

Revista

Debates sobre Derechos Humanos

Director:
Sebastián Alejandro Rey

Violencia de género. Ciberacoso

DESCA. Derecho a la salud. Seguridad social. Medio ambiente sano

Discriminación personas LGBTI

Migrantes. Control en aeropuertos. Expulsión colectiva.

Derecho de defensa. Refugio

Derechos de NNyA. Violencia institucional.

Responsabilidad parental. Adopción

Garantías judiciales. Presunción de inocencia.

Derecho al recurso. Plazo razonable

Prisión preventiva. Condiciones de detención. Habeas corpus

Pueblos Indígenas. Derecho a la propiedad colectiva

Libertad de expresión. Censura indirecta. Acceso a la información

Tortura. Detención arbitraria. Ejecución extrajudicial. Pena de muerte

NÚMERO

4

AÑO 2020



EDUNPAZ
Editorial Universitaria



UNPAZ
Universidad Nacional de José C. Paz

Revista Debates sobre Derechos Humanos

Número 4. Año 2020

© 2021, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

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

© 2021, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN 2718-8175



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

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

Directora General de Gestión de la Información y
Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

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

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

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

director

Sebastián Alejandro Rey

equipo de redacción

Nicole Albornoz

Julia Ben Ishai

Gabriel Fernando Bicinskas

Belén Donzelli

Marisol Dorrego

Romina Peñaloza

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

- Daños provenientes de delitos de lesa humanidad. CSJN, “Ingegnieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente - ley especial”, 9 de mayo de 2019**
por GUILLERMO ANDRÉS DÍAZ MARTÍNEZ **9**
- Libertad de expresión. Derecho al honor. Censura indirecta. CSJN, “De Sanctis, Guillermo Horacio c/ López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios”, 17 de octubre de 2019 y “Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ daños y perjuicios”, 29 de octubre de 2019**
por JUAN LEONI **17**
- Violencia de género en el ámbito penal. CSJN, “RCE s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV”, 29 de octubre de 2019**
por SABRINA CARTABIA **29**
- Garantías judiciales. Presunción de inocencia. Derecho a un recurso amplio. CSJN, “Rojas, Lucía Cecilia; Jara, Ricardo Omar; Vázquez, Cristina s/ homicidio agravado”, 26 de diciembre de 2019**
por INDIANA GUEREÑO **43**

Habeas corpus. Derecho a la seguridad social. Personas privadas de libertad. CSJN, “Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/ habeas corpus”, 11 de febrero de 2020 por RODRIGO BORDA y MARINA ALVARELLOS	55
Violencia de género. CSJN, “Recurso de hecho deducido por R. M. M. en la causa ‘Callejas, Claudia y otra s/violación de secretos’”, 27 de febrero de 2020 por FRANCISCA BAUR NOBLIA	65
Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Seguridad social. Corte IDH, <i>Caso Muelle Flores Vs. Perú</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375 por RENÉE MARIÑO ÁLVAREZ	77
Desaparición forzada de personas. Corte IDH, <i>Caso Arrom Suhurt y otros Vs. Paraguay</i> . Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377 por MARCELO TORRES BÓVEDA	87
Derecho al recurso. Corte IDH. <i>Caso Gorigoitia Vs. Argentina</i> . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382 por CARLOS VARELA ÁLVAREZ	93
Independencia judicial. Mecanismos de remoción de jueces y juezas. Corte IDH, <i>Caso Rico Vs. Argentina</i> . Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 383 por RODRIGO ROBLES TRISTÁN	99
Plazo razonable de duración del proceso. Corte IDH. <i>Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2019. Serie C No. 384 por ROSARIO MUÑOZ	109
Pena de muerte y tortura. Corte IDH, <i>Caso Tirso Román Valenzuela Ávila Vs. Guatemala</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386 por FIDENCIA OROZCO DE LICARDÍ	121
Tortura. Ejecución extrajudicial. Estándar probatorio. Corte IDH. <i>Caso Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2019. Serie C No. 392 por MARÍA DANIELA RIVERO y SANTIAGO MEDINA VILLARREAL	129

Derecho a la salud. Personas privadas de la libertad. Encarcelamiento preventivo. Corte IDH. <i>Caso Hernández Vs. Argentina</i>. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395 por CIRO ANNICCHIARICO	141
Detenciones arbitrarias. Tortura. Corte IDH. <i>Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador</i>. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398 por ALONSO FONSECA GARCÉS y CARLOS ESPÍN ARIAS	149
Prisión preventiva. Corte IDH. <i>Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador</i>. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020. Serie C No. 399 por CLARA SORIA CARPIO y FRANCISCO JOSÉ TORAL ZEVALLOS	157
Pueblos indígenas. Derecho a la propiedad colectiva. Corte IDH. <i>Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina</i>. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400 por JAVIER SALGADO	169
Derecho a un ambiente sano. Corte IDH. <i>Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina</i>. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400 por CLAUDIO IGLESIAS DARRIBA	179
Tortura. Discriminación a personas LGBTI. Corte IDH. <i>Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú</i>. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402 por CHRIS ESDAILE, ALEJANDRA VICENTE y CLARA SANDOVAL	191
Procesos de destitución. Garantías y debido proceso. Corte IDH. <i>Caso Petro Urrego Vs. Colombia</i>. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406 por RAFAEL BARRIOS MENDIVIL	199
Medio ambiente sano. Derecho a la salud. Vida privada. TEDH, <i>Affaire Cordella et Autres c. Italie</i>, 24 de enero de 2019 por KARINA V. ADAM	209
Expulsión colectiva de extranjeros. Derecho de defensa. TEDH, <i>Case of Georgia v. Russia (I)</i>, 31 de enero de 2019 por VERÓNICA JARAMILLO FONNEGRA	223

Prisión preventiva. Cumplimiento de sentencias. TEDH, <i>Case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan</i> , 29 de mayo de 2019 por MILTON C. FEUILLADE	231
Refugio. Principio de no devolución. TEDH, <i>Case of Ozdil and others v. The Republic of Moldova</i> , 11 de junio de 2019 por ANALÍA CASCONÉ	237
Prueba obtenida contra la voluntad del imputado. Trato cruel e inhumano. TEDH, <i>Case of R. S. v. Hungary</i> , 2 de julio de 2019 por JOSÉ AGUSTÍN CHIT	245
Violencia de género. TEDH, <i>Case of Volodina v. Russia</i> , 9 de julio de 2019 por JULIA BEN ISHAI	257
Terrorismo. Extradición. TEDH, <i>Case of Romeo Castaño v. Belgium</i> , 9 de julio de 2019 por SOFÍA JOSEFINA DANESSA	267
Terrorismo. Libertad de expresión. TEDH, <i>Affaire Gürbüz et Bayar c. Turquie</i> , 23 de julio de 2019 por SOFÍA JOSEFINA DANESSA	273
Non refoulement. Derecho a la salud. TEDH, <i>Case of Savran v. Denmark</i> , 1 de octubre de 2019 por IGNACIO ODRIOZOLA	279
Derecho a la vida familiar. TEDH, <i>Case of Zelikha Magomadova v. Russia</i> , 8 de octubre de 2019 por MARINA DITIERI y MAGDALENA PERILLO	289
Derecho a la privacidad. Videovigilancia de trabajadores. TEDH, <i>Case of López Ribalda and others v. Spain</i> , 17 de octubre de 2019 por VANINA DOLORES SCIOLLA	305
Violencia institucional. Derechos de la niña. TEDH, <i>Case of A v. Russia</i> , 12 de noviembre de 2019 por MARISA GRAHAM	313
Control migratorio en aeropuertos. TEDH, <i>Case of Z.A. and others v. Russia</i> , 21 de noviembre de 2019 por PABLO ASA	325
Vida privada. Derecho a la salud. Adicciones. TEDH, <i>Affaire Abdyusheva et autres c. Russie</i> , 26 de noviembre de 2019 por JUAN IGNACIO LOZANO	337

Condiciones de detención. Hacinamiento. Recursos eficaces. TEDH, <i>Affaire Petrescu c. Portugal</i>, 3 de diciembre de 2019, y <i>Affaire J. M. B. et autres c. France</i>, 30 de enero de 2020 por BRENDA PASCUAL	343
Acceso a la información. TEDH, <i>Case of Studio Monitori v. Georgia</i>, 30 de enero de 2020 por DAMIÁN LORETI y LUIS LOZANO	353
Ciberacoso. Violencia de género. TEDH, <i>Case of Buturuga v. Romania</i>, 11 de febrero de 2020 por JAVIER TEODORO ÁLVAREZ	361
Prescripción de las acciones indemnizatorias. Enfermedades progresivas. TEDH, <i>Affaire Sanofi Pasteur c. France</i>, 13 de febrero de 2020 por GUSTAVO CAMELO	367
Protección de datos personales. Investigación penal. TEDH, <i>Case of Gaughran v. United Kingdom</i>, 13 de febrero de 2020 por JUAN AGUSTÍN OTERO y MAURO MELONI	377
Privación de responsabilidad parental. Adicciones. TEDH, <i>Case of Y.I. v. Russia</i>, 25 de febrero de 2020 por GIULIANA MILLER	387
Violación a la vida privada. Cancelación de títulos universitarios. TEDH, <i>Affaire Convertito et autres c. Roumanie</i>, 3 de marzo de 2020 por GUILLERMO E. CONY	399
Derecho a la vida. Uso excesivo de la fuerza letal. TEDH, <i>Case of Kukhalashvili and others v. Georgia</i>, 2 de abril de 2020 por JUAN MANUEL CARREÑO MARTÍNEZ	407
Adopción. Consentimiento de la madre biológica. TEDH, <i>Affaire Omorefe c. Espagne</i>, 23 de junio de 2020 por ALICIA A. CARNAVAL	413
Reseñas bibliográficas	
Aborto: la marea verde desde el derecho (Red de Profesoras de la Facultad de Derecho UBA) por NATALIA SARALEGUI FERRANTE	427
Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil (César Rodríguez Garavito, editor) por MARISOL DORREGO	433

La Argentina en el banquillo. La historia detrás de las denuncias contra el Estado por violaciones de derechos humanos (Sebastián Alejandro Rey) por SOFÍA C. DEMARIA	441
Autoría en delitos de lesa humanidad (Fernando Buján) por PABLO GABRIEL SALINAS	445
¿Cómo pensar la desigualdad desde los derechos humanos? Nuevos abordajes para las injusticias sociales y económicas del siglo XXI (César Rodríguez Garavito, coordinador) por LUCÍA DANIELA ALCAIN	451
Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia (Mauro Benente, coordinador) por ROSARIO VÁZQUEZ	461
Derecho internacional. Una introducción (Attila Tanzi) por JORGE RAÚL MURILLO	467

COMENTARIOS A FALLOS

Daños provenientes de delitos de lesa humanidad

CSJN, “Ingegnieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente - ley especial”, 9 de mayo de 2019

Por Guillermo Andrés Díaz Martínez¹

*Está la ley y está la verdad,
pero tal vez sólo puedan administrar justicia
aquellos que son capaces de indignarse
con los pleitos de la humanidad.*

Sándor Márai²

I.- Introito

En el presente comentario, trataremos de indagar y detectar las perspectivas iusfilosóficas³ existentes en los votos de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el fallo “Ingegnieros” que conformaron la decisión mayoritaria.

1 Abogado (UBA). Doctorando en Ciencias Jurídicas (UCA). Docente en la Facultad de Humanidades (UNCA). Se desempeñó como abogado querellante en juicios orales sobre delitos de lesa humanidad por ante los tribunales orales en lo criminal federales de las provincias de Catamarca y La Rioja.

2 Márai, S. (2014). *Divorcio en Buda*. Barcelona: Salamandra, p. 57.

3 Tomando como referencia las obras de Rodolfo Vigo (2015). *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*. Buenos Aires: Educa; (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. México: Tirant Lo Blanch; (2018). *Fuentes del derecho*. Buenos Aires: Astrea y (2019). *Perspectivas iusfilosóficas Contemporáneas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

II.- El caso “Ingenieros”

El día 9 de mayo del 2019 tres⁴ de los cinco jueces integrantes de nuestro Alto Tribunal le negaron a la Sra. María Gimena Ingenieros la indemnización laboral por los daños provenientes de delitos de lesa humanidad cometidos en perjuicio de su padre.

Por mayoría, la CSJN consideró que las acciones laborales destinadas a obtener la reparación de daños derivados de delitos de lesa humanidad están sujetas a los plazos de prescripción de la normativa aplicable. Mientras los jueces remitieron al precedente “Villamil”, Rosenkrantz y Lorenzetti, cada uno por su voto, agregaron fundamentos adicionales.

En cambio, los jueces Maqueda y Rosatti votaron en disidencia afirmando que el deber de reparar los daños derivados de los delitos de lesa humanidad, que pesa tanto sobre el Estado que los cometió como sobre los particulares que actuaron como cómplices, no se extingue por el paso del tiempo.

Recordemos, que en el caso aludido se trataba la demanda interpuesta por la Sra. Ingenieros contra Techint S. A. con el objeto de obtener una reparación fundada en la Ley N° 9688 (de accidentes de trabajo) por la desaparición forzada de su padre, Enrique Roberto Ingenieros, quien prestaba servicios en dicha empresa como técnico dibujante. En su demanda manifestó que la desaparición forzada de su padre había tenido lugar el 5 de mayo de 1977 a manos de “un grupo de tareas dependiente del Gobierno Nacional”, “en horario de trabajo y en las instalaciones laborales”. Ante ello, la empresa opuso excepción de prescripción.

A su turno, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al revocar lo resuelto en primera instancia, rechazó –por mayoría– la excepción de prescripción. Contra este pronunciamiento la demandada dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la queja resuelta por la CSJN que estamos analizando.

III.- Consecuencias de la aplicación de una perspectiva iusfilosófica

Para empezar este acápite, diremos que coincidimos con el profesor Vigo⁵ cuando plantea la importancia que tiene la Filosofía para la comprensión y aplicación de las distintas ciencias, y particularmente, para la ciencia jurídica, ya que sin una filosofía del derecho nuestro abordaje sobre la legalidad, no solo será incompleto sino además endeble o carente en argumentación. Por lo tanto, la filosofía es central para la ciencia del derecho, porque también nos permite detectar y diferenciar las distintas visiones jurídicas y sus consecuencias en la práctica.

A propósito de ello, podemos decir que existen en la actualidad las siguientes perspectivas iusfilosóficas relevantes: el “iusnaturalismo”, el “positivismo”, el “neoconstitucionalismo positivista crítico” (Ferrajoli), el “neoconstitucionalismo no-positivista kantiano” (Alexy y Atienza), el “neoconstitucio-

4 Los jueces Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz.

5 Cf. Vigo, R. L. (2009). ¿Deben los jueces saber filosofía? *La Ley* 2009-E, p. 1326.

nalismo iusnaturalista aristotélico” y, finalmente, las corrientes denominadas “Critical Legal Studies” (Duncan Kennedy, entre otros).

Adelantamos que en el presente caso solamente detectamos en los votos cortesanos de la mayoría la visión “positivista” y en los votos de la minoría las posiciones del neoconstitucionalismo. Ello nos permite afirmar que “la polémica *iusnaturalismo-iuspositivismo* que muchos creyeron o desearon concluida, sigue abierta porque remite a tópicos en permanente discusión”.⁶

En armonía con lo antes dicho, el iusfilósofo santafesino al referirse a “ese ‘eterno debate’ entre iusnaturalistas e iuspositivistas”, comparte “plenamente la convicción de Alexy cuando no duda en sostener que “el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista”.⁷ Con razón, agrega Laporta, que “el problema de las relaciones entre moral y derecho no es un tema de filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del derecho está”.⁸

Creíamos en la existencia de la polémica aludida por cuanto los votos de los jueces de la Corte en el caso “Ingenieros” así lo reflejan, por lo que analizaremos únicamente el voto mayoritario a la luz de la polémica antes descripta.

Por lo tanto, transcribiremos los considerandos pertinentes y relevantes del fallo para dicha faena, a saber:

6) Que, asimismo, en el citado precedente se destacó que *no existe en el derecho argentino norma alguna* que resulte de aplicación a los hechos que originaron el reclamo indemnizatorio y que establezca la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias por daños derivados de delitos de lesa humanidad (voto de Rosenkrantz, el destacado es nuestro).

12) *La ley no puede dejar de aplicarse* simplemente porque se la considera inconveniente [...] Cualquier excepción debe *surgir de una fuente similar* o de una declaración de inconstitucionalidad (voto de Lorenzetti, el destacado es nuestro).

13) Que tampoco puede extraerse una conclusión distinta *interpretando otras fuentes del derecho vigente* [...] En efecto, *no existen normas de derecho interno que dispongan la imprescriptibilidad* de las acciones de indemnización derivadas de la Ley 9688, como tampoco existía ninguna *norma* que dispusiera esa solución al momento en que la prescripción de la presente acción operó (voto de Lorenzetti, el destacado es nuestro).

14) Que, al igual que en el derecho interno, *no existe norma positiva en el plano internacional* que consagre la imprescriptibilidad declarada por el tribunal *a quo*. [...] En virtud de lo expuesto, la conclusión de la Cámara relativa a la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias [...], no solo implica un apartamiento de la doctrina vigente, [...] sino que *carece de fundamento normativo* tanto en el orden de nuestro

6 Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (s./f.). Estudios sobre la polémica iusnaturalismo-iuspositivismo (de la “lex corrupta” a los crímenes de lesa humanidad). Recuperado de <http://www.rabbibaldicabanillas.com/investigaciones/teoria-y-filosofia-del-derecho/estudios-sobre-la-polemica-iusnaturalismo-iuspositivismo/>, fecha de captura 11-01-2019.

7 Vigo, R. L. (2015), *op. cit.*, p. 14.

8 *Ibidem*.

derecho interno como en el del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en razón de que no existe norma positiva que consagre la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias como la deducida por la actora (voto de Lorenzetti, el destacado es nuestro).

Como se puede apreciar en los considerandos transcritos, los jueces de la mayoría se enrolaron de manera evidente en las filas del iuspositivismo, o sea, en la visión del derecho como norma.

Decimos que se afiliaron al positivismo, por cuanto en lo único que se basan para tratar la procedencia de la pretensión de la actora es saber si existe alguna norma o artículo de algún código o ley, que “taxativamente” establezca la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias por daños derivadas de los delitos de lesa humanidad, sin analizar los “valores jurídicos” en juego, la esencia o naturaleza de la cuestión debatida, ni comprender “el contexto histórico” o la “realidad social” en donde se perpetraron los daños.

La autoridad infalible que buscó el voto de la mayoría olvida o ignora que las leyes o normas que buscan meticulosamente para justificar su decisión fueron creadas para ser aplicadas a las relaciones entre particulares, o de estos con el Estado en el plano doméstico, pues no fueron elaboradas para regir la responsabilidad internacional del Estado que se origina con los crímenes de lesa humanidad, o sea, frente al “mal absoluto”, como diría Nino basándose en Kant.

Este positivismo se ve claramente cuando separan de una manera escandalosa y arbitraria las consecuencias jurídicas de un mismo hecho (delitos de lesa humanidad), porque solo encontraron justificación taxativa legal en el ámbito penal, pero como no encontraron esa misma justificación en el campo laboral-civil, decidieron declarar prescripta la acción laboral, vulnerando no solo el principio lógico de no contradicción, sino atropellando los valores jurídicos que deben imperar en toda argumentación jurídica que pretenda validez.

Por otra parte, es necesario tener presente, que la Corte IDH en *el Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*,⁹ dictó sentencia en noviembre de 2018 dejando bien en claro que la reparación en los delitos de lesa humanidad es imprescriptible.

Al respecto, no piensa lo mismo el ministro Rosenkrantz, para quien dicho precedente no resulta ser una fuente ni pauta interpretativa de relevancia para la causa, tal como consta en su voto en el considerando 7. En el mismo sentido, el juez Lorenzetti considera a las fuentes del derecho únicamente como normas o ley positiva, tal como surgen de su voto en los considerandos 12 y 13 de la sentencia en cuestión.

⁹ Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372. Sobre este fallo recomiendo ver Hitters, J. C. (2019). ¿Prescribe la reparación civil en los delitos de lesa humanidad? Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina (mayoría y minoría) y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. *La Ley*, 21/08/2019, Cita Online: AR/DOC/2406/2019, y Gattini Zenteno, A., Bustos, F., y Ugás Tapia, F. (2020). Comentario al fallo *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*. *Revista Debates sobre Derechos Humanos*, III(3). Recuperado de <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/debatesddhh/issue/view/38>

Ante ello, y a fin de evidenciar las perspectivas iusfilosóficas utilizadas por Rosenkrantz y Lorenzetti con respecto a las fuentes del derecho, es oportuno traer a colación lo señalado por Vigo cuando nos recuerda que

para Kelsen el derecho era un conjunto sistemático de normas coercitivas, y que persistentemente se negó a reconocer en su pirámide principios o derechos humanos. Por supuesto, que este rechazo era coherente con su teoría “pura” dado que de lo contrario se introduciría en el derecho la moral y, además, porque los principios conjugan muy mal con el sistema “fuerte” kelseniano. Sin embargo, es algo evidente que en los derechos vigentes y válidos de los Estados de derecho constitucional además de normas, está el mundo de los principios, o derechos humanos con su derecho concentrado o en potencia y, por ende, con capacidad de generar nuevas respuestas jurídicas, incluso derrotando a las normas. Esos principios o derechos humanos no se “crean”, sino que se “reconocen”, de manera “universal” e “inalienablemente”; de ese modo, si partimos de la caracterización de fuentes del derecho como producción o creación de normas, aquellos quedarán ignorados o marginados.¹⁰

Frente a ello, Alexy nos advierte que sostener un derecho únicamente conformado por normas conlleva afrontar algunas dificultades

que en buena medida los principios pueden permitir su superación: [...] la norma a veces está, pero ella contiene una solución para el caso bajo estudio, que resulta evidente y gravemente absurda, irracional o injusta, lo cual habilita a que sea derrotada por un principio. En definitiva, el mejor derecho es aquel que contiene normas y principios, dado que ello potencia la capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico, y permite que las respuestas resulten ser las mejores para la sociedad y las más ajustadas a los respectivos casos.¹¹

Como surge del análisis anterior, los principios contenidos en el precedente “Órdenes Guerra” de la Corte IDH fueron lisa y llanamente ignorados y marginados como fuentes del derecho por los jueces cortesanos de la mayoría en el caso “Ingegnieros”; y ello fue consecuencia directa de la aplicación de la visión “paleopositivista” –al decir de Ferrajoli– que llevo al desconocimiento de la imprescriptibilidad de las acciones por daños derivados de delitos contra la humanidad.

En el caso “Ingegnieros”, los hechos debieron ser analizados a la luz de los valores o principios jurídicos, como los “derechos humanos” o la “moral que habita en el derecho”, o parafraseando a Fuller, “la moral interna del derecho”, para evitar provocar una injusticia más al caso.

¹⁰ Aquiló Regla, J. y Vigo, R. (2018). *Fuentes del derecho*. Buenos Aires: Astrea, p. 15.

¹¹ *Ídem*, p. 19.

En consonancia con lo antes aludido, Alexy nos dice que “los derechos humanos en cuanto derechos morales no sólo no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado”.¹²

Por lo tanto,

en materia de delitos de lesa humanidad, en cambio, probada la autoría y responsabilidad de agentes estatales en sentido amplio (incluyendo civiles que participaron de los hechos dañosos), retornando con las penurias conocidas el Estado de Derecho *no resulta éticamente tolerable*, ni jurídicamente procedente, privar de compensación a quienes soportaron gravísimos daños morales, psíquicos, espirituales y también patrimoniales (el destacado es nuestro).¹³

Claramente el voto de la mayoría se asimila al juez soñado por Montesquieu, es decir, un repetidor de normas sin interesarle su contenido, su moral o su razón social.

Tal como lo vimos en el acápite anterior,

nos parece claro que a partir de la Segunda Guerra [Mundial] los derechos humanos quedan incorporados a la agenda jurídica, política y moral como un núcleo de juridicidad indisponible cuya violación compromete la validez de cualquier norma jurídica generando responsabilidad jurídica en aquellos que la han creado o aplicado.¹⁴

Explica Vigo que

los Tratados de Derechos Humanos están redactados con un lenguaje que remite a una matriz iusnaturalista, es que las notas invocadas expresamente en aquellos como las de “reconocimiento” de los derechos (no de creación), su universalidad e inalienabilidad solo pueden ser entendidos a partir de “algo” que es común a todo ser humano y que se proyecta al campo jurídico como derechos que valen al margen de que las autoridades los reconozcan o los violen.¹⁵

12 Vigo, R. L. (2013). ¿Es posible la justificación racional de los Derechos Humanos? (Alexy, Finnis, Nino vs. Bobbio, Ferrojoli, Bulgin). *La Ley*, 2013-D, 1334. Cita Online: AR/DOC/2502/2013.

13 Botassi, C. A. (2013). Lesa humanidad, responsabilidad civil del Estado y prescripción. *La Ley*, C, 2013, Cita Online: AR/DOC/1397/2013.

14 Vigo, R. L. (2015), *op. cit.*, p. 105.

15 *Ídem*, p. 105.

En consecuencia, la decisión mayoritaria de la Corte Suprema al enrolarse en el iuspositivismo para abordar el caso en cuestión, violó valores jurídicos sagrados para todo Estado de derecho constitucional, como son el principio lógico de coherencia o no contradicción y el de justicia.

Recordemos que Lorenzetti en su fundamentación alude a la seguridad jurídica para rechazar la imprescriptibilidad de las acciones por daños derivados de delitos contra la humanidad, por lo que surge oportuno y necesaria la reflexión del iusfilósofo Portela, que nos dice que

[e]l Derecho tiende tanto *a la justicia como a la seguridad*. No toda seguridad merece protección; debe tratarse de una *seguridad justa*, o bien –dicho en otras palabras– de la seguridad del adquirente que ha actuado con buena fe, adecuando su conducta a los dictados de la ley y la justicia. Esa buena fe es el verdadero título para pretender la protección de la ley, y es el último fundamento de esa protección.¹⁶

Obviamente que durante los hechos denunciados por la Sra. Ingegnieros no existía la buena fe por parte del Estado ni por parte de los agentes estatales y/o privados y/o civiles vinculados a los terribles ilícitos referidos. Además, “la idea del instituto de la prescripción es sustentada por, entre otros valores, la seguridad jurídica y la estabilidad de los negocios. Empero, cuando de violaciones de Derechos Humanos se trata, estas dos consideraciones son peligrosas”.¹⁷

Al respecto,

La idea de que la seguridad jurídica puede preservarse mediante la conservación de actos de lesa humanidad parece desatender que nuestra forma de convivencia se asienta en que la certeza de las relaciones y la seguridad jurídica se garantizan mediante el respeto de los derechos humanos, con lo cual disociarlos no parece conteste con una firme convicción en pos del Estado de Derecho.¹⁸

Por lo tanto,

no puede predicarse la seguridad jurídica cuando ésta sustenta resultados injustos y contrarios a los mayores derechos de las personas. La prescripción civil es utilizada cuando la relación se sustenta en la igualdad contractual de las partes (como la celebración de un contrato de compraventa o la locación de un inmueble), y no, como en estos casos, cuando estamos frente a casos de terrorismo de Estado.¹⁹

¹⁶ *Ídem*, p. 108.

¹⁷ Afarian, J. R. (2016). Imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias conexas a crímenes de lesa humanidad. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 1(3), 58.

¹⁸ *Ídem*, p. 58.

¹⁹ *Ídem*, p. 59.

Entonces, se puede afirmar que el voto de la mayoría cortesana además viola —al decir de Portela— la “seguridad jurídica justa”, por cuanto no tuvo en mira el respeto por uno de los valores jurídicos fundamentales como son los derechos humanos o derechos fundamentales al negar la reparación integral de daños derivados de delitos atroces como los de lesa humanidad.

IV.- Conclusión

En primer lugar, constatamos la importancia que tiene la filosofía del derecho a la hora de resolver un caso concreto, por cuanto la misma permite salir de la prisión del formalismo absurdo en que nos puede tener atrapados los predicadores del positivismo jurídico kelseniano.

