Personalmente, creo que Alfonsín dio la respuesta política que creyó posible ante el accionar de las víctimas sobrevivientes del genocidio argentino, los familiares de los asesinados y detenidos desaparecidos, los organismos de derechos humanos y un conjunto de abogados comprometidos que reclamaban el juicio y castigo de los genocidas. En 1983, previamente a asumir la Presidencia de la Nación, Alfonsín realizó una gira por Europa buscando apoyo internacional para la transición democrática en la Argentina. En dicha gira, se reunió con un grupo de exiliados entre los que estaba Eduardo Luis Duhalde, quien me refirió personalmente que el líder radical les expresó que creía que dado el contexto que rodeaba la transición, lo máximo a lo que podía aspirarse era a algún tipo de juicio contra las Juntas Militares, porque algo de mayor extensión pondría en peligro la naciente institucionalidad democrática.

El segundo diálogo “¿Heroísmo judicial al margen de la política? El desarrollo del juicio” tiene como protagonistas a Ricardo Gil Lavedra –que integró la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que llevó adelante el juicio–, Catalina Smulovitz –una politóloga que fue vicerrectora de la Universidad Torcuato Di Tella y ha publicado trabajos sobre derechos humanos y relaciones cívico militares– y Marcela Rodríguez –abogada, integrante del equipo de la Fiscalía actuante en el Juicio, diputada nacional entre 2001 y 2013–.

Para Gil Lavedra que el juicio se haya llevado a cabo pese a la intención de sectores del gobierno que preferían que actuaran los tribunales militares demostró la existencia de un sistema legal que funcionaba. Discrepa en eso con la visión de Smulovitz, que ve una coordinación autónoma de actores no políticos e independientes, a la que llama “serendipia”, que actuaron sin advertir que cumplían con un rol que les adjudicaba el sistema legal. Rodríguez ve una cuota de ingenuidad en la decisión de Alfonsín –compartida por lo que ella llama el grupo de filósofos² que dieron las bases intelectuales para que el presidente llevara adelante el juicio–, que fue necesaria tanto para el triunfo electoral como para la decisión de impulsar el proceso.

En lo personal, estimo que la enorme trascendencia que tuvo en su momento el funcionamiento de la CONADEP y la gran manifestación popular que acompañó la entrega de su informe final hicieron que, ante la notoria inactividad de los tribunales militares, no quedara otra salida que el avocamiento de la Cámara Federal, aun limitando el juicio a poco más de setecientos de los más de ocho mil casos denunciados ante la Comisión. La Cámara tomó el único camino que le resultaba posible frente al reclamo popular y en el marco de las atribuciones que le confiaba la reciente Ley de Defensa de la Democracia.

El tercer diálogo discurre sobre “¿Un legado en disputa? Discusiones en torno al *Nunca Más* como canon de la memoria política”. Lo protagonizan Emilio Crenzel –sociólogo, investigador principal del Conicet y profesor de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires–, Martín Böhmer –abogado, docente en distintas altas casas de estudio, investigador y miembro de varias asociaciones relacionadas con la defensa de los derechos civiles– y Claudia Hilb –socióloga y profesora titular de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA) e investigadora principal del Conicet–.

2 Se menciona a Carlos Nino, Jaime Malamud Goti, Martín Farrell, Eduardo Rabossi, Eugenio Buligyn y Genaro Carrió.

Crenzel recuerda el cambio de parecer de Alfonsín, quien primero pensó en una Comisión Bicameral que investigara lo actuado por la dictadura, pero finalmente se inclinó por una Comisión de Notables, bajo el control del Poder Ejecutivo. Para Böhmer se sumaban situaciones tales como la falta de control del Congreso por parte de Alfonsín y la historia de la violencia de los años setenta, que cargaba sobre las espaldas del peronismo. Hilb ve como una de las razones decisivas para no colocar a la Comisión dentro del Congreso la preocupación del gobierno para mantener un cierto control sobre los hechos, de modo de prevenir un estallido. Crenzel reconoce en el prólogo del informe *Nunca Más* la fórmula de la teoría de los dos demonios. Böhmer habla sobre la idealización del militante de izquierda, que ve plasmada en el Prólogo a la segunda edición del *Nunca Más*. Para Hilb, el Juicio constituyó un acto de justicia excepcional, parte de un proyecto de conformación de un Estado de derecho.

Vuelvo al contexto que ya referí. Puesto frente a la exigencia social que reclamaba una respuesta a la cuestión de las desapariciones, Alfonsín tomó el camino que mejor cuadraba en su proyecto de construcción de una democracia liberal que incluyera a un peronismo renovado –esto es, despojado de sus vertientes más contestatarias– como parte de la ilusión de un “Tercer Movimiento”, superador de antiguas antinomias.

La conformación del Congreso no le daba garantías suficientes, por lo que prefirió recurrir a la elección de notables. Fue la respuesta popular, expresada en la presentación constante de denuncias y reclamos ante la Comisión, lo que la dotó de valor, más cuando tanto en las Fuerzas Armadas como en las de seguridad sus cuadros superiores estaban plagados de personal comprometido en las violaciones a los derechos humanos.

Graciela Fernández Meijide –que es de profesión maestra, pero que cobró notoriedad a partir de su militancia en materia de derechos humanos luego de la desaparición de su hijo durante la última dictadura militar; posteriormente fue secretaria de la CONADEP, y más tarde actuó en política del brazo del Frente País Solidario (Frepasso), llegando a disputar en internas la candidatura presidencial con Fernando de la Rúa–; Carlos Altamirano –sociólogo, investigador del CONICET y docente en diversas universidades– y Mariano Llinás –director, productor, guionista y actor– discurren a continuación acerca de qué puede hacer el arte con los hechos más dramáticos de la vida pública y las representaciones culturales del Juicio.

Fernández Meijide revaloriza al Juicio: cree que no tiene parangón en el mundo, que fue el mejor aporte que la Argentina hizo a la historia de la democracia, porque fue realizado por jueces federales del mismo país, basado en leyes ordinarias, con una investigación a fondo que incluyó escuchar y hablar con las víctimas. También considera que la película *Argentina, 1985* ayudó en el sentido de la revalorización de ese proceso, porque reinstaló un episodio que marcó un antes y un después en nuestro país.

Altamirano, por su parte, cree que en el mundo cultural el Juicio a las Juntas fue un hecho muy importante, que en el ambiente cultural de las clases medias –y no hay otro que ese, a su criterio, al menos en la Argentina–, se observa que estuvo muy activo y que valoraba y le preocupaba el Juicio y lo que pudiera suceder.

Llinás recuerda su indignación cuando Néstor Kirchner en la ESMA declaró “vengo a pedir perdón de parte del Estado” porque había existido el Juicio a las Juntas impulsado por Alfonsín, ante lo cual percibía las declaraciones de Kirchner como una apropiación por parte del gobierno de un proceso histórico que no le pertenecía, porque pertenecía a todo el pueblo.

Es curioso que Llinás destaque que al hablar con mucha gente cuando se le propone participar del proceso que llevó a la filmación de la película *Argentina, 1985*, de la cual fue coguionista, descubrió un enorme desconocimiento acerca del Juicio a las Juntas, de los roles que habían tenido en él personajes como Fernández Meijide, Strassera o Moreno Ocampo, y él mismo incurre también en notorio desconocimiento porque señala “la inauguración del Museo de Memoria de la ex ESMA” cuando en realidad Néstor Kirchner el 24 de marzo del 2004 no inauguró ese museo, sino que celebró lo acordado entre el Estado nacional y el de la ciudad de Buenos Aires para transformar lo que había sido el mayor centro clandestino de detención y exterminio ubicado en la Capital Federal en lo que es hoy: un Espacio para la Memoria y para la promoción y defensa de los derechos humanos, con la participación de los organismos defensores de derechos humanos.

La cuestión de si el Juicio fue perdiendo trascendencia y por qué pudo haber ocurrido permite varias respuestas. La existencia de otros juicios –que aún se están llevando a cabo– y la conciencia generada en el cuerpo social acerca de la necesidad de que el *Nunca Más* no fuera solo una frase perdida en el limbo de las buenas intenciones no anuló al Juicio, sino que lo privó de su carácter de evento excepcional. La película tuvo el valor de recrear para las nuevas generaciones que no vivieron aquellos días y para las cuales los juicios no resultaban algo fuera de lo común, los hechos del Juicio a las Juntas, incluso teniendo en cuenta que por más que refleja hechos históricos se trata de una obra de ficción.

María José Sarrabayrouse Oliveira –antropóloga e investigadora adjunta del CONICET–, María Gabriela Lugones –investigadora del Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades y profesora titular de Antropología Cultural en la Universidad Nacional de Córdoba– y Julieta Lemaitre –abogada y magistrada en la Sala de Reconocimiento de la Verdad de la Jurisdicción Especial para la Paz, creada por el Acuerdo de Paz en Colombia– se preguntan “¿Qué pasó en otras geografías y tiempos del juicio? Más allá de Buenos Aires”.

Para Sarrabayrouse Oliveira, los juicios en particular tienen un carácter reparador a partir de la escucha y también del establecimiento de la verdad sobre lo ocurrido. El Poder Judicial tiene la capacidad de construir esas verdades que se convierten en verdades oficiales. Lugones establece una distinción, en tanto le parece que ni los territorios ni las distancias pueden ser pensadas solo a partir de jurisdicciones político-administrativas porque los territorios no son únicamente geográficos: así, los territorios donde se realizó el Juicio a las Juntas fueron múltiples (la sala de tribunales, las calles, tomas fotográficas y filmaciones). Lemaitre plantea que la Argentina tiene una serie de excepciones: una de ellas la idea de Nación, y una relación de la gente con esta idea; un “todos somos argentinos”, cuyas diferencias son mucho menores que las que existen en Colombia en términos de raza, clase, etnia e identidades regionales. A pesar de ello, coincide con Sarrabayrouse Oliveira en que llegar a los lugares donde sucedió

la violencia y el horror tiene un significado especial, sin importar el país, porque hay un significado moral que se materializa en la intimidad del espacio compartido.

A mi juicio, este diálogo en particular es el de mayor relevancia de los que componen el libro, sin que esto signifique un demérito para el resto de los trabajos. Por ejemplo, un tema central es el que plantea Sarrabayrouse Oliveira cuando afirma que si hay algo que ha sido distintivo de los juicios de lesa humanidad es la posibilidad de reponer el contexto en el cual ocurrieron los hechos, por ejemplo, qué características tenía el lugar donde tal persona fue secuestrada y detenida, qué es lo que hacía, dónde trabajaba, si militaba en un gremio o en la universidad. La explicación histórica. Lugones agrega que es importante esto de los sitios donde se llevan adelante los juicios; se refiere al llamado “Juicio a los Magistrados”, celebrado en Córdoba, donde ella estuvo acompañando etnográficamente todas las audiencias, y se encontró con unas proximidades no solo en términos de clase, raza y formación educativa, sino también relacionales entre querellantes, acusados, jueces, víctimas y testimoniados. Lemaitre se formula otras preguntas inquietantes: ¿de dónde salió la dictadura? Los represores ¿no son la misma gente que los reprimidos? ¿Hay una diferencia absoluta entre unos y otros? ¿Nacieron en otro lado, fueron a otras escuelas, los criaron otras personas? Los reprimidos, ¿no tenían familiares que eran represores, o son familias, barrios, mundos, completamente distintos? Y dice: puede que este tipo de preguntas sea de por sí una herejía, porque es difícil aproximarse a una guerra ajena y a sus heridas.

El último diálogo lo protagonizan Hilda Sabato –historiadora, profesora emérita de la Universidad de Buenos Aires e Investigadora Superior del CONICET–, Diana Maffía –filosofa, docente de grado y posgrado en universidades nacionales e internacionales, investigadora del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género, fue diputada y defensora adjunta del Pueblo– y Camila Perochena –historiadora, profesora en la Universidad Torcuato Di Tella, realizadora de trabajos de divulgación histórica en el diario *La Nación* y en el programa de televisión por cable *Odisea Argentina*–. Se preguntan: “¿Sigue vigente el consenso del *Nunca Más*? Los legados del Juicio, de 1985 al presente”.

Sabato piensa que el Juicio a las Juntas aparece opacado en las últimas décadas y que su marginación como hito político se debió al menos en parte a la operación de la política de derechos humanos llevada adelante por el kirchnerismo desde el poder. Afirmación que no se condice con la realidad, lo cual puedo sostener al haber sido funcionario de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación desde 2003, incluso como subsecretario entre 2007 y 2015. En cada una de las presentaciones que la Secretaría hizo en su rol de querellante en los Juicios por Crímenes de Lesa Humanidad se reconoció como hito trascendente el Juicio a las Juntas, que por otra parte, al concluir en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada constituía una verdad jurídica e histórica imposible de ser rebatida. Así, por ejemplo, se la mencionó cuando me tocó alegar en el proceso seguido a Christian Von Wernich.

Por lo tanto, sostener como lo hace Sabato que “en el mensaje oficial del kirchnerismo el Juicio a las Juntas no existía” es una falacia, como también ocurre con las expresiones de Perochena cuando se refiere al cambio del prólogo del *Nunca Más* y critica que el prólogo a la segunda edición del *Nunca Más* tergiversó al original. Este cambio nunca existió. Al realizarse la segunda edición del informe, en

2006, lo que ocurrió —como suele suceder en las segundas ediciones de una obra— es que se realizó un prólogo a esa edición.

El informe original, como su prólogo, quedaron intactos, como es fácil de comprobar con la mera observación de esa edición. Sí es claro que en ese nuevo prólogo, redactado por Rodolfo Mattarollo y Eduardo Luis Duhalde, se expresó una visión diferenciada. Si en la primera edición se atribuía lo ocurrido en los años del terrorismo de Estado a “un terror que provenía tanto de la extrema derecha como de la extrema izquierda”, ante el cual “a los delitos de los terroristas las Fuerzas Armadas respondieron con un terrorismo infinitamente peor que el combatido”, en la edición de 2006 se dijo que “es preciso dejar claramente establecido —porque lo requiere la construcción del futuro sobre bases firmes— que es inaceptable pretender justificar el terrorismo de Estado como una suerte de juego de violencias contrapuestas, como si fuera posible buscar una simetría justificatoria en la acción de particulares frente al apartamiento de los fines propios de la Nación y del Estado que son irrenunciables”. Sostengo y reivindico esta definición, que encuentro imposible de rebatir desde la perspectiva de quienes creen en la necesidad de sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. Es más: en ese mismo prólogo de 2006 se sostuvo que

a partir del restablecimiento de las instituciones constitucionales el 10 de diciembre de 1983 hubo grandes hitos como el informe de la CONADEP, que hoy vuelve a reeditarse, y el juicio a los integrantes de las tres primeras juntas militares, entre otros procesos judiciales.

Es decir, se reivindicaban tanto al *Nunca Más* como al Juicio a las Juntas.

Insisto en que el segundo prólogo no anula ni elimina al primero, sino que formula una aclaración conceptual que resulta imposible de rebatir (¿acaso alguien cree en una equiparación posible de los crímenes cometidos abusando del poder del Estado con los que pudieran haber sido cometidos por particulares?). Lo demás entra en el campo del debate sobre nuestra historia. Pensar como Sábato que “venimos asistiendo a una disputa entre tribus, que es, por otra parte, ajena a la mayoría de la sociedad” es la expresión de una visión opaca y parcial de los hechos de un pasado todavía en proceso de revisión, que no puede ser elaborado con un lente que pretende poner en términos de igualdad a víctimas y victimarios de una serie de eventos que, podría decirse, tienen su más antiguo antecedente ya en 1810 y las disputas entre Saavedra y Moreno.

Volviendo a las dialogantes, resulta de mucho interés el reconocimiento que hace Maffía al papel relegado de las mujeres en aquel proceso. Como bien señala,

durante el juicio los jueces, fiscales y defensores eran todos varones; la justicia era masculina y el contrato social también. Los códigos y la Constitución habían sido redactados por hombres. En ese contrato social que defendíamos con un marco normativo las mujeres no habíamos tenido participación alguna.

Los patriarcas de la historia decidían lo mejor para nosotras. Las mujeres, adultas y jóvenes, trabajamos con la Fiscalía, pero los protagonistas eran varones.

Una última reflexión: que la condena al terrorismo de Estado forma parte de un consenso social quedó absolutamente de manifiesto cuando la CSJN pretendió beneficiar con el cómputo del “2x1” a los genocidas, ocasionando una concentración multitudinaria que no solo rechazó el intento, sino que forzó al Congreso a actuar de inmediato y a la misma Corte a volver tras sus pasos.

Por fin, el Epílogo del trabajo reúne las visiones que la mención del Juicio evoca en quienes participaron de la confección del libro.

Resumiendo: en tanto trae a la actualidad debates sobre hechos que forman parte de un pasado todavía en crisis y miradas divergentes sobre la construcción de una verdadera democracia estable en la cual aquello que tantas veces sostuvo Duhalde (sobre la impunidad no se construye democracia) no sea un enunciado sino una palpable realidad, uno debe recomendar la lectura, por supuesto crítica, del trabajo como parte de las necesarias discusiones sobre el rol del Estado en general y del Poder Judicial en particular, en los procesos de Memoria, Verdad, Justicia y Reparación.

Reseña del libro

Derechos humanos y juicios de lesa humanidad. La visión de la Magistratura

Lorenzetti, R. (dir.) (2024). *Derechos humanos y juicios de lesa humanidad. La visión de la Magistratura*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

*Por María Laura Rodríguez Galante, Leonardo Damián Schunk
y Roberto Bernardo Salim*

Derechos humanos y juicios de lesa humanidad. La visión de la Magistratura es una obra colectiva que reúne las reflexiones de diversos magistrados argentinos sobre el proceso de juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar (1976-1983). El libro ofrece una mirada valiosa sobre la experiencia judicial argentina en este ámbito. Es una obra cardinal por varios motivos, pero fundamentalmente porque es un testimonio de la lucha por la verdad, la justicia y la memoria, y un llamado a la construcción de una sociedad más justa y democrática.

A diferencia de la literatura más abundante en estos temas, aquí no se ha desarrollado un relato histórico de los hechos, ni se han tomado las voces de las víctimas sobrevivientes, todas formas valiosas de acercamiento a los hechos del pasado reciente. Este material, en cambio, elige una perspectiva novedosa: la de quienes han estado directamente involucrados en la investigación y el juzgamiento de estos crímenes. Además de una periodista especializada, los autores son 19 juezas y jueces que han actuado en los juicios de lesa humanidad más importantes del país.

El libro se estructura en 22 capítulos, cada uno de los cuales aborda un aspecto específico del proceso de juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en la Argentina. Inicia con una introducción del ministro de la CSJN, Ricardo Lorenzetti, quien destaca la importancia histórica y social de este proceso, así como su carácter excepcional en el contexto internacional. “Este proceso comenzó en las

calles”, dice Lorenzetti, “con el reclamo de la sociedad, canalizado a través de los organismos de derechos humanos”. Esta apertura alumbra el camino por el que van a transitar las páginas de esta obra, con el reconocimiento del valor trascendental de la lucha de la ciudadanía y de una justicia que nace desde la raíz de la nación.

En los primeros tres capítulos, escritos por Lorenzetti, se ofrece una presentación “para principiantes” que es igualmente profunda y reflexiva sobre el concepto de delitos de lesa humanidad, explora su evolución histórica, sus características distintivas y los desafíos que plantea su definición y aplicación. Lorenzetti traza un recorrido histórico del concepto y destaca la necesidad de un abordaje interdisciplinario para su comprensión. Menciona los orígenes del término en el Preámbulo del II Convenio de La Haya (1899) y la IV Convención de La Haya (1907) y expone que los Estatutos de Núremberg y Tokio –tras la Segunda Guerra Mundial– se constituyen como precedentes para la distinción entre crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Además, recapitula sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, así como en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998.

Finalmente, reflexiona sobre la naturaleza de los delitos de lesa humanidad y analiza las dificultades que presenta la persecución penal de estos delitos, especialmente cuando se cometen bajo el amparo de leyes que les confieren una legitimidad aparente.

El autor describe el contexto histórico del juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos por el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”. Inicialmente, describe de manera concreta las características del terrorismo de Estado en el contexto de la Doctrina de la Seguridad Nacional. Se analiza el retorno de la democracia, la creación de la CONADEP y el informe “Nunca Más”. Describe luego el “Juicio a las Juntas” y las Leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”, la controversia sobre la validez de estas leyes y la posterior decisión de la Corte Suprema de declararlas inconstitucionales. Finalmente, se describe la concesión de indultos por parte del presidente Menem a militares y civiles condenados por crímenes de lesa humanidad, y la posterior decisión de la Corte de convalidar la constitucionalidad del indulto.

Lorenzetti también analiza la crisis institucional provocada por la aplicación de la ley más benigna en el caso de los delitos de lesa humanidad. Para ello describe la sentencia de la CSJN en “Muiña”, donde se declaró aplicable la ley más benigna, provocando una fuerte reacción social y política. Se analizan los argumentos de los jueces que votaron a favor (Rosatti, Rosenkrantz y Highton) y los de quienes votaron en disidencia (Lorenzetti y Maqueda).

En el capítulo IV el juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 de Capital Federal, Andrés Basso, explora el carácter reparatorio de las sentencias por delitos de lesa humanidad, centrándose en el derecho a la verdad y la rehabilitación al estado anterior. Luego de realizar una breve reseña histórica del proceso de juzgamiento en la Argentina, desde la creación de la CONADEP hasta la reactivación de los juicios en la década de los 2000, el autor destaca los aspectos centrales de la reparación en la jurisprudencia del SIDH. Explica y analiza el caso “Ramírez”, donde se implementó la declaración de

verdad como herramienta para garantizar el derecho de las víctimas y el caso de los trabajadores del Astillero Río Santiago.

En diálogo con el capítulo anterior, la jueza del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 de San Martín, Nada Flores Vega, aborda uno de los temas menos evidentes en los debates: la reparación de los legajos como modalidad de restauración del estado anterior. La reparación integral no se alcanza con el dictado de las condenas penales, ni con el pago de las indemnizaciones; se imponen “otros gestos simbólicos”, dice la autora. Es que, además del impacto múltiple que produce en una familia la desaparición de uno de sus miembros, que se expresan en lo emocional, lo económico y el miedo por la integridad física de los demás, también convivieron con la versión de que las personas desaparecidas habían “abandonado” el lugar de trabajo o de estudios. Entre las inexactitudes que se asentaban en los legajos figura (aún hoy) que se habían ausentado sin aviso, habían incumplido con su trabajo, o bien habían cometido actos ilegales.

La acción de reparación implica determinar el motivo real del cese de actividades y darle la mayor publicidad posible, lo cual incluye plasmarla en la documentación de la historia laboral o educativa. Esta medida va más allá del derecho de la víctima y su familia y amigos; se dirige principalmente a la sociedad y produce un efecto administrativo y político en las instituciones, que se ven obligadas a revisar su rol en aquel periodo histórico.

En el capítulo VI, el juez de Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Salta, Federico Díaz, presenta una concatenación de temas que concluyen en una reflexión sobre lo que denomina “lección de los juicios por crímenes de lesa humanidad”. Expone la magnitud, permanencia y profundidad del daño causado según lo revelado en causas tramitadas en Salta y Jujuy. Además, pone de manifiesto la necesidad imperiosa de dar mayor difusión a lo probado en estos juicios, atento a que muchas personas de toda clase social y de diverso nivel de educación –incluso miembros de las fuerzas de seguridad– no tienen aún hoy conocimiento cabal de la represión ilegal en la Argentina.

Seguidamente, el juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de CABA, José Antonio Michilini, aborda el reconocimiento del derecho a la verdad en el contexto del juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. Señala que en estos procesos judiciales se ha solicitado frecuentemente la declaración expresa del derecho a la verdad incluso cuando los imputados han fallecido. Esto implica que la justicia debe acreditar los hechos, establecer una reparación para las víctimas, publicar y publicitar la sentencia y ordenar la rectificación de información periodística.

El autor explica que el derecho a la verdad, aunque de desarrollo reciente, se ha consolidado como un derecho autónomo y una medida reparatoria fundamental.

Rocío Alcalá, jueza de la Cámara de Apelaciones de Resistencia, estudia la importancia de la comprensión histórica y la imparcialidad en el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. La autora, basándose en su experiencia, destaca que el magistrado actúa como un puente entre el pasado y el presente, y subraya la necesidad de un conocimiento profundo y objetivo de la historia para garantizar la imparcialidad, que es fundamental para la integridad del proceso. Alcalá relata su trayectoria en la

tramitación de causas de lesa humanidad, incluyendo su intervención en el expediente conocido como la “Masacre de Margarita Belén”.

Luego, la jueza federal Alicia Vence aborda la estremecedora investigación judicial sobre los “vuelos de la muerte” en el marco de la Megacausa Campo de Mayo. Desde una mirada profundamente comprometida, reconstruye el mecanismo represivo que culminaba con el lanzamiento de personas vivas desde aeronaves militares, un símbolo del horror y del ocultamiento sistemático de la verdad. A través de su relato se percibe la sensibilidad de quien, más allá de los expedientes, entiende que investigar estos hechos es también un deber moral. La autora cierra con una reflexión que trasciende lo jurídico: la verdad no necesita permiso para existir. En esa frase condensa la esencia de una justicia que busca memoria, reparación y dignidad, incluso en medio del dolor.

En el capítulo X el juez federal Fernando Poviña reconstruye la historia del Pozo de Vargas, un sitio en Tucumán que, de ser una instalación ferroviaria, se convirtió en fosa clandestina durante el Operativo Independencia y la dictadura cívico-militar. Con una mirada que combina la precisión técnica del investigador y la sensibilidad del servidor público, Poviña analiza la recuperación del lugar como un espacio de memoria donde la ciencia forense, la historia y el derecho convergen para restituir identidad a las víctimas. Su relato transmite el peso humano del trabajo judicial en causas de lesa humanidad: cada resto hallado, cada nombre recuperado, representa una victoria sobre el silencio. El autor reafirma así que verdad, identidad y justicia son pilares inseparables del compromiso judicial en democracia.

Por su parte, el juez federal Manuel Pizarro realiza un minucioso análisis de la respuesta jurídico-procesal en la etapa de instrucción de los juicios por delitos de lesa humanidad. Su texto refleja el esfuerzo cotidiano de quienes, desde los juzgados federales, debieron reconstruir crímenes cometidos por el propio aparato estatal. Pizarro destaca las dificultades de investigar en contextos de destrucción de pruebas y silencios institucionales, pero también la fortaleza del sistema judicial argentino que logró reactivar las causas tras la anulación de las leyes de impunidad. El capítulo transmite una convicción compartida por muchos de nosotros en la Justicia Federal: estos juicios no solo garantizan justicia penal, sino que son actos de reparación histórica y de reafirmación del Estado de derecho, donde la memoria se traduce en responsabilidad institucional.

El juez federal Alejandro Piña expone uno de los procesos más paradigmáticos de nuestro tiempo: el “Juicio a los Jueces” de la provincia de Mendoza. Este caso histórico permitió visibilizar y juzgar la responsabilidad penal de ex magistrados federales que, mediante su inacción, contribuyeron a la impunidad del terrorismo de Estado. Describe con rigor jurídico y honestidad institucional cómo la justicia debió mirarse a sí misma para responder ante su propio pasado. La sentencia, confirmada por la Cámara de Casación, marcó un hito al reconocer que la omisión deliberada del Estado también puede constituir participación criminal. Desde una mirada interna al Poder Judicial, el capítulo invita a la reflexión sobre la ética judicial, la independencia y el deber ineludible de actuar frente a la violación de los derechos humanos.

En el capítulo XIII el juez Sergio Torres aborda el papel central de las víctimas en los juicios de lesa humanidad, con especial énfasis en la megacausa ESMA. Su relato combina la mirada técnica con una profunda humanidad, mostrando cómo la práctica judicial fue transformándose a partir del contacto directo con los sobrevivientes. A través de la Ley N° 27372 y del Protocolo de Intervención para el Tratamiento de Víctimas-Testigos, el sistema judicial asumió el desafío de garantizar acompañamiento, respeto y protección. Torres transmite una enseñanza que muchos en la justicia compartimos: los testimonios no son solo medios de prueba, sino actos de coraje que nos obligan a honrar la verdad con sensibilidad y compromiso. En su reflexión final reafirma que el cambio de paradigma no solo fortaleció la justicia, sino también nuestra comprensión del valor humano de la función judicial.

Luego, la jueza Adriana Palliotti contó su experiencia en el megajuicio “ESMA Unificada” (2012-2017), que marcó un antes y un después en la historia democrática argentina. A lo largo de cinco años, el tribunal juzgó 789 casos vinculados al mayor centro clandestino de detención del país, donde se cometieron delitos aberrantes como desapariciones, torturas, apropiación de bebés y los ya comentados “vuelos de la muerte”. La jueza pone un fuerte acento en el valor de la palabra de las víctimas y sus familias, cuyo coraje permitió reconstruir la verdad y mantener viva la memoria colectiva. Estos testimonios revelaron el grado extremo de perversidad alcanzado por el aparato represivo y reconstruyeron historias que no son solo parte del expediente; son un recordatorio vivo de por qué el derecho debe tener siempre un rostro humano y de que nuestra tarea, más allá de las sentencias, es sostener la memoria, la verdad y la justicia como pilares irrenunciables del Estado de derecho.

El trabajo de Karina Yabor analiza la evolución jurídica y la recepción de la figura de la desaparición forzada de personas en los juicios de lesa humanidad en la Argentina, basándose en su experiencia dentro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata. La autora aborda la tensión existente entre la comprobada práctica sistemática de desaparición durante la última dictadura cívico-militar y las objeciones legales planteadas en los tribunales. El núcleo argumentativo del texto se centra en la noción de delito permanente o continuado ya que, bajo esta interpretación, avalada por la Corte IDH, el injusto penal se renueva en el tiempo, permitiendo que la ley vigente al momento del juzgamiento sea aplicable sin vulnerar las garantías constitucionales de los imputados. De este modo, el texto valora el avance jurisprudencial que ha permitido nombrar correctamente el horror vivido, consolidando el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado argentino en la sanción de crímenes de lesa humanidad.

Osvaldo Facciano describe cómo la dictadura militar argentina preparó una “verdadera escala represiva” que se extendió a la vida política, económica y social en su conjunto. Paralelamente a la normativa formal existió una legislación interna y reservada: “Operaciones contra elementos subversivos” RC 9.1 de 1977 del Ejército Argentino, que establecía como objetivo aniquilar a las organizaciones subversivas y aplicar el poder de combate actuando con la máxima violencia para aniquilar a los delincuentes subversivos, donde se encuentren.

Subraya el autor que, con el retorno de la democracia en 1983, se inició el proceso de juzgamiento en el que se acreditó judicialmente la existencia de un plan sistemático y la coexistencia de dos sistemas

jurídicos: uno normativo formal y otro predominantemente verbal y secreto, donde se ordenaba detener personas sospechosas ilegalmente, torturar para obtener información y disponer su destino final (libertad, legalización o eliminación física).

A partir del año 2003, cuando el Congreso anuló las leyes de impunidad y la CSJN dictó fallos fundamentales como “Simón”, “Arancibia Clavel” y “Mazzeo”, entre otros, se pudo avanzar con la apertura de gran cantidad de causas sostenidas por los principios básicos de verdad y justicia.

En el capítulo el juez Ariel Lijo repasa un segmento de la historia argentina en el proceso de recuperación democrática, desde su experiencia personal como ciudadano, secretario de un Juzgado y luego, como Juez de Instrucción. A la luz de la jurisprudencia y doctrina a la que hace referencia se introduce a explicar el gran desafío personal que significó resolver la causa “Guerrieri” tramitada en el Juzgado a su cargo, explicando el contexto histórico en el que se desarrollaron los hechos, el plan sistemático desplegado por las Fuerzas Armadas, las dificultades probatorias y obstáculos procesales con los que se toparon hasta lograr dictar sentencia.

Por su parte, Miguel Hugo Vaca Narvaja afirma que “los juicios de lesa humanidad son parte del patrimonio cultural del pueblo argentino”, expresión que resume el pensamiento que desarrolla en el capítulo, donde compara el caso argentino con lo ocurrido en otros países que también estuvieron bajo el poder de regímenes represores sin que a la fecha hayan podido juzgar a todos los responsables, o al menos subsista el interés en hacerlo.

El autor efectúa un recorrido por su historia personal de exilio en México y el posterior regreso al país, el contexto cultural con el que se enfrentó en el colegio secundario y en la Universidad Nacional de Córdoba hasta recibirse de abogado, su actuación como querellante en los juicios de lesa humanidad y finalmente como magistrado.