En segundo lugar, comprendimos la centralidad y relevancia que tienen los principios o valores jurídicos referidos a las fuentes del derecho, a la hora de pretender abordar un conflicto judicial, es decir, sirven de brújula para los operadores del derecho.

En tercer lugar, pudimos comprobar la actualidad que tiene la polémica entre las visiones iusfilosóficas en nuestra jurisprudencia.

En cuarto lugar, logramos mostrar que la mayoría cortesana incurrió en “la insularidad del derecho”, al decir de Nino.

En quinto lugar, el voto de la mayoría, al denegar la imprescriptibilidad de la acción laboral de reparación, ha incurrido en la negación del derecho, por cuanto esa injusticia es de una “medida insoportable”, al decir de Alexy recordando a Radbruch.²⁰

Finalmente, observamos que enrolarse en una visión del derecho o posición iusfilosófica para resolver un caso concreto trae claras consecuencias en la realidad, por cuanto no es neutro tomar una perspectiva iusfilosófica, ya que las consecuencias directas las soportan las partes del proceso y ello implica tener responsabilidad profesional, es decir ética judicial, a fin de no perjudicar a las partes (víctimas) en un proceso desconociendo la verdad de las cosas (esencia o naturaleza).

En conclusión, el voto mayoritario de la Corte Suprema en la causa “Ingenieros”, al integrar las filas del dogmatismo del iuspositivismo (visión del derecho como norma), trajo como respuesta la injusticia y la impunidad para las víctimas de graves violaciones masivas de derechos humanos (el mal absoluto), por cuanto con su resolución han privado a la Sra. Ingenieros de poder ser debidamente reparada en sus daños y perjuicios sufridos como consecuencia del accionar del terrorismo de Estado, ya que *los jueces cortesanos del voto mayoritario tuvieron el carácter de un ente que miró con pasividad e indiferencia el triunfo de la malicia en base a articulaciones leguyescas sustentadas en un cerrado formalismo que denunciarnos como paleopositivismo o iuspositivismo puro.*

20 Vigo, R. (2019). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 251.

Libertad de expresión. Derecho al honor. Censura indirecta

CSJN, “De Sanctis, Guillermo Horacio c/ López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios”, 17 de octubre de 2019, y “Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ daños y perjuicios”, 29 de octubre de 2019

Por Juan Leoni¹

*Todos los ciudadanos deben ser jueces en todos,
o por lo menos en casi todos los asuntos,
en los más interesantes y más graves,
como las cuentas del Estado y los negocios puramente políticos;
y también en los convenios particulares.*
Aristóteles²

Introducción

El presente trabajo se realiza en virtud de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (desde ahora, CSJN, la Corte o el Máximo Tribunal) en los autos caratulados “De Sanctis, Guillermo Horacio c/ López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios” y “Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ daños y perjuicios”.

¹ Abogado. Especialista en Administración de Justicia (UBA). Docente en el Instituto Universitario Nacional de Derechos Humanos “Madres de Plaza de Mayo”. Docente de Posgrado de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Se desempeña en la Defensoría en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 5 de CABA.

² Aristóteles (2015). *La Política*. 2, Libro Séptimo, Capítulo 1. FV Éditions.

Lo particular de los fallos a abordar es que, con tan solo doce días de diferencia entre el dictado de uno y otro, el Máximo Tribunal de nuestro país arribó a soluciones diferentes, pese a que las cuestiones debatidas presentaban circunstancias fácticas muy similares.

En ambos casos se encuentran en pugna el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. En el primero de los fallos, la CSJN resolvió que el derecho al honor se imponía sobre el derecho a la libertad de expresión y, en el segundo, dispuso lo opuesto, que el derecho a la libertad de expresión prevalecía sobre el derecho al honor. En ambos quien se siente agraviado es un funcionario público y las dos sentencias fueron dictadas con mayorías ajustadas de tres contra dos, donde, como desarrollaré más adelante, solo uno de los ministros de la Corte cambió su postura.

A lo largo de este artículo se analizará el marco jurídico que envuelve a cada uno de estos derechos, para luego reflexionar sobre el posible impacto que puede generar la pugna entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, principalmente en aquellas circunstancias donde quien se ve afectado en su honor es un funcionario público.

Marco normativo

El derecho al honor integra el bloque de los derechos personalísimos. Se relaciona íntimamente con la intimidad personal, familiar y con la propia imagen. Podría decirse que posee dos aristas: una interna, relacionada con la apreciación que cada persona tiene de sí misma, y una externa, que refiere al concepto que los demás tienen sobre la dignidad de esa persona.

A su vez, el derecho a la libertad de expresión se relaciona con los llamados derechos de participación. También posee dos aristas: una interna, que implica el derecho a manifestar y divulgar libremente las ideas, pensamientos y opiniones por cualquier medio de reproducción, y otra externa, relacionada con el derecho de las demás personas a recibir esas opiniones, pensamientos y/o ideas. Es considerado un derecho fundamental para *consolidación y dinámica de una sociedad democrática*.

Los derechos ponderados en los fallos bajo análisis se encuentran consagrados en nuestra Constitución Nacional (desde ahora, CN o Carta Magna) como así también en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, reconocidos en el artículo 75, inciso 22 de la CN.

De esta manera, el derecho al honor se encuentra contemplado en el artículo 33 de nuestra Carta Magna, en los artículos 11 y 13.2.a del Pacto de San José de Costa Rica, en los artículos 17 y 19.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 5 y 29 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

A su vez, el derecho a la libertad de expresión se encuentra garantizado en los artículos 14 y 32 de nuestra CN, en los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los artículos 19 y 29 de la

Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Dentro del marco jurídico reseñado, entiendo importante señalar como guía lo establecido en los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto consagran el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión: su alcance y sus posibles limitaciones.

El artículo 11 enuncia la protección contra las injerencias arbitrarias o abusivas sobre la vida privada, la vida familiar, domicilio o correspondencia y contra los ataques ilegales a la honra o reputación.

Por su lado, el artículo 13 reconoce a todas las personas la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Aclara que el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, previstas por la ley.

En línea con lo establecido en las normas citadas, la CSJN ha dicho en los casos bajo comentario que la libertad de expresión goza de un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales y así lo ha sostenido en diversos fallos.³ Sin embargo, también sostuvo que esa preponderancia que en principio tiene este derecho, no lo convierte en absoluto. La libertad de expresión encuentra sus límites cuando su ejercicio puede afectar otros derechos, como puede ser el honor o ante la necesidad de satisfacer objetivos comunes constitucionalmente consagrados.

Por lo tanto, ante la falta de una norma específica que fije expresamente y con mayor precisión las responsabilidades que pudieran derivar del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, la Corte utiliza distintos grados de recepción y acude a la ponderación constitucional como una herramienta válida que le permita dar solución a la colisión de derechos que, como en los casos bajo comentario, se producen entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión.

Síntesis del fallo “De Sanctis”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en mayoría conformada por los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, confirmó la sentencia que había hecho lugar al reclamo por daños y perjuicios promovido por Guillermo Horacio De Santis (en su momento, ministro provincial y, al momento en que se dictó el fallo bajo análisis, magistrado de la Corte de Justicia de la Provincia de San Juan) y condenó a Ana María López de Herrera (por entonces, secretaria general de la Unión de Docentes Agremiados Provinciales, UDAP) a resarcir el daño moral que le habría causado al actor por las declaraciones realizadas en diversos medios de comunicación.

Según se desprende de los hechos del caso, ante la posibilidad de que De Sanctis ocupara el cargo de ministro, López de Herrera realizó declaraciones sobre el futuro funcionario. La demandada criticó su des-

³ Ver considerando 7, del voto de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco en “Martínez de Sucre”.

empeño cuando era jefe del bloque de diputados provinciales del Partido Justicialista por considerar que había colaborado en la quita de derechos a los docentes. Expresó que era “una persona que nos ofendió y que nos agravió y nos maltrató y para nosotros no reúne esta condición de autoridad ética y moral para que honre este Ministerio”. También se refirió a la circulación de un mail que lo vinculaba al consumo de estupefacientes y a la existencia de un episodio de violencia con su ex mujer. Utilizó expresiones que lo calificaban de “nefasto” y de ser un representante máximo de la violencia en diversos ámbitos.

El Tribunal destacó el lugar preeminente que la libertad de expresión ocupa en un régimen republicano y, a su vez, la importancia de preservar el derecho al honor, inherente a todo ser humano. En el análisis que realizó la mayoría de la CSJN sobre las declaraciones efectuadas por López de Herrera, distinguió entre las expresiones que se vinculaban con la actuación de De Sanctis como funcionario público de aquellas que hacían referencia los aspectos de la vida privada.

Con relación a las primeras, la Corte consideró que se trataba de opiniones negativas que no superaban el nivel de tolerancia que es dable esperar de quien desempeña un cargo gubernamental cuando se lo cuestiona en su esfera de actuación pública. Por lo que entendió que no implicaban un exceso o abuso en el ejercicio de la libertad de expresión.

Distinto fue el entendimiento realizado sobre lo que podría denominarse el segundo tipo de declaraciones: aquellas efectuadas sobre cuestiones de la vida privada. Aquí, la Corte sostuvo que las declaraciones formuladas por López de Herrera habían excedido el marco de protección constitucional del derecho a la libertad de expresión, puntualmente el derecho a la crítica y, por lo tanto, debía salvaguardarse el derecho al honor de De Sanctis.

El voto de la minoría, integrada por Rosenkrantz y Highton de Nolasco, sostuvo que los dichos de López de Herrera habían sido formulados dentro del marco de un debate público que se daba en torno a la designación de De Sanctis como ministro de Educación de la provincia de San Juan y a la reacción del gremio entonces conducido por la demandada frente a esa designación. También indicaron que, dichas manifestaciones debían ser interpretadas en ese contexto y no de manera aislada y que la resolución apelada distorsionaba los dichos de la demandada, por no interpretarlos dentro del marco correspondiente. De esta manera, consideraron que los dichos no excedían el marco constitucional que, a los efectos de promover un debate público robusto, protege la expresión de opiniones en materia de interés público.

Síntesis del fallo “Martínez de Sucre”

En este caso, donde los hechos son muy similares al anterior, la Corte, en una mayoría compuesta por Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Rosatti, dispuso revocar la sentencia dictada por el Superior Tribunal de la Provincia que había confirmado la procedencia de la demanda por daños y perjuicios promovida por Virgilio Martínez de Sucre (fiscal de Estado de la Provincia) en contra de José Carlos Martínez (en su carácter de director del Instituto Provincial Autárquico Unificado de la Seguridad Social, IPAUSS).

En aquel entonces, Martínez de Sucre interpuso una acción judicial por entender que los dichos de la demandada lesionaban su honor y reputación. El fundamento del daño reclamado tenía su origen en el pedido de juicio político y en diversas manifestaciones que José Martínez había realizado en diferentes medios de comunicación. El demandado había expresado distintas críticas al desempeño público del fiscal con motivo del dictamen que suscribió mediante el cual habilitó el traspaso al Fondo Residual de Tierra del Fuego de la deuda que tenía el ex Banco Provincia de Tierra del Fuego con el Instituto Provincial Autárquico Unificado de la Seguridad Social. A raíz de ello, indicó que impulsaría un juicio político en su contra por mal desempeño de funcionario público. Principalmente, manifestó que el por entonces fiscal conocía irregularidades e ilegalidades que no investigó y a las cuales prestó “anuencia”, que era un defensor del gobierno de turno, que habría estafado a los trabajadores y que era cómplice de los grandes intereses corporativos e intereses políticos y económicos que vaciaron la provincia.

Cabe destacar que, en sede provincial, se había hecho lugar a la demanda por daños y perjuicios en todas las instancias. Se había rechazado el pedido de daños reclamado como consecuencia del pedido de juicio político por su desempeño como funcionario público, pero se había hecho lugar respecto de las lesiones ocasionadas por las declaraciones formuladas en los medios de comunicación sobre lo que se entendió como manifestaciones que versaban sobre la vida privada del actor. En base a ello, se había condenado a José Martínez al pago de \$20.000 más intereses y costas.

En esta ocasión, el Máximo Tribunal consideró que las expresiones del demandado no excedieron el marco constitucional que, a los efectos de promocionar un debate público robusto, protege la libre expresión de opiniones en materia de interés público. En consecuencia, la mayoría se pronunció a favor de revocar el fallo y rechazar la demanda. En líneas generales, el Máximo Tribunal, sostuvo que

cuando las manifestaciones críticas, opiniones y/o juicios de valor se refieran al desempeño y/o conducta de un funcionario o figura pública en el marco de su actividad pública y se inserten en una cuestión de relevancia o interés público, en tanto no contengan epítetos denigrantes, insultos o locuciones injuriantes, o vejatorias y guarden relación con el sentido crítico del discurso deben ser tolerados por quienes voluntariamente se someten a un escrutinio riguroso sobre su comportamiento y actuación pública por parte de la sociedad y gozan de tutela constitucional.⁴

Análisis de las sentencias

I.- Como se desprende de la síntesis realizada, los casos presentados ostentan notorias semejanzas. En ambos fallos, la CSJN debió realizar una ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. En los dos, quien había promovido la demanda por daños y perjuicios era un funcionario público que se sentía agraviado en su honor y reputación como consecuencia de diversas manifestaciones realizadas por la parte demandada en diferentes medios de comunicación.

⁴ Ver considerando 13, del voto de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco en “Martínez de Sucre”.

Cabe decir que la disputa planteada en las dos causas se resolvió siempre por una mayoría ajustada de tres contra dos.

Si bien no es el objeto de este comentario analizar cómo elaboró su voto cada uno de los ministros de la Corte,⁵ considero relevante destacar ciertos puntos del voto del Dr. Rosatti por ser quien en las dos causas permitió la conformación de las diferentes mayorías.

En la causa “De Sanctis” entendió que había existido una vulneración al derecho al honor de la parte actora. Allí indicó que

la libertad de expresión manifestada como juicio crítico o de valor o como opinión goza de protección constitucional prevalente frente al derecho al honor y a la reputación personal en la medida que: i) se inserte en una cuestión de relevancia o interés público; ii) se refiera al desempeño público o a la conducta de un funcionario o figura pública en relación a su actividad pública; iii) se utilicen frases, términos, voces o locuciones que guarden relación con la cuestión principal sobre la que se emite la expresión; y no excedan el nivel de tolerancia que es dable exigir a quienes voluntariamente se someten a un escrutinio riguroso sobre su comportamiento y actuación pública por parte de la sociedad; iv) cuente, en su caso, con una base fáctica suficiente que permita dar sustento a la opinión o juicio crítico o de valor al que se halle estrechamente vinculada; y, v) contribuya –o resulte necesaria– para la formación de una opinión pública libre, propia de una sociedad democrática.⁶

En virtud de dicho esquema, entendió que en el caso en cuestión “las expresiones sobre los aspectos de la vida privada y familiar del actor no se ajustan a las pautas mencionadas en el desarrollo precedente”.⁷ El magistrado señaló que dichas manifestaciones carecían de vinculación directa con el fundamento cardinal del cuestionamiento al candidato a ocupar el Ministerio de Educación. Además, indicó que se trataban de expresiones que

sólo encuentran respaldo en una interpretación parcial sobre hechos y/o acontecimientos cuya modalidad o efectiva ocurrencia no han quedado debidamente comprobados en el modo en que se presentan, o sobre los que no ha recaído una responsabilidad jurídica concreta, máxime cuando la demandada –por su condición de dirigente sindical– no podía desconocer la repercusión que sus dichos podrían suscitar en la consideración de los demás sobre la persona del actor.⁸

5 Para un análisis pormenorizado de la composición de los votos de los ministros de la Corte en cada uno de los fallos bajo análisis recomiendo el artículo “Derecho al honor, libertad de expresión y ponderación”, publicado en el blog “Underconstitucional”, AGD consultora. Recuperado de <http://underconstitucional.blogspot.com/2020/01/derecho-al-honor-libertad-de-expresion.html>

6 Ver considerando 13, del voto del Dr. Rosatti.

7 *Ibidem*.

8 *Ídem*, considerando 16.

Distinto fue su entendimiento en el caso “Martínez de Sucre”. Allí, luego de someter los dichos de la accionada al mismo “test”, se expresó en favor de la libertad de expresión. Consideró que las manifestaciones vertidas no hacían referencia al ámbito familiar o íntimo del funcionario, las cuales resultarían innecesarias para la formación de la opinión pública.

De esta manera, entendió que los dichos de la accionada, al referirse al desempeño del actor en su cargo como fiscal de Estado de Tierra del Fuego, no eran aptos para generar responsabilidad civil, toda vez que se trataba de manifestaciones que, aunque ríspidas, versaban sobre el rol del funcionario público en temas que comprometían la defensa del erario provincial.

Finalmente, concluyó que la sentencia que había atribuido responsabilidad al demandado por sus manifestaciones constituía una restricción indebida al ejercicio de la libertad de expresión, que desalentaba el debate público y podía propiciar “futuros actos de indeseada autocensura”.⁹

Es apropiado destacar que en los dos fallos la procuradora general de la Nación, Alejandra Gils Carbó, dictaminó a favor de la libertad de expresión. Citó los criterios de la Corte Suprema de Justicia y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre libertad de expresión y advirtió el “efecto inhibitor” que este tipo de sanciones podrían tener en el debate público sobre cuestiones de interés general.

II.- Es importante destacar que, en ambos fallos, la Corte resalta el lugar preeminente que ocupa el derecho a la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico. En la causa “De Sanctis”, específicamente manifestó que “esta Corte Suprema ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que la libertad de expresión ocupa en un régimen republicano”.¹⁰

A su vez, señaló que es “un derecho que goza de un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales” y que “en virtud de la íntima relación que existe entre la libertad de expresión y la democracia republicana, la protección que esta Corte ha reconocido a ese derecho es especialmente intensa en materias de interés público”.¹¹

Dichos pronunciamientos van en línea con lo entendido por la Corte IDH, que le otorga a la libertad de expresión un rol fundamental para la vigencia de una sociedad democrática, al considerar que se trata de un derecho

indispensable para la formación de la opinión pública [...]. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre.¹²

9 *Ídem*, considerando 12.

10 Ver considerando 13, del voto del Maqueda en “De Sanctis”.

11 Ver considerando 7, del voto de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco en “Martínez de Sucre”.

12 Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº 5, párr. 70.

A raíz de dicho entendimiento, la Corte IDH le otorga a la libertad de expresión dos dimensiones: una individual (el derecho que toda persona tiene a expresarse: emitir una idea, información u opinión) y otra colectiva (el derecho del resto de las personas de conocer esas ideas u opiniones, como así también de recibir la información).

Expresamente, ha dicho que

el artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...]”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. Esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.¹³

En consonancia con lo expresado, se destaca la protección especial que tiene el derecho a la libertad de expresión cuando se trata de funcionarios públicos. Así lo ha señalado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, al indicar que

el control democrático de la gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre su gestión, así como la participación ciudadana más amplia. Por ello, en el contexto democrático, las expresiones sobre funcionarios públicos o personas que ejercen funciones públicas, así como sobre los candidatos a ejercer cargos públicos, deben gozar de un margen de apertura particularmente reforzado. En este sentido, los funcionarios públicos y quienes aspiran a serlo, en una sociedad democrática, tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y porque tienen una enorme capacidad de convertir la información a través de su convocatoria pública.¹⁴

En el *Caso Kimel vs. Argentina*, la Corte IDH determinó que se había producido una violación del artículo 13 de la Convención y afirmó que “el control democrático a través de la opinión pública fomen-

¹³ *Ídem*, párr. 30.

¹⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2010.

ta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública”, motivo por el cual los funcionarios deben exhibir una “mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático”, [dado que] “tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público”.¹⁵

Asimismo, sostuvo que “En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población”.¹⁶

En el mismo sentido se ha expresado nuestro Máximo Tribunal, cuando al referirse al derecho a la crítica, contemplado dentro de la libertad de expresión, ha señalado que la Constitución Nacional protege tanto expresiones inofensivas o bien recibidas, como así también a aquellas que son formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, dureza o causticidad, o que apelan a expresiones irritantes, ásperas u hostiles, indudablemente molestas para los funcionarios.¹⁷ Asimismo, ha dicho que, particularmente cuando se trata de funcionarios públicos, el criterio de ponderación a los juicios de valor respecto de la reputación y el honor “deberá estar dado por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que en forma manifiesta carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan”.¹⁸

III.- Al inicio del presente comentario hice alusión al artículo 13 de la Convención Americana que prohíbe la censura previa con relación al derecho a la libertad de expresión. Establece que el ejercicio de este derecho está sujeto a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley. Al mismo tiempo que en su inciso 3 destaca que tampoco se puede coartar la libertad de expresión por medio de vías indirectas

como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

De lo estipulado en la norma, dos cuestiones surgen con claridad: la primera, que el derecho a la libertad de expresión solo puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores, expresamente previstas por la ley. La segunda, la prohibición de censurar por medios indirectos.

15 Corte IDH, *Caso Kímel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C Nº 177, párr. 87.

16 *Ídem*, párr. 88.

17 Ver considerando 12, voto de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco en “Martínez de Sucre”.

18 Ver considerando 14, voto de Maqueda en “De Sanctis”.

Respecto a la primera de las cuestiones —quizás aquí se encuentre el porqué de las dos soluciones distintas de la CSJN ante casos que presentaban hechos análogos—, es evidente la falta de una norma que sea concordante con lo estipulado en el artículo 13 de la Convención y que permita determinar de manera precisa cuáles son las causales que otorgan responsabilidad civil por el ejercicio de la libertad de expresión. Si bien la norma indica que toda limitación a este derecho debe haber sido estipulada en forma previa, expresa, taxativa y clara en una ley, en el sentido formal y material, lo cierto es que, en materia civil, la Corte IDH ha admitido normas redactadas con un mayor nivel de amplitud y ha sido más laxa en su examen de convencionalidad a la luz del principio de legalidad.¹⁹

En relación con la segunda de las cuestiones, como se desprende de la propia Convención, las limitaciones a la libertad de expresión no pueden llevarse a cabo por medios indirectos como los que enumera esta norma, ya sea tanto por parte de las autoridades estatales como por otras causas. También resulta de la propia Convención que el listado que contiene el artículo 13.3 no es taxativo, toda vez que hace referencia a “cualesquiera otros medios”. Esto quiere decir que pueden existir múltiples modalidades de restricciones indirectas.

Como explica Saba, hoy en día difícilmente encontremos casos de censura abierta y directa que, por medio de una prohibición expresa, busquen silenciar el debate público. Sin embargo, “nuevas formas de silenciamiento producidas por el Estado se han abierto paso, a las que podemos identificar como mecanismos de censura por vía indirecta”.²⁰ Un claro ejemplo, puede ser la compra en medios de comunicación de publicidad oficial como premio o castigo.

Situación similar ocurre con las sentencias que otorgan responsabilidad civil por daños y perjuicios. Como señaló el Dr. Rosatti,²¹ una restricción indebida al ejercicio de este derecho por intermedio de una sanción civil puede resultar en futuros casos de autocensura. De esta manera, la determinación de una responsabilidad civil posterior puede convertirse en un mecanismo indirecto de censura previa, toda vez que podría actuar como inhibidor de futuras manifestaciones tanto para quien ha recibido la sanción, como para aquellos que en el futuro quieran expresarse y temen ser susceptibles de recibir una sanción.

En consonancia con este aspecto, la Corte IDH en el “Caso Fontevecchia y D’Amico”, ha afirmado que

es oportuno reiterar que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibidor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público.²²

19 Corte IDH, *Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C Nº 238, párrs. 89 y 90.

20 Saba, R. (2014). *Censura indirecta y responsabilidad civil: El “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”*. En S. Rey (coord.), *Los derechos humanos en el derecho internacional*. Buenos Aires: Infojus.

21 Ver considerando 12, voto del Dr. Rosatti en “Martínez de Sucre”.

22 Corte IDH, *Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina*, cit., párr. 74.

En base a ello, advierte Saba que

son muchos los ejemplos que han surgido en los últimos tiempos, probablemente como consecuencia de la imposibilidad o de la mayor dificultad para aplicar sanciones penales por motivos normativos o políticos, en los que los regímenes de responsabilidad civil han sido utilizados como instrumento para silenciar voces críticas del gobierno o de sus aliados, o que resultaran molestas a aquellos que detentan el poder político.²³

Conclusión

A la luz del análisis realizado, entiendo que el hecho de que la CSJN haya fallado de manera discordante en casos que presentaban hechos análogos podría deducirse, principalmente, en la falta de legislación acorde con la robusta protección que hoy en día goza el derecho a la libertad de expresión. Es decir, una norma que regule de manera concreta la responsabilidad civil en pos de evitar que este derecho sea avasallado por el establecimiento de responsabilidades ulteriores.

Asimismo, en atención al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática, considero que es pertinente advertir con suma rapidez la amenaza que significa la posible utilización de la eventual responsabilidad civil como mecanismo de censura indirecta.

Por lo dicho, entiendo que lo resuelto por la Corte en “De Sanctis” podría tener un efecto inhibitor del debate público y, por lo tanto, transformarse en un mecanismo de censura indirecta. En mi opinión, las expresiones vertidas por López de Herrera debieron ser consideradas como de interés público, porque su objetivo era advertir sobre la persona que iba a ocupar el cargo de ministro de Educación. Como ha dicho la Corte IDH, los funcionarios públicos también se encuentran sujetos a examen social cuando se trata de cuestiones que, inicialmente, podrían relacionarse a su vida privada, pero que revelan asuntos de interés público.²⁴

En mi opinión, la función primordial que el derecho a la libertad de expresión tiene dentro de una sociedad democrática obliga a tener una mayor tolerancia sobre las críticas realizadas a un funcionario público, toda vez que le permiten a la sociedad formar una opinión más acabada sobre la persona que ocupa u ocupará un cargo público.

²³ Saba, R. (2014), *op. cit.*

²⁴ Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*, cit., párr. 60.

Violencia de género en el ámbito penal

CSJN, “RCE s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV”, 29 de octubre de 2019

Por Sabrina Cartabia¹

I. Introducción

En el caso que se comenta la CSJN dejó sin efecto una sentencia que condenaba a una mujer por lesiones graves a su ex pareja, pues no se había considerado el contexto de violencia por razones de género que rodeaba al hecho, eludiendo que ella se había defendido de un ataque. Esta elusión fue posible por la aplicación de estereotipos de género (mujer mendaz y mala víctima que operaron en la valoración de la prueba y en el razonamiento judicial).

Los hechos se desencadenaron a partir de que ella no había saludado a su conviviente, quien reaccionó pegándole un empujón y piñas en el estómago y en la cabeza. En ese contexto, ella tomó un cuchillo y se lo clavó en el abdomen. Inmediatamente se dirigió a la policía y desde el primer momento sostuvo que no quería lastimarlo pero que fue la única manera de defenderse que encontró.

En la causa existían múltiples elementos probatorios que corroboraban el testimonio de RCE. Sin embargo, el Tribunal en lo Criminal N° 6 de San Isidro descreyó de la versión de la imputada y no valoró la prueba en forma adecuada. Por esta razón, RCE fue condenada a dos años de prisión en suspenso por el delito de lesiones graves. La decisión luego fue confirmada por la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la PBA. Entonces, la defensa interpuso recursos de inaplicabilidad de la ley y de nulidad por entender que la resolución resultaba arbitraria y carecía de fundamentación.

¹ Abogada (UBA). Feminista.

La Suprema Corte de Justicia de la provincia desestimó las presentaciones. En relación con el recurso de inaplicabilidad, consideró que no cumplía con los requisitos establecidos por el Código Procesal Penal provincial y que la arbitrariedad alegada no había sido planteada de forma adecuada.

Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso extraordinario federal. La CSJN decidió el caso con base en la doctrina de la arbitrariedad, pues si bien los aspectos de hecho, prueba y derecho común son ajenos a la instancia extraordinaria, las sentencias deben ser fundadas y constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa (*Fallos* 331:1090). A su vez “las causales de arbitrariedad alegada se relacionan en forma inescindible con la cuestión federal, porque la aplicación de estereotipos de género afecta a la interpretación y aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (art. 14, inc. 3°, de la Ley N° 48 y *Fallos* 336:392) y del artículo 16, inciso i) y de la Ley N° 26485”.²

II. Perspectiva de género y su importancia para combatir los estereotipos

La perspectiva de género es una categoría de análisis, un mandato de derechos humanos (reconocido por vía legal, convencional, supra legal y jurisprudencia de la CSJN³ y de organismos y tribunales internacionales) y una garantía contra la arbitrariedad que generan (durante la investigación, proceso y sentencia) los estereotipos de género.