Ana María D’Alessio repasa su historia familiar al momento de apoyar a su padre, Andrés D’Alessio, una vez recuperada la democracia en nuestro país, destacando el fuerte compromiso tanto de su madre como de sus nueve hermanos. Así, la sentencia dictada en 1985 la vivió como un aporte colectivo a la reconstrucción democrática. Además, analiza su intervención como magistrada y centra su ensayo en los casos emblemáticos, pero con distinta perspectiva: la causa conocida como “Atlético, Banco, Olimpo” es abordada desde el lugar del justiciable, quien institucionaliza su reclamo y espera justicia; el segundo abordaje es a partir del lugar del magistrado, la actuación de la judicatura por los hechos acontecidos en el Complejo Penitenciario Federal N° 6 de Rawson.

La idea central de Pablo Salinas en el capítulo XX es que los magistrados de la justicia federal mendocina durante la última dictadura militar no fueron meros espectadores pasivos, sino cómplices activos y funcionales al plan criminal genocida; traza un audaz y fundamentado paralelismo entre la actuación de estos jueces en la Argentina y la de sus pares en la Alemania nazi.

El autor enfatiza que esta politización absoluta de la justicia al servicio del régimen dictatorial condujo a la destrucción de la independencia judicial y a la consecuente sumisión al poder *de facto*. Los

juristas se plegaron al régimen, ya fuera por compromiso ideológico o por intereses personales, transformándose así en un engranaje imprescindible del aparato represivo. Otro punto de conexión entre la Alemania nazi y el régimen dictatorial argentino fue el antisemitismo; si bien el objetivo principal de la dictadura no fue el exterminio de los judíos como grupo, la comunidad fue un blanco preferencial de la represión.

El juez Daniel Rafecas enmarca a la Argentina en el contexto político del siglo XX, un período marcado por la inestabilidad y el quiebre democrático que culminó en el terrorismo de Estado implementado por la última dictadura militar (1976-1983). Examina la respuesta de la comunidad internacional ante las atrocidades cometidas por este régimen desde las entrañas del poder punitivo y bélico del Estado de manera sistemática. Esta naturaleza intrínseca del crimen, donde el Estado mismo se convierte en el transgresor, obligó a la comunidad internacional, a través de organismos como la ONU y la OEA, a establecer un régimen especial de responsabilidad.

El capítulo utiliza el caso alemán, posterior a la Segunda Guerra Mundial y al Holocausto, como parámetro de comparación y contraste con la experiencia argentina. Aunque los crímenes nazis y los de la dictadura argentina se diferencian en escala y en la figura específica de exterminio racial, ambos procesos comparten el desafío de juzgar el mal absoluto cometido por estructuras estatales.

Destaca además otra diferencia crucial: el rol de los jueces. En Alemania, los Juicios de Núremberg fueron impuestos y gestionados por las potencias aliadas. En la Argentina, si bien la presión internacional existió, el proceso de juzgamiento fue un acto de soberanía y voluntad política y judicial interna, lo que confiere una legitimidad democrática singular.

Por último, María Bourdín efectúa un relato vívido de la sentencia dictada en octubre de 2011 contra Alfredo Astiz y otros doce acusados por los crímenes cometidos en la ESMA. Este evento sirve de punto de partida para analizar el desafío que enfrentó el Poder Judicial: comunicar una verdad compleja, dolorosa y extensa a la sociedad, garantizando que el proceso sirviera para educar y no olvidar. La autora enfatiza que los juicios de lesa humanidad son públicos por naturaleza, lo cual no es solo un requisito legal, sino una garantía de no repetición y un mecanismo de reparación simbólica para las víctimas. La sentencia es, en sí misma, un acto de conocimiento que dota a los sucesos de una denominación real y precisa (crímenes de lesa humanidad), superando la ambigüedad y el negacionismo.

Reseña del libro

Derechos humanos de las mujeres: doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sordo Ruiz, T. (2024). *Derechos humanos de las mujeres: doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Didot.

*Por Luna Ramírez**

La obra que aquí se reseña aporta un valioso análisis teórico, conceptual y jurisprudencial sobre los derechos humanos de las mujeres, prestando especial atención a la problemática de la violencia por motivos de género.

La autora, a partir de una perspectiva de género y derechos humanos atravesada por una óptica interseccional, pone al alcance de los/as lectores/as un íntegro estudio sobre la discriminación histórica por razón de género hacia las mujeres, focalizando en el derecho internacional de los derechos humanos.

En esta tarea, parte desde un encuadramiento de las teorías feministas sobre el género, para luego sumergirse en el surgimiento de esta categoría como concepto en el plano internacional y con ello su desarrollo en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, en particular, el Sistema Interamericano, cuyo tratamiento en la materia estudiará a través de un análisis de diversas sentencias emblemáticas a partir del quinto capítulo de la obra.

A lo largo de su trabajo se detendrá, en particular, en una exploración de las violencias por motivos de género y sus diversas manifestaciones y desencadenantes, entendidas estas como graves violaciones a los derechos humanos. Se encargará, además, de desarrollar el concepto de interseccionalidad y puntualizar la importancia de la identificación de estereotipos de género.

* Estudiante de Abogacía (UNPAZ).

Esta contribución de Sordo Ruiz se encuentra estructurada por capítulos que delimitan de forma clara el tema. Tal y como se señala en la introducción al libro, cada capítulo está diseñado de forma tal que pueda ser consultado de forma independiente, lo cual lo convierte en un gran aporte al ámbito académico y también de consulta para el litigio, aun en el plano internacional.

En el capítulo 1 “El género, un concepto central en los casos paradigmáticos de vulneraciones de los derechos humanos de las mujeres”, la autora se centra primordialmente en la definición de “género” como una categoría analítica, una divisoria socialmente impuesta y una construcción social. Así, tras una breve reseña de los extensos análisis que se han llevado a cabo desde las genealogías feministas sobre este concepto, afirma que

El género es una categoría analítica, una divisoria socialmente impuesta y una construcción social de las identidades genéricas y los comportamientos psicosociales que marca las relaciones de poder, [re]crea una masculinidad hegemónica y también se intersecta e interactúa con sistemas de opresión y dominación de forma determinada en cada contexto. Por lo que existe un imaginario social que ha construido la supremacía del hombre y una masculinidad hegemónica; en donde el hombre occidental, no afrodescendiente, no indígena, sin discapacidad, heterosexual, de buena situación económica y ciudadano, se constituye como el paradigma (p. 27).

De esta manera, al tomar el concepto de género como una divisoria socialmente impuesta, puntualiza que “las mujeres que crucen dicha divisoria que impone un ‘deber ser mujer’ recibirán una sanción social e institucional”, pero las mujeres que no crucen dicha divisoria y cumplan con los mandatos de género también “ven sus derechos vulnerados y son discriminadas por razones de género” (p. 28).

Lo anterior se debe al prejuicio de las mujeres por parte de la sociedad –que las considera inferiores–, como mujeres antes que como humanas. De allí, la lucha por que las mujeres sean reconocidas como seres humanos.

Asentado lo anterior, en el mismo apartado precisa la perspectiva de género y perspectiva crítica feminista por la que será abordada su obra, atendiendo a la especificidad de las necesidades y el impacto diferenciado que tienen las violaciones a los derechos humanos de las mujeres. Señala que esta metodología es “aquella que utiliza la investigación crítica y la reflexión sobre la injusticia social por medio del análisis de género para transformar, y no simplemente explicar, el orden social”, esto es, siguiendo a Facio, “eliminar los sesgos existentes” (p. 30).

Delimitadas chicas cuestiones, la autora se propone analizar la incorporación del concepto de género en el derecho internacional. Para ello, parte del documento sobre la igualdad de género y los ataques contra la igualdad de género del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la discriminación contra las mujeres y niñas, que entiende el género como un sistema de jerarquía y dominación. Allí se relata que fue con el impulso e insistencia de las activistas feministas de los años 1990 que comenzó

a utilizarse este término en el ámbito internacional: se plasmó en la Recomendación general N° 19 sobre violencia de género del Comité CEDAW, y en los Planes de Acción de las Conferencias Internacionales de la época (Viena –1993–, El Cairo –1994– y Beijing –1995–). Finalmente, en el año 2011 se definió concretamente en un tratado internacional, con la adopción del Convenio de Estambul.

En el segundo capítulo se adentra en “Las violencias por razón de género contra las mujeres”. Sordo Ruiz reafirma en este punto la importancia de la manera en que estas violencias son denominadas. Esto es, violencias en plural, de manera de enfatizar las diversas manifestaciones de la violencia, y evitando hablar de violencia “doméstica”, “familiar” o “intrafamiliar”, expresiones que hacen alusión a un asunto supuestamente privado, en lugar de entenderlo como un problema social.

Las violencias por razón de género contra las mujeres se caracterizan por ser estructurales; su pilar es un modelo androcéntrico de la sexualidad (masculinidad hegemónica-cosificación de las mujeres) y coitocentrista (que solo tiene en cuenta el deseo sexual masculino). Estas violencias, son consecuencias del patriarcado, entendido como “un orden social genérico de poder, basado en un modo de dominación cuyo paradigma es el hombre” (p. 43).

Alerta la autora sobre los pactos patriarcales que justifican a los agresores y trasladan la responsabilidad a las propias víctimas o sobrevivientes de estas violencias, profundizando la impunidad y la falta de acceso a la justicia. Para llevar adelante estas estrategias el patriarcado recurre a mitos (la negación de la violencia –incluso sexual– siendo el más extendido) y a estereotipos. Trayéndolo a la actualidad, se permite hacer mención al “neomito” del supuesto Síndrome de Alienación Parental y de las falsas denuncias. Sostiene que la clave para desmitificar estas creencias es una mirada interseccional, sobre la que se profundiza en el capítulo 4.

A continuación, toma el modelo piramidal desarrollado por Bosch, Ferrer, Ferreiro y Capilla Navarro, explicativo de las diversas formas de estas violencias, pero lo dota de un enfoque *macro* en el contexto sistemático de violencias contra las mujeres. Los cinco escalones de la raíz de las violencias conforme este modelo, partiendo de la base de la pirámide hasta su punta, y que explica en este apartado, son:

1. Sustrato patriarcal;
2. Procesos de socialización diferencial;
3. Expectativas de control;
4. Eventos desencadenantes;
5. Violencia desatada.

Del esquema anterior, se enfoca en los eventos desencadenantes, en tanto su identificación y el procurar no confundirlo con “causas” u “origen” de las violencias permite establecer un diagnóstico y medidas efectivas de prevención. Entre los factores o situaciones de riesgo para las mujeres que han sido identificados por los sistemas regionales y el sistema universal de protección de derechos huma-

nos se refiere, entre otros, a los desastres naturales, el COVID-19, el cambio climático, y las políticas migratorias actuales.

Seguidamente acude propiamente a un análisis específico del tratamiento de las violencias de género contra las mujeres en estos sistemas (Universal –SUPDH–, Interamericano –SIDH–, y Europeo –SEDH–). Destaca que gracias a las constantes luchas de los movimientos feministas, se ha reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos que estas violencias constituyen una violación a los derechos humanos y una forma de discriminación. A su vez, pone de relieve la obligación de los Estados de prevenir, proteger, investigar y sancionar dichas violencias, ya que pueden incurrir en responsabilidad internacional por actos de violencia cometidos incluso por particulares, en aquellos casos en que tienen conocimiento de una situación de riesgo real o inmediata y no toman las medidas suficientes para evitarlo.

Introduce el análisis partiendo de la adopción por parte de la Asamblea General de la ONU en el año 1979 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en tanto instrumento trascendental para garantizar los derechos de las mujeres. En dicha línea se refiere a su órgano de aplicación, el Comité CEDAW, y los mecanismos con los que cuenta para monitorear la implementación de la Convención.

Sobre el reconocimiento de la violencia por motivos de género como parte de la discriminación hacia las mujeres, realza las Recomendaciones Generales N° 19 y 35 del citado Comité. En esta última, se encuentra el pronunciamiento acerca de la prohibición de estas violencias como un principio del derecho internacional consuetudinario. Además, enuncia diversos dictámenes datados del año 2005 al 2021 en el marco de comunicaciones individuales en los que se desarrolla jurisprudencialmente no solo la violencia por motivos de género, sino también el principio de debida diligencia, la interseccionalidad, el uso de estereotipos de género y el acceso a la justicia. Respecto de este último, trae a colación la Recomendación General N° 33 y los seis elementos que allí enuncia el Comité para asegurar el acceso a la justicia como derecho multidimensional y esencial para la realización de otros derechos.

Trasladándose al SIDH, realiza una explicación de las funciones de la CIDH y de la Corte IDH, respectivamente, así como del trabajo que ha llevado a cabo la Comisión Interamericana de Mujeres establecida en 1928 y considerada el primer órgano intergubernamental en la materia. Entre sus logros, subraya la convocatoria a la Asamblea Extraordinaria en la que en el año 1994 se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”. La autora hace mención a la metodología de evaluación del avance de la implementación de la Convención que lleva a cabo su Mecanismo de Seguimiento (el MESECVI) y cita informes de fondo en los que la CIDH ha aplicado este instrumento.

En cuanto a la discriminación por motivos de género hacia las mujeres y su abordaje por parte de la CIDH y de la Corte IDH, se remite a los principios de igualdad y no discriminación estipulados en los artículos 1.1 y 24 de la CADH y de esta forma menciona casos paradigmáticos que desarrollará en los siguientes capítulos en los que se han establecido los estándares aplicables, a saber, entre otros:

el vínculo estrecho entre la discriminación y la violencia contra las mujeres; la obligación inmediata que tienen los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar y sancionar con celeridad y sin dilación todos los actos de violencia contra las mujeres, cometidos por actores estatales y no estatales; la obligación de garantizar la disponibilidad de mecanismos judiciales efectivos, adecuados e imparciales para las víctimas de esta violencia; la obligación que tienen los Estados de llevar a cabo acciones para erradicar la discriminación contra las mujeres y los patrones estereotipados de comportamiento que promueven el tratamiento inferior de estas en sus sociedades; la consideración de la violencia sexual como tortura cuando se configuran los elementos del crimen; y el deber de los Estados de tomar en cuenta en sus políticas para avanzar la igualdad de género el particular riesgo a sufrir violaciones de derechos humanos en el que se encuentran las mujeres por factores combinados como su edad, etnia, posición económica, entre otros (p. 76).

En lo relativo al SEDH, se refiere al ya mencionado Convenio de Estambul que define a la violencia contra las mujeres como una violación de derechos humanos, y realiza una introducción a la labor del Grupo de Expertas encargadas de su seguimiento (el GREVIO). Por su parte, y partiendo del artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación), nombra diversos casos relacionados con estas violencias en los que ha entendido el TEDH entre los años 2003 y 2022.

Por último, en este apartado profundiza brevemente en la consolidación en el SUDH y en los sistemas regionales de la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia.

El capítulo 3 de la obra, titulado “Algunas manifestaciones de la violencia por razón de género contra las mujeres”, ahonda específicamente en las violencias sexuales de las mujeres como tortura; el desarrollo del femicidio o feminicidio desde la Academia hasta su tipificación; y la violencia institucional.

Para centrarse en las violencias sexuales de las mujeres como actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la autora realiza un análisis integral tanto de los tratados de derechos humanos aplicables, como de los pronunciamientos acerca de sus alcances que han efectuado la Corte IDH, el Comité CEDAW y el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura, entre otros.

Se consideran crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada, y otras formas de violencia sexual de gravedad compatible. Por su parte, los elementos del delito de tortura –propósito e intención– se reúnen siempre que el acto u omisión esté asociado con motivos de género.

Sordo Ruiz dedica un extenso apartado a explorar las violaciones a la salud y derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que en determinadas circunstancias pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante, particularmente las esterilizaciones forzadas, el aborto forzado, el embarazo forzado, la prohibición y denegación del aborto y atención posaborto, la continuación forzada del embarazo y los abusos y maltratos hacia mujeres y niñas. Ello, sin dejar de mencionar, por su parte, la trata de mujeres y niñas, el matrimonio infantil y la violación y violencia sexual.

En segundo lugar y en lo que respecta a la tipificación de la figura del femicidio o feminicidio, la autora lo describe como una categoría teórica desarrollada desde los estudios de género: desde el “bagaje teórico feminista” (p. 98). En un principio, dichos conceptos se distinguían desde una perspectiva académica dentro de varias disciplinas. A los fines de ilustrar este desarrollo –y aseverar, que no es lo mismo hablar de feminicidio que de asesinato de mujeres– Sordo Ruiz recopila en un cuadro ilustrativo las diversas acepciones de estos conceptos, brindadas por destacadas autoras feministas.