En el ámbito del acceso a la justicia nos permite evaluar en qué medida las prácticas e instituciones del derecho habilitan el uso de razonamientos discriminatorios que están arraigados en la sociedad y en las instituciones. El deber estatal de los funcionarios públicos es justamente cumplir con esos compromisos para erradicar prácticas discriminatorias judiciales que pueden derivar en responsabilidad internacional del Estado.

La discriminación que señalamos se configura de tres maneras:

a) Como *estereotipos latentes en la sociedad*, que se dan en forma explícita o implícita (por ejemplo, en el curso que toma una investigación, cuando se decide no investigar una hipótesis, en la forma en la que se recolecta la prueba, qué prueba se decide no recolectar, cómo se valora esa prueba o cuando se descarta un elemento probatorio sin fundar la decisión). Esto es señalado en la Recomendación General 33 del Comité CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia:

Los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres. Pueden impedir el acceso a la justicia en

² CSJN, “R, C E”.

³ CSJN, Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple, 01/11/2011. Estableció que, en un contexto de violencia de género, al apreciar los presupuestos de la legítima defensa, los jueces deben seguir el principio de amplitud probatoria consagrado en los artículos 16 y 31 de la Ley N° 26485.

todas las esferas de la ley y pueden afectar particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia. Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos.⁴

A su vez debemos tener en cuenta que los estereotipos pueden manifestarse en cualquier etapa del proceso pues,

los jueces, magistrados y árbitros no son los únicos agentes del sistema de justicia que aplican, refuerzan y perpetúan los estereotipos. Los fiscales, los encargados de hacer cumplir la ley y otros agentes suelen permitir que los estereotipos influyan en las investigaciones y los juicios, especialmente en casos de violencia basados en el género, y dejar que los estereotipos socaven las denuncias de las víctimas y los supervivientes y, al mismo tiempo, apoyan las defensas presentadas por el supuesto perpetrador. Por consiguiente, *los estereotipos están presentes en todas las fases de la investigación y del juicio, y por último influyen en la sentencia.*⁵

Por esta razón, el entrenamiento y la capacitación es central para poder detectar los estereotipos y no replicarlos. Actuar de otra manera genera responsabilidad internacional para el Estado.

b) Como *estereotipos intrínsecos al derecho*: las teorías críticas han señalado que el derecho pretende ser objetivo y neutral. Sin embargo, fue creado por varones desde su vida y experiencias. En este sentido, la CIDH ha subrayado que

deben examinarse las leyes y las políticas para asegurar que cumplan con los principios de igualdad y no discriminación; un análisis que debe evaluar su posible efecto discriminatorio, aun cuando su formulación o redacción parezca neutral o se apliquen sin distinciones textuales.⁶

c) Por la manera en la que *los estereotipos moldean la interpretación y aplicación del derecho*, que genera resultados discriminatorios; esto genera la necesidad de trabajar para que la implementación e interpretación del derecho no sea discriminatoria, porque existe una

estrecha vinculación entre la discriminación contra la mujer, la violencia contra la mujer, y las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La aplicación cabal de la CEDAW exige que los Estados Partes adopten medidas positivas para eliminar todos los aspectos de la violencia contra la mujer.⁷

4 CEDAW/C/GC/33, párr. 26.

5 CEDAW/C/GC/33, párr. 27.

6 CIDH, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser. L/V/II. doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 90.

7 Recomendación General Nº 19 de la CEDAW: La violencia contra la mujer (11º periodo de sesiones, 1992), párr. 4.

La obligación que tienen los Estados de investigar seriamente -con todos los medios que tengan a su alcance- las violaciones a derechos que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción recibe el nombre de *debida diligencia*. Su objetivo es identificar a los responsables, sancionarlos y reparar a las personas afectadas. En relación con los derechos de las mujeres y a la violencia por razones de género, esta obligación se ve reforzada por la Convención Belem do Pará. Esto ha sido receptado en la jurisprudencia nacional por la Cámara Federal de Casación Penal en el caso Martínez Hassan, donde se estableció que la situación de violencia de género cuando es invocada durante un proceso genera la obligación del Estado de actuar con debida diligencia para investigar, por lo que fiscales, defensores/as, jueces y juezas tiene la obligación de tener la idoneidad para identificar durante el proceso los elementos de alerta que puedan dar cuenta de la posible existencia de violencia por razones de género y tomar las medidas de investigación que fueran necesarias. Para llevar esta acción adelante deben guiar su accionar en forma libre de estereotipos. En el siguiente apartado desarrollaremos algunas precisiones sobre estos.

III. Estereotipos de género

Los estereotipos de género fueron definidos por la Corte IDH en el *Caso Campo Algodonero vs. México* como

una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales.⁸

En el *Caso Hernández Gutiérrez vs. Guatemala* la Corte IDH señaló que los estereotipos direccionan las investigaciones:

las referidas omisiones investigativas relacionadas con la falta de seguimiento de líneas lógicas de investigación, fueron una consecuencia directa de una práctica común de las autoridades encargadas de la investigación, orientadas hacia una valoración estereotipada de la víctima, lo que aunado a la ausencia de controles administrativos y/o jurisdiccionales que posibilitaran la verificación de las investigaciones

⁸ Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401 y *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 180.

en este tipo de casos, así como la rectificación de las irregularidades presentadas, afectó la objetividad de dichas autoridades, denegándose, además, el derecho al acceso a la justicia.⁹

La aplicación de estereotipos es completamente contraria a la realización de investigaciones eficaces, pues una serie de faltas de debida diligencia en las primeras etapas de la investigación perjudican todo el resultado al no aplicarse criterios de objetividad, imparcialidad y exhaustividad. La Corte IDH ha dicho al respecto que

la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos [...] lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales.¹⁰

IV. Análisis del fallo de la CSJN

En el caso que aquí analizamos, RCE relata situaciones de violencia por razones de género que se dieron antes y durante el desarrollo de los hechos investigados. Lo que narra se presenta como verosímil y es comprobable a través de testimonios y del informe de la médica legista incorporado al expediente.¹¹

Sin ninguna justificación por parte del tribunal, se establece como verdad procesal que RCE ha mentido. Cuando el razonamiento judicial parte de estereotipos de género se producen investigaciones deficientes en las que no se concretan todas las medidas de prueba que son necesarias para alcanzar la verdad. Por esta razón, el uso de estereotipos torna a los procesos en arbitrarios.

En este sentido la Corte IDH ha establecido que

⁹ Corte IDH, *Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339, párr. 177.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 209.

¹¹ En este sentido el fiscal ante el tribunal de casación señaló que: "la médica legista que examinó a R. dejó constancia de hematomas con dolor espontáneo y a la palpación en abdomen y miembros inferiores (piernas), y que refirió dolor en el rostro, sin observar lesiones agudas externas. [...] el tribunal valoró en forma absurda el informe, para restarle entidad a la agresión de S e inferir la mendacidad de la nombrada en tanto refirió golpes en la cabeza que no fueron corroborados. [...] la violencia de género, incluso la física, no siempre deja marcas visibles, aunque en el caso se constataron lesiones y R manifestó dolor en todas las zonas donde dijo que recibió golpes. [...] el tribunal fue arbitrario porque, aunque tuvo por probado que fue golpeada por S y descalificó el testimonio del nombrado por exagerado y mendaz, negó que constituyera violencia de género, en contradicción con lo dispuesto por la Convención Belem do Pará y la ley 26.485".

los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima.¹²

El Tribunal agregó que

cuando se utilizan estereotipos en las investigaciones de violencia contra la mujer se afecta el derecho a una vida libre de violencia, más aún en los casos en que estos estereotipos por parte de los operadores jurídicos impiden el desarrollo de investigaciones apropiadas, denegándose, además, el derecho al acceso a la justicia de las mujeres. A su vez, cuando el Estado no desarrolla acciones concretas para erradicarlos, los refuerza e institucionaliza, lo cual genera y reproduce violencia contra la mujer.¹³

En el caso analizado encontramos que se ha aplicado el *estereotipo de la mujer mendaz*,¹⁴ es decir, de la mujer que miente en el proceso. El tribunal toma por cierto y probado que RCE ha mentido, en primer lugar, porque su ex pareja presenta una versión completamente diferente de los hechos. En este sentido, la CSJN establece cuáles son las pautas a seguir en presencia de versiones opuestas sobre los hechos en casos donde se alegue legítima defensa en contexto de violencia por razones de género. Les recuerda a los tribunales que no pueden descartar con certeza la causa de justificación y que el principio *in dubio pro reo* y la prohibición *non liquet* obligan a inclinarse por la alternativa fáctica que favorezca más a la imputada. En el caso RCE nada de esto fue tomado en cuenta por la prevalencia de los estereotipos de género. A su vez, el tribunal sostuvo que “la falta de concordancia entre la entidad de la golpiza y las lesiones corroboradas restaban credibilidad a los dichos de R ya que dijo que sufrió ‘piñas en la cabeza’ pero no refirió dolor ni se constataron hematomas en el rostro”. Esta afirmación elude que la médica legista constató la existencia de golpes y que esta no fue la primera golpiza que sufrió RCE en manos de su ex pareja, pero en esta oportunidad ella decidió defenderse. En su declaración ella señala “nunca antes me defendí, porque le tenía miedo. Esta vez me defendí porque pensé que me iba a matar, porque me pegaba y me pegaba”. A su vez, RCE ya lo había denunciado y existían otros elementos de comprobación externa (testimonios) que corroboraban los dichos de la imputada y que no fueron valorados.

En este punto, es importante señalar que el estereotipo de la mujer mendaz también fue aplicado contra las testigos, pues se relativizó la declaración de la testigo M por “ser otra mujer que dice ser golpeada”. La CSJN estableció que “la condición de víctima de violencia tampoco *per se* mengua el

12 Corte IDH, *Caso Gutiérrez Hernández y Otros Vs. Guatemala*, cit. párr. 173.

13 *Ibíd.*

14 Este estereotipo es un resabio que proviene del propio derecho. Debemos recordar que las mujeres por norma no podíamos ser testigos en juicio porque se consideraba que las teníamos una propensión a la mentira. La prohibición provenía del derecho romano, fue impuesta por las leyes españolas en los tiempos de la colonia y luego adoptada por los códigos modernos de los Estados-nación latinoamericanos. Esa norma se eliminó, pero el prejuicio que generó sigue operando en la justicia.

valor del testimonio”. A su vez, otras declaraciones fueron descartadas por falta de precisión sobre la fecha de los hechos (aunque señalaron que fueron durante 2010 y 2011). En este sentido, la Corte IDH ha dicho en varios casos –*Rosendo Cantú Vs México*, *Fernández Ortega vs México* y *J. vs Perú*– que

no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, *a priori*, inconsistencias en el relato. Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos [...] se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos [...] No es la primera vez que un tribunal internacional de derechos humanos debe observar eventuales divergencias en los relatos de personas que se refieren a violaciones sexuales de las cuales habrían sido víctimas. No obstante, de la lectura de las declaraciones mencionadas, el Tribunal considera que las diferencias en su relato no resultan sustanciales.¹⁵

Por lo tanto, no es correcto realizar un análisis minucioso de lo relatado para afirmar que cualquier imprecisión u olvido convierten el testimonio en falso. En todo caso, hay que analizar el contexto en el que se brindan esas declaraciones, teniendo en cuenta el tiempo que pasó desde que sucedió el hecho, los nervios de la declaración, etc. Hay que realizar un análisis real de las circunstancias considerando la afectación subjetiva que provoca recordar y poner en palabras hechos traumáticos que afectan a la dignidad de quienes declaran. En este sentido, la CSJN afirma que “la falta de precisión relativa a las fechas no implica que los golpes no hayan existido”.

La forma en la cual son valorados los relatos que realizan las mujeres sobre las violencias que viven también puede presentar marcas del estereotipo de la mujer mendaz, cuando se emplean parámetros que nada tienen que ver con la realidad de las víctimas. De esta manera, se le da cuerpo al segundo estereotipo que aparece en la sentencia: *la mala víctima*.

El estereotipo de la mala víctima se centra en las expectativas arbitrarias que desarrollan los operadores del derecho respecto a cuál es el estándar de comportamiento adecuado que debe lograr una víctima de violencia por razones de género. En RCE esto se ve claramente cuando la Cámara de Casación declara improcedente la impugnación contra la condena por considerar que: “si bien no debía descartarse alguna situación de hostigamiento, no pudo afirmarse con certeza una agresión de S a R que le permitiera comportarse como lo hizo cuando *‘podría haber actuado de otra forma’*”. Esa afirmación sin sustento, donde no se explica cuál es la acción que debería haber llevado adelante y si, con el análisis circunstanciado de los hechos, RCE podría haberla realizado, nos remite a la aplicación de un estereotipo respecto a cómo se espera que se comporten las víctimas.

En este sentido, el Comité CEDAW ha establecido que

¹⁵ Si bien estos son casos sobre violencia sexual, el estándar que fijan es aplicable a los casos de violencia por razones de género en general, pues es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor, por lo que la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.

la aplicación de nociones preconcebidas y estereotipadas de lo que constituye violencia por razón de género contra la mujer, *de cuáles deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia* y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial.¹⁶

En el mismo sentido, ha dicho: “Los estereotipos ‘distorsionan las percepciones y dan *lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos*’, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciadas”.¹⁷

En el caso se observa que los jueces descreen del relato de RCE debido a que ella no cumple con la expectativa de absoluta pasividad que ellos esperan de una víctima de violencia por razones de género. Al defenderse de los ataques no la representan ajena a toda agresividad ni violencia, aunque ella explica claramente que se defendió porque pensaba que iba a matarla.

Otro error grave que se ha cometido es caracterizar el hecho como una *agresión recíproca*. Esto desconoce la normativa internacional y nacional sobre violencia por razones de género y se encuentra apoyada en prejuicios y creencias estereotipadas llevadas adelante por los magistrados, pero también se ven posibilitadas por el enfoque que tiene la ley de violencia familiar de la PBA (Ley N° 12569 de 2001). Por medio de esa ley se incorpora el enfoque de violencia familiar, que elude toda perspectiva de género y coloca en pie de igualdad a los agresores y a las agredidas.

El tribunal de primera instancia que intervino identificó el caso bajo esa premisa, aun cuando fue probado en el expediente que RCE dependía económicamente de su ex pareja, que fue golpeada el día del hecho por su ex pareja y que incluso lo denunció por un hecho de 2010.¹⁸ Además, sus hijas declararon que nunca vieron a su madre golpear a su padre, pero una de ellas sí relató que en una oportunidad vio a su madre tirada en el piso recibiendo golpes de puños y patadas. Otras testigos dijeron haber visto marcas físicas y haber presenciado violencia verbal. Aunque la Ley de Protección Integral a las Mujeres N° 26485 reconoce que existen diferentes tipos y modalidades de violencia contra la mujer, el contexto coactivo que señalamos no estará determinado únicamente por las marcas físicas que puedan dejar los golpes. La investigación fue deficiente porque no contempló la existencia de todos los tipos de violencia que pudieran existir en el caso e hizo caso omiso de los elementos externos de corroboración que existían.

16 CEDAW/C/GC/35, párr. 26.

17 *Ibidem*.

18 El 13 de mayo de 2010 RCE denunció que fue golpeada por su ex pareja, aunque no instó la acción penal por sentir culpa y depender económicamente del agresor. “R. declaró que S le pegaba; en el año 2010 se animó a denunciarlo y se fue a la casa de su hermano, pero a los tres meses regresó porque allí sus hijos carecían de comodidad. La golpiza fue presenciada por la madre y las hermanas de S., pero no intervinieron; sí lo hicieron dos personas que ‘lo sacaron, él me tenía en el suelo, pateándome’. Refirió que a una madre del colegio de su hija le había contado que era golpeada porque la vio marcada. Además de la agresión ya referida, dijo que sufrió otras, verbales y físicas”.

En relación con la prueba de la existencia de violencia por razones de género se observa que en el caso se presentaron diversos elementos. Sin embargo, estos no fueron tenidos en cuenta o fueron valorados en forma estereotipada por el tribunal y las instancias revisoras. La Ley N° 26485 es muy clara en su artículo 16, inciso i cuando establece que en todo procedimiento se debe garantizar el derecho a la amplitud probatoria, teniendo en cuenta las especiales características que presentan este tipo de hechos.

A su vez, la CSJN señala en su fallo que

el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI o CEVI), responsable del análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención en los Estados Parte ha recomendado, en el marco de la alegación de legítima defensa en un contexto de violencia contra la mujer, la adopción de los estándares que la Corte IDH ha desarrollado para otro grupo de casos, en lo que aquí interesa, entender que la declaración de la víctima es crucial, y que la ausencia de evidencia médica no disminuye la veracidad de los hechos denunciados y tampoco la falta de señales físicas implica que no se ha producido la violencia.

Aunque en el caso estudiado las lesiones fueron probadas y los dichos fueron corroborados por múltiples elementos e incluso existía una denuncia previa, el tribunal resolvió que “si bien no descreo que haya recibido golpes de su marido (lo que asimismo surge de la denuncia de fs. 103/ vta. incorporada al juicio por lectura) tampoco descarto que haya hecho propia la ley del Talión”. Este razonamiento judicial desligado de las pruebas producidas y basado en estereotipos de género fue convalidado por la Casación y por la Corte provincial.

Otro estereotipo que afecta la imparcialidad y, por lo tanto, a la garantía del debido proceso es aquel que afirma que las mujeres si quieren, pueden salir de la relación violenta y que si no lo hacen es porque no quieren. En estos planteos suele surgir el cuestionamiento a por qué no realizó denuncias previas o por qué no dejó a la persona violenta.

Al respecto, la Corte IDH ha dicho que “dicha omisión puede deberse a no contar con la seguridad o confianza suficiente para poder hablar sobre lo ocurrido”.¹⁹ A la hora de preguntarse por qué una mujer no denuncia o por qué no termina una relación violenta es necesario ponderar todos los obstáculos existentes.²⁰ Al día de hoy la existencia de relatos sobre la negativa de la policía a tomar denuncias²¹ o

19 Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

20 Los obstáculos son muchísimos y diversos: son regionales, económicos, estructurales, subjetivos y administrativos.

21 En el año 2018 el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires lanzó una App para tomar denuncias sobre violencia de género; entre las razones que se comunicaron para fundar el lanzamiento de esta política pública se encontraba el “evitar que en las comisarías la policía desestime los casos” <http://www.telam.com.ar/notas/201801/243738-vidal-violencia-de-genero-aplicacion-seguridad-provincia.html>

la existencia de intervenciones ineficientes frente al incumplimiento de medidas de protección²² son una muestra de que este estereotipo continúa siendo aplicado.

Este estereotipo a su vez minimiza el riesgo, asumiendo que las mujeres mienten o exageran, naturalizado los hechos y contribuyendo a la construcción de impunidad y desprotección. Sin embargo, aun con la notoria falta de respuestas institucionales y las fallas existentes en el acceso a justicia que enfrentan las mujeres en situación de violencia derivadas de la impericia del Estado para prevenir, investigar y sancionar estos hechos, el cuestionamiento a las víctimas por la falta de denuncia sigue siendo habitual. Además, es necesario comprender que la violencia por razón del género genera un contexto general de coacción, que restringe la autonomía de las mujeres, las posibilidades de realizar una denuncia o salir del vínculo violento.

En este punto es necesario resaltar que conocer las dinámicas del *Ciclo de la violencia*²³ por razones de género es una herramienta central para comprender las razones que generan la permanencia en una relación afectiva cruzada por violencia. Durante las primeras etapas de la relación se expresan formas sutiles de violencia que son socialmente aceptadas como parte de las relaciones de pareja. Con el paso del tiempo se da una escalada que comienza a configurar un contexto coactivo en el que la mujer puede cambiar comportamientos para no molestar a su pareja (vestimenta, limpieza de la casa, formas de crianza de los hijos, alejarse de afectos, etc.). Sin embargo, la violencia continúa escalando a la etapa de acumulación de tensión. La eliminación de esa tensión puede empezar a manifestarse contra objetos (romper cosas, patear puertas, paredes, etc.), pero también contra objetos de valor personal o emocional de la mujer (fotografías, plantas, recuerdos, ropa, etc.). También puede manifestarse contra mascotas o contra los hijos/as de la mujer, para finalmente expresarse en forma de golpes a la mujer. Luego de la expresión de la tensión acumulada viene la reconciliación y la etapa de luna de miel, que se caracteriza por el pedido de perdón, promesas de cambio y manifestaciones románticas. Luego el ciclo se repite acumulando tensión, explotando en reacciones violentas y retornando a la luna de miel. Cada etapa dura un período diferente de tiempo en una relación. El ciclo total puede tardar desde pocas horas hasta un año o más en completarse. A menudo, a medida que pasa el tiempo, las etapas de “reconciliación” y luna de miel desaparecen dándole paso a la acumulación de tensión y expresión de la violencia constantes. Es justamente por la dinámica repetitiva del círculo que las mujeres pueden anticipar que ocurrirá un ataque. Esto en lugar de ser valorado como una prueba de la existencia de violencia por razones de género fue ponderado en contra de RCE, pues el tribunal afirmó que “tal previsión [...] erradica la inminencia de la agresión y mientras descarta la posibilidad de tener por cierta la falta de provocación suficiente, evidencia que la pelea que se avecinaba, era cuanto menos

22 Como ejemplo en el mismo territorio que se dieron los casos en estudio, se puede mencionar el femicidio de Mayra Belén Morán. En las 96 horas previas a su muerte, quien era su ex pareja se presentó tres veces en su casa para amenazarla violando la restricción perimetral que la justicia había impuesto. Ante esa situación, la policía concurreó tres veces al domicilio y pese a que regía la orden de restricción los uniformados no apresaron al imputado. <http://www.lanacion.com.ar/1815043-investigacion-a-todos-los-policias-que-intervinieron-antes-del-femicidio-en-manzanares>

23 Lenore E. Walker es una psicóloga norteamericana, que en su obra *The Battered Woman*, de 1979, recoge lo que la autora denomina “cycle of abuse” o “ciclo de la violencia”, en referencia al ciclo que las víctimas de violencia de género viven respecto de su maltratador.

esperada o prevista por C R”. Nótese que caracteriza el hecho como una “pelea”, volviendo sobre el concepto de agresión recíproca.

A su vez, el *círculo de la violencia* fue enriquecido en la década de 1980 por el modelo Duluth, conocido como *rueda de poder y control*. Este enfoque se centra en observar los problemas de violencia desde una perspectiva de género y colocarlos dentro de los problemas sociales antes que los individuales. Por esta razón, se establece, al igual que en la Ley N° 26485, una matriz mucho más amplia que excede la violencia física, donde encontramos todas las formas de violencia y control que un agresor ejerce sobre su víctima que se corresponde con el siguiente esquema:²⁴



Con la realización de las preguntas adecuadas podemos identificar elementos indicadores del contexto de violencia, que luego tenderemos que corroborar con elementos externos de comprobación:

- Diferencia corporal: ¿él era más grande, alto, fuerte que ella? ¿Tenía entrenamiento deportivo de combate?
- ¿Había alguna situación de vulnerabilidad física en ella? ¿Enfermedad, embarazo, discapacidad, lactancia, etc.?
- ¿Había alguna situación de vulnerabilidad social en ella? ¿De quién era la casa en la que vivían? ¿Quién pagaba el alquiler? ¿Cuántos hijos tenía ella al momento del hecho y de qué edades? ¿Ella contaba con redes familiares o de amigas cercanas que la contuvieran?

24 Rueda de Poder y Control. Adaptada al español por el National Center on Domestic and Sexual Violence (2015).

- ¿Ella usaba métodos anticonceptivos? ¿Debía esconderse para tomar o administrarse métodos anticonceptivos? ¿En caso de no usarlos, por qué no lo hacía? ¿Él usaba preservativo? ¿En caso de no usarlo, por qué? ¿Ella podía decidir cuándo y en qué circunstancias tener relaciones sexuales?
- ¿Ella había intentado separarse alguna vez? ¿Más de una vez? ¿Qué pasaba cuando ella lo intentaba?
- ¿Ella lo había denunciado por violencia? ¿Qué sucedió con esa denuncia?
- ¿Ella había cambiado sus hábitos desde que inició su relación con él? ¿Dejó de visitar a parientes, amigas? ¿Dejó de trabajar? ¿Dejó de estudiar? ¿Se aisló?
- ¿Cambiaba la actitud o forma de ser de ella cuando él estaba cerca? Por ejemplo, ¿usaba ropa diferente?
- ¿Él era celoso? ¿Hacía escenas de posesión y celos? ¿Solía acompañarla a todos los lugares? ¿La controlaba? ¿Controlaba la ropa que ella usaba?
- ¿Ella trabajaba? ¿Tenía medios económicos propios o dependía económicamente de él? En caso de que dependiera económicamente de él, ¿él le daba dinero o le hacía problemas? ¿Ella era titular de alguna asignación económica estatal (AUH, hacemos futuro, etc.)? ¿Quién tenía la posesión de la tarjeta?
- ¿Ella le relató que él era violento? ¿Alguien lo vio ser violento con ella? Alguna vez, ¿alguien escuchó o vio que el ejercía violencia? Alguna vez, ¿alguien vio o escuchó o conoció que él la amenazara?
- ¿Él tenía armas? ¿Tenía consumo problemático de alguna sustancia o alcohol?
- ¿Tenía la mujer la posibilidad de pedir auxilio? ¿Tenía acceso a telefonía? ¿Estaba encerrada?

Teniendo en cuenta el círculo de la violencia y la rueda del poder y el control en este tipo de casos, tendremos una aproximación más adecuada al caso que permita un abordaje libre de estereotipos de género y, por ende, no arbitrario.

En relación con la aplicación de la perspectiva de género en estos casos, la CSJN señala que

la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los estándares utilizados para la legítima defensa en otro tipo de casos, en tanto la violencia contra la mujer tiene características específicas que deben permear en el razonamiento judicial. Se expuso allí que la persistencia de los estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género, podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento.

En este sentido, *la inminencia* debe ser analizada desde la perspectiva de género donde

la violencia de género no debe concebirse como hechos aislados sino en su intrínseco carácter continuo, porque en forma permanente se merman derechos como la integridad física o psíquica. La inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la continuidad de la violencia -puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia- y su carácter cíclico -si fue maltratada, posiblemente vuelva a serlo.

En relación con la *necesidad racional del medio empleado*, la CSJN estableció que

considerar el contexto en que se da la agresión y la respuesta. No requiere la proporcionalidad entre la agresión y la respuesta defensiva porque existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia. Se sostiene allí que la aparente desproporción entre la agresión y respuesta puede obedecer al miedo de la mujer a las consecuencias por una defensa ineficaz y se subraya que existe una relación entre la defensa empleada y los medios con que las mujeres disponen para defenderse. No se requiere la proporcionalidad del medio, sino la falta de desproporción inusual entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión.

Por último, en relación a la *falta de provocación suficiente* es necesario resaltar que “interpretar que cualquier comportamiento anterior a la agresión es una ‘provocación’ constituye un estereotipo de género”.

V. Conclusiones

En la PBA existe resistencia a aplicar la Ley nacional N° 26485 y prevalece el enfoque de violencia familiar que es sesgado y no comprende las causas estructurales de la violencia por razones de género, así como se pierde la oportunidad procesal de implementar las medidas y acciones integrales que ofrece la ley nacional. Incluso bajo ese enfoque se fomentan prácticas que son violatorias de la ley y las convenciones de derechos humanos, como la caracterización de violencia recíproca aun en situaciones de violencia física y psicológicas muy graves, como las que se comprueban en el caso RCE. Ese enfoque elude que la violencia de ninguna manera puede ser cruzada porque es el producto de una relación desigual de poder asentada en la discriminación por razones de género, por lo que el dictado de medidas recíprocas de prohibición de acercamiento es una decisión que no comprende el problema que se busca solucionar, además de que suele acarrear más problemas a las víctimas que pueden ser penalizadas por incumplir la prohibición, eludiendo cómo funciona el ciclo de la violencia por razones de género que se caracteriza por su repetición con ciclos de luna de miel y promesas de cambio, acumulación de tensión y estallidos en episodios violentos.