A continuación, recuenta su tipificación en países de América Latina –y de forma aislada, España–, haciendo hincapié en el concepto de violencia feminicida introducido en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de México. En cuanto al ámbito internacional, su reconocimiento data del año 2013 por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU. Posteriormente, se destaca la labor de la Oficina Regional para América Central del ACNUDH en el Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) y el balance de la aplicación de la vigilancia del feminicidio efectuado por la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias.

Finaliza la autora este apartado señalando que estos crímenes no son exclusivos de Latinoamérica, como se suele manifestar, y que “la negación de éstos [...] fuera de países llamados “tercermundistas” responde a una mirada colonialistas y eurocentrista que tiene como resultado la invisibilización de los casos de feminicidio y la desprotección de las mujeres” (p. 108).

En un tercer abordaje en lo que tiene que ver con violencia institucional o cuando el Estado ejerce la violencia, la autora hace una aproximación a la creciente visibilización al respecto en el SUDH, SIDH y SEDH en lo que clasifica en dos dimensiones: cuando es ejercida por agentes estatales, y cuando el Estado y sus agentes no actúan conforme a sus obligaciones en casos de violencias por razón de género contra las mujeres ejercida tanto por agentes estatales como no estatales, lo cual se vincula con la prevención y el acceso a la justicia.

De manera interesante y a modo de conclusión sobre este punto, trae a colación nuevamente la citada ley de México, país pionero en incluir esta forma de violencia hacia las mujeres, así como la clasificación de tipos de violencia y con ello la definición de violencia institucional que hace nuestra Ley N° 26485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

El cuarto capítulo de la obra es sumamente rico en cuanto al aporte que hace sobre “La interseccionalidad y los estereotipos de género: conceptos centrales para el estudio y la erradicación de las violencias por razón de género contra las mujeres”, como el título lo indica.

Dicha sección comienza enmarcando la crítica frente a la existencia de un movimiento feminista hegemónico que no tenía en cuenta las experiencias inscriptas en distintos sistemas de dominación que se intersectan e interactúan, como el racismo, el clasismo, el eurocentrismo y la lesbofobia.

Se adentra entonces en una aproximación a una de las genealogías de la interseccionalidad: aquella enmarcada en los Estados Unidos de América producto de las opresiones múltiples que repercutían en los feminismos no hegemónicos –el chicano, el negro, de color y el postcolonial–. Siguiendo esta línea, hace una reseña cronológica de los principales aportes en la materia, proveniente desde un comienzo de mujeres afrodescendientes activistas por los derechos de las mujeres y abolicionistas. Así, se remonta al año 1831 con la conferencia de Mary Stewart, en la que señaló en público el racismo y sexismo en los Estados Unidos, y seguidamente destaca, a su vez, el pensamiento de Sojourner Truth y su célebre discurso *Ain't I a woman?* del año 1852.

A continuación, pasa a centrarse en el activismo y los pensamientos del feminismo no dominante de los 1960, hasta llegar a la inserción formal del término “interseccionalidad” en las ciencias sociales en el año 1989 de la mano de Kimberlé Crenshaw desde los feminismos negros.

Este giro interseccional en las ciencias sociales, desarrollado en el artículo “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Anti-racist Politics”, expone cómo se traslada a los tribunales el hecho de que al hablarse de discriminación contra las mujeres solamente se toma en cuenta la experiencia de las mujeres blancas, y al hablarse de discriminación contra las personas negras, solo se toma en cuenta la experiencia de los hombres negros, lo cual deja afuera a las mujeres negras y la discriminación específica que enfrentan. A dicho aporte se suma la publicación en 1990 del libro *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment* de Patricia Hill Collins, en el que se introduciría el concepto de “matriz de dominación”.

Sordo Ruiz sintetiza las repercusiones de estos análisis al concluir que

[e]l concepto de interseccionalidad se introdujo a finales de los ochenta como un término heurístico persistente en el pensamiento legal, la producción del conocimiento y las luchas por la justicia social. Muestra ser un concepto productivo que ha sido desarrollado en distintas disciplinas como la historia, la sociología, la literatura, la filosofía y la antropología, así como en los estudios feministas, los étnicos, los *queer* y los jurídicos. Este concepto ha tenido un importante impacto en la defensa de los derechos de las mujeres y la interseccionalidad ha comenzado a incorporarse cada vez con más fuerza y precisión en el derecho internacional de los derechos humanos (p. 139).

En conformidad con esto último, la autora dedica un ítem a contemplar la interseccionalidad en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Nota la trascendencia de este concepto reflejada en el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, consagrado tanto en el SUPDH como en el SIPDH y el SEPDH, donde existen categorías protegidas y el trato diferente a personas en situaciones similares solo puede realizarse si se supera un *test* de razonabilidad: esto es, será discriminatoria la diferencia de trato cuando no persiga un fin legítimo y no exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.

Recalca la relevancia de la incorporación de la interseccionalidad en la Conferencia de Durban del 2001. Asimismo, se detiene a mencionar todas las Recomendaciones Generales del Comité CEDAW desde la N° 15 hasta la N° 37, en donde se encuentra la idea de interseccionalidad, así como las comunicaciones individuales desde el año 2006 en adelante en las que ha resuelto con un análisis interseccional (entre ellos, casos que involucraron a mujeres gitanas, gambianas, indígenas, sordomudas, extranjeras, etc.), y su procedimiento especial de investigación del 2005 sobre los casos de secuestros, violaciones y feminicidios en Ciudad Juárez, México.

El SIPDH fue pionero en aplicar este enfoque. La interseccionalidad se encuentra plasmada en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará y tuvo una especial consideración por parte del Comité de Expertas del MESECVI en su primer informe hemisférico. A su vez, destaca la autora los diversos informes temáticos y de países con especial atención a la discriminación interseccional que ha llevado a cabo la CIDH, en particular, el informe *Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá* del 2014.

En cuanto al abordaje de la Corte IDH, Sordo Ruiz nota un primer intento de realizar un análisis interseccional en los casos “Fernández Ortega”, “Rosendo Cantú” y “Artavia Murillo”. Concretamente, identifica el año 2015 como aquel en donde la Corte IDH emitió su primera sentencia con un análisis propiamente interseccional, en el caso “Gonzales Lluy y otro”. Allí encontró que confluieron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación de la víctima, asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. Sin embargo, esta discriminación no fue ocasionada por múltiples factores, sino que es una discriminación específica resultante de la intersección de estos: si alguno de esos factores no hubiese existido, la discriminación hubiese tenido una naturaleza diferente.

Por otro lado, la autora hace una salvedad en cuanto a que este análisis no ha tenido el mismo desarrollo en el SEPDH que en los demás sistemas, y, en el ámbito de la UE, el TJUE ya se ha expedido acerca de los obstáculos para determinar la discriminación interseccional en su ámbito.

A modo de cierre sobre este punto, Sordo Ruiz retoma los lineamientos de la Corte IDH y puntualiza la diferencia entre un análisis múltiple y un análisis interseccional, puesto que se suelen utilizar de forma intercambiable y no son lo mismo. La discriminación interseccional no se trata de sumarlas; es más compleja:

No es una cuestión de agregar distintas formas de discriminación ocasionadas por distintos factores o categorías ocasionadas por distintos sistemas de opresión o dominación; sino que estas se intersectan, interactúan y están constantemente permeando en categorías que crean y son creadas por las dinámicas de poder, lo que da lugar a una discriminación específica, consecuencia de la matriz de la dominación, que forma las experiencias de las personas a la vez que es formada por dichas experiencias (p. 153).

En segundo lugar, en este acápite la autora se enfoca en los estereotipos de género y la estereotipación de género. Siguiendo la definición de estereotipos aportada por Cook y Cusack, así como las orientaciones teóricas desarrolladas por Puertas Valdeiglesias desde la psicología social y los estudios desde las epistemologías feministas sobre el papel de los estereotipos en el mantenimiento del orden social establecido, la autora comprende a los estereotipos de género como “el conjunto de creencias e ideas preconcebidas sobre cómo es, debe ser y/o lo que significa ser mujer, hombre u otra categoría de género en una sociedad concreta en un tiempo determinado” (p. 159).

Señala que la base de estos estereotipos se encuentra en las dicotomías que se han ido construyendo y consolidando durante muchos años, y son un mecanismo del patriarcado y otros sistemas de dominación y opresión que lo crea y recrea, a la vez que justifican la desigualdad, la asimetría de poder y la subordinación de las mujeres. La estereotipación de género, puntualiza entonces, entendida como la aplicación o asignación de estos estereotipos, constituye una violación de derechos humanos. Así lo han sostenido la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU y la Oficina del ACNUDH. Este último los clasifica en su informe en la temática, además, en estereotipos de género dañinos y estereotipación perjudicial de género.

Sordo Ruiz se permite hacer una apreciación acerca de la importancia de mencionar la estereotipación en los sistemas de justicia, ya que las personas que aplican o interpretan las leyes no están exentas de reproducirlos y que ello distorsione su visión de lo sucedido en una particular situación de violencia, sobre la culpabilidad del acusado, la credibilidad de la víctima, o incluso sobre qué se entiende por violencia de género:

los jueces y las juezas como mínimo deben identificar la estereotipación de género; nombrar y cuestionar los estereotipos de género localizados; exponer los daños que causan esos estereotipos y el que sean aplicados en casos de violencias, e identificar como la aplicación y perpetuación de esto estereotipos discrimina a las mujeres o vulnera sus derechos (p. 163).

Por último, la autora recalca la importancia de identificar estas ideas preconcebidas sobre mujeres que no pertenecer a los grupos privilegiados o dominantes, a los fines de llevar a cabo un abordaje interseccional de los estereotipos de género. En este sentido, retoma la clasificación de estereotipos de Cook y Cusack, esto es: 1) estereotipos de sexo; 2) sexuales; 3) sobre los roles sexuales; y 4) compuestos.

Así pues, si bien ningún tratado internacional define a los estereotipos de género o la estereotipación de género, la autora acerca los aportes que se han hecho en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos al relacionar la temática con el principio de igualdad y no discriminación, consagrado en diversos tratados. En el ámbito de la ONU se detiene, desde ya, en las Recomendaciones Generales N° 25, 33 y 35 del Comité CEDAW, y no solo en selecciones de su jurisprudencia a partir de comunicaciones individuales, sino también puntualmente en el Informe del año 2018 sobre la investigación de vulneraciones graves y/o sistemáticas a la CEDAW en virtud del artículo 8 de su

Protocolo Facultativo llevada a cabo contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Nore por el acceso restrictivo de las mujeres y niñas al aborto.

Por su parte y si bien en el Convenio de Estambul se encuentran referencias a los estereotipos de género, los avances más importantes se hallan en el ámbito del SIPDH. Los artículos 6, 8 y 9 de la Convención de Belém do Pará leídos en conjunto vislumbran la existencia de una obligación en cabeza de los Estados parte de eliminar los estereotipos de género al aplicar un análisis interseccional.

La CIDH ha trabajado el concepto en el mencionado informe sobre las mujeres indígenas en Canadá, mientras que la Corte IDH es la que mayor se ha explayado al respecto. En el caso “Campo Algodonero” definió por primera vez lo que entiende por estereotipos de género y, a partir de dicha sentencia, incorporó esta definición en la mayoría de sus decisiones en las que los identifica.

En los capítulos 5 y 6 del libro nos encontramos con el aporte más abundante de la obra, donde la autora de manera cronológica recopila el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH en materia de derechos de las mujeres desde 2009 hasta 2020. En el primero de estos segmentos enuncia los casos que desarrollará y expone de forma minuciosa sus hechos, el procedimiento en el SIPDH y en especial ante la Corte IDH. En el segundo, como su título lo indica, profundiza en el tratamiento de “Violencias por razón de género contra las mujeres, interseccionalidad y estereotipos de género” en estas decisiones, exponiendo de forma extensa los estándares asentados por el Tribunal Interamericano en las temáticas hasta ahora expuestas desde un enfoque teórico, los cuales trascienden el ámbito regional para integrar el *corpus juris* internacional en la materia con aportes novedosos.

Sordo Ruiz se vuelca a analizar, en primer lugar, la sentencia “Campo Algodonero y otras vs. México” (2009), en la cual se determina la responsabilidad internacional del Estado en tres casos de feminicidio sexual en un contexto de violencia sistémica y estructural por razón de género al momento de sus desapariciones –o mejor dicho, secuestros– y posterior encuentro de sus cadáveres con signos de haber sufrido violencia sexual, tortura y demás vejámenes, en donde la actuación de las autoridades se caracterizó, además, por la falta de debida diligencia.

Clarifica que su estudio parte de esta sentencia y no así del caso “Penal Castro Castro” por entender que el caso “Campo Algodonero” ha sido el hito por excelencia en tanto a precedentes que han fijado estándares sobre los derechos de las mujeres.

La autora, quien en el año 2014 entrevistó a una de las abogadas litigantes del caso sobre los puntos más trascendentales de la sentencia, destaca los pronunciamientos sobre la discriminación por motivos de género, violencia por motivos de género y la impunidad como su desencadenante, las obligaciones asumidas por los Estados y las reparaciones integrales “con vista reformadora”. Resalta, a su vez, la aplicación por parte de la Corte IDH de la Convención de Belém do Pará en su competencia.

Seguidamente se refiere a los casos “Fernández Ortega y otros vs. México” y “Rosendo Cantú y otra vs. México” (2010), vinculados a la tortura sexual que sufrieron dos mujeres indígenas *méphaa* por parte de militares mexicanos con un mes de diferencia. Además de destacarse la calificación de la violencia sexual

como tortura, uno de los puntos centrales de esas sentencias fue abrir el camino para un enfoque interseccional de la discriminación. De igual manera, se encontró responsable al Estado por no haber garantizado el acceso a la justicia sin discriminación de ambas víctimas –quienes no hablaban español–.

Luego trae a colación el caso “Yarce y otras vs. Colombia” (2016) por tratarse de violaciones a los derechos humanos de cinco defensoras y activistas por los derechos humanos de las mujeres en el marco del conflicto armado colombiano. Una de ellas fue asesinada mientras que las demás fueron perseguidas, detenidas ilegal y arbitrariamente y desplazadas forzosamente de sus hogares. La Corte IDH hace hincapié en estos casos en la existencia de una situación de riesgo comprobada para las defensoras de los derechos humanos de las mujeres en Colombia en medio del conflicto interno, exacerbado para aquellas que son cabezas de familia, por lo que el Tribunal encontró que el Estado incumplió con sus deberes de obrar con la debida diligencia para prevenir la violación al derecho a la vida de Yarce y a la integridad personal de las demás víctimas. También hizo una apreciación sobre el impacto particular y vulnerabilidad agravada en relación a su género que tuvieron sus desplazamientos.

Incorpora a su análisis el caso “I.V. vs. Bolivia” (2016) como el primer caso que trata sobre la violación a derechos sexuales y reproductivos propiamente dicho, al involucrar la esterilización no consentida o involuntaria en un hospital público de una mujer peruana, refugiada y en una situación de pobreza en Bolivia mediante la ligadura de sus trompas de Falopio en el contexto de una cesárea.

Al respecto, Sordo Ruiz observa la interseccionalidad con la que la Corte IDH aborda el caso en relación con el acceso a la justicia, y señala los estereotipos de género en el sistema de salud que se hallan involucrados, esto es, el rol predominante de los hombres en la toma de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres quienes son vistas como los “entes reproductivos” por excelencia, así como el hecho de que la esterilización involuntaria o no consentida afecta de manera desproporcionada a mujeres y en particular a las que pertenecen a grupos históricamente discriminados, lo cual es un acto de violencia y discriminación por razón de género, además de constituir un trato cruel, inhumano y degradante. Por otro lado, de esta decisión se destaca además el cambio de paradigma que supuso el reconocimiento del consentimiento informado.

Cita el caso “Favela Nova Brasília vs. Brasil” (2017) respecto de la violencia policial dirigida hacia mujeres y niñas en el marco de dos redadas policiales que acabaran con 26 homicidios a hombres jóvenes, afrodescendientes y empobrecidos y tres casos de violencia sexual hacia mujeres, dos de ellas niñas. Se destaca la precisión de la Corte IDH acerca de la violencia particular –sexual– que enfrentaron las mujeres y niñas en el caso y los estándares de debida diligencia aplicables.

En “Gutiérrez Hernández vs. Guatemala” (2017), el Estado es hallado responsable por la falta de una investigación seria, diligente y oportuna sobre la desaparición de la víctima. La investigación por su desaparición se centró en un “móvil pasional”, lo cual cerró posibles líneas de investigación y perpetuó la impunidad por más de 17 años, lo cual la Corte determinó como una forma de discriminación en el acceso a la justicia por razón de género.