El enfoque de violencia familiar se encuentra cargado de mitos, prejuicios y estereotipos y no contempla todos los tipos y modalidades que establece la ley nacional, por lo que su alcance es muy limitado.

Por último, el caso “RCE” nos muestra las fallas estructurales que existen en la obligación de debida diligencia no solo para investigar y sancionar, sino también para prevenir, porque aunque RCE no quiso instar la acción penal contra su ex pareja en 2010, el Estado igualmente tenía la obligación de protegerla para prevenir nuevos episodios de violencia según lo que manda el artículo 7 de la Convención Belém do Para.

Es una constante que los tribunales de la PBA, tanto en el ámbito de familia como en el penal, no otorguen medidas eficientes contra todos los tipos de violencia reconocidas por la Ley N° 26485. Los jueces encuentran múltiples limitaciones a la hora de resolver en forma creativa y eficaz, no encuentran respuestas, aunque en estos casos cuentan con amplia discrecionalidad para evaluar los hechos con el objetivo de brindar una solución oportuna y guían sus intervenciones por creencias y estereotipos.

En este sentido, la Corte IDH ha establecido que

la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia.²⁵

25 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, cit., párrs. 388 y 400, y *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 317.

Garantías judiciales. Presunción de inocencia. Derecho a un recurso amplio

CSJN, “Rojas, Lucía Cecilia; Jara, Ricardo Omar; Vázquez, Cristina s/ homicidio agravado”, 26 de diciembre de 2019

Por Indiana Guereño¹

Introducción²

El proceso que culmina con el contundente fallo al que le dedicaré estas líneas fue grave e injusto. Términos que el Poder Judicial no suele utilizar cuando se juzga a sí mismo. Sin embargo, en esta oportunidad los usó. Grave por las irregularidades y garantías vulneradas, injusto porque detectarlas llevó más de una década.

No hablaré de “caso” en el sentido comúnmente conocido. Abstracto. Lejano. El proceso que llevó a Cristina Vázquez y Cecilia Rojas a permanecer privadas de su libertad por más de once y catorce años respectivamente, por un crimen que no cometieron, es un verdadero ejemplo. Muestra de lo que *no* debe hacerse. El paroxismo de las malas prácticas.³ Tanto es así que no fue necesario iniciar una nueva investigación para llegar a la absolución. Las pruebas estaban en el propio expediente, solo hacía falta

¹ Presidenta de la Asociación Pensamiento Penal. Profesora de Derecho Penal (UBA, UNDAV y UNPAZ).

² Este artículo fue escrito días antes que Cristina Vázquez fuera hallada sin vida, en su domicilio, el 26 de agosto de 2020. Con profundo dolor, a ella todo mi reconocimiento y admiración.

³ En el Observatorio de la Asociación Pensamiento Penal (en adelante, “el Observatorio”), por prácticas del sistema penal entendemos a aquellos actos u omisiones que las personas operadoras del sistema penal llevan a cabo en su trabajo y que afectan, en forma positiva o negativa, directa o indirectamente, el goce de los derechos fundamentales que deben primar durante todo proceso penal. Las malas prácticas son aquellos actos u omisiones que obstaculizan el ejercicio pleno y efectivo de esos derechos. Consultar: <http://www.observatorioapp.org/el-proyecto/>

leerlo. También es una historia de lucha,⁴ una manera de concebir al derecho como acción. Una herramienta que excede las meras formas sacramentales de los expedientes.

La historia

El 28 de julio de 2001 fue hallada sin vida, en su domicilio, la Sra. Erselida Lelia Dávalos. La mujer se encontraba inmersa en un charco de sangre y con golpes en distintas partes del cuerpo. La hora de la muerte se calcula aproximadamente entre la 1:00 y 2:00 de la madrugada de ese día, luego de dos o tres horas de agonía aproximadamente (según resultados de la autopsia), por lo que el ataque habría ocurrido entre las 21:00 y las 22:00 horas.

Cristina Vázquez era vecina de la víctima. A la hora del ataque se encontraba en Garupá, a ocho kilómetros de la ciudad de Posadas. Cecilia Rojas era amiga de Cristina Vázquez. Esa noche estaba en su casa junto a su niña. Como no estuvieron en la escena del crimen, no hay huellas, rastros, ni prueba científica alguna que demuestre su presencia en el lugar y mucho menos la autoría del hecho.

¿En qué se basaron para acusarlas? Un testigo, José Silva, dijo que vio pasar a Cristina Vázquez junto a otra joven por la puerta de la casa de la Sra. Dávalos. Declaró que las vio a la tardecita de la noche en la que se produjo el ataque. Ello fue interpretado como que ellas “marcaban” la casa. Sin embargo, la persona que acompañaba a Cristina Vázquez era Celeste García, una amiga suya. Con ella fueron a pasar la noche a su casa en Garupá, donde permanecieron allí hasta la noche siguiente. Tanto Celeste García como su padre declararon sobre la presencia de Cristina Vázquez en su hogar. Ello coincidía con lo declarado por Silva, cuando dijo que vio a pasar a Cristina Vázquez con Celeste García, luego de reconocerla en el pasillo del tribunal.

Además, la acusación se basó en que se trataba de alguien que la víctima conocía, ya que era muy celosa de su seguridad y las entradas a la casa no fueron forzadas. Como Cristina Vázquez era vecina, se asumió, sin evidencia alguna, que se conocían.

Por último, otra falacia: como en la casa de la víctima faltarían unas joyas, y las personas acusadas consumirían estupefacientes, necesitarían dinero para proveérselos. Vale aclarar que las joyas nunca fueron secuestradas y la persona que dijo haberlas visto en manos de Ricardo Jara no declaró en el juicio.

A pesar de la falta de prueba, las acusaron. Es complejo sintetizar la teoría fáctica de la fiscalía, ya que es imprecisa y hasta contradictoria. No describe el rol que habría cumplido cada persona en el hecho, ni el grado de participación. Además, a Cristina Vázquez la acusan de haber “franqueado” la entrada

4 La libertad de Cristina Vázquez y Cecilia Rojas fue producto de un enorme trabajo colectivo. La estrategia no podía ser solo legal, por supuesto. Magda Hernández y Gabriela Cueto, amigas de Cristina Vázquez, en un acto de nobleza notable realizaron el documental *Fragmentos de una amiga desconocida*. No descansaron hasta lograr justicia. A su vez, el Observatorio de la Asociación Pensamiento Penal trabajó arduamente en el análisis del expediente, la difusión de las irregularidades del proceso, la convocatoria a otras organizaciones de derechos humanos, entre otras muchas acciones. A medida que la historia se hacía conocida, se fueron sumando personas y organizaciones. A todas ellas, en especial a Norita Cortiñas y Mario Alberto Juliano, motor y guía de la Asociación Pensamiento Penal, gracias, siempre.

de otras personas a la casa de la víctima, aprovechándose de la confianza que tendrían por ser vecinas, pero luego, se afirma que la golpearon cuando ella la reconoció.

Otra cuestión a tener en cuenta es que se omitieron trabajar en otras hipótesis: no se investigó a la última persona que estuvo con la víctima y se retiró de la casa a la hora en la que habría recibido el golpe.

A pesar de lo expuesto, el 20 de mayo del año 2010, el Tribunal en lo Penal N° 1 de Posadas condenó a Cristina Vázquez, Cecilia Rojas y Ricardo Jara a la pena de prisión perpetua,⁵ como coautores penalmente responsables del delito de homicidio calificado *criminis causa* (art. 80, inc. 7° C. P.). A Cristina Vázquez, además, se la condenó a abonar a la parte actora, sucesora de quien en vida fuera Erselida Lelia Dávalos, la suma de doscientos mil pesos (\$200.000) en concepto de daño moral, con más gastos e intereses.

La sentencia condenatoria receptó la acusación sin cuestionamientos. Para suplir la falta de pruebas y la imprecisión de la hipótesis fáctica, el tribunal construyó la culpabilidad de las personas imputadas en base a prejuicios.⁶ En otras palabras, se las juzgó moralmente en lugar de valorar las pruebas científicas y testimoniales que daban cuenta de su ajenidad con el hecho.

Los recursos

Contra dicha sentencia las defensas técnicas interpusieron recursos de casación. El Superior Tribunal de Justicia de Misiones (en adelante, STJ Misiones) confirmó, sin mayor análisis, la condena el 12 de julio de 2013. Contra ella, las defensas presentaron recursos extraordinarios que fueron denegados.

La defensa de Cecilia Rojas presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), que fue resuelto a su favor. En virtud de la doctrina “Casal”, se ordenó dejar sin efecto la sentencia dictada por el STJ Misiones y que se dictara un nuevo pronunciamiento.⁷

Cristina Vázquez no corrió la misma suerte. Su defensa omitió presentar el recurso de queja. Cuando desde el Observatorio de la Asociación Pensamiento Penal descubrimos el incumplimiento manifiesto de los estándares de debida diligencia en el ejercicio del derecho de defensa, comenzamos a intervenir inmediatamente. Ante ello, Cristina Vázquez presentó un recurso *in pauperis* en la CSJN. Luego, la

5 Ricardo Jara era pareja de Cecilia Rojas en ese momento. Su situación no fue analizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación porque la confirmación de la condena no fue recurrida. Se encuentra actualmente en libertad.

6 En la sentencia condenatoria se utilizaron frases tales como tener un estilo de vida “promiscuo y marginal” (fs. 48), ser “adicta a la marihuana” (pág. 49); “tener como modo de vida cometer delitos contra la propiedad para obtener dinero a los fines de adquirir –entre otros– estupefacientes y, así, satisfacer sus adicciones” (pág. 51); respecto de Cristina Vázquez, tener padres desinteresados (pág. 55) y ser “mentirosa” (pág. 70). De esta forma se construyó una imagen de culpabilidad de las personas imputadas, fomentando la creencia que se trataba de jóvenes capaces de cometer un homicidio para satisfacer su “adicción” (pág. 76). Se las juzgó desde la imagen que los jueces y juezas trazaron desde su despacho, cuando lo que se debía juzgar era una acción que, por otra parte, no se probó. Tanto es así que se afirma: “Solo me resta hacer referencia a que si bien no existe prueba directa que acredite la autoría de los encartados respecto del hecho investigado, sí hay prueba de carácter indiciaria suficiente para consolidar un estado de certeza sobre el hecho investigado y sus autores” (pág. 74).

7 CSJN, “Rojas Lucía Cecilia s/c *ausa* n° 340/2010”, sentencia 17 de marzo de 2015.

Asociación Pensamiento Penal, a través de su Observatorio, se presentó como amiga del tribunal⁸ y empezamos a trabajar en la difusión de la causa en los medios nacionales. Meses más tarde, la CSJN dejó sin efecto la sentencia del STJ Misiones en virtud de la doctrina “Casal”. Como sucedió con Cecilia Rojas, se ordenó dictar un nuevo pronunciamiento.⁹

La segunda sentencia del STJ Misiones fue dictada 5 de diciembre de 2016. Al igual que su anterior, no realizó una revisión amplia de la condena conforme lo ordenado por la CSJN.

Contra esta sentencia, las defensas volvieron a presentar recursos extraordinarios, que fueron concedidos el 15 de diciembre de 2017.

La causa llegó por segunda vez a la CSJN. Allí Innocence Project, Asociación de Mujeres Penalistas de Argentina, el Instituto Nacional de la Mujer y el Centro de Estudios Legales y Sociales se presentaron como amigos del tribunal en la misma línea que la Asociación Pensamiento Penal.

Con fecha 12 de septiembre de 2018, se corrió vista a la Procuración General de la Nación. Luego de un año, el 2 de octubre de 2019 el procurador interino dictaminó que los recursos debían rechazarse.¹⁰ Según su postura, *no* se advertía vulneración a garantía alguna.

Finalmente, el 26 de diciembre de 2019, la CSJN, por unanimidad, resolvió absolver a Lucía Cecilia Rojas y Cristina Liliana Vázquez por el delito por el que fueran acusadas. Es posible analizar la absolución desde tres ejes: 1) qué significa revisar todo lo revisable; 2) la presunción de inocencia; 3) el efecto de los precedentes de la CSJN.

El fallo de la CSJN

El significado de “revisar todo lo revisable”

Para la CSJN el eje del asunto sobre el que debía expedirse era el derecho de las imputadas a recurrir la condena, pero también (y sobre todo) a que esa revisión sea amplia. Agrega que dicha tarea debe ser realizada sin que sea necesario que la Corte deba intervenir y tener que “recordar” a los tribunales cómo se hace.¹¹

8 En la presentación mostramos las inconsistencias de la sentencia condenatoria, su confirmación y del proceso en sí mismo. Disponible en <https://www.pensamientopenal.org/wp-content/uploads/2015/09/VAZQUEZ-CRISTINA-AMICUS-OBSERVATORIO-DE-PRACTICAS-DEL-SISTEMA-PENAL-APP.pdf>

9 CSJN, “Vázquez, Cristina Liliana S/ Presentación Varia”, sentencia 12 de abril de 2016.

10 Al cumplirse un año, Asociación Pensamiento Penal, CELS, Innocence Project Argentina, Asociación Mujeres Penalistas Argentina, el Instituto Nacional de la Mujer, Madres de Plaza de Mayo –Línea fundadora–, Abuelas de Plaza de Mayo, Amnistía Internacional, INECIP, Asociación Civil de Familiares Detenidos en Cárcel Federales, Fundación Mujeres por Mujeres, Federación Argentina de Colegio de Abogados, AABA, Asociación Miguel Bru, Ate Misiones y La Cantora presentaron un petitorio ante la CSJN para que el Procurador interino se expidiera.

11 CSJN, “Rojas, Lucía Cecilia; Jara, Ricardo Omar; Vázquez, Cristina s/ homicidio agravado”, 26 de diciembre de 2019, Fallos 342:2319, párr. 5.

Amparándose en los precedentes “Giroldi” (*Fallos* 318:514), “Casal” (*Fallos* 328:3399) y “Duarte” (*Fallos* 318:514), la Corte precisa el concepto de revisión amplia, en los términos de los artículos 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, sostuvo que revisar ampliamente una sentencia implica que el tribunal que está cumpliendo esa función, “realizando su máximo esfuerzo, revise todo aquello que de hecho sea posible revisar”.

Lo posible de revisar es todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces o juezas en el debate oral; es decir, aquellas cuestiones que directamente no conocen por no haber estado ahí. Se trata de una “limitación fáctica impuesta por la naturaleza de las cosas y que debe apreciarse en cada caso”.¹²

Revisar todo lo revisable es realizar un examen integral de la sentencia condenatoria de acuerdo a las reglas de la sana crítica y de la aplicación de un método racional de reconstrucción histórica.

Esto implica cotejar los diferentes elementos de prueba. Compararlos. Ponerlos en tensión. Hacerlos “dialogar”. Así, la mera enumeración de prueba, a través de la mención de las “fojas” donde cada elemento se encuentra, en modo alguno cumple con este requisito. Lo mismo ocurre cuando se selecciona una frase de un testimonio sin dar cuenta ni analizar el contexto en que fue dicha.

Por ejemplo, el comienzo de la sentencia condenatoria es una recopilación de elementos de prueba con la cita de la hoja correspondiente. En ella no se describe de qué se trata cada uno y cuál es la relevancia para la causa. En esos párrafos, descubrimos que se encontraban mencionadas las pruebas científicas cuyos resultados demostraban la inocencia de las imputadas. Sin embargo, al estar camuflados entre las hojas, y el tribunal de juicio ni siquiera hacer una mención al respecto, el Superior Tribunal tampoco se vio en la obligación de revisarlas. Fue recién cuando el caso llegó a la Corte que ellas cobraron vigor.

También consiste en evaluar la posibilidad de conocer de cada proveedor de prueba, así como su interés en la causa y su compromiso con las personas acusadas o la ofendida. Por ejemplo, la sentencia condenatoria cita partes de testimonios para fundar la culpabilidad de las imputadas sin especificar quiénes son esas personas. De ese modo, el Superior Tribunal no analizó que uno de los testigos, que se había presentado como investigador privado, en rigor trabajaba como remisero y había sido contratado especialmente por la hija de la víctima.

Continuó la CSJN explicando que cuando en la sentencia en revisión no puede reconocerse el método racional reseñado, entonces, no tiene fundamento. Lo mismo ocurre cuando ese método se aplique de manera defectuosa; es decir, sesgada, parcial. O cuando no se incorporen todas las pruebas pertinentes. También ocurre cuando no se pueda observar la crítica externa y la interna. Además, cuando la conclusión a la que se arriba es contradictoria con las etapas anteriores o no se haya aplicado el beneficio de la duda.

¹² *Ibíd.*, párr. 6.

En relación con la sentencia impugnada dijo que no había cumplido con los estándares indicados, ya que no había determinado la validez de la construcción de la condena y sus fundamentos.

La CSJN hace referencia a los siguientes puntos nodales:

La sentencia del STJ Misiones omitió examinar la versión de las imputadas sobre su completa ajenidad a los hechos. Desde el primer momento sostuvieron su inocencia.

Respecto de la valoración de la prueba, la sentencia impugnada realizó una construcción argumental apartándose de las constancias de la causa. Para decirlo de otro modo, la Corte Suprema afirma que se construyó la argumentación en base a una circunstancia fáctica que no ocurrió. Se creyó que quien acompañaba a Cristina Vázquez el día del hecho era Cecilia Rojas, cuando, según la declaración en juicio de José Silva, era su amiga Celeste García.

Esta interpretación desatiende la prueba producida al no ponderarla ni confrontarla desde la perspectiva del principio de culpabilidad y de la garantía de presunción de inocencia.

Aquí la CSJN pone de manifiesto una mala práctica que venimos detectando en el Observatorio;¹³ se describe parcialmente lo sucedido y no se coteja los dichos de las personas que declaran con la totalidad de la prueba ni con la versión brindada por las personas imputadas. En particular, se omitió valorar que no se había demostrado que Cristina Vázquez haya tenido relación con la víctima, más allá del hecho de ser vecinas. Menos aún que haya “franqueado” la entrada a esa casa. Tampoco se valoraron los peritajes en los que se compararon los cabellos, huellas y rastros levantados en la escena del crimen con los pertenecientes a las personas imputadas, todos los cuales dieron negativo. Otra grave omisión fue no despejar las contradicciones que surgían de comparar ciertos testimonios. Sobre todo, en relación con la declaración brindada por quien fue la última persona que fue vista en la casa de la víctima.

En la misma línea, la CSJN dedica varios párrafos a analizar el testimonio que fue valorado en la sentencia condenatoria, sus confirmatorias y el dictamen del Procurador General, como clave para fundar la culpabilidad de Cristina Vázquez. Se trata de la declaración del testigo Fernando Zdanowicz, quien supuestamente dijo en el año 2005 que Cristina Vázquez le habría “confesado el crimen”. Sin embargo, los dichos carecían de entidad suficiente como para fundar una condena y, además, el STJ Misiones prescindió por completo de la declaración que el mismo testigo efectuó en sentido desincriminante en la audiencia de debate oral. En reiteradas oportunidades durante su testimonio dijo que no recordaba que Cristina Vázquez le hubiese efectuado una confesión de semejante tenor. Es más, dijo que evidentemente lo habían engañado.

La CSJN valoró también las que denomina como “particularidades” del testimonio de instrucción. Entre ellas, el hecho que la comparecencia no se encontraba fundada en una previa citación a decla-

13 Gauna Alsina, F. y Guereño, I. (2019). *Atrapadas al derecho*. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48995-atrapadas-al-derecho>

rar y la declaración no le fue leída.¹⁴ Por último, sostuvo que en la sentencia impugnada no se había elaborado una crítica externa ni interna de ese testimonio, ni se había sopesado con otras pruebas.

En relación con la imputación de Cecilia Rojas, la CSJN examina el error ya mencionado fundado en interpretar que era ella quien acompañaba a Cristina Vázquez.

Además, valora que el STJ Misiones, ante testimonios contradictorios, optó por privilegiar aquel que resultó enfrentado al principio de inocencia y el *in dubio pro reo* sin justificar por qué lo hizo. Esto es muy importante. En el fallo “Carrera” la CSJN sostuvo que, “frente a las lagunas que presentaba la reconstrucción de los hechos, o bien ante elementos de prueba ambivalentes”, se debía decidir “las dudas” a favor de “la hipótesis de descargo” y no en contra.¹⁵

También la CSJN evalúa la validez del testimonio de Esther Bocián desde su compromiso con una de las partes interesadas en el resultado del juicio. La declarante, que había dicho que Cecilia Rojas le habría confesado el crimen, reconoció tener un vínculo afectivo con la hija de la víctima.

A su vez, se valoró que el STJ Misiones evaluó de distinta manera, según se tratara de testigos de cargo o descargo, circunstancias que eran similares, porque optó por *comprender* la afectación de la memoria de los testimonios considerados de cargo, pero no cuando se trató de los testimonios de las personas que dicen haber estado directamente con Cristina Vázquez la noche del hecho a kilómetros del lugar.

A modo de síntesis, es posible afirmar que, según la CSJN, el STJ Misiones no revisó el caso en forma amplia porque valoró los elementos de prueba sin aplicar las reglas de la sana crítica y solo a la luz de la hipótesis de la acusación. En palabras de la CSJN,

las circunstancias expuestas como déficits que presenta la revisión –insuficiente– efectuada por el a quo, incumplimiento de ese modo con lo resuelto por este Máximo Tribunal, ponen en evidencia *la gravedad de lo acontecido en este proceso*, donde casi sin esfuerzo, es posible constatar que las versiones de descargo, de las acusadas no fueron examinadas con la exhaustividad que el caso exigía.¹⁶

Para decirlo de otro modo, cuando personas acusadas brindan “versiones de descargo”, los tribunales tienen la obligación de examinarlas con exhaustividad. Es el Estado quien acusa de un delito y quien debe llegar a un estado de certeza sobre la culpabilidad capaz de desvirtuar la presunción de inocencia. Era el Estado el que debía probar que tanto Cristina Vázquez como Cecilia Rojas fueron las autoras

14 Según consta en el acta de debate del día 19 de mayo de 2010, el testigo dijo que fue arrestado para asistir en las dos oportunidades en que compareció. Primero al juzgado durante la instrucción y luego al tribunal para el debate oral. Semejante acto de arbitrariedad no le llamó la atención al STJ Misiones.

15 CSJN, “Carrera Fernando Ariel, s/ causa n° 9398, Recurso de Hecho”. Sentencia de 25 de octubre de 2016, considerando 20.

16 CSJN, “Rojas, Lucía Cecilia; Jara, Ricardo Omar; Vázquez, Cristina s/ homicidio agravado”, párr. 17. El destacado me pertenece.

para condenarlas. Mucho menos debía exigirles a ellas que probaran su propia inocencia.¹⁷ Era el Estado, a través de los tribunales que revisaron la condena, que debía examinar si se había arribado a la certeza de culpabilidad. No lo hicieron. Por eso, lo acontecido es grave.

El principio de inocencia

La CSJN tuvo que recordar lo que debería ser básico. Aquello que nos enseñan en profundidad cuando pisamos las facultades de derecho. Pero también lo que sabemos sin saber derecho. Toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

En el artículo 18 de la Constitución Nacional se dispone categóricamente que ninguna persona puede ser penada sin juicio previo. Esto significa que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le reprochan, hasta que un juicio respetuoso del debido proceso demuestre lo contrario mediante una sentencia firme.

Parece que a veces es necesario decir lo obvio. Sobre todo cuando reparamos en que detrás de cada expediente hay personas.

La CSJN recuerda que desde un inicio se refiere a este principio. Para hacerlo, cita un fallo de 1905 (*Fallos* 102:219). También explica que se encuentra contemplado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En particular, la CSJN expresa que la causa de Cristina Vázquez y Cecilia Rojas

resulta ser un claro ejemplo de un *proceso indebido* en el que se negó la vigencia del principio de inocencia y la aplicabilidad al caso del *in dubio pro reo* como consecuencia de una sesgada y parcial revisión del fallo.¹⁸

Como consecuencia, si no hay un debido proceso, tampoco puede existir el respeto a la garantía de la defensa y al derecho a ser oído. Sin esa garantía, afirma la CSJN, no hay posibilidad alguna de garantizar la presunción de inocencia. Surge, además, como derivación que al valorar la prueba resulta imperativo absolver en caso de duda; esto es, *in dubio pro reo*, porque se parte de la presunción de inocencia y no desde la hipótesis de la acusación.

¹⁷ El STJ Misiones en una clara afrenta al derecho de defensa y al principio de inocencia, *invierte la carga de la prueba* al exigir a la parte que demuestre lo que el Estado no hizo. Así sostiene que “CELESTE GARCÍA no pudo aportar más testigos que hubieran visto a su amiga CRISTINA en el Hogar, excepto su padre de crianza, en un lugar que albergaba a más de 50 chicos, según dichos de PEDRO HORACIO OYHANARTE” (fs. 18 sentencia impugnada). Luego afirma que la presencia de CRISTINA VÁZQUEZ en Garupá “no pudo ser corroborada por ninguna otra persona, cuando por las características del lugar donde se encontraban, debían existir numerosos testigos que corroboren la situación” (fs. 19 sentencia impugnada).

¹⁸ Ídem, nota 16, párr. 19. El destacado me pertenece.

Aplicando los principios reseñados al caso en concreto, la CSJN fue categórica:

en el contexto argumental en el que han sido expresadas, las valoraciones de prueba señaladas resultan difícilmente compatibles con la presunción de inocencia. Por esa razón, no es posible tener por cumplido el deber de dar amplio tratamiento a los agravios de las defensas en el marco del derecho al recurso, el cual solo ha sido atacado de modo meramente aparente.¹⁹

Luego la CSJN relaciona el principio de inocencia con la garantía de la doble instancia, subrayando que, en otras oportunidades, ha dejado sin efecto decisiones que prescindieron de explicar racionalmente la responsabilidad de la persona acusada a partir de pruebas concordantes. Además, en función del principio *in dubio pro reo* debe dilucidarse si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza positiva. Circunstancia que, claramente en este caso, no sucedió.

También la CSJN relaciona el principio de inocencia como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal. Ello porque quien juzga, aun frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, debe mantener una disposición neutral y contemplar la alternativa de inocencia seriamente. Esto quiere decir que el tribunal debe examinar la posibilidad de que la hipótesis alegada por la persona imputada pueda ser cierta.

En mi opinión, no solo debe examinar la posibilidad de que la hipótesis desincriminatoria sea verdadera, sino también controlar que el Ministerio Público Fiscal haya tomado las medidas pertinentes para corroborarla. Desde mi punto de vista, constituye una obligación estatal proveer prueba al respecto. Y, por supuesto, nunca exigírsela a las propias personas acusadas.

Veamos lo que ocurrió con Cristina Vázquez. Desde el inicio ella dijo que la noche del hecho se encontraba en Garupá, a ocho kilómetros del lugar, junto a su amiga Celeste García. Ambas, sin incurrir en contradicciones en todas las veces que declararon, coinciden en que a la tardecita del día 27 de julio de 2001 fueron desde la casa de Cristina hasta la de Celeste en colectivo y allí pasaron la noche. El padre de Celeste declaró en el juicio en el mismo sentido.

¿Quién debía probar esa circunstancia? Tanto el tribunal de juicio como el STJ Misiones le exigió la evidencia a la propia Cristina Vázquez, invirtiendo de ese modo la carga de la prueba. Era el Ministerio Público Fiscal quien tenía el deber y los medios para corroborar esa hipótesis. ¿Cómo? Citando a declarar a las otras personas que estuvieron esa noche con ellas en Garupá, chequeando si era posible que hayan tomado el colectivo, interrogando a quien conducía la línea, por mencionar algunos ejemplos.