Seguidamente, trae el caso “V.R.P, V.P.C. y otros vs. Nicaragua” (2018), la primera sentencia en la que se determina la responsabilidad estatal por violencia institucional hacia una niña, en un caso de violencia sexual cometida por un actor no estatal, su padre. Subraya la falta de debida diligencia reforzada en la investigación y protección especial en aquellos casos que involucren violencia sexual hacia niñas debido al necesario enfoque interseccional. Además, la Corte IDH señala al Estado como segundo agresor por llevar a cabo actos revictimizantes que constituyeron violencia institucional y entre sus reparaciones establece que el Estado nicaragüense debe, en un plazo razonable, determinar la responsabilidad de los funcionarios que contribuyeron a esos actos de doble victimización.

“López Soto y otros vs. Venezuela” (2018) trata sobre la responsabilidad del Estado por omisión al posibilitar el cautiverio, la esclavitud sexual y la tortura cometida contra la víctima por meses y de forma diaria por un individuo particular, a quien el Estado llegó a absolver, además de minimizar la situación bajo la idea de que “eran pareja” y/o la víctima ejercía la prostitución, así como el hecho de no buscar a la mujer desaparecida o secuestrada pese a contar con la identidad del agresor debido a la complicidad con el padre de este –figura importante en el país–.

Aquí la Corte IDH retoma sus lineamientos sobre el deber de debida diligencia, en particular en lo que se refiere a casos de desaparición o secuestro de mujeres. Sordo Ruiz destaca de este caso, el reconocimiento de la tortura cometida por un particular.

En “Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México” (2018), se determina que 11 mujeres fueron sometidas a tortura física, sexual y psicológica por parte de policías en el marco de sus detenciones ilegales y traslados. La Corte IDH destaca que sobresale la naturaleza sexual o sexualizada de toda la violencia ejercida contra las víctimas, como manoseos, pellizcos y golpes en los senos, genitales y boca, desnudez forzosa, insultos, abusos y amenazas con connotaciones altamente sexuales y discriminatorias por razón de género.

La autora se detiene a analizar estas violaciones como un arma de represión que envía el mensaje de lo que les sucede a aquellas mujeres que no cumplen con su función sexual o doméstica de acuerdo con el imaginario social machista: su simple presencia en la esfera pública se considera motivo suficiente para castigarlas. Se destaca de la sentencia la calificación como tortura y la discriminación por motivos de género en la investigación, caracterizada por declaraciones de altos funcionarios del Estado que dudaron de la credibilidad de las mujeres.

Sordo Ruiz culmina su indagación con el caso “Guzmán Albarracín vs. Ecuador” (2020), la primera sentencia sobre el derecho de niñas a vivir una vida libre de violencia sexual en el ámbito educativo, en donde se constató la violencia sexual a la que fue sometida durante un período prolongado por parte del vicerrector, lo cual desembocó en su suicidio. Allí la Corte IDH determinó que la vinculación sexual se obtuvo por el aprovechamiento de la relación de poder y confianza e identifica estereotipos de género perjudiciales propensos a culpabilizar a la víctima. A esto se le sumó, la falta de debida diligencia para preservar la vida de la víctima y la lesión al derecho a la justicia de sus familiares, habiéndose llegado a la prescripción acción penal y fuga del agresor.

Como colofón, en el último capítulo del libro, denominado “Apuntes finales sobre los casos paradigmáticos de vulneraciones de los derechos humanos de las mujeres ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, la jurista efectúa un estudio holístico de los estándares emanados de cada una de las sentencias referidas, identificando patrones y puntos en común en los casos, y poniendo de relieve así las interpretaciones innovadoras por parte de la Corte.

La selección de sentencias

permiten ver la lucha que durante años han tenido muchas mujeres (algunas de las sobrevivientes se convirtieron en abogadas y defensoras de los derechos humanos), sus familiares y abogadas que han acompañado los casos en la región por el derecho a una vida libre de violencias por razón de género contra las mujeres [...] Constatan y documentan los casos de feminicidio sexual; tortura sexual, física y psicológica; esterilización no consentida o involuntaria; violencia sexual, incluida la realizada en el ámbito educativo; violencia institucional; falta de investigación en la desaparición de mujeres; el uso de estereotipos de género, sus causas y consecuencias; la violencia sexual ejercida por militares, policías, el entorno familiar y por desconocidos, y la esclavitud sexual. También, el asesinato a una defensora de los derechos humanos en Colombia en el marco del conflicto armado interno y las amenazas, hostigamiento, detención ilegal y arbitraria y desplazamiento forzado, respectivamente, a defensoras de los derechos humanos y el impacto sobre ellas debido al género, así como el impacto diferenciado en las mujeres del uso de la fuerza pública y la violencia policial. Los casos se enmarcan en contextos de violencia por razón de género y discriminación, con riesgos, impacto y necesidades diferenciadas para las mujeres y niñas que pertenecen a los grupos no privilegiados o dominantes. Todas las sentencias muestran todo el proceso de lucha hacia el reconocimiento de la verdad, la justicia y la reparación y de las vulneraciones específicas a los derechos humanos de las mujeres, reflejan nuestras genealogías feministas y forman parte de una jurisprudencia muy relevante para los derechos humanos que trasciende la región. Documentan la violencia institucional por razón de género contra las mujeres y sus familiares ante la impunidad [...]; contextualizan los hechos de cada caso; establecen la discriminación que enfrentaron las víctimas y las sobrevivientes; permiten localizar los desencadenantes de las violencias en cada caso y observar la intersección e interacción de los distintos sistemas de opresión y dominación, y cómo están organizados, así como la estereotipación de género (pp. 335 y 336).

A modo de cierre destaca manifiesta que detrás de estas violencias que dieran origen a los casos que arribaron al SIPDH se encuentra la idea de la superioridad de lo construido como “masculino” —siempre hegemónico— y, en varios de estos casos, un componente extra vinculado con la masculinidad en el uso de la fuerza y violencia ejercida por militares y policías.

También se evidencia en las sentencias las consecuencias que tiene el ser construidas como mujer, incluidas las niñas, en “una sociedad que se desempeña por seguir considerando a las mujeres como seres humanos inferiores y objetos sexuales” (p. 339).

Las violencias por razón de género en todos los casos y su impunidad envían un mensaje de control a las mujeres, de normalización de esas conductas, de un *continuum* de las mismas. Como bien nos

enseña la autora, las violencias sexuales, y en particular la violación sexual que se replicó en varios de los casos, cuentan no solo con una interacción entre los violadores la víctima, sino también entre el agresor y sus pares. Se encuentran latentes, en todos los casos, los pactos patriarcales.

Se asemejan, a su vez, en que los Estados suelen cuestionar la credibilidad de las víctimas bajo el estereotipo de género de que las mujeres mienten, manipulan o denuncian falsamente los casos de violencias sexuales. Las autoridades utilizan mitos sobre la violación y las violencias y en algunos casos llegan a justificar los crímenes y culpar a las víctimas. El patrón de respuesta de los Estados suele ser ocultar las violencias; cuando ya no es posible, negarlas; y en última instancia, minimizarlas.

Los Estados suelen defenderse alegando que los actos de violencia fueron cometidos por agentes no estatales, como si de esta manera pudiera eludir su responsabilidad de actuar con la debida diligencia que estos casos requieren. Lo anterior evidencia, una vez más, la persistencia de la idea de que la erradicación de las violencias por razón de género es un asunto “privado”.

La autora presta atención a la falta de pronunciamiento sobre la violencia institucional hasta recién el caso “V.R.P” –aunque hubo un primer intento de introducirla en “Fernández Ortega” y “Rosendo Cantú” al hablar de violencia institucional castrense–, a pesar de que indefectiblemente en todos los casos concurre que las mujeres víctimas y sobrevivientes se enfrentaron a violencia institucional en sus dos dimensiones, con alguna precisión.

Por su parte, señala que en todas las sentencias se identificaron desencadenantes de las violencias, entre ellos: el contexto de impunidad en los casos de violencias por razón de género contra las mujeres; la militarización; la política de seguridad pública; la violencia generalizada contra toda la población; la estereotipación de género; la falta de capacitación con perspectiva de género, derechos humanos e interseccionalidad, incluso en la prevención.

Por último, si bien por un lado se destaca que el tratamiento de los estereotipos de género data de “Campo Algodonero”, con respecto a esta interseccionalidad puntualiza la autora que en dicho caso, en lugar de un análisis interseccional, se llevó a cabo un análisis múltiple. En este sentido, entiende que el enfoque interseccional tiene una primera aproximación recién de la mano de “Fernández Ortega” y “Rosendo Cantú” para finalmente ser introducido propiamente en “I.V.” en donde la Corte IDH considera la incidencia del origen nacional de I.V., su condición de refugiada y su posición socioeconómica en los daños que sufrió en su integridad personal y sus obstáculos en el acceso a la justicia. A partir de dicha sentencia, resulta grato afirmar que en el SIPDH “cada vez avanzamos con más fuerza hacia un análisis interseccional de la discriminación y violencias por razón de género contra las mujeres, en donde la Corte IDH está teniendo un papel pionero” (p. 369).

En definitiva, a lo largo de estas 400 páginas, la obra de Sordo Ruiz se constituye en una contribución fundamental y de gran provecho para la academia, la abogacía y para los/as activistas por los derechos humanos, particularmente de las mujeres. Exenta de digresiones, lo valorable de la obra radica en la profundidad del estudio sobre temas clave dentro de la teoría jurídica feminista y su consolidación en

el derecho internacional de los derechos humanos tras las luchas y reivindicaciones de los movimientos de mujeres.

La exposición de estas temáticas en sentencias paradigmáticas de la Corte IDH a lo largo de los años sintetiza en un único texto los estándares de nuestro sistema regional de protección de derechos humanos en relación a la protección de los derechos de las mujeres y su evolución hasta nuestros días. De esa manera, la lectura de esta obra por parte de aquellos/as estudiosos/as del derecho internacional de los derechos humanos invita a exigir el cumplimiento de estos estándares por parte de los Estados y aporta un valioso recurso y herramienta a la práctica litigiosa para la defensa de los derechos de las mujeres.

Reseña del libro

¿Por qué y cómo castigamos? Un nuevo enfoque para entender la justicia penal

Goodman, P.; Page, J. y Phelps, M. (2024).

¿Por qué y cómo castigamos? Un nuevo enfoque para entender la justicia penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

*Por Jorge Perano**

El libro que aquí se presenta pertenece a la serie Nueva Criminología, de la editorial, que integra una gran cantidad de exquisitos textos y, además, dirige Máximo Sozzo. Única colección de trabajos en los cuales se aborda, investiga, discute y problematizan temáticas de urgente actualidad en el mundo sociojurídico, como lo es lo referido al castigo sociopenal y el control social.

Este trabajo ha sido realizado de manera colectiva por tres doctores en criminología y en sociología que se dedicaron a investigar las políticas estatales del castigo penal y más específicamente las prisiones.

Desde el inicio mismo del texto se advierte la alta especificidad técnica de los autores, lo cual dota al libro de un plus en cuanto a su profundidad y calidad académica y técnica. Así, Goodman, doctor en Criminología (Universidad de California) y profesor de Criminología (Universidad de Toronto), se focalizó en el estudio de las prisiones, específicamente en escudriñar cómo y por qué el castigo cambia con el tiempo. Page es doctor en Criminología (Universidad de California) y doctor en Derecho (Universidad de Minnesota). Por último, Phelps, Doctora por la Universidad de Princeton y profesora de Sociología (Universidad de Minnesota), se ha dedicado específicamente a estudiar el giro punitivista de los Estados Unidos de América, el encarcelamiento masivo y la reforma policial.

* Abogado (UNC). Especialista en Criminología (UNL). Docente de Derecho Penal 1 y Criminología (UNC). Defensor Público Oficial ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 de Córdoba. Se encuentra a cargo de la Unidad de Control de Ejecución Penal de Córdoba.

Esto nos da la absoluta tranquilidad de que estaremos leyendo reflexiones en torno al castigo, a su función y fundamento, realizadas por autores que llevan una buena parte de sus vidas pensando en torno a esa temática. Si bien esto último no es garantía de excelencia en el abordaje del tema, en este caso específico sí lo es. Son autores que abordan la problemática no solo desde una perspectiva teórica, sino también –y fundamentalmente– desde una visión eminentemente práctica, cotejando lo teórico con algunas acciones llevadas adelante por jefes de Estado, gobernadores y directores de prisiones.

Párrafo aparte merece una breve y categórica mención sobre la presentación que realiza el profesor y director de la Maestría en Criminología de la Universidad Nacional del Litoral, Máximo Sozzo. Como ya nos tiene acostumbrado en sus textos, con su aguda disección analítica, desgrana en pocas páginas la obra de los autores invitándonos a indagar esta problemática en nuestros particulares contextos sociales y políticos latinoamericanos.

En cuanto al contenido del libro, podemos decir, sin temor a equivocarnos, que una de sus tesis principales es sostener que los modos en que los Estados se comportan frente al castigo penal no son lineales ni homogéneos. También afirman los autores que aplicar un castigo penal no depende solo del tipo de Estado político de que se trate.

No estamos en presencia de una figura mecánica pendular entre momentos de “tolerancia cero frente al delito” y luego vamos hacia su opuesto, que sería un momento de políticas rehabilitadores –o progresistas– del castigo penal. Ese movimiento pendular, sostienen los autores, no explica cómo y por qué cambia –o no– la justicia penal en un Estado determinado.

Por el contrario, adoptando una perspectiva bourdiana (utilizando conceptos como capital económico, político y cultural), claramente argumentan que el castigo penal es fruto de diferentes luchas que –también– diferentes personas y actores llevan adelante en la sociedad.

Inciden los momentos políticos, claro, pero también las acciones concretas de personas en una sociedad determinada. La lucha que esos actores puedan llevar adelante es central a la hora de analizar los cambios penales que se producen en una sociedad. Esa lucha, planteada no solo por partidos y agrupaciones político partidarias sino también por ONG, individuos que pasaron por el sistema de justicia penal, sus familiares y allegados, académicos y un largo etcétera, es natural en la vida social. Afirman, por ello, que “el castigo se expande, se contrae y se transforma como resultado de luchas entre personas de carne y hueso en contextos concretos, no a causa de una oscilación mecánica del péndulo” (p. 19).

El libro está estructurado en seis capítulos con abordajes históricos sobre el castigo penal, pero también con abordajes actuales. Desde su inicio, en el capítulo 1, se plantea la idea de abandonar el movimiento pendular entre dos opuestos del castigo penal, en un extremo políticas penales más indulgentes –rehabilitación–, y en el otro extremo políticas de tolerancia cero –o retribución– ante la comisión del delito. Los autores trabajan en profundidad lo que ellos denominan “perspectiva agonista”.

Podemos decir que esta perspectiva agonista es el gran aporte que hacen estos teóricos a la historia del estudio del castigo penal. Con este término se refieren a que el desarrollo del control sociopenal es el

resultado de las luchas sociales que se producen en una sociedad, que variará según la cuota de poder real que posean los diferentes actores sociales, políticos, académicos penales y extra penales. Pero, además, aclaran que en este contexto la palabra “lucha” adquiere el más amplio de los sentidos posibles. Por lucha entienden desde el *lobbying* político hasta las manifestaciones y campañas puerta a puerta, pasando por la utilización de redes comunicacionales, etc.

Asimismo, trabajan en torno a la idea de que aquellos actores sociales cuyo punto de vista sobre el castigo penal no resulta victorioso, de ninguna manera abandonan esa mirada, sino que, en todo caso, se desplazan hacia los márgenes para observar el cuadro de situación completo y, a partir de allí, planificar nuevos intentos cuando los contextos sociales y estructurales –que no determinan pero que si inciden– permitan un nuevo y reciclado planteo de su perspectiva.

En síntesis, el marco teórico planteado por Goodman, Page y Phelps nos permite visualizar, analizar y comprender por qué determinadas reformas penales no cristalizadas en otros períodos históricos, en los actuales momentos sí son ejecutadas y aplicadas.

Todo el estudio que precede a este texto está basado en el análisis del sistema penal de adultos en los Estados Unidos de América, realizando comparaciones de prácticas penales –insisto, tanto carcelarias como extra carcelarias, tal el caso de la suspensión del juicio a prueba, libertad condicional, etc.– en estados del norte y del sur del país.

En el segundo y tercer capítulo se realiza una mira histórica y retrospectiva sobre la función y finalidad de las prácticas penales y, más específicamente, sobre la reforma del ideal penitenciario en los EE.UU., comparando las medidas penales adoptadas por los estados del norte en relación con las de los estados del sur. Se incursiona detenidamente en algunas instituciones, como el arrendamiento de presos y las distintas maneras de su implementación en esos lugares, la responsabilidad del Estado en estas acciones y, específicamente, la construcción del ideal resocializador.

Claro es que esta mirada se realiza con las lentes de la “perspectiva agonista” trabajada por los autores que analizan el rol de periodistas, economistas, empresarios, organizaciones de la sociedad civil, etc. en relación con la construcción del sistema penal. Incluso se menciona la forma y organización que los propios internos se han dado hacia una especie de toma de decisiones por parte de los internos en el gobierno de los penales de la época; y su contrapartida, el desagrado por parte de los guardiacárceles ante esa situación.

Son claros los autores cuando afirman que

en el transcurso de la segunda mitad del siglo XIX el encarcelamiento experimentó cambios drásticos como resultado de las luchas libradas por los legisladores, administradores y personal penitenciario, las organizaciones a favor de la reforma, las organizaciones laborales y otros en torno al propósito y la índole de la justicia penal (p. 87).

En el capítulo cuarto el análisis se centra específicamente entre los años 1920 y 1950, abordando el correccionalismo penal en un período clave para cualquier perspectiva histórica que se realice, como es el período entre guerras, incluso más allá de la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Plantean que en la posguerra el ideal rehabilitador imperó mayormente en la justicia penal de los EE.UU., deteniéndose específicamente en la experiencia de control penal penitenciario en el estado de California, régimen al que califican como una combinación entre acciones tendientes a la corrección, a la gestión y al castigo de los internos.

Con el atractivo título “Deconstruir el Estado Carcelario” se inicia el quinto capítulo. Aquí se zambullen hacia finales del siglo XX con el aumento de la tasa de encarcelamiento en las prisiones estatales y federales, con la implementación de la denominada “guerra contra las drogas”, con la militarización social y específicamente de las fuerzas policiales, con el resurgimiento de la pena de muerte, y con el surgente “populismo punitivo” a través del creciente rol de las víctimas y potenciales víctimas de delitos. Todo ello, claro está, abordado con un marco y contexto sociopolítico nacional e internacional, propio de los años 1960 y 1970, que politizó, incluso, a las propias víctimas del control penal.

Se menciona en este capítulo diferentes trabajos teóricos y analíticos en los que se abordan cuestiones referidas a las reformas en las prisiones. Asimismo, se mencionan fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, como así también leyes y proyectos de leyes que pasaron por el Congreso Nacional. También se alude –entre otros– al instituto de la libertad bajo palabra, observándose especialmente el momento en que dejó de ser una alternativa al encierro penal para pasar a ser un complemento más del complejo punitivista.

Por último, en el sexto capítulo se retoman los axiomas de la “perspectiva agonista”, examinándolos en relación con el funcionamiento contemporáneo del penalismo de los EE.UU., siempre partiendo de la base de que la fuente de los cambios penales es la lucha de los diferentes actores sociales por imponer su punto de vista en relación con el control sociopunitivo.

Para cerrar esta breve reseña me gustaría transcribir un párrafo que, creo, condensa bastante esta mirada y, a la vez, invita a profundizarlo en el resto del libro:

la lucha –no una oscilación mecánica y predecible de un péndulo– es la fuente del desarrollo penal. La economía importa. Las tendencias en materia de delito importan. La desigualdad racial, étnica y de género importa. Las guerras, las depresiones económicas, los pánicos morales que suscita la violencia horripilante [...] todo importa. Pero no importan en el vacío. Las personas hacen que importen, y las personas hacen que importen de maneras particulares (y no de otras) ante la oposición de actores que sostienen visiones rivales respecto del delito, el castigo, la justicia, los derechos, la libertad y una serie de otras cuestiones conjugadas ideológicamente (p. 221).

Reseña del libro

Crímenes de lesa humanidad. Deconstrucción de sus sentidos y alcances

Rodríguez Eggers, E. C. (2024). *Crímenes de lesa humanidad. Deconstrucción de sus sentidos y alcances*. Buenos Aires: Astrea.

Por *Lucía I. Gómez Fernández**

El libro que aquí se presenta exhibe una investigación exhaustiva y minuciosa de los orígenes históricos y caracterización de lo que hoy conocemos como “crímenes de lesa humanidad”. El resultado es un despliegue acabado de los antecedentes, características y principios de jurisdicción reconocidos a su respecto, relatado desde los cuerpos normativos y los distintos tribunales internacionales que trabajaron la cuestión, junto con la doctrina y jurisprudencia aplicable. Asimismo, incluye el tratamiento de las víctimas, el análisis del crimen en clave de género y un recorrido por “el caso argentino”.

El libro consta de nueve capítulos, que se desplazan a lo largo de 399 páginas de ágil lectura. Tras la introducción, el capítulo I titulado “Dinámica de la aparición y del desarrollo del crimen de lesa humanidad en el Derecho Penal Internacional” comienza presentándonos la disciplina que conocemos como “derecho penal internacional”, la cual, como es lógico, contiene el desarrollo de los crímenes internacionales.

En segundo lugar, se realiza un recorrido histórico detallado sobre los procesos judiciales y los *corpus iuris* que, a lo largo de los años, han tipificado el crimen de lesa humanidad. En ese sentido, se repasan los juicios de Nüremberg y Tokio que inician el proceso de criminalización de la violencia colectiva.

* Abogada (UBA). Diplomada en Derechos Humanos (UNChile). Docente de Derecho Público (UBA y UNLA). Maestranda en Relaciones Internacionales-Derecho Internacional (UBA).

A estos, le siguieron los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial; los tribunales penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda. Respecto de aquellos, en el libro se pondera la profundización de la concepción de responsabilidad penal en actos cometidos por aparatos organizados de poder, de acuerdo a lo teorizado por Claus Roxin. Por último, se llega a la Corte Penal Internacional, acápite en el cual el autor describe su estructura, funcionamiento y competencia, e incluye algunas reflexiones críticas. Además, hay una referencia al Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, elaborado en 1951 por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. El capítulo concluye con el artículo 7 del Estatuto de Roma, que tipifica el crimen de lesa humanidad; este punto cuenta con cuadros comparativos entre las conductas del crimen incluidas en el Estatuto de Roma en relación con los estatutos de los tribunales antecedentes.

El capítulo II refiere a “Los crímenes de lesa humanidad en el universo de la Corte Penal Internacional”. Aquí, el autor se adentra en los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y prueba regulados en el Estatuto de Roma; es decir, explica a qué llama el Estatuto “elementos de los crímenes” y qué son y cómo funcionan dichas reglas de procedimiento y prueba. Además, se hace alusión a las Asamblea de Estados partes –organismo externo de contralor–, a la cuestión del *Acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional* y al *Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas*, que contempla el reconocimiento de este órgano como institución judicial independiente, de carácter permanente y con capacidad jurídica propia, por poseer personalidad jurídica internacional.

El tercer capítulo es uno de los medulares, ya que trata sobre el crimen de lesa humanidad en sí mismo. Primero se realiza una caracterización general y se esbozan criterios de interpretación, entre los que se cuentan principios de derecho penal como el de *lex stricta*; la forma en que se valora la existencia de intención y conocimiento en los crímenes y cuestiones vinculadas al sujeto activo. Luego el autor releva los elementos del crimen –“ataque generalizado” o “ataque a una población civil”– y las conductas prohibidas: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, violencia sexual, persecución, desaparición forzada de personas, *apartheid* y otros actos inhumanos.

Como continuidad del anterior, el capítulo IV, “Los actos inhumanos que conforman el crimen de lesa humanidad”, profundiza acerca de cada una de las conductas del crimen. Comienza con la explicación de las diferencias entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, y entre dichos crímenes y el de genocidio, a partir del derrotero histórico que ha sufrido la tipificación de las tres figuras. En especial, Rodríguez Eggers se refiere a la vinculación –o desvinculación– que, en su origen, el crimen de lesa humanidad ha tenido con los conflictos armados.

Por otra parte, se expone sobre el rol del derecho penal internacional y la Corte Penal Internacional en relación con este crimen, al que atribuye un carácter disuasivo. Finalmente, se introduce en los actos inhumanos que conforman el crimen. Respecto de cada uno no solo da cuenta de sus

elementos, sino que ofrece casuística, doctrina aplicable y normativa comparada o relacionada, como la que proviene del DIDH.

El núcleo del capítulo V es la cuestión de la imprescriptibilidad, con mención del contenido de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad y del fallo “Barrios Altos” de la Corte IDH.

Luego trata lo que ha dado en llamarse “caso argentino” –relativo al juzgamiento de los delitos cometidos en el contexto de la última dictadura cívico-militar–, al que el autor compara con el español. Asimismo, se realiza un recorrido histórico que pasa revista a algunos de sus hitos, como la sanción de la “Ley de autoamnistía” por el último gobierno *de facto* y las leyes de “Obediencia Debida” y “Punto Final” durante la presidencia de Alfonsín, luego convalidadas por la CSJN.

También se hace referencia a los precedentes de la CSJN “Lami Dozo”, que rechazó el recurso contra la aplicación del juicio sumario establecido en el Código de Justicia Militar, y “Bignone”, sobre la viabilidad de la justicia castrense. Además, se alude al Informe N° 28/92 de la CIDH y a algunos de los *leading cases* de la justicia argentina en la materia; como “Priebke”, sobre la extradición de un criminal de guerra nazi, y “Camps y otros”, donde se confirmó la constitucionalidad de la “Ley Obediencia Debida”, de la Ley N° 23040 que derogó la de “autoamnistía”, y de la revisión de la justicia federal sobre el Código de Justicia Militar.

Por último, se señalan algunos precedentes de la nueva etapa de juzgamiento de los crímenes internacionales abierta durante la presidencia de Kirchner; tales como la causa “Hagelin”, sobre el derecho de las víctimas a exigir la reapertura de causas penales, “Arancibia Clavel”, “Simón” y “Mazzeo”, que abordaron la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, entre otros conflictos jurídicos.

El capítulo VI incorpora la perspectiva de género en materia de crímenes de lesa humanidad. Aquí se narra sobre los actos inhumanos del tipo penal que tienen contenido sexual, y se recuerda el tratamiento fundante que recibieron las cuestiones de género por parte de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y Ruanda y, en materia de derechos humanos, por la Corte IDH, como en el caso “Campo Algodonero y otros”.

Por otro lado, el autor se pregunta si los actos de violencia sexual, individuales o generalizados, sistematizados o aislados, conforman crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, lo cual considerará definido por el contexto. Asimismo, explicará, mientras que los crímenes de lesa humanidad requieren un “ataque generalizado”, los crímenes de guerra no. En este capítulo, también se analiza el vínculo entre las agresiones sexuales y el crimen de tortura. Por último, se trabaja la problemática de la determinación de la responsabilidad penal individual en los ataques sexuales.

El capítulo VII se explaya sobre las formas en que se activa la jurisdicción de la Corte Penal Internacional –remisión de un Estado parte, del Consejo de Seguridad, o por acción oficiosa del fiscal–, y sobre los principios de jurisdicción que la informan. Se deja sentado que su jurisdicción es universal pero complementaria, con base en el principio de jurisdicción territorial, que el Estatuto de Roma recepta

junto con el de nacionalidad activa (nacionalidad del perpetrador del crimen), aunque la conducta se haya desplegado en el territorio de un Estado no parte del Estatuto de Roma.

Además, el capítulo incorpora un punto sobre el principio de universalidad y el desarrollo de los casos en que se ha aplicado a nivel internacional –con mención de procesos seguidos contra Pinochet y Eichmann–, además del abordaje del tema en los Estados Unidos.

El capítulo siguiente se centra en el tratamiento de las víctimas por parte de la Corte Penal Internacional. Se explica el concepto de “reparación integral” con auxilio del DIDH; a su vez, se hace referencia a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (1985) y a los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (2005), que recogen, definen y caracterizan al concepto de reparación.

En cuanto al Estatuto de Roma se recapitulan las medidas disponibles para garantizar la protección de las víctimas y los testigos, entre las que se cuentan tanto medidas de seguridad, como diversas formas de reparación. Aquí se señala la diferencia respecto de los tribunales internacionales antecedentes que reservaron a las víctimas únicamente el lugar de testigos de los hechos. Finalmente, se alude al análisis de la cuestión por parte de otros tribunales internacionales y se introduce una breve anotación sobre la “justicia transicional”.

El último capítulo desarrolla el crimen de lesa humanidad en el caso argentino a través de un repaso jurisprudencial de algunos precedentes de tribunales federales de nuestro país, respecto de diversos puntos que fueron desarrollados en el libro. Algunas de las temáticas que enfrentan esos fallos son la caracterización diferencial entre el crimen de lesa humanidad y el de genocidio, la imprescriptibilidad y los elementos del crimen, como “población civil”, “ataque general” y su relación con el acto. Además, se mencionan otros que aluden a conductas y tipos penales como “asociación ilícita”, “sustracción de menores”, “desaparición forzada de personas”, “homicidio”, “privación ilegal de la libertad”, “persecución”; “integridad sexual”, género y ataques sexuales. Asimismo, cuestiones de autoría –como el juzgamiento de responsables inferiores– y el valor de los testimonios de las víctimas.

Cierra el libro una bibliografía adecuada, compuesta por diversidad de autores y autoras nacionales y extranjeros provenientes de distintas disciplinas, es decir, no exclusivamente juristas.

En síntesis, el libro que se reseña constituye una obra de suma utilidad, tanto para docentes como para estudiantes de grado y posgrado, investigadores y operadores jurídicos comprometidos con el estudio y la práctica del derecho público en general y el derecho penal en particular.

El tratamiento exhaustivo y sistemático de las cuestiones abordadas, desarrollado con un tono claro y pedagógico, permite no solo comprender la complejidad jurídica de los crímenes de lesa humanidad, sino también reflexionar críticamente sobre su significado histórico, político y normativo. En ese sentido, la obra trasciende su valor estrictamente académico para convertirse en una herramienta indispensable para la

formación y actualización de quienes tienen la responsabilidad de interpretar, aplicar y enseñar el derecho desde una perspectiva respetuosa de los derechos humanos y de la memoria colectiva.

Por ello, se trata de una obra que no puede faltar en las bibliotecas de los hombres y mujeres del derecho público, especialmente de aquellos comprometidos con la construcción de sociedades más justas y con la vigencia efectiva del Estado de derecho.

Reseña del libro

Límites constitucionales al poder penal. Acerca del proceso, del delito y de la pena

Vitale, G. L. (2024). *Límites constitucionales al poder penal. Acerca del proceso, del delito y de la pena*. Buenos Aires: Hammurabi.

*Por Stefania Alba Najera**

Cualquier persona que entienda el mundo del derecho, sin necesidad de contar con título de abogado, e incluso con ese, sin siquiera especializarse en derecho penal, podría advertir que nuestra carta magna resulta ser ley suprema. Allí se alojan los principios básicos y los derechos y garantías de todas las personas que habitan el suelo argentino, con reconocimiento de los Tratados Internacionales y Regionales de Derechos Humanos, ratificados por la propia Constitución Nacional para su incorporación al ordenamiento interno. Así les otorga jerarquía constitucional de conformidad a lo establecido en el artículo 75, inciso 22 incorporado con la reforma constitucional del año 1994.

Desde este primer dato obvio es lógico inducir que todas las ramas del derecho guían sus principios, construyen sus garantías, responden a exigencias mínimas iluminadas por esta ley suprema, como si fuera la cúspide en un árbol genealógico, con jerarquía absoluta.

Esta norma suprema entonces funciona, o debería funcionar, como una guía en el proceso de criminalización primaria; en la creación legislativa de leyes penales. Una manda al legislador penal a la hora de crear la ley. Ley que, en casi su totalidad, aplicará uno de los peores castigos: una pena privativa de la libertad. Pena que no siempre resulta proporcional o justa, que puede contener tintes de venganza y puede ser irracional o desmesurada sin relación con la magnitud del ilícito, motivado más bien por

* Abogada (UNLP). Docente Derecho Penal I (UNLP). Integrante de la AAPDP y AAPPDH.

una forma sistemática de actuación de las agencias del sistema penal; por la burocracia judicial y el colapso del sistema penal.

Asimismo, debe retomar aquella función al momento de aplicar esa legislación al caso concreto, proceso llamado criminalización secundaria, donde entonces aparece el sistema penal. En este punto las directrices deben ser acatadas por todas las agencias ocupadas de la aplicación del poder punitivo por parte del Estado. Las agencias judiciales y ejecutivas por sobre todo deben respetar las garantías impuestas por la ley suprema.