Hagamos un ejercicio contrafáctico. ¿Qué hubiera pasado si la fiscalía se hubiera esforzado por chequear rápidamente los dichos de las personas imputadas? ¿Hubiera podido encontrar a quienes realmente cometieron el homicidio? No lo sabemos. Sobre lo que sí tenemos certeza es que otra hubiera

¹⁹ *Ibidem*, párr. 21.

sido la historia. Esto también contribuye a la gravedad del caso porque además de encarcelar durante más de una década a personas inocentes, deja impune un homicidio. ¿Quiénes lo cometieron? Al día de hoy, la respuesta es una incógnita.

El efecto de los precedentes de la CSJN

Podemos afirmar sin temor a exagerar que, en su segunda sentencia confirmatoria de la condena, el STJ Misiones desobedeció a la CSJN.²⁰ Tanto es así que la resolución reproduce en forma literal párrafos y hasta páginas completas sin explicitar que se trata de razonamientos pertenecientes a la primera sentencia confirmatoria e incluso a la sentencia de condena.²¹

Ante ello, la CSJN al referirse a este punto comenzó diciendo que consideraba “conveniente y necesario recordarle” al STJ Misiones el “diseño constitucional” por medio del cual la “Corte Suprema es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción [...] Sus decisiones son finales. Ningún tribunal las puede revocar”. Por lo que,

sus sentencias deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas [y] todos los tribunales nacionales y provinciales tienen la obligación de respetar y acatar la doctrina que resulta de sus decisiones.²²

Tal es la gravedad que la CSJN no solo le “*recuerda*” al STJ Misiones cómo es el diseño constitucional, sino también decide no reenviar la causa al ámbito provincial una vez más. Asegura que “ello implicaría continuar dilatando una situación de indefinición reñida con el derecho de defensa y el debido proceso”²³ y se traduciría en “la lesión de otro derecho”, cual es el que se define, por fin, su situación.

Para dimensionar la importancia de esta decisión, basta leer el último considerando de la CSJN:

toda vez que a esta altura del trámite de la causa aún no ha sido dictada una decisión que trate de modo compatible con el debido proceso la hipótesis de los hechos presentada por las defensas de Lucía Cecilia Rojas y Cristina Liliana Vázquez –vinculada con la inocencia en el delito que se les atribuye– y dado que el análisis parcial e incongruente del caso resulta incompatible con la necesaria certeza que requiere la sanción punitiva adoptada, corresponde que este tribunal haga uso de las facultades establecidas en la

20 Bovino, A. (2019) “Lo paradójico es que cuanto más grave son las irregularidades, más energía confirmatoria de esas barbaridades parecen tener los jueces”. La Corte Suprema absolvió a Cristina Vázquez. Recuperado de <http://nohuboderecho.blogspot.com/2019/>

21 El STJ de Misiones utiliza frases *copiadas y pegadas literalmente*, haciéndolas propias cuando no lo son. Un análisis detallado puede consultarse en <http://www.observatorioapp.org/2019/07/las-claves-de-la-inocencia-de-cristina-vazquez/>

22 Ídem, nota 16, párr. 23.

23 Ibídem, párr. 24.

segunda parte del artículo 16 de la Ley 48, absolviendo a las imputadas en tanto el principio *in dubio pro reo* permite arribar a una solución que, en forma tardía, pone fin a la *injusticia* con dos personas que se encuentran privadas de su libertad sin sentencia firme, en el caso de Rojas desde hace más de catorce años y, en el caso de Vázquez desde hace más de once años. Al mismo tiempo impiden que se consoliden, sin solución de continuidad, las consecuencias dañosas de un proceso deficiente. Es en este sentido, que debe entenderse el “*pro reo*” aplicado al caso, como modo de modificar el estatus jurídico de las acusadas de modo inmediato, aunque no por ello reparar los padecimientos soportados.²⁴

En un reconocimiento explícito sobre lo indebido y deficiente del proceso, la CSJN decide poner fin a lo que denomina una “injusticia”. Así ordena que ambas recuperen su libertad.

También reconoce que esta decisión no podrá reparar los padecimientos soportados. Es que nada podrá repararlos en la medida en que el propio Estado no trabaje seriamente en las responsabilidades de quienes llevaron adelante semejante accionar. Sometidas a proceso desde el 2001. Privadas de su libertad durante más de una década. Sin pruebas. Sin tribunales que revisen integralmente las decisiones. Tampoco podrá repararlos si quienes son absueltas, en estos términos, son obligadas a litigar contra el Estado mediante un juicio de daños y perjuicios que puede durar décadas. Es necesaria una ley de reparación integral inmediata. Es el Estado el que cometió un error. Es su responsabilidad. La ley debería contemplar no solo una indemnización pecuniaria para la persona imputada. También el acceso al trabajo digno, a la vivienda, a un tratamiento psicológico acorde a la violencia institucional sufrida. Además, el Estado es responsable por el sufrimiento de la familia.

A modo de conclusión

La sentencia de la CSJN que absuelve a Cristina Vázquez y Cecilia Rojas es histórica y contundente. Marca doctrina sobre el significado de la obligación de los tribunales de revisar todo lo revisable. También explica el principio de inocencia y explicita el efecto de sus precedentes.

Reconoce que se trató de un proceso grave e injusto. La misma justicia que las llevó al laberinto penal dijo aquello que siempre supimos. Para ellas, llegó tarde.

Esperamos que marque un antes y un después para otras historias. Para que no vuelvan a suceder “tesoros, inocencias que no ves”.²⁵

²⁴ Ídem, nota 16, párr. 26.

²⁵ Solari, C. (2004). *El tesoro de los inocentes, El tesoro de los inocentes (Bingo Fuel)*, Distribuidora Belgrano Norte S.R.L.

Habeas corpus. Derecho a la seguridad social. Personas privadas de libertad

CSJN, “Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/ habeas corpus”, 11 de febrero de 2020

Por Rodrigo Borda¹ y Marina Alvarellos²

I. Introducción

En este breve comentario nos proponemos analizar el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con el acceso a las asignaciones universales y familiares por parte de las mujeres privadas de libertad.

Se trata de una sentencia de suma relevancia, no solo por la ampliación de derechos que significa para las mujeres presas que ejercen su maternidad en prisión, sino también por las implicancias que tienen las afirmaciones de la Corte sobre los derechos sociales de las personas privadas de libertad en general, y la interpretación que se realiza sobre la vía del habeas corpus correctivo para la defensa de este colectivo.

El caso tuvo su origen en una acción colectiva de habeas corpus correctivo, presentada en 2014 por la Procuración Penitenciaria de la Nación,³ a la que se adhirió más tarde la Defensoría General de la Nación. La acción tenía por objeto lograr el reconocimiento del derecho a las asignaciones universales

¹ Abogado (UBA). Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización (Universidad de Chile). Maestrando en Derechos Humanos (UNLA).

² Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA).

³ La Procuración Penitenciaria de la Nación es un organismo público de carácter autónomo, ubicado en la esfera del Poder Legislativo de la Nación por la Ley N° 25875 del año 2003, con el objetivo de proteger los derechos humanos de las personas privadas de libertad por cualquier motivo en jurisdicción federal. Las facultades y competencias de la PPN fueron fortalecidas mediante la sanción de la Ley N° 26827 en el año 2012, que crea el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura.

y familiares por parte de las mujeres detenidas en la Unidad n° 31 del Servicio Penitenciario Federal, que convivían allí con sus hijos e hijas menores de cuatro años.⁴

En particular, el planteo perseguía la declaración de ilegalidad de dictámenes del servicio jurídico de ANSES que excluían a las personas privadas de libertad como beneficiarias de la Asignación Universal por Hijo y de la Asignación Universal por Embarazo, previstas en la Ley N° 24714,⁵ incluyendo a las mujeres madres de la Unidad n° 31 del SPF que ejercían en los hechos la responsabilidad parental. También se solicitaba que el Servicio Penitenciario Federal, a través de su Ente Cooperador Penitenciario,⁶ abonara las asignaciones familiares de la ley⁷ a las mujeres madres que trabajaban dentro de establecimiento, que no las percibían por no ser reconocidas como trabajadoras en relación de dependencia.

El habeas corpus fue rechazado por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 1 de Lomas de Zamora y luego por la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Recurrida la sentencia por los accionantes, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a los recursos y ordenó a ANSES abonar a las integrantes del colectivo amparado las asignaciones previstas en la Ley N° 24714, según correspondiera. Consideró que la denegación de estas prestaciones configuraba un agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención en los términos de la ley de habeas corpus, a la vez que resultaba una restricción no contemplada en la normativa que, por el contrario, exige que el trabajo intramuros respete la legislación laboral y de seguridad social vigentes. También se refirió a las normas nacionales e internacionales que garantizan el derecho a la seguridad social a niños y mujeres embarazadas en situación de vulnerabilidad, entre quienes, sin dudas, se encuentran las madres presas y los hijos e hijas que conviven con ellas.

La sentencia favorable de la Cámara Federal de Casación Penal fue cuestionada por ANSES a través del recurso extraordinario, cuyo rechazo dio lugar a una queja ante la Corte. Los agravios tuvieron que ver tanto con lo procesal como con lo sustantivo de la discusión. Por un lado, en su queja ANSES sostuvo que la vía del habeas corpus no era adecuada para reclamar por estas prestaciones de la seguridad social, que deberían discutirse en el fuero especial y no en el penal. También invocó la violación del derecho de igualdad procesal y de defensa en juicio porque se le habría dado escasa participación en el proceso. Por otro lado, consideró que no correspondía el pago de las asignaciones familiares porque las detenidas no eran trabajadoras en relación de dependencia, y tampoco el pago de las asignaciones universales porque el SPF satisfacía todas las necesidades en materia de salud, educación y alimentación de los niños y niñas alojados junto con sus madres.

4 La Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad N° 24660 prevé esta posibilidad en su artículo 195: "La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatros años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado".

5 Ley N° 24714, art. 6°, incs. i) y J), respectivamente.

6 Creado en 1994 por la Ley N° 24372, es un organismo descentralizado del SPF y tiene por finalidad propender al mejor funcionamiento y a la modernización de los métodos operativos de los talleres de laborterapia para los internos alojados en jurisdicción de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal. Su objeto se circunscribe exclusivamente a coadyuvar a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal a cumplir lo vinculado con el trabajo de las personas detenidas en sus establecimientos.

7 Ley N° 24714, art. 6° inc. a).

II. El análisis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En el fallo que comentamos, la Corte atiende los agravios centrales de ANSES y, como adelantamos, no limita el pronunciamiento a las cuestiones de fondo, sino que también se ocupa de aspectos vinculados con el procedimiento estipulado por la Ley N° 23098 y robustece una línea jurisprudencial que lo define como una garantía de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Los jueces abordan primero esta última cuestión. Comienzan por descartar la supuesta violación del principio de igualdad procesal de la que se agravia ANSES, señalando que las autoridades participaron de la audiencia de habeas corpus prevista en la ley, hicieron uso de la palabra y no requirieron la producción de medidas de prueba. Asimismo, destacan que el ANSES omitió especificar concretamente las defensas que se le habría impedido hacer valer, y la manera en que ellas habrían incidido en el resultado del proceso.

De este modo, la Corte insiste en subrayar el carácter esencial de la audiencia en el procedimiento de habeas corpus, tal como ya se había sostenido en el fallo *Iriart* (307:1039) y, más cerca en el tiempo, en *De la Torre* (321:3646) y *Haro* (330:2429). Sin embargo, la Corte deja en claro también que el valor fundamental de dicho acto procesal consiste en garantizar el contacto personal del juez con la persona detenida o los representantes del colectivo amparado. En tal sentido, sostiene que

respecto de la vía utilizada, el Tribunal ha destacado la necesidad de salvaguardar la finalidad del instituto o la esencia del procedimiento de habeas corpus que procura fundamentalmente proteger a la persona amparada y no tanto a la autoridad estatal requerida o demandada (*Fallos* 302:1097; 307:1039; 318:1894 y 321:3646).⁸

Así, la Corte reafirma la caracterización del habeas corpus como una vía para garantizar que el acceso a la jurisdicción de las personas privadas de su libertad resulte sencillo. De tal manera, todas las formalidades del procedimiento deberían subordinarse a la necesidad de garantizar la finalidad tuitiva de la acción de habeas corpus.

Esta caracterización del habeas corpus como una acción eminentemente tuitiva de los derechos del amparado relativiza la existencia de una pretendida “igualdad procesal” entre la parte actora de estos procesos y la autoridad requerida. La bilateralidad y la contradicción tienen un alcance muy distinto en estos casos. El contexto de encierro coloca a las personas privadas de su libertad en condiciones mucho más desfavorables que quien se encuentra en libertad para petitionar ante las autoridades. Por lo tanto, el objeto del procedimiento de habeas corpus es intentar equilibrar esa ecuación de poder, en la mayor medida posible, entre el detenido y la autoridad requerida, al solo efecto de que el amparado puede expresar su queja ante la justicia en forma adecuada. Nada más ni nada menos.

⁸ CSJN, “*Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/ habeas corpus*”, 11 de febrero de 2020, considerando 7°.

En precedentes como los mencionados *Iriart y Haro*, y en otros como *Dessy* (*Fallos* 318:1894) ya se habían adelantado criterios en este sentido. En los dos primeros se estableció que cuando el juez actuante dicta un auto de habeas corpus en los términos del artículo 11 de la Ley N° 23098⁹, no es posible retrotraer el procedimiento a la situación del artículo 10¹⁰ y rechazar *in limine* la acción, pues ello conduce a truncar toda la actividad que el legislador ha previsto para resguardar los derechos de las personas privadas de libertad en tanto se impide la audiencia del artículo 14. Este tipo de irregularidades desvirtúan el procedimiento, tornando inoperante la garantía del habeas corpus. Si la autoridad requerida expuso su versión de los hechos, mediante el informe circunstanciado previsto en el artículo 11, ya no puede declararse inadmisibile la acción ni obviar la convocatoria del amparado a una audiencia para que ejerza su derecho a ser oído y a refutar lo argüido por la autoridad denunciada.

En esos casos la Corte también sostuvo que el carácter sumarísimo del procedimiento no puede ser empleado en perjuicio de la garantía de defensa en juicio del interesado. En *Dessy*, por su parte, indicó que la escueta fundamentación de un recurso extraordinario por parte del interesado no obsta a su admisibilidad, pues en materia de hábeas corpus no corresponde extremar las exigencias formales para la procedencia de la apelación federal.

Para el tribunal, entonces, la rapidez, sencillez e informalidad del procedimiento deben operar siempre a favor de la persona o colectivo amparados y nunca en perjuicio de sus derechos. Esta postura se cristaliza en el fallo que comentamos, en el cual los jueces dan una definición muy relevante que explicita que el habeas corpus es, como dijimos, sobre todo una garantía para las personas privadas de libertad, antes que un juicio adversarial en sentido tradicional.

Esta idea se refuerza unas líneas después, cuando el tribunal recuerda el estándar fijado en *Gallardo* (*Fallos* 322:2735), según el cual lo que caracteriza a este instituto es el objetivo de suministrar un recurso expeditivo para la protección de los derechos comprometidos cuando fuere urgente modificar el agravamiento de las condiciones de detención.

Entendemos, sin embargo, que lo más importante en relación con este primer aspecto del fallo es justamente que la Corte concluye que los hechos denunciados en el caso constituyen un supuesto de agravamiento ilegítimo de la forma o condiciones en que las mujeres alojadas en la Unidad n° 31 cumplen su detención. Al respecto, la Corte sostiene que

9 El art. 10 de la Ley N° 23098 estipula, en lo que aquí interesa, que “El juez rechazará la denuncia que no se refiera a uno de los casos establecidos en los artículos 3° y 4° de esta ley; si se considerara incompetente así lo declarará. En ambos casos elevará de inmediato la resolución en consulta a la Cámara de Apelaciones, que decidirá a más tardar dentro de las veinticuatro horas; si confirmare la resolución de incompetencia remitirá los autos al juez que considere competente”.

10 El art. 11 de la Ley N° 23098, en su parte pertinente, establece que “Cuando se tratare de la privación de la libertad de una persona, formulada la denuncia el juez ordenará inmediatamente que la autoridad requerida, en su caso, presente ante él al detenido con un informe circunstanciado del motivo que funda la medida, la forma y condiciones en que se cumple si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en el cual deberá acompañarla, y si el detenido hubiese sido puesto a disposición de otra autoridad a quien, por qué causa, y en qué oportunidad se efectuó la transferencia”.

la denegación de los beneficios en cuestión ha [...] importado empeorar el estado de las mujeres madres, con desconocimiento de su condición y la de sus hijos, pese a que las normas y principalmente las que integran el bloque de constitucionalidad establecen, como uno de los estándares mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales, el principio de no discriminación y la protección prioritaria a ciertos grupos mayormente vulnerables.¹¹

De esta manera, la Corte postula una concepción no restrictiva en materia de admisibilidad de acciones de habeas corpus. En contradicción con la posición de la Corte, la perspectiva más tradicional y conservadora en la materia postulaba que solo se podría considerar como agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención a los actos que pongan en riesgo la vida o integridad física de las personas detenidas. Sin embargo, la Corte pareciera reconocer en este caso la procedencia del habeas corpus correctivo como un mecanismo adecuado para lograr la protección de cualquier derecho reconocido a las personas privadas de su libertad, entre ellos, los derechos económicos, sociales y culturales.¹²

Podría saldarse así una vieja discusión que se presenta cotidianamente en juzgados de primera instancia, cámaras de apelaciones e incluso algunas salas de la Cámara Federal de Casación Penal, que consideran que el reclamo por la violación de derechos como el trabajo o el acceso a la seguridad social deben necesariamente plantearse por la vía ordinaria o través de la acción de amparo en fueros especiales.

A modo de ejemplo sobre este criterio judicial restrictivo, puede mencionarse el caso colectivo *Luna Vila Daiana s/ Habeas corpus*,¹³ en el cual la Sala I del tribunal federal de casación entendió que los reclamos por la vulneración del derecho al trabajo a partir de la falta de pago de las inasistencias justificadas

no encuentran subsunción en los supuestos de procedencia de la acción de habeas corpus previstos en los artículos 3 y 4 de la ley 23.098, toda vez que no versan sobre una limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria (art. 3 inc. 1º), ni sobre una agravación ilegítima de las condiciones de detención del interno (art. 3 inc. 2º), ni –finalmente– sobre limitaciones a la libertad derivadas de la declaración del Estado de Sitio (art. 4).

11 Ídem, nota 8, considerando 16.

12 Entre la jurisprudencia que previo al fallo de la Corte ya había considerado la viabilidad del habeas corpus para dar tutela a derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en general, pueden citarse entre esos numerosos precedentes los fallos sobre el derecho a la educación (“PETRISSANS, Diego s/recurso de casación”, 9/9/11, causa N°14.151 Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal; “GOLOVKO, Dmytro s/ habeas corpus” 29/12/11, causa N° 6057/1, Sala I Penal de la Cámara Federal de La Plata); derecho a las comunicaciones telefónicas (“DEFENSOR A CARGO DE LA DEFENSORÍA N°2 s/su presentación”, 23/11/11, causa N°10.396, Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 en lo Criminal y Correccional de Lomas de Zamora; KEPYCH, Yuriy Tiberievich s/recurso de casación”, 4/8/11, causa N° 14255, Sala II Cámara Federal de Casación Penal), derecho al mantenimiento de los vínculos familiares (“GUTIÉRREZ, Alejandro y otros s/ habeas corpus”, 4/12/12, causa N° 43.803/12, Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N°31 y 22/4/13 causa N° 15.588/13), derecho al tiempo libre y el esparcimiento (“DRES. PATRICIO N. SABADINI Y CARLOS M. AMAD –Fiscales– s/ Interponen Acción de Hábeas Corpus Correctivo a favor de DANIEL Eduardo Soria (Int. U-7)”, 14/5/13, causa N° 51.817, Cámara Federal de Resistencia), derecho al trabajo (“MÜLLER, Manrique Armando s/ Habeas Corpus”, 23/4/13, causa N° 7.111, Sala II de la Cámara Federal de La Plata).

13 CFPC, Caso “Luna Vila Daiana s/ Habeas Corpus”, Causa n° 1467, Sala I, sentencia del 26 de agosto de 2014.

Por su parte, la Sala III de la misma cámara adoptó este temperamento en los autos *Quiroz, Miguel Florencio s/ recurso de casación*.¹⁴

En sentido similar, la Sala III de la Cámara Federal de La Plata, al intervenir en el caso que motivó el fallo que comentamos, sostuvo que el derecho a recibir prestaciones de la seguridad social resulta una materia que “escapa al conocimiento del juez penal y que fue asignada por las leyes 24463 y 24655 a jueces con competencia específica”.¹⁵

Cabe aclarar que la Corte no está postulando que planteos como el realizado en este caso deben necesariamente tramitar por la vía de habeas corpus, en desmedro de otras alternativas procesales. La Corte solo se limita a señalar que la vía del habeas corpus también resulta procedente para abordar el análisis de este tipo de cuestiones, cuando ese es el camino que la parte actora eligió. No hay nada en la naturaleza de la cuestión de fondo o del derecho que se denuncia vulnerado (en este caso, el derecho a la seguridad social) que establezca de por sí la improcedencia del habeas corpus en favor de otros procedimientos de naturaleza no penal. La decisión acerca de cuál será la vía procesal adecuada en cada caso resulta una cuestión estrictamente contingente relativa a las particularidades del caso y del contexto en el que se formule un planteo de esas características.

Ahora bien, en cuanto a la dimensión de fondo del fallo, podemos decir que la Corte se expide respecto de varias cuestiones de importancia involucradas en la discusión, a las que haremos mención, pero nos centraremos fundamentalmente en aquellas que tienen que ver con los derechos sociales de las personas privadas de libertad.¹⁶

Entre ellas, el tribunal se refiere a la protección preferente que merecen los derechos de las niñas y niños, destacando que el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional establece la obligación estatal de dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, en la que incluye a las hijas e hijos menores de 4 años alojados con sus madres en prisión. Para el tribunal estas mujeres ejercen la responsabilidad parental, de modo que negarles las prestaciones de la seguridad social reclamadas, instituidas en favor de los niños, importa una violación al principio de no trascendencia de la pena establecido en el artículo 5, inciso 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A la vez, tiene por probado que la administración penitenciaria no provee a las detenidas todo lo necesario para la asistencia y cuidado de sus hijos e hijas, contrariamente a lo sostenido por ANSES. Con estos dos argumentos, descarta parte de los agravios de la autoridad requerida sobre la cuestión de fondo.

14 CFCP “*Quiroz Miguel Florencio s/ Recurso de Casación*”, Causa n° FLP 35410/2015, Sala III, sentencia del 1° de marzo de 2016.

15 CFLP, Caso “*Internas de la unidad n°31 SPF y otros s/ Habeas Corpus*”, Causa n° FLP 58330/2014, Sala III, sentencia del 11 de agosto de 2015.

16 Para un análisis de los pormenores del caso, antes del fallo de la Corte, cfr. Arcidiácono, P. (octubre de 2017) Madres privadas de libertad (y de las Asignaciones Familiares). Resistencias burocráticas y actuación judicial. *Derecho y Ciencias Sociales*, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica (FCJyS/ UNLP) (17), 207-225.

En el mismo sentido, cfr. Borda, R. D. (2014). El régimen de asignaciones familiares y la situación de las personas privadas de su libertad. ¿La cárcel es un límite infranqueable para los derechos (sociales)?, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* (4) Abeledo Perrot.

También tiene en cuenta el artículo 6 de la Ley de Protección Integral a las Mujeres N° 26458, que define como violencia institucional a aquella realizada por las/los funcionarios, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en la ley, y el Decreto Reglamentario N° 1011/2010 que, conforme el artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, dispone en su artículo 9, inciso u que la condición de mujer privada de libertad no puede ser valorada para la denegación o pérdida de prestaciones de la seguridad social.

A nuestro entender, sin embargo, lo más trascendente de esta dimensión del fallo son los estándares que fija el máximo tribunal en relación con el derecho a la seguridad social respecto de las mujeres que ejercen su maternidad en prisión. Asimismo, por la forma en que están desarrollados estos estándares por la Corte, ellos alcanzarían al resto del universo de las personas privadas de su libertad en nuestro país y estipularían una concepción amplia del derecho al trabajo que este colectivo vulnerable posee.

En este sentido, los jueces se encargan de recordar la doctrina del fallo *Dessy*, reiterada en *Méndez* (*Fallos* 334:1216), según la cual

el ingreso a una prisión no despoja a la persona de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional, de modo que toda situación de privación de la libertad impone al juez o funcionario que la autorice el deber de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos del detenido no afectados por la medida de que se trate.

Este estándar es la aplicación del principio de reserva que surge del artículo 2 de la Ley N° 24660, que expresamente dispone que la persona condenada podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten. Conforme este principio, el derecho a la seguridad social es de aquellos que no se encuentran afectados por la condena.

También se refieren al artículo 14 bis de la Constitución Nacional que consagra el derecho a las prestaciones de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable, y al artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce este derecho *para toda persona*. En cuanto a la normativa nacional, señalan que la Ley N° 24174 no establece distingo para que las mujeres embarazadas privadas de su libertad o las que permanecen en prisión con sus hijos e hijas hasta los 4 años sean beneficiarias de las asignaciones universales y familiares.

Estas nociones se integran con el hecho de que las mujeres integrantes del colectivo amparado ejercen la responsabilidad parental y con los estándares mínimos de protección de los derechos económicos sociales y culturales, como son el principio de no discriminación y la protección prioritaria a grupos especialmente vulnerables. Con esta última afirmación, aunque no lo dice expresamente, la Corte hace

aplicación de la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece la no discriminación y la protección de grupos desaventajados como obligaciones estatales de cumplimiento inmediato, no sujetas a los recursos disponibles.¹⁷ Con todo ello, concluye de forma categórica que “el ordenamiento jurídico no contiene norma, salvo la acreditación de las condiciones para resultar beneficiario, que justifique la denegación del reclamo al colectivo actor”.¹⁸

No obstante, en el considerando 10° realiza afirmaciones contundentes que definen el estatus del trabajo carcelario y permiten extender el reconocimiento del derecho a las asignaciones familiares más allá del colectivo de mujeres amparado en el caso.

Los jueces expresan que

el trabajo penitenciario constituye, sin lugar a dudas, una de las formas de trabajo humano que, como tal, goza de tutela constitucional (arts. 14 y 14 bis de la Constitución Nacional). La ley 24.660, en sus arts. 107, incs. F y g, 121 y 129, establece específicamente la retribución del trabajo y la deducción de los aportes correspondientes a la seguridad social.

En el fallo *Méndez*, de 2011, el máximo tribunal había abordado algunos aspectos del trabajo en contextos de encierro, invalidando la limitación salarial que establecía el artículo 121, inciso c de la Ley N° 24660. En esa oportunidad había sostenido que aquella disposición, que estipulaba una retención del 25% del salario para costear eventuales gastos que causare en el establecimiento la persona detenida, implicaba transferir a esta el costo de la obligación de su manutención que se encuentra en cabeza del Estado. Pero en el pronunciamiento que motiva este comentario los jueces avanzan en la cuestión y contribuyen a saldar otro debate, vinculado con la naturaleza del trabajo que realizan las personas privadas de libertad.

Así como lo sostuvo ANSES en este caso, la postura institucional invariable del Servicio Penitenciario Federal es que las tareas que desarrollan las personas detenidas constituyen una suerte de “laborterapia” en lugar de trabajo, por lo cual estas no tienen relación de dependencia con la administración penitenciaria y no se encuentran alcanzadas por la legislación laboral y de seguridad social vigentes.

Existen importantes pronunciamientos de la Cámara Federal de Casación que invalidan este criterio, como la sentencia dictada por la Sala II en los autos *Képych Yúriy Tibériyevich s/ recurso de casación*,¹⁹ en

17 El Comité establece que “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas [...] consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación’”. Asimismo, subraya el hecho de que “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo”.

18 Ídem, nota 8, considerando 16.

19 CFCP, “Caso Képych Yuriy Tiberiyevich s/ Recurso de Casación”, Causa n° 1318/13, Sala II, sentencia del 1° de diciembre de 2014.

la que se afirmó el carácter laboral, con todos sus alcances, del trabajo desarrollado por los detenidos en las prisiones y se ordenó la elaboración de un régimen de trabajo para las personas privadas de su libertad que, a la par de organizar aquellas relaciones laborales sumamente específicas, se adapte a los principios rectores impuestos por instrumentos internacionales de derechos humanos y normativa local. En el caso *Internos Unidad N° 4 s/ habeas corpus*²⁰ la Sala I adoptó un temperamento similar.

En forma coincidente, la experta Elsa Porta afirma que

el trabajo voluntario prestado por los internos en la prisión, tiene plena protección constitucional, ya que el art. 14 de la Carta Magna garantiza a todos los habitantes de la Nación el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita y el art. 14 bis declara que el trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.²¹

A la vez, explica que

el acceso al trabajo de una persona privada de la libertad ambulatoria, en su lugar de detención, no resulta ser una concesión graciable del estado, en general, ni de los distintos servicios penitenciarios, en particular, sino que, de conformidad con lo expresamente dispuesto por el artículo 106 de la ley 24.660, constituye un derecho y un deber de la persona condenada y un derecho de la persona procesada [art. 97 RGP], por lo tanto, el acceso al trabajo no puede ser entendido como un medio de gobierno de la prisión, ni como premio que se concede a algunos detenidos, ni como castigo que se impone a otros. La normativa vigente en nuestro país consagra al trabajo como un derecho de las personas privadas de la libertad ambulatoria; derecho que tiene particular relevancia porque significa que se impone al estado, correlativamente, el deber indelegable de asegurarles el efectivo y pleno ejercicio del derecho al trabajo.²²

Por su parte, la Comisión Especial de Estudio sobre las Condiciones de Vigencia y Estado de las Relaciones Laborales en el Marco del Trabajo Prestado en Condiciones de Encierro de las Personas Privadas de su Libertad Ambulatoria ha entendido que

20 CFCP, "*Caso Internos Unidad n° 4 s/ Habeas Corpus*", Causa n° FBB 7825/2016, Sala I, sentencia del 16 de marzo de 2017.

21 Porta, E. El trabajo intramuros de las personas privadas de libertad. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41608-trabajo-intramuros-personas-privadas-libertad>.

22 *Ibidem*, nota 21, p. 70 y ss.

las personas detenidas tienen derecho a que el Estado les proporcione un trabajo productivo, rentable y que ocupe plenamente la jornada laboral, ya que en el esquema de la ley 24.660 no hay espacio para la laborterapia, ni para el trabajo benévolo.²³

A pesar de todo ello, el SPF insiste con su postura institucional y la discusión se reedita en los tribunales, que la han acogido en algunos casos como los ya nombrados *Luna Vila* y *Quiroz*, entre otros.

Entendemos que las palabras de la Corte en esta sentencia ponen fin —o deberían hacerlo— a esta controversia sobre el derecho al trabajo, que incluye también el derecho a las prestaciones de la seguridad social de las y los trabajadores privados de libertad. De manera que al hacer lugar a la acción de habeas corpus no solo reconoce el derecho a las asignaciones universales y familiares para el grupo de mujeres embarazadas y madres alojadas junto con sus hijos e hijas en la Unidad n° 31 del SPF, sino que también coloca al trabajo en contexto de encierro en un pie de igualdad con el trabajo que se desarrolla en el medio libre, otorgando a quienes trabajan al interior de las prisiones la cobertura de la normativa nacional e internacional vigente en materia laboral y de seguridad social.

III. Conclusión

Como hemos señalado, el fallo bajo análisis aborda varios puntos vinculados con la protección de los derechos de las personas privadas de libertad. La Corte Suprema consolida su jurisprudencia en materia de habeas corpus, reforzando estándares referidos al trámite que debe imprimirse a estas acciones a fin de que operen como una verdadera garantía para este colectivo vulnerable. A la vez, adopta un criterio amplio que admite la procedencia de la vía para la protección de derechos sociales en general y, en particular, reconoce que las personas presas son titulares del derecho a la seguridad social y el derecho al trabajo.

En este sentido, la sentencia no solo es auspiciosa para las integrantes del colectivo amparado —que aún aguardan la ejecución de la sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal que se intenta implementar desde 2016—, sino que tiene enorme potencialidad para aportar a la solución de otras vulneraciones sistemáticas de derechos sociales que se dan en el encierro.

²³ Informe final, p. 5 y ss. La comisión ha sido integrada por diferentes actores de la sociedad civil, convocados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, ante la sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal, que ordenaba la creación de una regulación específica para las relaciones laborales intramuros que reconociera la vigencia de los principios del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Violencia de género

CSJN, “Recurso de hecho deducido por R. M. M. en la causa ‘Callejas, Claudia y otra s/violación de secretos’”, 27 de febrero de 2020

Por Francisca Baur Noblia¹

I. Hechos

En el año 2012,² M. M., nombre ficticio empleado para proteger su intimidad, concurrió a la guardia de la Maternidad Nuestra Señora de las Mercedes, institución pública de la ciudad de San Miguel de Tucumán, con una hemorragia ginecológica. Fue atendida por la jefa de guardia, Claudia Callejas, y la médica residente, Alejandra Berenguer, quienes diagnosticaron un “aborto provocado” y efectuaron una denuncia policial, pese a que la paciente había manifestado que utilizaba anticonceptivos inyectables e ignoraba estar embarazada. Con ese diagnóstico, las médicas le practicaron un legrado sin anestesia y convocaron al personal policial a la sala donde estaba internada para tomarle declaración sobre la denuncia en su contra.

A raíz de estos hechos, se inició una causa penal en la cual M. M. fue sobreseída por inexistencia del delito el 8 de diciembre de 2015. Posteriormente, demandó a las médicas por haber incumplido el deber de guardar el secreto profesional y haberla sometido a violencia obstétrica, física, psíquica e institucional, iniciando el proceso en el marco del cual se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN).

¹ Abogada (UBA). Auxiliar docente (Facultad de Derecho, UBA). Se desempeña laboralmente en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

² Los hechos del caso no mencionados en la sentencia y en el dictamen de la Procuración General de la Nación fueron extraídos de Deza, S. (2014). *Caso María Magdalena: secreto médico, denuncias y violencias*, en S. Deza, M. Álvarez y A. Iriarte, Alejandra, *Jaque a la reina. Salud, autonomía y libertad reproductiva en Tucumán*. Ituzaingó: Cienflores. Cabe señalar que Soledad Deza patrocina a M. M. en la causa.

El caso llegó a la CSJN a través de un recurso extraordinario interpuesto por M. M. contra la resolución de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, que confirmó la denegación de su pedido de ser constituida en parte querellante y de que no se archivaran las actuaciones. El tribunal entendió que ante la decisión del fiscal de instrucción que denegó ambas peticiones,³ M. M. solo había recurrido el archivo de la causa. Mediante un razonamiento circular, se la excluyó del proceso: según el juez de instrucción, no podía ser tenida como parte querellante porque no había impugnado en tiempo y forma (de acuerdo al artículo 93 del Código Procesal Penal de Tucumán) la decisión inicial del fiscal y, por ese motivo, no estaba legitimada para cuestionar el archivo de la causa. La Corte tucumana, al confirmar estas resoluciones, señaló que la garantía de acceso a la justicia prevista en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos está condicionada al cumplimiento de las normas procesales aplicables, y que la perspectiva de género no incide en el deber de cumplimiento de las normas procesales.

El 27 de febrero de 2020, la CSJN hizo lugar al recurso de queja planteado por M. M., remitiéndose a los argumentos esgrimidos en el dictamen de la procuradora fiscal subrogante, Irma Adriana García Netto,⁴ y ordenó al tribunal de origen que dictara un nuevo pronunciamiento en esa línea.

En su dictamen, la procuradora consideró que el recurso extraordinario había sido mal denegado y que correspondía hacer lugar a la queja. Según su opinión, el tribunal provincial había realizado una “interpretación formalista” de la pretensión de M. M., constitutiva de una denegación de acceso a la justicia de quien alegaba ser víctima de violencia de género.

Mencionó que la protección de sus derechos estaba especialmente garantizada por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW),⁵ la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁶ (en adelante, Convención de Belém do Pará) y la Ley N° 26485.⁷

En el dictamen, se detallaron las normas atinentes al caso, vinculadas con el derecho de acceso a la justicia de las mujeres y la violencia obstétrica, institucional y contra la libertad reproductiva. Además, la procuradora advirtió que el archivo de la investigación penal por presuntos hechos de violencia contra una mujer sin su participación idónea podría configurar un incumplimiento del

3 El fiscal de instrucción ordenó el archivo argumentando la vigencia de una obligación de las médicas de denunciar “maniobras abortivas” y sosteniendo que la relación entre las médicas denunciadas y su paciente es “una relación médico-paciente no-formal”. Deza, S. (2013). *Deber de guardar el secreto profesional en situaciones postaborto*, *Microjuris*, MJ-DOC-6342-AR | MJD6342. Nota al pie número 4.

4 Dictamen de la procuradora fiscal subrogante, en la causa “Recurso de hecho deducido por R. M. M. en la causa Callejas, Claudia y otra s/violación de secretos”, 8 de marzo de 2017.

5 La CEDAW prevé en su artículo 2, inciso c, el derecho de acceso a la justicia de las mujeres. En su artículo 15, establece que los Estados se comprometen a garantizar a través de sus tribunales la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

6 La Convención de Belém do Pará contempla el derecho de las mujeres a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que las ampare contra actos que violen sus derechos (artículo 4, inciso g). Además, obliga a los Estados a establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (art. 7, inc. f).

7 La provincia de Tucumán adhirió a la Ley N° 26485 mediante la Ley provincial N° 8336.

deber del Estado de investigar con debida diligencia todos los actos de violencia contra las mujeres, según lo establecen la CEDAW y la Convención de Belém do Pará.

II. Análisis de lo decidido

Como puede advertirse de la reseña realizada hasta aquí, el caso de M. M. llega a la CSJN con un debate acerca de cómo decisiones de índole procesal pueden impactar en el derecho de acceso a la justicia de las mujeres. Este caso concentra una pluralidad de temas de sumo interés, como el secreto profesional en casos de aborto y la violencia obstétrica, y la afectación de los derechos reproductivos de las mujeres como violencia de género.⁸ Sin embargo, la extensión de este trabajo nos obliga a concentrarnos en lo que fue objeto del dictamen de la procuradora. Por ese motivo, en este comentario intentaremos profundizar el análisis de algunos argumentos allí esgrimidos.

II. a. Marco normativo del derecho de acceso a la justicia de las mujeres

El derecho de acceso a la justicia de las mujeres está especialmente previsto en los tratados internacionales específicos en la materia⁹ y por la Ley N° 26485. En el ámbito internacional, surge de los artículos 2, inciso c, y 15 de la CEDAW. De esas normas se desprende que el Estado se ha comprometido a garantizar la protección jurídica de los derechos de la mujer y a asegurar, a través de los tribunales nacionales competentes, su protección efectiva contra todo acto de discriminación. A esas referencias podríamos agregar el artículo 2, inciso e, que obliga a los Estados a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona, entre las que, como es obvio, se incluye al Poder Judicial.

En el ámbito regional, la Convención de Belém do Pará reconoce el derecho de las mujeres a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos (art. 4, inc. g). En su artículo 7 establece una serie de obligaciones a cargo de los Estados, tendientes, entre otras cuestiones, a garantizar su derecho de acceso a la justicia, entre las que se destaca el deber de actuar “con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (inc. b). De ello se desprende el resto de los compromisos de los Estados respecto del acceso a la justicia: la adopción de medidas de carácter normativo, que abarquen tanto la creación de nuevas normas que propendan a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, así como la abolición de aquellas que frustren ese objetivo (incs. c y e); la eliminación de prácticas jurídicas y consuetudinarias que respalden la persistencia y tolerancia de la violencia contra la mujer (inciso e); y la implementación de procedimientos y

⁸ La Ley N° 26485 contempla dos modalidades específicas de violencia que afectan estos derechos: la violencia contra la libertad reproductiva y la violencia obstétrica (art. 6, incs. d y e, respectivamente).

⁹ La CEDAW y la Convención de Belém do Pará son complementarias a lo dispuesto sobre el derecho de acceso a la justicia por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, inc. 3, y 14), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8.1 y 25) y el artículo 18 CN. La CEDAW fue aprobada por la Ley N° 23179 y goza de jerarquía constitucional desde 1994. La Convención de Belém do Pará fue aprobada mediante la Ley N° 24632.

mecanismos legales que garanticen el acceso tanto a medidas de protección y a un juicio oportuno como al efectivo resarcimiento, reparación u otros medios de compensación justos y eficaces (incs. f y g).

La Ley N° 26485 consagra el acceso a la justicia como uno de los principales derechos de la mujer (art. 3, inc. i) y, al mismo tiempo, como uno de sus objetivos centrales (art. 2, inc. f). En su artículo 16 establece una serie de derechos y garantías mínimas en el curso de los procesos judiciales; en particular, la obtención de una respuesta oportuna y efectiva (inc. b), el derecho a ser oída (inc. c), a que su opinión sea tenida en cuenta (inc. d) y a participar del proceso (inc. g).

Con respecto a este derecho, las Reglas de Brasilia¹⁰ establecen que “la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia” (punto 8, apartado 17), y disponen la adopción de medidas para garantizar a las mujeres la tutela de sus derechos ante el sistema de justicia (mismo punto, apartado 20).

De la lectura de estos instrumentos, podemos concluir que el derecho de acceso a la justicia de las mujeres está específicamente contemplado en nuestra legislación y que su ejercicio efectivo es responsabilidad del Estado.

Siguiendo a Piqué,

la insistencia de los organismos internacionales de derechos humanos en estas “obligaciones reforzadas” de los Estados a la hora de garantizar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género tiene su razón de ser en que, históricamente, el camino hacia la justicia para esta población ha sido particularmente accidentado.¹¹

Esta situación fue planteada también por el Comité de la CEDAW, que observó “una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia”,¹² situación que se replica, lamentablemente, en el caso de M. M.

10 “Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en la ciudad de Brasilia, entre el 4 y el 6 de marzo de 2008. La CSJN adhirió a las reglas mediante la Acordada N° 9 del 24 de febrero del año 2005.

11 Piqué, M. L. (2017). “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”, en Di Corleto, J. (comp.), *Género y Justicia Penal*, Buenos Aires: Didot, p. 314.

12 CEDAW/C/CG/33, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 33 sobre el acceso a la justicia de las mujeres, del 23 de julio de 2015, párr. 3. En el mismo sentido, ver CIDH, Relatoría sobre Derechos de las Mujeres, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, 20 de enero de 2007.

II. b. El excesivo rigor formal desde la perspectiva de género

Al resolver el recurso planteado por M. M., la Corte Suprema de Justicia de Tucumán consideró que

la “perspectiva de género”, que serviría indudablemente en el análisis de la cuestión de fondo, a efectos de la determinación de la existencia o no de la configuración del delito de violación de secreto profesional, *no puede tener incidencia respecto de la falta de cumplimentación de los requisitos que las leyes procesales imponen*.¹³

Así, el tribunal propició una valoración diferenciada entre las normas de forma y de fondo. A nuestro parecer, esa afirmación sostiene una distinción injustificada entre la interpretación que merecen unas y otras normas, que contraría lo dispuesto por el marco normativo en materia de género reseñado más arriba. En particular, ninguno de los instrumentos comentados diferencia qué tipo de leyes (u otras normas) deben ser interpretadas a la luz del sistema de protección de derechos de las mujeres, por lo que no habría, en principio, motivo alguno para excluir las normas del proceso de la “debida diligencia” de los Estados al respecto.

Por el contrario, consideramos que los instrumentos nacionales e internacionales disponen que la perspectiva de género debe pautar la interpretación de *todo* nuestro sistema jurídico, de manera integrada. Esto implica que, al aplicar las normas penales sustantivas o procesales, los jueces deben otorgarles una interpretación que las haga compatibles con los principios de igualdad de género.¹⁴

El Comité de la CEDAW se pronunció al respecto en su Recomendación N° 28:

los Estados partes deben asegurarse de que los tribunales apliquen el principio de igualdad tal como está enunciado en la Convención e interpretar la ley, en la mayor medida posible, de conformidad con las obligaciones de los Estados partes en virtud de la Convención.¹⁵

En este caso, la Corte Suprema tucumana interpretó de una manera escindida el ordenamiento jurídico, considerando compartimentos estancos a las reglas de fondo y de forma, cuando debería haber efectuado una interpretación integrada y con perspectiva de género.

13 Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala Civil y Penal. “S/ violación de secreto profesional y obstétrica. Recurso de queja interpuesto por R. M.”. Sentencia No. 963, del 30 de septiembre de 2014. El destacado me pertenece.

14 Gullco, H. (2012). “La discriminación de género en el proceso judicial”, en Chinkin, Ch. et al, *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, p. 99.

15 CEDAW/C/GC/28, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, del 16 de diciembre de 2010, párr. 33.

Al analizar la sentencia de la corte provincial, la Procuradora se refirió al “excesivo rigor formal”. Esta doctrina fue inaugurada por la CSJN en los fallos “Colalillo”¹⁶ y “Besada Torres”¹⁷ y se sostiene hasta la actualidad¹⁸ como un supuesto específico de arbitrariedad de las sentencias, justificada en la protección del derecho de defensa en juicio. Siguiendo a Carrió, la noción del exceso ritual manifiesto plantea que “es arbitrario, esto es, violatorio de la garantía de la defensa en juicio, todo procedimiento que, hipertrofiando las formas, incurre en una deliberada renuncia a la verdad sustancial”.¹⁹

De acuerdo a esta regla, y sin pretender desatender la importancia de las normas procesales, estas pueden flexibilizarse cuando se busca garantizar un derecho sustantivo que, de lo contrario, quedaría desprotegido sin razón suficiente. En este sentido, Carrió sostiene que “el criterio judicial para descalificar una sentencia por considerarla incurso en exceso ritual manifiesto solo merecerá reconocimiento si la descalificación está sustentada en buenas razones”.²⁰

En el caso de M. M. creemos que la efectividad de su derecho de acceso a la justicia resulta una “buena razón”, como gratamente lo ponderó la procuradora. Así, la perspectiva de género en el análisis del caso fue el elemento central para cuestionar la legitimidad de una sentencia asentada en consideraciones plenamente formales.

II. c. Obstáculos al acceso a la justicia de las mujeres

Frecuentemente, los obstáculos al derecho de acceso a la justicia provienen de comportamientos, prácticas y patrones de algunos sectores del Poder Judicial a la hora de juzgar sobre los derechos de las mujeres. De acuerdo a Piqué,

la condición de vulnerabilidad ante la justicia de las mujeres víctimas de violencia no proviene (solamente) de las especiales características de los delitos que suelen afectarlas, ni de sus secuelas, sino más bien de la existencia de patrones, normas y prácticas socioculturales discriminatorios que permean el sistema de justicia penal.²¹

Este tipo de discriminación es la que el Comité de la CEDAW ha calificado como “discriminación indirecta”, que

16 CSJN, *Fallos* 238:550.

17 CSJN, *Fallos* 247:176.

18 Ver, por ejemplo, CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa P., S. M. y otro s/ homicidio simple”. Sentencia del 26 de diciembre de 2019. Considerando N° 5.

19 Carrió, G. R. (1990). “Exceso ritual manifiesto y garantía constitucional de la defensa en juicio”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (7), p. 63.

20 Ídem, p. 76.

21 Piqué, M. L. (2017), *op. cit.*, p. 316.

tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra [...] pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra.²²

En el caso de M. M., la aplicación de una norma procesal que a primera vista puede parecer “neutral” bloqueó su posibilidad de encabezar una defensa real de sus derechos. Creemos que la aplicación de normas “neutras” puede pensarse de una manera más crítica cuando se resuelven conflictos en los que gravita la cuestión de género; y en especial, cuando está involucrada una cuestión compleja como la del aborto. En esa línea, Facio señala que

no se conoce ningún objeto, y menos aún un objeto en el campo de lo jurídico, desde una actitud axiológicamente neutra. Además, toda descripción o análisis de la realidad se hace desde alguna perspectiva, generalmente androcéntrica, que es la que pasa por una no perspectiva.²³

En el mismo sentido, Heim aporta que

la mayoría de las leyes, las instituciones jurídicas (incluidas tanto las de derecho sustantivo como procesal) y los mecanismos de acceso a la justicia no son neutrales, en sentido general, sino que son masculinos, en particular, porque expresan un punto de vista androcéntrico.²⁴

De acuerdo a estas autoras, el contacto de las mujeres con el sistema de justicia, y en especial, el sistema penal, se da en condiciones de desventaja porque operan puntos de vista, prácticas, comportamientos, interpretaciones que, más allá de lo que establezca la letra de la ley, condicionan su rol en el proceso. Deza sostuvo que “el caso ‘M. M.’ atraviesa un momento de resistencia del Poder Judicial a investigar el delito de violación de secreto y las violencias obstétrica, física, psicológica e institucional denunciadas”.²⁵

Las razones que pueden explicar esta resistencia son múltiples y complejas, pero consideramos que la cuestión de género y, en especial, la cuestión del aborto gravitan sobre ellas. Entendemos que la solución del caso de M. M. en Tucumán puede entenderse como una de estas prácticas, comportamientos y patrones que dificultan el acceso de las mujeres a la justicia.

22 CEDAW/C/GC/28, cit., párr. 33.

23 Facio, A. (2017). Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género. En P. Bergallo y A. Moreno (coords.), *Hacia políticas judiciales de género*. Buenos Aires: Jusbaire, p. 313.

24 Heim, D. (2016). *Mujeres y acceso a la justicia*. Buenos Aires: Didot, p. 308.

25 Deza, S. (2014), *op. cit.*, p. 160. Al momento de la publicación, el proceso aguardaba el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, que confirmó lo decidido en las instancias anteriores.

Sobre esta cuestión, es relevante lo dicho por el Comité de la CEDAW en su Recomendación General N° 33:

Los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres. [...] El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen de manera defectuosa. En consecuencia, el arraigo de estereotipos acerca de las mujeres opera sobre el desempeño de los agentes de la justicia, e influyen en las investigaciones y en el trámite de los juicios y, consecuentemente, en la sentencia.²⁶

En este punto, cabe recordar los artículos 5, inciso a de la CEDAW y 6 de la Convención de Belém do Pará, que comprometen a los Estados a tomar medidas para eliminar estereotipos de género que entorpecen el ejercicio y la defensa de los derechos de las mujeres e impiden su acceso a recursos efectivos. Al respecto, el Comité de la CEDAW manifestó su preocupación acerca de las barreras que dificultan el acceso de las mujeres a la justicia en nuestro país, tales como “los estereotipos discriminatorios, la parcialidad judicial y los escasos conocimientos sobre los derechos de la mujer en el poder judicial”.²⁷

II. d. Incumplimiento del deber de investigar y responsabilidad internacional

El contacto de las mujeres con el sistema de justicia penal sigue siendo, en buena medida, una experiencia negativa y hasta traumática, pese a los significativos desarrollos que se advierten en América Latina en materia de violencia de género.²⁸ La inercia de muchos de los integrantes de la magistratura es parte de la tolerancia del Estado a las agresiones a mujeres.²⁹

Esta idea parece no ser exclusiva de su participación como víctimas o imputadas en el proceso penal, sino que aplica también cuando pretenden participar como querellantes. Tanto en su interacción con el sistema de salud como con el de justicia, el contacto de M. M. con el Estado estuvo signado por la violencia, lo que da cuenta de un complejo entramado de obstáculos para el acceso a la justicia de las mu-

26 CEDAW/C/CG/33, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 33 sobre el acceso a la justicia de las mujeres, 23 de julio de 2015, párr. 27.

27 CEDAW/C/ARG/CO/7 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina, 25 de noviembre de 2016, párr. 12.

28 Piqué, M. L. (2017), *op. cit.*, p. 316.

29 Di Corleto, J. (2019) “Controversias en torno a los “escraches” por hechos de violencia de género en Cuadernos de investigación. Apuntes y claves de lectura sobre Women, Crime and Criminology, de Carol Smart”. *Revista Cuestiones Criminales*. Suplemento especial (2). Laboratorio de Estudios Sociales y Culturales, Universidad Nacional de Quilmes, pp. 154 a 166.

jeros, particularmente cuando están en juego sus derechos sexuales y reproductivos. En ambas instancias, M. M. fue repelida por el Estado, en actos que consideramos constitutivos de violencia institucional.³⁰

Al respecto, Deza sostiene:

la resistencia para investigar, el desprecio por investigar la violación de un derecho humano como es el derecho a vivir una vida libre de violencia, la indolencia ante una problemática que incluye vulnerabilidad, clase desventajada, asimetría de poder y actividad estatal como ingredientes principales, la denegatoria de acceso a la justicia, la falta de enfoque de género y la negativa a siquiera nombrar la violencia denunciada configuran una clara tolerancia a la violencia o bien, violencia institucional.³¹

La Corte IDH ha enfatizado en que la ineficacia judicial frente a este tipo de hechos propicia un ambiente de impunidad, envía un mensaje de tolerancia y promueve la repetición de los hechos de violencia en general, favoreciendo la aceptación social del fenómeno de la violencia de género y la desconfianza de las mujeres en el sistema de justicia.³²

Como consta en el dictamen de la procuradora,

el archivo de la investigación penal por presuntos hechos de violencia contra una mujer sin la participación idónea de quien alega ser víctima podría configurar un incumplimiento de investigar con debida diligencia todos los actos de violencia contra las mujeres.

En efecto, la conducta del Poder Judicial de Tucumán implicó el incumplimiento del deber de garantizar la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación y, consecuentemente, de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.³³

En este aspecto, el pronunciamiento de la CSJN en remisión a los argumentos del dictamen nos parece importante, pues revirtió una decisión judicial que podría haber decantado en responsabilidad internacional del Estado argentino.

30 El artículo 6, inciso b, de la Ley N° 26485 define como violencia institucional contra las mujeres “aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley”.

31 Deza, S. (2014), *op. cit.*, p. 163.

32 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 388 y 400; *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 193; *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 208, y *Caso Espinoza González Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 280.

33 De acuerdo a los artículos 2, inciso c, de la CEDAW, y 7 inciso b de la Convención de Belém do Pará.

III. Palabras finales

A modo de cierre, celebramos que la procuradora haya propiciado una solución favorable y en perspectiva de género del caso y que la CSJN haya remitido a sus argumentos. Nos parece importante que el proceso continúe con la participación de M. M. y se condene la violencia a la que fue sometida.

Esta posición no debe interpretarse como una demanda punitivista, pues consideramos que la violencia de género es un problema social y político sumamente complejo que no debe encontrar en el derecho penal su único cauce, y coincidimos con Arduino cuando sostiene que “resulta clave comprender y posicionarse mejor frente a las instrumentalizaciones de las demandas contra las violencias de género al servicio de la expansión del aparato de persecución penal”.³⁴

Sin embargo, el proceso penal es el mecanismo que, actualmente, establece nuestro sistema jurídico y, si bien es insuficiente para dar una respuesta integral al problema de la violencia de género, constituye una “herramienta de jerarquización de conflictos”.³⁵ En ese sentido, como plantea Heim, se alinea el proyecto jurídico feminista, aún en sus diferentes corrientes y propuestas sobre el uso del derecho, al oponer una fuerte resistencia a la instrumentalización de la ley como estrategia de perpetuación de las relaciones de opresión del patriarcado, y al plantear usos de las instituciones jurídicas compatibles con una teoría y una práctica de la emancipación.³⁶

De todas formas, consideramos que la discusión que llega a la CSJN deja entrever un contexto importante cuando de derechos de las mujeres, y en especial, de derechos reproductivos se trata, y que no está mencionado expresamente en el dictamen ni en el fallo. A nuestro entender, el caso de M. M. tiene como trasfondo el debate aún irresuelto en nuestro país acerca de la interrupción voluntaria del embarazo. Detrás de las prácticas del sistema judicial y de salud existen posiciones ideológicas y políticas encontradas respecto de este tema que, especialmente en la provincia de Tucumán, presenta una profunda resistencia que, lamentablemente, redundará en la vulneración de los derechos de las mujeres.³⁷

Si bien es cierto que el dictamen de la procuradora se limitó debidamente a lo que fue objeto del recurso, entendemos que tener en cuenta esta situación a la hora de interpretar los procedimientos y las decisiones del Poder Judicial de Tucumán en el caso resulta insoslayable.