Sigue resultando de perogrullo lo narrado, pero la obra de Vitale nos invita a repensar mediante casos prácticos ficticios, o no, que lo que puede suponer de fácil análisis o solución, no siempre lo es. A eso se le incluye jurisprudencia nacional y regional que retoman datos de la realidad sobre cómo la judicatura utiliza para bien, o no, las garantías de la carta magna.

Ya entonces lo obvio no es tan obvio. ¿Por qué el poder punitivo se desmadra de manera tal que se cometen penas ilícitas en el marco de penas lícitas? ¿Por qué hay condenados sin juicio? ¿Por qué no se aplican las debidas garantías en el proceso penal? Todo esto podría indicar que la tracción continua y fragmentada del sistema penal opera desde una matriz criminalizante y selectiva que requiere que tanto operadores jurídicos, litigantes, académicos, docentes y todos quienes puedan reconocer este sesgo cruel con tintes peligrosistas y persecutorios se ubiquen asumiendo la defensa de los más débiles ante el sistema penal: los imputados; en tanto las víctimas, sin dudar de que merecen un capítulo aparte por su vil y material uso, se supone que están confiscadas por el Estado, quien resulta ser quien componga el conflicto.

Con los datos de la realidad, el contexto real se revela marginal. El sistema penal se desmadra y el derecho penal resulta insuficiente como contención al poder punitivo del Estado, donde el Estado de derecho está en constante lucha con el Estado de policía para evitar masacres por goteo. Sesgos racistas, clasistas, de género se activan para segmentar a una parte de la sociedad y dejarla expuesta al poder punitivo, incluso habiendo cometido hechos de intrascendente significancia, o incluso sin haber ejecutado acción alguna.

He aquí la necesidad de la lectura de esta obra; para acotar y reducir el poder punitivo, poniendo en jaque las magnas directrices desde un plano teórico, práctico y jurisprudencial.

En esta obra el autor nos invita a pensar en la reducción y acotación del poder punitivo del Estado, operado por el sistema penal, utilizando al derecho constitucional como freno y filtro de tal poder punitivo. Sin romantizar el derecho penal, muy por el contrario; quitándole su carácter ascético para evidenciar su inutilidad a la hora de resolver conflictos, como reproductor de sesgos y estereotipos que se evidencian si se observan los mismos rasgos de las personas privadas de la libertad en las cárceles de nuestra región. Esto incluso es señalado de manera poética por el autor; el sistema penal conduce al dolor del ser humano.

Nos introduce detalladamente en todas las garantías constitucionales tornándolas operativas como herramientas que han incluso sido utilizadas en resguardo de los derechos de quienes resulten involucrados como parte acusada.

Recorre exhaustivamente los principios constitucionales, que son explicados de manera teórica, con jurisprudencia tanto nacional como regional, a la vez que utiliza “casos” para aportar desde la práctica sobre el uso de tales principios operando como contenedores. Explora la formulación de leyes penales, como así también determinados tipos penales específicos, sin perder de vista la mirada defensiva. Hace un recorrido por la dogmática penal; el aspecto objetivo y subjetivo de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Se detiene en el uso de la prisión como único método de aplicación del castigo traducido en pena privativa de libertad. El encarcelamiento de una persona no es un hecho fortuito; se debe velar por la libertad ambulatoria de las personas, que no quiere decir que no exista un proceso judicial respetuoso de las garantías que sea capaz de impartir una sentencia condenatoria justa, pero que lejos está de coincidir con una realidad donde asistimos a cárceles superpobladas, excesos de prisiones preventivas, es decir, de personas condenadas sin juicios, y de una agencia judicial incapaz de dar respuesta a los niveles de conflictividad social que se suscitan contemporáneamente en nuestros márgenes latinoamericanos. Le otorga un contenido político a la pena.

Hace además un interesante aporte de temática histórica que evidencia el aspecto gnoseológico contenido en las leyes penales, y el contenido político en la manera de operar del sistema penal; el autor reconoce un reduccionismo del uso penal a partir de la recuperación democrática en el año 1983 en la Argentina, a través de la sanción de la Ley N° 23077.

Esto entonces evidencia lo que es algo ya conocido para quienes estudiamos el sistema penal: el factor de la política, incluso partidaria, en el aumento o disminución de la selectividad y consecuente aplicación de poder punitivo por parte del Estado.

En definitiva, nos propone un repaso por lo que damos por conocido, por aprehendido, pero que, en determinadas ocasiones, el mismo trajín cotidiano, y el acostumbramiento a la marginalidad y el dolor, coloca a nuestro pensar y accionar en una zona de resignación que es necesario superar y criticar para enseñar y aplicar el derecho penal de manera que pueda acotar y contener la aplicación de poder punitivo.

Reseña del libro

Una batalla de todos los días. Cómo recuperamos la democracia en Argentina

Csipka, J. P. (2024). *Una batalla de todos los días. Cómo recuperamos la democracia en la Argentina*. Buenos Aires: Marea.

*Por Eugenia Campos**

La obra que aquí se reseña analiza con agudeza y detalle el ciclo de insubordinaciones militares que marcaron los años de transición democrática en la Argentina, particularmente durante los gobiernos de Raúl Alfonsín y Carlos Menem. A través de una narrativa rigurosa y contextualizada, el autor expone los principales desafíos que enfrentó la democracia naciente, en especial en relación con las tensiones entre el poder civil y los sectores castrenses que se resistían a perder sus privilegios e impunidad.

La defensa de la democracia, entendida como una batalla de todos los días, se evidencia en la lectura de la obra. El autor inicia su trabajo con una pregunta clave: ¿cómo se marcan los límites de una transición política? Para abordarla, realiza un breve repaso de los seis golpes de Estado que atravesó la Argentina en el siglo XX, destacando especialmente el ocurrido el 24 de marzo de 1976, considerado como la más cruda y sangrienta dictadura de la historia nacional.

Si bien suele señalarse como inicio de la transición la rendición en la guerra de Malvinas, el autor propone ampliar esa perspectiva incorporando otros hitos significativos: la movilización del 30 de marzo de 1982 en reclamo por el fin del régimen, la crisis económica acentuada por el fracaso de la “tablita cambiaria” –que erosionó el apoyo al gobierno militar–, la crisis interna de las Fuerzas Armadas y las demandas de la “Multipartidaria” por la convocatoria a elecciones.

* Estudiante de Abogacía (UNPAZ). Ganadora del II Concurso de Ponencias sobre Derechos Humanos (UNPAZ).

El autor recorre los acontecimientos de la década de 1980 para plantear que la transición concluye con el perfeccionamiento del modelo de la dictadura en democracia, es decir, sin la amenaza de levantamientos militares al asegurar la impunidad del aparato represivo. A su juicio, el corolario de ese entendimiento político fue la reforma constitucional.

El libro toma como punto de inflexión la Semana Santa de 1987, momento en el que estalla el primer levantamiento carapintado encabezado por Aldo Rico. Czipka reconstruye minuciosamente la sucesión de hechos que llevaron al motín en Campo de Mayo y el complejo entramado político, institucional y social que lo rodeó.

El primer capítulo de la obra nos sitúa en los acontecimientos de mayor relevancia: se destaca el debate iniciado en el verano de 1984 en torno a la reforma del Código de Justicia Militar, que permitió que las Juntas fueran juzgadas por tribunales civiles mediante la incorporación de una instancia de apelación. Esta reforma constituyó una forma de abordar la autoamnistía decretada por el régimen saliente. Asimismo, se analizan los decretos N° 157 y N° 158, firmados por el presidente Alfonsín en 1983, mediante los cuales se ordenó el enjuiciamiento tanto de las cúpulas de Montoneros y del Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) como de las Juntas Militares, en un intento de presentar una posición de equilibrio frente al pasado reciente, germinando de esta manera el debate de la “teoría de los dos demonios”.

La figura del presidente Alfonsín, la fragilidad de su gobierno, y la estrategia de “pacificación” con los militares mediante leyes como las de Punto Final y Obediencia Debida son analizadas como parte de un proceso de debilitamiento progresivo de la autoridad civil frente a las presiones militares.

Uno de los momentos centrales abordados por el autor es el Juicio a las Juntas, hito histórico del Gobierno de Alfonsín, cuya sentencia fue dictada el 9 de diciembre de 1985. El análisis se detiene especialmente en el punto 30 del fallo, el cual tensionaba la tesis presidencial de los “tres niveles de responsabilidad” –quienes dieron las órdenes, quienes las cumplieron, y quienes se excedieron–. En el punto 30, la Cámara Federal dispuso comunicar la sentencia al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas para que se investigase la responsabilidad de los jefes de zona y subzona de defensa y la de todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones, abriendo la puerta a la posibilidad de continuar con los procesos judiciales hacia niveles inferiores, algo que el gobierno pretendía evitar.

Este escenario provocó una creciente preocupación en los mandos medios de las Fuerzas Armadas. Como respuesta a esta crisis, el Ejecutivo impulsó el proyecto de Ley de Punto Final, que fue enviado al Congreso el 5 de diciembre de 1986 y sancionado el 23 de ese mismo mes. La norma fijaba un plazo de sesenta días para la presentación de denuncias contra miembros de las fuerzas armadas y de seguridad por delitos cometidos durante la dictadura, disponiendo la extinción de la acción penal una vez vencido ese término. Con agudeza, Cizpka señala la tensión interna del Gobierno, que percibía este contexto como una amenaza concreta a la estabilidad democrática.

En este marco, el autor subraya un episodio clave: el discurso pronunciado por Alfonsín en la localidad de Las Perdices, provincia de Córdoba, en marzo de 1987. Allí anticipó el envío del proyecto de Ley de

Obediencia Debida con el objetivo de establecer límites precisos a la responsabilidad penal de los mandos intermedios, lo que evidenciaba la creciente debilidad del Gobierno para controlar la situación.

Desde 1986 se venía organizando un plan de acción militar que sería conocido como “Operación Dignidad”, cuyos principales protagonistas fueron el mayor Ernesto Barreiro, perteneciente al Tercer Cuerpo del Ejército, y el teniente coronel Aldo Rico, al mando del Regimiento de Infantería 18 en San Javier, Misiones. El punto de inflexión se produjo el 15 de abril de 1987, cuando Barreiro se negó a comparecer ante la Cámara Federal de Córdoba para declarar en la causa por crímenes de lesa humanidad cometidos en el centro clandestino “La Perla”. En su lugar, se atrincheró en el Regimiento de Infantería Aerotransportada 14, dando inicio al momento de mayor gravedad y tensión de los primeros años de la democracia.

A medida que avanza en la reconstrucción de los días de máxima tensión vividos durante la Semana Santa de 1987, el autor entrelaza esos sucesos con antecedentes históricos cuidadosamente seleccionados, que enriquecen la interpretación del presente narrado. En el capítulo 2, por ejemplo, incorpora el contexto que rodeó la publicación póstuma, ese mismo año, del libro *Como los nazis, como en Vietnam*, del periodista Alipio Paoletti, colaborador del periódico *Madres de Plaza de Mayo*. Esta obra fue publicada en abril de 1987, casi al mismo tiempo que se desencadenaba la rebelión militar, dando a conocer un descomunal mapa del terrorismo de Estado y los antecedentes del hombre por el que se levantaba la oficialidad.

Asimismo, a lo largo de distintos capítulos el autor dedica importantes pasajes a describir el proceso de conformación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). Detalla la composición de sus miembros y el trabajo realizado, que culminó con la entrega del informe final el 20 de septiembre de 1984, publicado posteriormente con el título *Nunca Más*. En el plazo que le asignaron para completar el trabajo, tan solo nueve meses, la CONADEP logró documentar 8961 casos de desapariciones forzadas, lo que evidenció la magnitud del terrorismo de Estado.

El análisis del autor no se limita a una exposición factual de este hito, sino que retoma y profundiza una crítica relevante desde el campo de los derechos humanos: la adopción en dicho informe de la denominada “teoría de los dos demonios”. El autor subraya cómo esa perspectiva tuvo consecuencias en la construcción del relato público sobre la dictadura, limitando la posibilidad de una comprensión cabal de la responsabilidad estatal en los crímenes cometidos.

Uno de los actores centrales analizados por Csipka es Aldo Rico, líder del alzamiento carapintada de Semana Santa de 1987. El autor vincula su protagonismo político-militar con su experiencia previa en la Guerra de Malvinas, la cual fortaleció la cohesión de los mandos medios del Ejército en torno al “honor militar”. Estos sectores percibían amenazas tanto en la conducción superior del Ejército, a la que consideraban deslegitimada, como en el gobierno democrático, especialmente tras el juzgamiento de las Juntas.

El relato se detiene en el Viernes Santo, cuando Rico, desde Campo de Mayo, realiza su primera aparición mediática en una entrevista radial, exigiendo “una solución política a la guerra contra la

subversión”. Durante el Sábado Santo, mientras se agravaba la tensión institucional, el presidente Alfonsín envió al ministro de Defensa, Horacio Jaunarena, a negociar con Rico, quien aceptó deponer la actitud y entregar la guarnición.

El autor destaca también el contexto económico crítico –con el fracaso del Plan Austral y la pesada deuda externa– y la movilización de diversos actores sociales. La CGT, los partidos políticos y la ciudadanía se congregaron en Plaza de Mayo el Domingo de Pascua en defensa del orden democrático, configurando una respuesta social y política significativa, aunque no exenta de tensiones internas en el gobierno.

En el capítulo 9 el autor realiza un extenso y lúcido análisis sobre la guerra de Malvinas. Con agudeza en su análisis refiere que la conducción política, militar y diplomática de la guerra manifestó groseros errores de cálculo geopolítico. Entre ellos, la suposición de que los Estados Unidos mantendrían una posición neutral como forma de retribuir la colaboración argentina en los conflictos en Centroamérica; la subestimación de la reacción del gobierno británico liderado por Margaret Thatcher; y la omisión deliberada de la postura de Chile, en un contexto en el que aún persistía la tensión por el litigio del Canal de Beagle.

Uno de los elementos más relevantes del análisis reside en la distinción que el autor traza entre los distintos sectores que componían el régimen militar. Señala que el bloque civil que formaba parte de la dictadura –funcionarios, sectores empresariales– no estaba al tanto ni había avalado la planificación de la operación militar sobre las islas. Esto evidencia no solo una política exterior improvisada y sin respaldo estratégico, sino también una ausencia de cohesión interna.

En esa línea, nos introduce a los conceptos del filósofo León Rozitchner, quien advierte un giro copernicano en el hecho de que, al invertirse la jerarquía del enemigo, la junta militar se convierte en un mal menor frente al mal mayor que es la pérdida de las Malvinas. El autor ilustra esta inversión simbólica al comparar dos hitos cercanos: la marcha del 30 de marzo de 1982, organizada por la CGT bajo la consigna “Paz, Pan y Trabajo” –duramente reprimida por el régimen–, y los “vivas” al general Galtieri apenas tres días después, el 2 de abril, cuando se anunció la recuperación de las Malvinas. También destaca dos imágenes que se vieron en el contexto de la guerra de Malvinas: la pancarta en la convocatoria del 10 de abril que decía “Malvinas sí, Proceso no” y la foto de Delia Giovanola, Madre y Abuela de Plaza de Mayo, con un cartel que decía “Las Malvinas son argentinas, los desaparecidos también”.

El capítulo 10 aborda con detalle el Domingo de Pascua de 1987, jornada clave en el levantamiento carapintada. El eje del análisis es la fallida entrega de la guarnición de Campo de Mayo y la reunión entre el presidente Alfonsín y Rico, quien endureció su postura, frustrando lo acordado el día anterior. Ese mismo día el ministro Jaunarena fue recibido en Campo de Mayo con un tanque apuntando a la entrada, lo que evidenció la gravedad de la situación.

Frente a la escalada, Alfonsín asumió el control del conflicto y, desde el balcón de la Casa Rosada, pronunció un recordado discurso ante una multitud que colmaba la Plaza de Mayo. Allí pidió calma, prometió una solución y fue acompañado por líderes opositores como muestra de unidad institucional.

El autor destaca también la movilización ciudadana frente a Campo de Mayo, en especial la impulsada por Leopoldo Moreau, y reconstruye con testimonios de primera mano la reunión entre Alfonsín y Rico, aportando valor documental frente a versiones posteriores que hablaban de una negociación con los sediciosos, siempre desmentida por el presidente.

Lo cierto es que el resultado político de aquel encuentro ya estaba delineado: el envío al Congreso del proyecto de Ley de Obediencia Debida, que el presidente había anticipado en su discurso en Las Perdices. La iniciativa, que dividiría legalmente las responsabilidades por los crímenes cometidos durante la dictadura, se presentaba como la vía institucional para poner fin a la amenaza castrense. Este episodio anticipa el capítulo 11 de la obra, donde el autor analiza en profundidad el contenido, los fundamentos y las consecuencias de dicha ley, piedra angular de la política de impunidad en los años posteriores.