Dicho esto, y en conclusión, nos parece importante que el caso se haya resuelto favorablemente para M. M., pues “el campo jurídico es una arena en donde se juegan los significados sociales, un

34 Arduino, I. (2018). “Entre la victimización opresiva y la justicia emancipatoria: articulaciones entre feminismo y justicia penal”, en Nijensohn, M. (comp.), *Los feminismos ante el neoliberalismo*. Adrogué: La Cebra, p. 59.

35 *Ibidem*.

36 Heim, D. (2016), *op. cit.*, p. 308.

37 En la provincia de Tucumán han tenido lugar también los gravísimos casos de “Lucía” y “Belén”. Además, durante el debate sobre la interrupción legal del embarazo dado en el Congreso de la Nación en 2018, la Legislatura provincial aprobó un proyecto de ley declarando a Tucumán como “Provincia provida” (Expediente 214-PL-18).

escenario de lucha donde se debate lo legítimo y lo ilegítimo”.³⁸ Siguiendo a Ruiz, “ser un operador jurídico importa el dominio de un saber que da poder, y que marca simbólicamente, pero con efectos terriblemente reales, la distinción entre existir o no existir como sujeto”.³⁹ Celebramos que la procuradora haya marcado la diferencia a favor de la existencia de M. M., y esperamos a que lo mismo haga la justicia de Tucumán en su nueva intervención.

38 Alfieri, E. (2019). “Violencia de género y reclamos de castigo en Cuadernos de investigación. Apuntes y claves de lectura sobre Women, Crime and Criminology, de Carol Smart”. *Revista Cuestiones Criminales*. Suplemento especial (2). Laboratorio de Estudios Sociales y Culturales, Universidad Nacional de Quilmes, p. 189.

39 Ruiz, A. (2017). “Mujeres y justicias”. *Revista Pensar en Derecho*, (9). Buenos Aires: Eudeba, p. 31.

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Seguridad social

Corte IDH, *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C N° 375

Por Renée Mariño Álvarez¹

I. Introducción

Por primera vez en el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció en el caso que aquí se comenta la responsabilidad internacional de un Estado por la violación, entre otros, del derecho a la seguridad social, reconociendo así la justiciabilidad directa de este derecho en forma autónoma al amparo del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

II. Hechos del caso

A fines de septiembre de 1990, el Sr. Oscar Muelle Flores, ingeniero civil y gerente general adjunto de una importante empresa minera estatal, decidió acogerse a los beneficios jubilatorios. En consecuencia, fue incorporado al régimen jubilatorio en los términos del Decreto Ley 20530,² que disponía el pago de pensiones por jubilación niveladas para los funcionarios públicos del Estado.

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho, UDELAR). Defensora Pública Interamericana. Defensora Pública de Familia de Montevideo. Profesora asistente de Derecho Internacional Público (UDELAR).

² El Decreto-Ley N° 20530 disponía que el monto de la pensión por jubilación debía ser igual al salario vigente percibido por el trabajador en ejercicio de la misma función al momento del pago efectivo de la misma.

La víctima recibió el pago de su jubilación de conformidad con dicho régimen durante unos pocos meses, hasta febrero de 1991, momento en el que la empresa dictó una resolución de Directorio por la cual suspendió la aplicación del Decreto Ley 20530 a todos sus trabajadores.

Ante dicha resolución, el Sr. Muelle Flores interpuso una acción de amparo, la cual fue declarada fundada por el Tribunal y confirmada en todas las instancias internas. Sin embargo, en febrero de 1993 la empresa dictó un nuevo Acuerdo de Directorio por el cual suspendió el pago de las pensiones por jubilación a los ex trabajadores, incluido él. Por ende, el Sr. Muelle Flores interpuso un nuevo recurso de amparo, que fue resuelto favorablemente por el Tribunal Constitucional en diciembre de 1999 ordenando a la empresa continuar con el pago de la pensión por jubilación renovable del Sr. Muelle.

Ante el incumplimiento de las sentencias de amparo referidas, el Sr. Muelle decidió iniciar el correspondiente proceso de ejecución, que pese a haber obtenido un pronunciamiento favorable por parte de la Corte Suprema, nunca fue cumplido.

Si bien la víctima recibió por parte de la empresa minera el pago de una suma simbólica durante algunos años, dicha empresa cesó estos pagos en ocasión de que el Sr. Muelle debió viajar al exterior a fin de recibir tratamiento por padecer hipoacusia severa. De este modo, el incumplimiento en el pago de la pensión jubilatoria se prolongó por más de veinticuatro años, no obstante las diversas acciones legales oportunamente emprendidas por el Sr. Muelle Flores (dos procesos de amparo, un procedimiento contencioso administrativo y el proceso de ejecución de sentencia).

Por otra parte, no se brindó la correspondiente cobertura por asistencia de salud que le correspondía al ex trabajador de conformidad a derecho por más de dos décadas, no obstante la especial condición de persona mayor de la víctima, quien además era portadora de una discapacidad.

Unos meses después de haber arribado el caso a la Corte IDH, el estado de salud del Sr. Muelle Flores empeoró. Para ese momento contaba con 82 años de edad, y a su discapacidad auditiva severa (hipoacusia), se le sumó un diagnóstico de Alzheimer y una caída con fractura de cadera, por lo que debió ser intervenido quirúrgicamente a efectos de realizarse una prótesis de cadera. En virtud de no tener la cobertura de salud pública que le correspondía, tuvo que acudir a la ayuda de familiares a fin de poder recibir la atención médica en forma privada.

III. Trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El 8 de abril de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió la petición de la víctima.

En su informe de fondo, dictado diecinueve años después, la Comisión consideró que el presente caso forma parte de una “problemática estructural de alcance general consistente en el incumplimiento de sentencias judiciales agravado por una práctica conforme a la cual las autoridades judi-

ciales a cargo de la ejecución de dichas sentencias no implementan mecanismos coercitivos para asegurar dicho cumplimiento”.³

En síntesis, concluyó que el Estado de Perú era responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, propiedad privada y protección judicial, establecidos en los artículos 8.1, 21, 25.1 y 25.2.c de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas por el artículo 1.1. Asimismo, declaró el incumplimiento del artículo 2 de dicho instrumento.

IV. Peticiones de la víctima

En el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, se acudió a la jurisprudencia de la Honorable Corte Interamericana,⁴ con el objeto de determinar el verdadero alcance del derecho a la seguridad social, concibiéndolo como un derecho autónomo derivado del artículo 26 de la CADH.

Se argumentó, en forma complementaria a lo sostenido en el Informe de Fondo por la CIDH, que el presente caso era un ejemplo de lucha continua iniciada por un trabajador ante la cesación arbitraria de su pensión por jubilación, perpetuada por más de veintiséis años. En consecuencia, no bastaba con la declaración de violación de los artículos 21 y de los artículos 8 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH para comprender de forma global las privaciones sufridas, sino que era imprescindible declarar la violación del artículo 26 de la CADH, ya que el punto neurálgico de la demanda giraba en torno del derecho social a la seguridad social.

V. Reflexiones acerca de la sentencia de la Corte IDH

A. Respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial y protección judicial, la sentencia declaró, por unanimidad, la responsabilidad del Estado ante la omisión en la ejecución de las decisiones jurisdiccionales dictadas en el ámbito interno que ordenaban la reincorporación del Sr. Muelle Flores al régimen pensionario del Decreto Ley 20530.

Como fuera alegado por los representantes, el Estado no solo incumplió con las sentencias dictadas, sino que fue omiso al no brindar un recurso judicial efectivo que garantizara la ejecución de las mismas.

La Corte IDH encontró que el Estado “no adoptó ninguna medida desde la primera sentencia dictada en 1993 para el cumplimiento rápido y efectivo de lo ordenado por las autoridades judiciales, con el

³ CIDH Informe de fondo N° 3/17, Caso 12.772; OEA/Ser L/V/II, Doc.4, 27 enero 2017, párrafo 70.

⁴ Corte IDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C N° 340; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C N° 344; *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C N° 348, y *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C N° 349.

fin de garantizar el derecho a la pensión reconocido judicialmente⁵ y consideró que existieron obstáculos para el cumplimiento de las sentencias internas, ante la falta de adopción de salvaguardas ya sea normativas o de otra especie para su ejecución, denotándose además la falta de un plazo razonable de ejecución, que también constituyeron obstáculos para la efectividad de las sentencias impidiendo así que la víctima pudiera gozar de su derecho al pago de una pensión adquirida, por un largo tiempo.

El Tribunal concluyó así que el Estado

no sólo incumplió las sentencias a nivel interno, sino que, durante el proceso de ejecución de estas decisiones, las autoridades judiciales no lograron el cumplimiento de ninguno de los dos amparos dictados. El Estado no adoptó las salvaguardas necesarias para establecer con claridad qué entidad se encargaría del pago de las pensiones al Sr. Muelle Flores, problemática que tampoco fue solucionada por las autoridades judiciales, ya que ni antes ni después de la privatización, lograron resolver los debates surgidos a lo largo del proceso de ejecución ni adoptaron mecanismos coercitivos para asegurar el cumplimiento de los fallos. La falta de ejecución de las sentencias hasta la actualidad, y la ineficacia del Poder Judicial para resolver los obstáculos surgidos en el proceso de cumplimiento derivados de la privatización, vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva e impidieron la materialización del derecho a la pensión del Sr. Muelle Flores.⁶

B. En cuanto a la razonabilidad del plazo de duración del proceso, la Corte IDH también por unanimidad y luego de analizar la falta de ejecución de las decisiones judiciales internas y el largo tiempo transcurrido desde que habían sido dictadas, concluyó que notoriamente existió una vulneración del derecho a obtener una decisión judicial en un plazo razonable.⁷

En su voto razonado, el juez Ferrer Mac-Gregor analizó la relevancia de la obligación de “debida diligencia excepcional” en el caso Muelle Flores y enfatizó que los derechos derivados de las sentencias dictadas a nivel interno que reconozcan derechos humanos, como por ejemplo el derecho a la seguridad social, deben analizarse teniendo como eje la especial celeridad del plazo razonable para la ejecución de las mismas, en base a lo dispuesto por el artículo 8.1 de la CADH.⁸

Al respecto, citó la jurisprudencia de la Corte que establece que “si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve” (Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, 2008, y Caso Pacheco León y otros vs Honduras, 2017). En el mismo sentido, refirió que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expresado que “las autoridades deben actuar con excepcional diligencia” cuando se trate de afectaciones de una persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad y asimismo cuando la edad avanzada de los afectados requiera una especial

5 Corte IDH, *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C N° 375, párr. 131.

6 *Ídem*, párr. 145.

7 *Ídem*, párrs. 165 y 166.

8 *Ídem*, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 59.

diligencia de las autoridades para la resolución de sus procesos.⁹ Por ende, concluyó que la edad de una persona mayor es importante en este tipo de casos, debido a que la seguridad social es un derecho de carácter alimentario y sustitutivo, que tiene “importantes impactos en la forma en la que la persona mayor desarrollará el resto de su vida [...] si tenemos en consideración que se adquiere una expectativa legítima de recibir una pensión después de los años en los que se laboró”. Fundamentó estas consideraciones en el compromiso de los Estados partes de garantizar el acceso a la justicia de las personas mayores, establecido en el artículo 31 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.¹⁰

C. En relación con el derecho a la propiedad, la Corte IDH encontró que existía una vulneración de dicho derecho, por cuanto las pensiones ingresan al patrimonio del trabajador jubilado y se encuentran protegidas por el artículo 21 de la CADH.

La Corte refirió a la jurisprudencia antecedente en esta materia –Caso Cinco Pensionistas vs Perú y Caso Acevedo Buendía y otros vs Perú– y se destacó lo dictaminado por Christian Curtis en ocasión de su pericia, por cuanto

los beneficios que se derivan de la seguridad social, incluido el derecho a la pensión de vejez, forman parte del derecho de propiedad y por tanto deben estar protegidos contra la interferencia arbitraria del Estado. El derecho a la propiedad puede cubrir aún las expectativas legítimas del titular del derecho, en particular cuando haya efectuado aportes en un sistema contributivo. Con muchísima más razón, cubre los derechos adquiridos una vez perfeccionadas las condiciones para obtener un beneficio tal como la pensión a la vejez, más aún cuando ese derecho ha sido reconocido por una sentencia judicial. Complementariamente, entre el abanico de intereses protegidos por el derecho a la propiedad, los beneficios de la seguridad social adquieren particular importancia por su ya mencionado carácter alimentario sustitutivo del salario.¹¹

Dado que la víctima “no pudo gozar integralmente de su derecho a la propiedad privada sobre los efectos patrimoniales de su pensión, legalmente reconocida”,¹² la Corte IDH pronunció la violación del derecho a la propiedad privada (artículos 21.1, 21.2) en relación con los artículos 25.1, 25.2.c, 26 y 1.1 de la CADH.

D. Sin lugar a dudas, lo más relevante de la sentencia es el análisis efectuado por la Corte IDH respecto a la violación del derecho a la seguridad social, y particularmente el derecho a la pensión por jubilación de la víctima, y la construcción de los nuevos estándares del Tribunal a este respecto, no obstante los dos votos disidentes emitidos.¹³

9 *Ídem*, párr. 60.

10 *Ídem*, párr. 62.

11 Corte IDH, *Caso Muelle Flores Vs. Perú*, cit., párr.214.

12 *Ídem*, párr. 217.

13 Votos disidentes del juez Eduardo Vio Grossi y del juez Humberto Antonio Sierra Porto.

En primer lugar, la Corte IDH resolvió la excepción preliminar alegada por el Perú respecto a la incompetencia del tribunal para conocer de presuntas vulneraciones del derecho a la seguridad social en base al artículo 26 de la CADH, en tanto el mismo no establece un catálogo de derechos en materia de DESC. El Tribunal refirió al Caso Lagos del Campo vs Perú, donde ya se había pronunciado respecto de su competencia para entender frente a alegadas violaciones del artículo 26 del tratado y la justiciabilidad directa de los DESC.

En segundo lugar, el Tribunal analizó el contenido del derecho a la seguridad social, acudiendo en primer término a las obligaciones que surgen de la Carta de la Organización de los Estados Americanos,¹⁴ considerando que “existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para derivar su existencia y reconocimiento implícito de la Carta de la OEA”.¹⁵ Luego la Corte IDH realizó un análisis del derecho a la seguridad social partiendo del artículo 26 de la Convención. El fallo establece que el derecho a la seguridad social tiene como objeto asegurar a las personas una vida, salud y un nivel económico digno durante la vejez o si se encontraran privados de la posibilidad de trabajar. Este derecho está reconocido de forma implícita en la Carta de la OEA y es un derecho protegido por el artículo 26 de la CADH.

Con el objeto de interpretar el tratado se tuvo en cuenta el artículo 29 de la CADH, que prevé el principio *pro persona*.¹⁶ A estos efectos, la Corte IDH aclaró que tuvo en cuenta en especial el “*corpus iuris* internacional” en la materia además del derecho convencional, recordando que

este Tribunal ha sostenido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana así como la Convención de Viena.¹⁷

En esta tarea de interpretación sistemática y evolutiva para determinar las obligaciones de los Estados respecto del derecho a la seguridad social, la Corte IDH también acudió a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,¹⁸ la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹⁹ al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –“Protocolo de San Salvador”–,²⁰ y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²¹

14 Carta de la OEA, artículos 3.b, 45.b y h, y 46.

15 Corte IDH, *Caso Muelle Flores Vs. Perú*, cit., párr. 173.

16 *Ídem*, párr. 174.

17 *Ídem*, párr. 176.

18 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVI.

19 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 22 y 25.

20 Protocolo de San Salvador, artículo 9.

21 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), artículos 10 y 11.

Asimismo, el Tribunal hizo énfasis en la Observación General N° 19 del Comité de DESC, que establece el contenido normativo del derecho a la seguridad social,²² refiriendo que incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales.

Sobre estas bases, la Corte IDH estableció expresamente los estándares aplicables en materia de protección del derecho a la seguridad social, y en particular del derecho a la pensión, al disponer las obligaciones del Estado al respecto: a) derecho a acceder a una pensión una vez cumplida la edad y los requisitos establecidos en el derecho interno, “para lo cual deberá existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones. Este sistema deberá ser administrado o supervisado y fiscalizado por el Estado”, b) garantizar prestaciones suficientes y adecuadas que aseguren condiciones de vida dignas y acceso a la cobertura de salud, sin discriminación, c) existencia de condiciones accesibles, razonables, proporcionadas y transparentes para obtención de una pensión, d) garantizar que las pensiones por jubilación se adquieran de manera oportuna y sin demoras teniendo en cuenta la importancia de este criterio en personas mayores y e) existencia de mecanismos de reclamo efectivos ante posibles violaciones del derecho a la seguridad social a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.²³ De este modo, la Corte realiza un desarrollo más exhaustivo de las obligaciones estatales en esta materia, que en pronunciamientos anteriores.

En tercer lugar, el Tribunal procedió a analizar la afectación del derecho a la seguridad social en el presente caso, a través del análisis de la naturaleza de las obligaciones existentes frente al derecho a la seguridad social, concluyendo que el derecho a la pensión no había sido garantizado y los mecanismos judiciales existentes no lograron la concretización material del derecho.

El fallo dispuso que el acceso a la justicia es parte integrante del contenido del derecho a la seguridad social, y el respeto de las garantías judiciales así como el respeto de la protección judicial devienen esenciales para la protección y la efectividad de los derechos económicos y sociales.²⁴

Si bien en el presente caso existió un reconocimiento en el ámbito interno del derecho a percibir las pensiones por jubilación por parte de la víctima, el Estado peruano fue omiso ante la falta de ejecución de las sentencias. Asimismo, se dispuso que el Estado incumplió con sus obligaciones relativas al artículo 26 de la CADH, respecto a la falta de adopción de salvaguardas en el proceso de privatización de la empresa Tintaya S. A. En este sentido, la Corte IDH consideró que dicho incumplimiento se enmarca dentro de la obligación general de respeto y garantía de la Convención, así como en la obligación de adoptar medidas de derecho interno para evitar efectos adversos de las privatizaciones en los derechos pensionarios.

El Tribunal destacó que la pensión y la seguridad social, en general, constituyen un medio de protección para gozar de una vida digna y consideró que los incumplimientos por parte del Estado, ante la falta

22 Comité de DESC, Observación General N° 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 de febrero de 2008, párrs. 9-28.

23 Corte IDH, *Caso Muelle Flores Vs. Perú*, cit., párr. 192.

24 *Ídem*, párr. 194.

de adopción de salvaguardas, así como la falta de cumplimiento y ejecución de las sentencias internas, son obligaciones de carácter inmediato que no tienen que ver con el desarrollo progresivo del derecho.²⁵

Por otra parte, no contar con una cobertura de salud también forma parte de la vulneración del derecho a la seguridad social de la víctima.²⁶

La sentencia destaca muy especialmente la particular situación de vulnerabilidad de las personas mayores en cuanto al goce y disfrute de los derechos sociales, y el grave impacto que la falta de cumplimiento en la ejecución de sentencias judiciales internas que tutelan dicho derecho les genera. En este sentido, se establece que

en un contexto de no pago de la pensión reconocida judicialmente, los derechos a la seguridad social (art. 26), a la integridad personal (art. 5.1) y a la dignidad humana (art. 11.1 de la CA) se interrelacionan, y en ocasiones, la vulneración de uno genera directamente la afectación del otro, situación que se acentúa en el caso de las personas mayores.²⁷

Por último, la Corte consideró que

la falta de materialización del derecho a la seguridad social por más de 27 años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del señor Muelle, una persona en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad.

Al ser su pensión el único ingreso de la víctima, la ausencia prolongada del pago generó indefectiblemente una precariedad económica que afectó la cobertura de sus necesidades básicas y, por ende, su integridad psicológica y moral, así como su integridad.²⁸

VI. Conclusiones

1. Esta sentencia constituye un precedente especialmente relevante de la Corte IDH, desde que luego de un período de largos debates, dio origen a un nuevo estándar internacional, relativo a la justicia-bilidad directa del derecho a la seguridad social, a través del reconocimiento del artículo 26 como instrumento esencial y garantía de defensa de los DESC en la región.

25 *Ídem*, párr. 202.

26 *Ídem*, párr. 203.

27 *Ídem*, párr. 204.

28 *Ídem*, párr. 206.

El Caso Lagos del Campo vs Perú inició una nueva etapa en el sistema interamericano, al declarar la Corte, por vez primera, una violación del artículo 26 de la Convención, logrando así la justiciabilidad directa de los DESC. El caso Muelle Flores marca un gran avance en esta nueva era, con el reconocimiento de la justiciabilidad directa del derecho a la seguridad social.

2. El fallo realiza un análisis de la evolución que han sufrido los derechos humanos, y en particular los DESC, a través de una interpretación realista y progresiva del artículo 26 en relación con el artículo 29 de la CADH, reafirmando así la exigibilidad directa de los DESC ante los órganos del sistema interamericano.

3. El presente caso demuestra una vez más la importancia del recurso al sistema interamericano a los efectos de la protección de los derechos humanos y refleja la utilidad del mismo con el fin del acceso directo a la justicia de los DESC.

4. El Tribunal interamericano, en su fallo, abandona la vieja concepción de los DESC como derechos de justiciabilidad indirecta, derribando las viejas barreras que aún hoy pretenden separar esta especial categoría de derechos de los derechos civiles y políticos, y abriendo nuevos caminos hacia el logro de la efectividad plena de estos derechos en el sistema interamericano, al tiempo que brinda nuevos estándares para los casos en que las personas afectadas integren grupos especialmente vulnerables, como las personas mayores.

Desaparición forzada de personas

Corte IDH, Caso *Arrom Suhurt y otros Vs. Paraguay*. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377

Por Marcelo Torres Bóveda¹

I. Introducción

En el presente trabajo se abordará la sentencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Arrom Suhurt y otros Vs. Paraguay*. En particular, los estándares de prueba y las conclusiones a las que arribó el tribunal.

El caso sometido a la Corte da cuenta de hechos calificados como desaparición forzada y torturas. En tal sentido, se hará un análisis histórico de este tipo de delitos en Latinoamérica, como también su naturaleza y características.

Finalmente, se realizará una comparación con casos ya resueltos que forman parte de la jurisprudencia de la Corte IDH, con el fin de evaluar el desarrollo jurisprudencial, para luego señalar algunos puntos conclusivos.

¹ Abogado (Universidad Nacional de Asunción). Doctor en Ciencias Jurídicas (UNA). Profesor de Derecho Penal I -Parte General- y Derecho Constitucional en diferentes facultades de Paraguay. Fue designado como Defensor Público Interamericano (2010-2013). Actualmente se desempeña como consultor en las áreas del Derecho Penal y en DDHH.

II. Desarrollo

Las desapariciones forzadas tuvieron su origen en América Latina en El Salvador, donde se registró la desaparición de cadáveres en 1923, tras la masacre registrada por el régimen de Hernández Martínez. Sin embargo, la desaparición forzada como práctica empezó en Guatemala entre los años 1963 y 1966.²

Los Estados tenían como objetivo una sociedad controlada y disciplinaria, trasvasando los límites de los derechos fundamentales con prácticas que buscaban sacar información, basadas en el sometimiento al aparato de control sobre los individuos.³

Con el correr de los años, este método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Paraguay, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.

Un informe de Amnistía Internacional da cuenta de que entre los años 1966 a 1986 más de noventa mil personas fueron víctimas de este tipo de hechos.

La política de dominación, común en el continente, utilizaba este método, especialmente durante los gobiernos militares. Sin embargo, existieron países en cuyas prácticas eran comunes este tipo de métodos, como México, Colombia y Perú, con gobiernos ejercidos por civiles. Luego se extendió a Nicaragua, donde las víctimas eran personas dedicadas a actividades políticas, sociales o culturales en favor del gobierno sandinista y en contra de los militares opositores.

Guatemala fue uno de los países que en la década del sesenta estaba atravesando una crisis política. Las marchas y protestas por una sociedad más igualitaria y más transparente y con mejores condiciones de vida se sucedían permanentemente en contra de un gobierno caracterizado por un alto índice de corrupción. Esto llevó a una confrontación entre los órganos del poder y los manifestantes, debido a la falta de voluntad de satisfacer los reclamos por parte del gobierno. Estos incidentes y la falta de respuestas por parte del gobierno condujeron a la formación de un grupo de guerrilleros que contó con la simpatía y aprobación de sectores de la población.

En ese estado de crispación político-social se produjo un golpe de Estado, en donde el poder fue tomado por mandos militares de derecha. Durante el gobierno del coronel Enrique Peralta Azurdía se instauró el estado de sitio y se suspendió los efectos jurídicos de la Constitución. El Ejército fue utilizado para combatir la guerrilla, con métodos que infundían terror. Se legalizó la detención por simples sospechas, seguidas por la incomunicación de las víctimas, quienes eran sometidas a crueles interrogatorios y torturas en los centros de detención. Estas detenciones cada vez se hacían más prolongadas y paulatinamente se transformaron en desapariciones.

En marzo de 1966, dentro del marco de transición de mando a un civil electo, fueron capturados y detenidos veintiocho dirigentes políticos opositores, entre ellos intelectuales. Sus cuerpos jamás aparecieron. Luego de las investigaciones se logró concluir que habían sido capturados por orden del

2 Conf. Amnistía Internacional (1983). *Desapariciones*. Barcelona: Fundamentos, p. 8.

3 Conf. Foucault, M. (1986 [1975]). *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI.

entonces ministro de Defensa, coronel Rafael Arriaga Bosque, torturados hasta la muerte y sus cadáveres arrojados al mar por aviones de la Fuerza Aérea.

En Brasil las desapariciones coincidieron con la militarización del Estado a partir del golpe de 1964. Ese mismo año fue creado el Departamento de Inteligencia, cuya función era recoger y clasificar información de los opositores al gobierno. Su cuerpo lo integraba la policía, oficiales del Ejército y grupos paramilitares. La política del Estado se basaba en desapariciones y torturas en los locales de detención, que eran tan crueles que a menudo las víctimas terminaban muertas y eran sepultadas en tumbas anónimas o con datos falseados.

En Argentina habían surgido los escuadrones de la muerte. Un grupo denominado Alianza Anticomunista Argentina y el Comando Libertadores de América se dedicaban a secuestrar y asesinar a supuestos opositores de izquierda, ente los años 1973 y 1974. Asimismo, se han registrado desapariciones por parte del Ejército en la provincia de Tucumán, al reprimir un alzamiento guerrillero. Las víctimas registradas no solo eran presuntos guerrilleros sino también integrantes de la población.

Tras la caída de María Isabel Perón a través de un golpe militar en 1976, se recrudecieron las desapariciones. El general Videla había anunciado: “Morirán tantos argentinos como sea necesario a fin de preservar el orden”.⁴ Muchas de las víctimas eran catalogadas como opositores al régimen y aumentaron las detenciones ilegales y las desapariciones.

En Chile, poco después de que fuera derrocado del gobierno por los militares el Movimiento de Unidad Popular, empezaron las desapariciones, que se atribuyeron a la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) creada en 1974. La DINA incorporó dentro de sus filas a civiles armados, quienes se desplazaban en vehículos sin identificación, encargados de conducir a las víctimas a cárceles secretas.

En 1961 fue creada en El Salvador la Organización Democrática Nacionalista, bajo la iniciativa de uno de los miembros de las fuerzas militares. Su tarea consistió en perseguir y aniquilar a los supuestos enemigos, siempre dentro del método de desaparición forzada, dejando una cifra de más siete mil víctimas.

En Paraguay, entre los años 1954 y 1989, tiempo que duró en el poder el régimen militar del general Alfredo Stroessner, ocurrieron hechos de desapariciones forzadas de personas, ejecuciones extrajudiciales, privaciones ilegales de la libertad, torturas y todo tipo de tratos crueles e inhumanos.

Uno de los casos llevados ante la Corte IDH, fue el del Dr. Agustín Goiburú Giménez, un médico paraguayo afiliado al Partido Colorado y fundador de un grupo político opositor. El 9 de febrero de 1977 fue detenido en Argentina por agentes del Estado paraguayo o personas que actuaban con su aquiescencia, y llevado al Departamento de Investigación de la Policía en Asunción, donde estuvo incomunicado, fue torturado y posteriormente desaparecido. La desaparición del doctor Goiburú fue parte de una acción coordinada entre las fuerzas de seguridad paraguaya y argentina que formó parte de la Operación Cóndor.