La Ley de Obediencia Debida, constituida por apenas siete artículos, delimitó la responsabilidad penal de los crímenes cometidos durante la última dictadura exclusivamente a un reducido grupo de delitos –violación, sustracción y ocultación de menores, sustitución del estado civil y apropiación de inmuebles–, exculpando así una vasta serie de crímenes, como los secuestros, torturas, asesinatos y desapariciones forzadas, y establecía una presunción que no admitía prueba en contrario, respecto de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas cuyo grado estuviera por debajo de Coronel al considerar que no eran punibles en virtud de la denominada “obediencia debida”, un concepto militar según el cual los subordinados se limitan a obedecer las órdenes de sus superiores.

El autor expone en detalle tanto el contenido de la ley como su tratamiento parlamentario, destacando la decisión política del presidente Alfonsín de hacerse responsable del proyecto con el declarado propósito de contribuir a la realización de la justicia, a la reconciliación nacional y a la paz entre los argentinos. No obstante, el análisis pone de relieve que esta decisión marcó una ruptura irreversible con el proceso de justicia abierto tras el Juicio a las Juntas.

A partir del capítulo 12, el autor describe con claridad el inicio del ocaso del gobierno de Alfonsín. El distanciamiento de los organismos de derechos humanos –una tensión que ya se venía gestando desde las leyes de impunidad– se profundizó, evidenciando la pérdida de un aliado central en la construcción del consenso democrático. En paralelo, sectores apologistas del régimen militar, que hasta entonces se mantenían en un repliegue discreto, comenzaron a manifestarse públicamente.

El autor recupera como ilustración de este viraje la publicación de una solicitada en la que se expresaba reconocimiento y solidaridad con las Fuerzas Armadas, de seguridad y policiales, por su actuación en lo que calificaban como una “guerra contra el terrorismo marxista”. Este pronunciamiento marcó el inicio de una estrategia discursiva de legitimación del terrorismo de Estado.

En este contexto, la obra introduce un análisis riguroso sobre el discurso negacionista y la disputa en torno a la cifra de personas desaparecidas. Retomando el informe de la CONADEP, el autor recuerda que se trató de un registro abierto, con 8961 casos documentados, pero cuya limitación fue reconocida desde un inicio, en tanto muchas desapariciones no habían sido denunciadas por miedo o por ausencia de familiares directos.

Frente a esto, reafirma la cifra de 30.000 desaparecidos (también como cifra abierta) sostenida históricamente por los organismos de derechos humanos, fundamentada no solo por la cifra de 22.000 asesinatos que los militares del Batallón 601 habían admitido al agente chileno de inteligencia Enrique Arancibia Clavel en 1978, sino también en documentos desclasificados por el gobierno de los Estados Unidos tres décadas después del golpe.

Otro aspecto que tiene relevancia en su análisis es la participación de tres actores fundamentales: la Iglesia, los medios de comunicación y los organismos de derechos humanos. Hubo clara demostración de que el Episcopado acompañó al Régimen: los obispos no acompañaron los reclamos de familiares de desaparecidos, salvo contadas excepciones, ni actuaron en defensa de los sacerdotes secuestrados o asesinados (ejemplo de ello fue la Masacre de los Palotinos y el asesinato del obispo de La Rioja, Enrique Angelelli). Recuperada la democracia, la Iglesia encontró como estrategia de defensa a su lamentable rol en la dictadura, pasar a la ofensiva mostrando sus diferencias con el gobierno radical por la sanción de la Ley de Divorcio.

Respecto de los medios de comunicación, Csipka detalla minuciosamente el papel que desarrollaron tanto en la dictadura como en la recuperación de la democracia y cómo quienes habían sido beneficiados en dictadura, luego hicieron una demostración de fe democrática sin sonrojarse. Aborda la operación de Papel Prensa en 1978, la cobertura de la guerra en Malvinas, la relación con Alfonsín y la privatización de los canales 11 y 13, ya en el Gobierno de Menem.

De la vereda de enfrente nos encontramos con los organismos de derechos humanos, que crecieron como una forma de resistencia a la dictadura. El autor comenta cómo surgieron, refiriendo en forma cronológica a la Liga Argentina por los Derechos del Hombre (actualmente la Liga Argentina por los Derechos Humanos) creada por el Partido Comunista en 1937, el Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ) que fundó Adolfo Pérez Esquivel en 1974, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) creada a fines de 1975, y semanas antes del golpe de Estado se conformó el Movimiento Ecuuménico por los Derechos Humanos (MEDH).

Durante el terrorismo de Estado la organización estuvo a cargo de los familiares de desaparecidos: en 1976 se conformó Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas, el 30 abril de 1977 las Madres de Plaza de Mayo y en octubre del mismo año Abuelas de Plaza de Mayo quienes comenzaron a marchar en reclamo de sus hijos y los niños nacidos en cautiverio, en la ronda de los jueves e imponiendo la consigna “Con vida se los llevaron, con vida los queremos”, en 1979 se crearon el Centro de Estudio Legales y Sociales (CELS) y el Movimiento Judío por los Derechos Humanos, y ya en democracia surgió la Asociación de Ex Detenidos Desaparecidos (1984).

Los debates en democracia giraban en torno al modo de investigar los crímenes cometidos en la dictadura, la crítica en la conformación de la CONADEP, la discusión por el Decreto N° 157 que equiparaba a las cúpulas de Montoneros y ERP con las Juntas cuyo procesamiento abordaba el Decreto N° 158 y que derivó en la discusión de la “teoría de los dos demonios”.

Asimismo, relata cómo irrumpe FAMUS (Asociación de Familiares y Amigos de Muertos por la Subversión), que sostenía la igualdad de víctimas de la violencia insurgente y víctimas del terrorismo estatal, derivando para mediados de la década de 1980 en un debate que posteriormente se referenció como “memoria completa”. Este discurso, con su lógica argumental, se reactualizó cuando se retomaron los juicios luego de ser anuladas las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, y lamentablemente perdura en la actualidad.

El autor retoma en el capítulo 14 los levantamientos militares posteriores a la Semana Santa de 1987, trazando un recorrido por los alzamientos de Monte Caseros en enero de 1988, también liderado por Rico; el tercer alzamiento, ya más grave, encabezado por el coronel Mohamed Alí Seineldín en diciembre de 1988; y finalmente el más sangriento, ocurrido en diciembre de 1990, ya bajo la presidencia de Menem. Csipka destaca cómo cada levantamiento representó no solo una amenaza a la democracia, sino también un síntoma de las concesiones que desde el poder civil se hacían para evitar una ruptura institucional.

La inclusión del ataque del Movimiento Todos por la Patria (MTP) al Regimiento de La Tablada en enero de 1989 permite al autor complejizar aún más el panorama. Lejos de reducirlo a un hecho aislado, Csipka lo vincula con el contexto de inestabilidad militar, las denuncias de una nueva conspiración golpista y la violencia política heredada del pasado reciente. La represión brutal del ataque, incluyendo la desaparición de atacantes que se habían rendido, refuerza la tesis de que la democracia aún estaba condicionada por lógicas autoritarias y represivas.

El capítulo final se centra en la etapa menemista, particularmente en el modo en que Menem capitalizó el último alzamiento carapintada para consolidar su liderazgo, legitimarse como garante del orden y profundizar la política de reconciliación con las Fuerzas Armadas. En ese sentido, aborda la firma de los indultos en 1989 y 1990, que beneficiaron tanto a militares, civiles y represores procesados o condenados, entre ellos los comandantes condenados en el Juicio a las Juntas, como a miembros de Montoneros y ERP (un gran número de ellos se encontraban muertos o desaparecidos). Ello fue interpretado como un cierre institucional del ciclo de justicia transicional iniciado en 1983, pero también como un retroceso en materia de derechos humanos.

El balance que Csipka realiza permite reflexionar críticamente sobre la tensión entre gobernabilidad y justicia, la consolidación de la democracia y los costos que se pagaron para sostenerla. Con una mirada lúcida, el autor sugiere que si bien se evitó un nuevo quiebre institucional, se hizo a costa de ceder ante los sectores que más habían vulnerado el Estado de derecho. La democracia, concluye, logró sobrevivir, pero consumió el modelo de la dictadura con las privatizaciones, el endeudamiento perpetuo, la destrucción de la industria y se garantizó la impunidad de los militares.

El recorrido histórico culmina con una lectura crítica sobre la década de 1990, cuando tras los indultos pareció consolidarse un modelo de impunidad que garantizaba la clausura del pasado. Sin embargo, Csipka pone en valor el punto de inflexión que significó la reapertura de los juicios de lesa humanidad a partir del caso “Simón”, el impulso político del Gobierno de Néstor Kirchner y la labor persistente de los organismos de derechos humanos, particularmente Madres y Abuelas de Plaza de Mayo.

En esta línea, sostiene que el verdadero triunfo de la democracia no reside únicamente en la restauración del orden institucional, sino en la capacidad del sistema político para desarticular las bases económicas, culturales y simbólicas del modelo instaurado por la dictadura. Superada la amenaza golpista, el desafío sigue siendo construir una democracia sustantiva que garantice derechos, justicia social y memoria activa frente a los crímenes del pasado.

Desde una perspectiva jurídica y formativa, considero especialmente valioso el enfoque de esta obra para quienes nos encontramos en el ámbito del derecho y los derechos humanos. Conocer en profundidad el contexto histórico que rodeó la sanción de leyes de Punto Final y Obediencia Debida y los decretos de indulto resulta clave para comprender las tensiones que atravesaron el proceso de consolidación democrática en la Argentina posterior a la dictadura, así como los dilemas entre gobernabilidad, justicia y memoria. En este sentido, el libro constituye una herramienta de análisis indispensable para estudiantes, docentes e investigadores comprometidos con la defensa de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado de derecho.

Reseña del libro

Historias rotas. Locura y suicidio en las cárceles de la dictadura

Rafael, C. y Melo, S. (2025). *Historias rotas. Locura y suicidio en las cárceles de la dictadura*. Buenos Aires: Punto de Encuentro.

*Por Néstor Hernán Lupidi**

La obra que aquí se reseña constituye un aporte profundo, necesario y conmovedor para la memoria histórica argentina. El libro se adentra en un aspecto menos visible del aparato represivo: el destino de los presos políticos que sobrevivieron a los centros clandestinos, pero fueron trasladados a cárceles donde padecieron tormentos menos conocidos, aunque igual de devastadores.

Desde el prólogo de Diana Kordon, una figura clave en el análisis de los efectos psicosociales del terrorismo de Estado, la obra se presenta como un texto incómodo, duro y doloroso, pero imprescindible.

La lectura pone en primer plano algo que durante décadas quedó relegado: la situación de los detenidos legalizados, es decir, aquellos que estaban a disposición del Poder Ejecutivo Nacional o sometidos a procesos judiciales armados, pero que, aun así, vivieron un encierro que excedió por completo cualquier normativa legal.

El relato de Rafael y Melo rescata la experiencia de estos presos como una deuda pendiente, tanto del Estado democrático como de la sociedad argentina, en el marco de las políticas de Memoria, Verdad y Justicia.

Las autoras reconstruyen una maquinaria de aniquilación que no buscaba únicamente interrogar ni obtener información, sino destruir la subjetividad de la persona detenida. La tortura física coexistía

* Médico (UBA). Se encuentra cursando la Especialización en Psiquiatría (UBA). Estudiante de Abogacía (UNPAZ).

con un sistema psicológico deliberado y sistemático. En los relatos aparece con claridad una consigna repetida hasta el cansancio por los represores: “Van a salir de aquí muertos o locos”. Esa frase, que atraviesa toda la obra, sintetiza la lógica de un régimen que entendía la destrucción psíquica como una prolongación del exterminio.

Uno de los aportes más potentes del libro es la descripción del uso de la psiquiatría como herramienta represiva. La idea de “interdisciplina”, que en un contexto saludable debería remitir a un enfoque integral del cuidado, fue tergiversada por la dictadura hasta convertirse en un complemento del disciplinamiento estatal.

Médicos, psicólogos y trabajadores sociales fueron integrados –en algunos casos por coerción, en otros por complicidad– a un sistema que producía diagnósticos funcionales al castigo: catalogar a los presos como “inestables”, “peligrosos”, “paranoicos” o “desequilibrados” dejaba abierta la puerta a su aislamiento prolongado o a la negación de medicación esencial.

La cárcel de Caseros aparece como un laboratorio de esta crueldad. El encierro extremo, el silenciamiento, la manipulación emocional y la privación sensorial eran parte del repertorio cotidiano. La psiquiatría, en vez de ser una herramienta terapéutica, se convirtió en un instrumento de control que buscaba potenciar la ruptura interna del detenido.

El libro propone un enfoque crítico sobre los suicidios ocurridos dentro y fuera de las cárceles, cuestionando la interpretación clásica de estos hechos como decisiones individuales. La idea de “suicidio inducido”, planteada por referentes como Pablo Llonto, abre un debate ético y jurídico fundamental: ¿cuánta responsabilidad tiene un sistema que crea condiciones insostenibles para la continuidad de la vida? ¿Puede hablarse simplemente de suicidio cuando el Estado despliega un dispositivo orientado a destruir la voluntad de vivir?

Los casos de Edgardo Domingo Guerra, Gabriel “Tordito” De Benedetti, Jorge Miguel Toledo, Benjamín Taub y Ramón Holsbach, entre otros, dan cuenta de un patrón. Las historias no se presentan como episodios aislados, sino como eslabones de un mismo engranaje represivo. Guerra, por ejemplo, es empujado hacia la desesperación mediante hostigamiento, privación de medicación y manipulaciones emocionales; De Benedetti se quita la vida, inmerso en un clima de enajenación colectiva; Toledo aparece en Caseros colgado en su celda; Taub muere meses después de recuperar la libertad, arrastrando un deterioro físico y psíquico irreversible; Holsbach despliega un padecimiento prolongado que revela que las consecuencias del encierro sobreviven largamente a la liberación.

En este marco, el análisis de Durkheim sobre el suicidio cobra una vigencia particular. El sociólogo francés sostiene que las tendencias colectivas tienen una fuerza coercitiva que actúa “desde afuera” sobre los individuos. Esta perspectiva permite comprender cómo, en el contexto de la dictadura, la violencia institucional se transformó en un conjunto de fuerzas externas que empujaban a los detenidos hacia la autoaniquilación. No eran decisiones íntimas, sino la culminación de una violencia sistemática.

Las autoras también destacan que las heridas provocadas por el sistema penitenciario de la dictadura no se cierran con la recuperación de la democracia. Muchos sobrevivientes continúan luchando contra traumas persistentes, episodios de angustia profunda, fragmentación subjetiva y dificultades para reconstruir su vida cotidiana. La frase “sobrevivir puede ser un problema” sintetiza la paradoja: el cuerpo salió del encierro, pero la mente quedó atrapada en él.

La lectura de *Historias rotas* interpela desde varios planos. En términos históricos, permite revisar una dimensión menos explorada del terrorismo de Estado. En términos éticos, obliga a pensar el rol que pueden haber tenido profesionales de la salud que participaron del dispositivo represivo. Y en términos subjetivos, el impacto emocional es ineludible: resulta difícil avanzar en el libro sin sentir indignación, tristeza y un profundo sentido de responsabilidad.

Desde una mirada personal, considero que la obra se destaca por su claridad, su sensibilidad y su rigurosidad. Rafael y Melo logran un equilibrio entre testimonio, investigación y reflexión crítica que vuelve la lectura profundamente humana. No buscan la espectacularización del horror, sino la comprensión de procesos que aún hoy moldean la experiencia de muchos sobrevivientes y familiares.

La importancia del libro reside también en su capacidad para activar memoria. Frente a un contexto donde reaparecen discursos negacionistas o relativistas, *Historias rotas* recuerda que la violencia estatal no se limitó a los centros clandestinos de detención, sino que se extendió a las cárceles, los hospitales, los cuerpos y las mentes de quienes vivieron el encierro. Por eso, su lectura no solo reconstruye el pasado, sino que también funciona como advertencia y como herramienta política.

En definitiva, la obra que se reseña se erige como un texto imprescindible para comprender la dimensión psicológica de la represión y para ampliar la mirada sobre el impacto del terrorismo de Estado. Es una obra que incomoda, conmueve y exige reflexión. Su fuerza radica en devolver dignidad a quienes fueron empujados al límite y en recordarnos que la memoria (cuando es honesta y profunda) sigue siendo una forma de justicia.