⁴ Amnistía Internacional, cit., p.101.

Los familiares del Dr. Goiburú, a quien se acusaba de ser el líder de un grupo terrorista que preparaba un atentado contra Stroessner, interpusieron una serie de recursos para encontrar su paradero, investigar los hechos y sancionar a los responsables. No obstante, estos no tuvieron éxito.

A diferencia del caso anterior, *Arrom Suburt y otros Vs. Paraguay* ocurrió en la era democrática del Paraguay. Corría el año 2002 cuando se produjo el secuestro de la Sra. María Edith Bordón, quien luego fue liberada.

En el mes de enero del 2002 aparecieron en los medios de comunicación dos personas –Juan Arrom y Anuncio Martí–, que denunciaron haber sido secuestradas y torturadas por efectivos de la Policía Nacional por pertenecer a una nucleación política denominada Patria Libre, presuntamente involucrada en el secuestro. Como consecuencia de ello, el Ministerio Público abrió una investigación sobre los hechos señalados por estas personas. Las presuntas víctimas, luego de buscar refugio en Brasil, recurrieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando haber sido víctimas de desaparición forzada y torturas para que se declararan culpables del secuestro de la Sra. Bordón e indagar sobre su actividad política. Alegaron que a pesar de las denuncias presentadas y de haber identificado como sus captores a diversos agentes estatales, los hechos permanecían en la impunidad.

Finalizado el trámite ante la Comisión, luego de aprobar el Informe de fondo, se sometió el caso ante la Corte IDH.

III. La sentencia de la Corte IDH

La Corte señaló que se realizó una investigación penal de la alegada desaparición y tortura de Juan Arrom y Anuncio Martí, en la cual se llevaron a cabo múltiples diligencias tendientes a indagar lo sucedido. Entre ellas, mencionó las siguientes: a) inspección de la casa donde fueron encontrados Juan Arrom y Anuncio Martí; b) allanamiento de otra casa, donde presuntamente habrían estado detenidas las presuntas víctimas los primeros días; c) recepción de las declaraciones del ministro del Interior, del ministro de Justicia y Trabajo, del fiscal general, de tres fiscales, de al menos 16 oficiales de policías y 87 declaraciones de personas que podrían tener información sobre lo sucedido, o de los posibles implicados; d) reconstrucción de los hechos del momento de la presunta detención de Juan Arrom y Anuncio Martí; e) reconstrucción de los hechos del momento del hallazgo de Juan Arrom y Anuncio Martí y f) identikit en base a lo dicho por Juan Arrom.

Después de esta investigación se dictó el sobreseimiento definitivo de los imputados y se desestimaron las querellas presentadas.

La Corte Interamericana declaró por unanimidad que

1. El Estado no es responsable de la violación de los artículos 3, 4, 5 y 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, el artículo I.a) de la Convención Interamericana sobre

Desaparición Forzada de Personas y de los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura;

2. El Estado no es responsable de la violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, el artículo I.b) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y

3. El Estado no es responsable de la violación del artículo 5 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

IV. Análisis de lo resuelto

Si bien los representantes de las presuntas víctimas alegaron la desaparición forzada de Arrom y Martí desde el 22 al 30 de enero de 2002 por parte de personas armadas y de civil —que los habrían golpeado, asfixiado e interrogado—, la Corte IDH sostuvo que “los indicios presentados ante ella eran insuficientes para concluir que los señores Juan Arrom Suhurt y Anuncio Martí Méndez fueron privados de libertad por parte de agentes estatales o con la aquiescencia de estos”.⁵

El Tribunal considero que las declaraciones brindadas por las presuntas víctimas y sus familiares constituyen indicios que en sí mismas no se hallan conectadas a otros para que se constituyan en pruebas indiciarias, elevando en este caso el estándar de prueba, considerando las particularidades del caso.

Sobre el particular, la Corte IDH le ha otorgado valor al indicio, en cuanto la prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas.⁶

En cuanto a la debida diligencia en las investigaciones, el Tribunal resaltó que se desprende del acervo probatorio que las autoridades encargadas de la investigación sobre la alegada desaparición y tortura de las presuntas víctimas habían realizado múltiples diligencias tendientes a indagar lo sucedido. Los representantes presentaron una lista de diligencias y alegaron que no se habrían realizado dentro de la investigación. Sin embargo, la Corte hizo notar que al menos diecinueve de esas diligencias sí se habían llevado a cabo dentro de la investigación, y que otras diligencias no se efectuaron por falta de colaboración de las presuntas víctimas o sus representantes.

5 Corte IDH, *Caso Arrom Suhurt y otros Vs. Paraguay*. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C Nº 377, párr. 133.

6 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Nº 4, párr. 131 y *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C Nº 5, párr. 137.

V. A modo de conclusión

La Corte ha definido a la desaparición forzada de personas como

la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o la negativa de reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con la cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de la garantías procesales vigentes.

Tomando en cuenta los elementos que integran dicha definición, podemos concluir que en el caso *Arrom Suburt y otros Vs. Paraguay* no se ha probado adecuadamente la responsabilidad internacional del Estado. Las simples declaraciones de por sí constituyen indicios, pero mientras no estén conectadas a otras pruebas resultan insuficientes, no pudiendo obtener la entidad de pruebas indiciarias.

En este caso, a diferencia del caso *Goiburú*, los elementos probatorios fueron insuficientes para probar responsabilidad estatal. Los testimonios de las presuntas víctimas y sus allegados no fueron conectados con otros, como había ocurrido en *Goiburú*, donde además de los testimonios de sus allegados, existieron documentos clasificados hallados en dependencias de la Policía Nacional, que daban cuenta de la detención y los lugares donde había estado detenido, las autoridades involucradas y la desaparición.

En cuanto a los hechos de tortura alegados, no fueron analizados por la Corte IDH por no haberse probado la desaparición forzada.

Por último, otra cuestión no menos importante es que el Estado le ha dado la debida diligencia a las investigaciones.

Derecho al recurso

Corte IDH. *Caso Gorigoitía Vs. Argentina.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382¹

Por Carlos Varela Álvarez²

Los hechos del caso

Fue en una mañana del 31 de agosto de 1996 cuando varias vidas cambiaron para siempre en la ciudad de Mendoza, Argentina. En esa madrugada Oscar Gorigoitía, sargento ayudante de la Policía de Mendoza, se levantó como todas las mañanas laborales, desayunó solo y se despidió de su esposa Berta dormida, quien pronto levantaría a sus hijos para ir a la escuela. Dos hijas mujeres y un varón con síndrome de Down formaban esa familia que vivía en los monoblocks sencillos en el ingreso del Barrio San Martín de la ciudad.

Gorigoitía, que había nacido en Chile, era de cuerpo grande, robusto, tosco, serio y muy tímido, haciendo gala de los campesinos de allende los Andes en su San Felipe natal.

¹ A la memoria de los peritos Fernando de la Rúa y Oscar Dimas Agüero.

² Abogado (UNC). Realizó estudios de posgrado en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y American University, entre otros. Especialista en derecho internacional de los derechos humanos y derecho penal. Ha litigado además ante la ONU en sus diversos comités y grupos de trabajo. Ha sido docente universitario en Derecho Internacional Público, entre otras cátedras.

Llegó al trabajo y de repente entró un mensaje a la radio, un auto sospechoso se trasladaba por la ruta y la orden era detenerlo. Se mencionó al auto como un viejo Renault 6. La radio siguió dando mensajes de su recorrido y salieron en su búsqueda porque luego no se dieron más señales de él. Se apostó la policía en sus vehículos en distintas partes de la ciudad, pero especialmente para el lado de Chacras de Coria, Luján de Cuyo, porque el último informe decía que el auto se había subido a la autopista.

Alejandro Gómez Romagnoli, el conductor del Renault 6, era el joven perfecto. Había regresado de Andorra, juntado unos pesos y con eso se mantenían él y su madre. Como en aquella película *21 gramos*, la suerte estaba echada y no había salida para el destino.

La policía al ver al Renault 6 de Gómez Romagnoli lo empezó a seguir rápidamente, sin que este supiera por qué lo seguían. La persecución duró cientos de metros hasta que empezaron los disparos. Uno de ellos fue mortal y ahí se terminó la vida para Gómez Romagnoli. Y comenzó la de Gorigoitia.

Todo el personal policial fue detenido e investigado por el entonces Octavo Juzgado de Instrucción. La pericia balística determinó que la bala había salido de la Itaka del sargento Gorigoitia.

Lo peor estaba por venir. El auto y Gómez Romagnoli no eran las personas buscadas sino otro Renault 6. La noticia estalló en los medios como otro caso infame de gatillo fácil en Mendoza, fiel al prontuario policial. Hubo intentos de la propia policía de justificar la muerte de Gómez, porque decían que le habían encontrado un arma, es decir, la vieja historia de la prueba plantada. Gorigoitia jamás sospechó de la falsa persecución, solo supo que este huía y no se enteró hasta el juicio de las trampas policiales.

Fue defendido por uno de los mejores abogados de Mendoza, el Gallego Rodolfo Moreno, y fue condenado a 14 años de prisión y exonerado de la Policía de Mendoza. La sentencia la expidió la Primera Cámara del Crimen.

Moreno interpuso el recurso de casación y la Sala Segunda de la Suprema Corte provincial lo rechazó por cuestiones formales. Interpuso entonces el recurso extraordinario federal y, pese al dictamen favorable del entonces procurador Rodolfo González, en favor del doble conforme (art. 8.2 h CADH), la misma Corte lo negó. Como último suspiro, interpuso el recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), que tiempo después también lo negó.

Antes de que se cumplieran los seis meses de ese fallo, la familia de Oscar Gorigoitia me vino a ver porque querían saber si “los derechos humanos” también incluían a la policía.

Así fue que con ese desafío tomé el caso e invité a otro colega, Alejandro Acosta, a presentar una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por negación del doble conforme (8.2.h CADH) y el artículo 25 (Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]).

Años se demoraría la Comisión para darle admisibilidad y decidió acumular todas las peticiones argentinas sobre la materia en un solo caso (Posadas y otros),³ lo que no fue positivo. Intentamos varias

3 CIDH, Informe Nº 35/13, Posadas y otros, Petición 828-01, Admisibilidad, Argentina, 11 de julio de 2013.

reuniones en Cancillería para lograr una solución amistosa sobre este tema y, junto con Alberto Bovino, un peticionario distinguido y conocido, redactamos incluso unas reglas de casación que cayeron luego en el olvido. El último esfuerzo fue una audiencia en Washington D. C. juntos que tampoco tuvo resultado.

Pedí la separación del caso mientras Gorigoitia cumplía su condena. Fue derivado a la cárcel común y no la pasó bien como ex policía. Sobrevivió incluso al más famoso de los motines de Mendoza, el Vendimial.

Pasaron los años y salió en libertad condicional. Encontró trabajo como sereno en una mueblería, lo que le permitió llegar a fin de mes, y una de sus hijas ingreso a la Policía de Mendoza.

Llegó con el tiempo la noticia esperada del Informe de Fondo.⁴ Una vez al mes, Gorigoitia pasaba por mi oficina a ver si había alguna novedad. Eran tiempos de fax, cartas y correos electrónicos que iban y venían. Hasta que un día llegó el tan ansiado correo que decía que íbamos a la Corte Interamericana.

Los tiempos habían cambiado en materia procesal en Mendoza. Argentina ya había sido condenada en el caso *Mohamed⁵ y en Mendoza y otros⁶*, por la negación del doble conforme o su garantía insatisfactoria. Ya se contaba también con el fallo de la Corte IDH “Herrera Ulloa”,⁷ donde la Corte IDH afirmó *inter alia* que

el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica [...] no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. [...] [E]s preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.

Esto motivó a que en Argentina cambiara la jurisprudencia de la CSJN en los casos “Llerena”,⁸ sobre imparcialidad, y “Casal”,⁹ sobre el máximo rendimiento en materia de casación.

Sin embargo, en la provincia de Mendoza en una Navidad el gobierno de Alfredo Cornejo introdujo una reforma procesal penal con un debate mínimo de la Legislatura, que era diametralmente opuesta al régimen mixto que campeaba bajo el doctrinario Vélez Mariconde.

4 CIDH, Informe N° 98/17, Oscar Raúl Gorigoitia, Caso 12925, 5 de septiembre de 2017.

5 Corte IDH, *Caso Mohamed Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C N° 255.

6 Corte IDH, *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C N° 260.

7 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107, párrs. 158 y 159.

8 CSJN, *Fallos* 328:1491.

9 CSJN, *Fallos* 328:3399.

Comenzaba en Mendoza, con grandes anuncios, la reforma procesal penal que iría diciendo adiós al contradictorio, el principio de inocencia, la igualdad de armas y la libertad durante el proceso. Bajo el disfraz cínico de una justicia oral y digital y la presunta respuesta a las víctimas, el giro copernicano le dijo adiós al derecho de defensa. Se juntaron competencias de jueces, se eliminó la Cámara del Crimen y se abrió una especie de farmacia jurídica de turno, atendida no por sus dueños sino por una oficina burocrática denominada OGAP, que da turnos, designa jueces y ordena agendas (Ley provincial N° 9040). El remedio es siempre el mismo, como dicen en las cárceles cuando los llevan a enfermería: la pastillita.

Cornejo y una Procuración adicta, con la ayuda inestimable de la Suprema Corte de Justicia que reina con las acordadas, han logrado un régimen a la baja de la Constitución Nacional (art. 28, CN) y los pactos internacionales, pese a las estadísticas de la felicidad.

El litigio ante la Corte IDH

En función de lo expuesto, el trabajo en el memorial que nuestra parte presentó ante la Corte IDH pretendía cuestionar no solo el régimen del doble conforme que se mantenía igual que en el año 1996, sino también solicitar a la Corte que también hiciera referencia al artículo 28 del Pacto, entendiendo que luego de “Mohamed” y “Mendoza” seguían en varias provincias los mismos regímenes anticonvencionales sobre esta materia.

El litigio contó con unas voluntades excepcionales porque era la oportunidad esperada. Junto con Alejandro Acosta se sumaron Ignacio Aragonés, Pablo Moreno y Enoc Ortiz, bravos abogados penalistas de Mendoza quienes hacían de nuestros *sparings* de los escritos. Un joven abogado especialista en materia internacional, Nicolás Toum, verificaba nuestras citas. Una ayuda inestimable y esencial fueron Ignacio Boulin y la gente del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CLADH), una joven ONG de Mendoza sincera, democrática y abierta al litigio. Valeria Corbacho desde Buenos Aires fue otra abogada destacada para la lectura y crítica de los peritajes y memoriales.

Varios *amicus* se obtuvieron para que el caso tuviera el lustre necesario. Así Pensamiento Penal, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), CLADH, una cátedra de la Universidad de San Marcos gracias a Carolina Loayza e Ignacio de Casas se expidieron sobre diversos aspectos.

Se contó con tres peritajes excepcionales: Oscar Dimas Agüero sobre la historia del recurso de casación en la provincia, Mario Juliano de Pensamiento Penal sobre el doble conforme en la nación y Fernando de la Rúa que hizo un análisis sobre la legislación procesal penal de Mendoza.

El Gobierno nacional intentó conversaciones para evitar el proceso internacional preocupado por el posible impacto en la legislación provincial. No llegamos a acuerdos y seguimos adelante.

La Corte nos informó que la audiencia sería en Montevideo, en mayo del 2018 en el edificio Mercosur. Gorioitía dudada si ir o no a la audiencia. Su familia se oponía porque era un juicio interminable y querían dar vuelta la hoja. Él se estaba acercando a los 70 años, muchos desde aquel agosto de 1996.

La sala de la audiencia era imponente. Un mesón largo para que se sentaran los jueces, una sala cómoda para todos nosotros y un letrero en azul que decía en letra enorme “Gorigoitía Vs. Argentina”. Cuando ingresó a la sala se quebró, no lo había hecho nunca delante nuestro, donde siempre se mostraba serio y corto.

La audiencia comenzó con la declaración de Gorigoitía, que contó sobre sus padecimientos, familia, presiones policiales hacia él y su familia, hasta que dijo que estaba ahí casi sin que su esposa lo supiera, le había avisado el día antes que iba a Uruguay con su hija. Fue el comienzo de un llanto contenido y gutural.

El Estado replicó varias veces y luego comenzaron las preguntas de la Corte a los peticionarios, Estado y CIDH.

La sentencia de la Corte IDH

Llegó luego el día de la sentencia por correo y nos hicieron lugar en lo que se refiere al doble conforme y dejaron sin efecto la sentencia de Gorigoitía, supeditándola a que ejerciera el recurso de casación; también quedó suspendida su expulsión de la Policía y le dieron un año al Estado para abonar las reparaciones y un lapso para dar a conocer la sentencia.

Respecto al derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior y a la protección judicial, la Corte IDH recordó que el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior requiere de la existencia de un medio de impugnación mediante el cual se puedan analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada.¹⁰

En ese sentido, advirtió que la Sala Segunda rechazó el recurso de casación presentado por el señor Gorigoitía *in limine* por requerir una revalorización del criterio de la Cámara Primera en materia de hechos y de valoración probatoria. En consecuencia, la Corte consideró que la negativa por parte de la Sala Segunda de revisar el fondo de la cuestión planteada por la defensa del señor Gorigoitía constituyó un hecho ilícito internacional en tanto resultó en un incumplimiento del deber de revisión integral del fallo que establece el artículo 8.2.h) de la Convención.¹¹

La Corte no se pronunció respecto de las alegadas violaciones al artículo 25.1 de la Convención, puesto que no se presentaron argumentos de derecho que permitieran establecer específicamente la falta de idoneidad y efectividad del recurso extraordinario, ni del recurso de queja intentado por la defensa del señor Gorigoitía.

Finalmente, con relación al deber de adoptar medidas de derecho interno, el Tribunal recordó que el deber de adoptar disposiciones de derecho interno implica la adopción de medidas en dos vertientes: la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen la violación a las garantías previstas en la Convención, y la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la

10 Corte IDH. *Caso Gorigoitía Vs. Argentina*, op. cit., párr. 48.

11 *Idem*, párr. 53.

efectiva observancia de dichas garantías. En el caso, concluyó que de la literalidad de las normas pertinentes del Código Procesal Penal de la provincia de Mendoza en materia de casación, aplicable en la época de los hechos, no era posible la revisión de cuestiones fácticas y/o probatorias por un tribunal superior tal y como lo establece el artículo 8.2.h) de la Convención, lo cual constituyó un incumplimiento de las obligaciones previstas por el artículo 2 de la Convención.¹²

Palabras finales

Esa es la crónica hasta aquí de lo sucedido porque falta su cumplimiento integral. Creo haber cumplido junto a la gente que nombré a aquella pregunta sobre lo amplio o no de los derechos humanos. Para mí, no tienen nombre ni apellido, son solo anchas avenidas dispuestas para ser ampliadas a pesar de los necios con poder y de los que se cuelgan carteles de dueños de la calle. El día que preguntemos quién es, será entonces cuando se caiga la venda y nos lleve el vendaval como en Mendoza, donde el viento zonda ahora campea para las defensas imposibles.

¹² *Ídem*, párr. 56.

Independencia judicial. Mecanismos de remoción de jueces y juezas

Corte IDH, *Caso Rico Vs. Argentina*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 383

Por Rodrigo Robles Tristán¹

1. Introducción

Las y los jueces deciden sobre la vida, la libertad, los derechos, los deberes y los bienes de las personas, de modo que su conducta es de vital importancia.² En este sentido, la independencia judicial es un elemento fundamental para la protección de los derechos humanos y el Estado de derecho,³ y por consiguiente los Estados deben proveer un adecuado proceso de nombramiento para las juezas y los jueces, asegurándoles estabilidad en sus cargos y garantías contra presiones externas.⁴

1 Abogado, diploma de Honor (UBA). Maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP). Docente de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Asesor Legal de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos Internacionales en materia de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Las opiniones pertenecen exclusivamente al autor.

2 Conf. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (1985), confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones 40/32 y 40/146, Preámbulo.

3 Conf. NN.UU, Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº. 32, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.

4 Conf. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C Nº 71, párr. 75.

La estabilidad e inamovilidad judicial no son absolutas frente a conductas claramente reprochables,⁵ ni apuntan a garantizar beneficios personales y poderes ilimitados.⁶ En esa línea, los mecanismos de remoción de magistradas/os cumplen un “elevado propósito” en nuestra sociedad, consistente en excluir de la judicatura a quienes “han perdido las condiciones para seguir ejerciendo dicho alto ministerio sobre el honor, la libertad, y la propiedad de los ciudadanos” y/o

dejar en claro ante sí, ante la sociedad y por quienes juraron desempeñar el cargo, su legitimación ética y funcional, a la par que (el) departamento judicial pueda ahondar en la sociedad las necesarias raíces que permitan desarrollar la confianza en las instituciones republicanas que exige la vida en democracia.⁷

La sentencia comentada analizó precisamente la legitimidad del mecanismo de *jury* de enjuiciamiento de magistrados vigente en la provincia de Buenos Aires, similar al previsto en el artículo 114 de la Constitución Nacional, aplicable a jueces y juezas inferiores de la nación, en los que existe un “elemento político” representado por legisladoras/es.

2. El caso

El 15 de julio de 2000 el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, “el Jurado”) destituyó al doctor Rico de su cargo de juez del Trabajo del Departamento Judicial de San Isidro. El proceso de *jury*, previsto en el artículo 182 de la Constitución de la provincia y por entonces reglamentado en la Ley N° 8085,⁸ es competencia de un cuerpo especial presidido por el/la presidente/a de la Suprema Corte de Justicia e integrado por cinco abogados/as y cinco legisladores/as, también abogados/as, quienes determinan en un fallo motivado e irrecurrible si un juez o jueza ha cometido delitos o faltas tipificadas en la ley. La acusación inicial puede ser promovida por “cualquiera del pueblo”⁹ (conf. artículo 182 de la Constitución provincial).

El doctor Rico fue declarado culpable por la comisión de tres faltas tipificadas como causales de remoción en la Ley N° 8085: “incompetencia o negligencia reiteradamente demostrada en el ejercicio de sus funciones”, “incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo” y “[d]ejar transcurrir

5 Conf. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C N° 268, párr. 191.

6 Conf. NN.UU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, señora Gabriela Knaul, A/HRC/23/32*, 28 de abril de 2014, párr. 3

7 Conf. CSJN, *Fallos* 330:725.

8 Esta norma fue derogada por la Ley N° 13661 del 26 de abril de 2007.

9 En el caso, la acusación fue formulada por el Colegio de Abogados de San Isidro. Al respecto, ver: CASI (3 de noviembre de 2019). *Permanente voluntad por una justicia mejor*. Recuperado de <https://www.casi.com.ar/permanente-voluntad-por-una-justicia-mejor-cidh-caso-rico-vs-argentina-sentencia-292019/2>

los términos legales reiteradamente, sin que pueda servir de excusa el exceso de trabajo ni la falta de reclamación de la parte interesada”.¹⁰

El veredicto dispuso su remoción del cargo y lo inhabilitó para ocupar otro cargo en el Poder Judicial. Los recursos oportunamente promovidos ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fueron rechazados.

El proceso ante la Corte Interamericana planteaba una discusión de mayor aliento que el caso concreto, de particular relevancia institucional para la República Argentina, en tanto las alegaciones de la CIDH y de la representación del doctor Rico planteaban directamente la inconveniencia del *jury*, poniendo en crisis un arreglo constitucional previsto hace 149 años en la Constitución provincial,¹¹ que es sustancialmente semejante al contemplado en la Constitución Nacional. En efecto, ambas partes solicitaron la modificación del régimen mencionado como medida de reparación.¹² Asimismo, en su alocución ante la Corte,¹³ la delegación de la CIDH expuso:

el presente caso involucra cuestiones de orden público interamericano, especialmente [...] en materia de independencia judicial, éste caso plantea además la particularidad de tratarse de un juicio político en el que [...] resulta aplicable el criterio de discrecionalidad política, en este sentido el caso ofrece una importante oportunidad para que la Honorable Corte emita un pronunciamiento sobre el uso de tales procedimientos contra jueces y juezas.

10 Las conductas que el Jurado consideró probadas y entendió enmarcadas en esas causales fueron, entre otras: negarse a firmar el acuerdo de traspaso de la Presidencia del Tribunal con motivo del cumplimiento del período anual de mandato previsto legalmente, llamando a sus colegas “Presidenta y Vicepresidente *de facto*”; haber mandado reservar las causas patrocinadas por un letrado, disponiendo que la vista de las mismas por parte de aquel se lleve a cabo “bajo estricto control” en la barra; negarse a jurar lealtad a la bandera de la provincia de Buenos Aires ante el Presidente del Tribunal que integraba; tener el hábito de interiorizarse sobre las causas minutos antes de las audiencias de vista, retardando su celebración; haberse negado a votar en causas por discrepar con el voto de sus colegas, negándose a constar su disidencia; haber tratado en forma inapropiada a los dependientes del Tribunal y a los letrados que intervenían ante sus estrados; haber solicitado a sus pares, por vía de recusación, que se abstuvieran de intervenir en aquellas causas en las que él hubiera sido recusado; dejar vencer los términos procesales para el dictado de sentencias y pronunciarse solo ante requerimiento de pronto despacho, etc.

11 Ver Quiroga Lavié, H. (2009). *Derecho Constitucional Argentino, tomo II*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 1281.

12 CIDH, Informe N° 72/17, cit., párr. 132, punto 3°: “el Estado deberá efectuar las modificaciones legislativas necesarias para: i) asegurar que los procesos sancionatorios contra jueces y juezas obedezcan a un control jurídico y no a un control político; ii) regular debidamente las sanciones aplicables, de manera tal que no se imponga sanción de destitución e inhabilitación de manera automática, sino que exista un abanico de sanciones aplicables de manera proporcional a la falta cometida; iii) permitir que los jueces y juezas puedan contar con un recurso jerárquico en el marco del proceso sancionatorio en su contra, a fin de que puedan contar con un doble conforme de la sanción impuesta, de manera independiente al recurso judicial por posibles violaciones al debido proceso; y iv) asegurar que el recurso judicial por posibles violaciones al debido proceso en este tipo de procedimientos sea realmente accesible y sencillo y permita un pronunciamiento sobre el fondo sin formalidades excesivas. Además, el Estado deberá adoptar las medidas administrativas o de otra naturaleza, necesarias para asegurar que las autoridades a cargo de los procesos sancionatorios contra jueces y juezas motiven sus decisiones de manera compatible con la Convención Americana”. Ver también, escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas, pp. 57-58.

13 El registro audiovisual de la Audiencia celebrada el 28 de agosto de 2018 en San Salvador puede consultarse en <https://vimeo.com/corteidh>.

3. La sentencia

En el proceso ante la Corte IDH, la Comisión y los representantes sostuvieron que el Estado era responsable por violaciones de derechos humanos referidas a la naturaleza misma de los procesos seguidos ante el Jurado de Enjuiciamiento,¹⁴ señalando tres cuestiones: a) el carácter político del control ejercido por el Jurado, que consideraron violatorio del principio de independencia judicial; b) la irrecurribilidad de las decisiones del Jurado, que calificaron contraria al artículo 8.2.h del tratado; y c) la factura de las causales que habilitaban la destitución del magistrado enjuiciado, que juzgaron atentatorias del principio de legalidad. En cuanto al proceso de destitución del doctor Rico en sí mismo, se argumentó la violación del deber de motivación y del derecho a la protección judicial.¹⁵

La Corte rechazó todas y cada una de esas alegaciones.

a. La independencia judicial

Aunque no postuló que, en sí mismo, el mecanismo de enjuiciamiento de magistrados fuese contrario a la Convención Americana,¹⁶ la CIDH efectuó un sinnúmero de consideraciones que apuntaban a cuestionar ese dispositivo constitucional, además de haber solicitado su modificación como medida de reparación. En efecto, consideró que el hecho de que el control ejercido por el Jurado contuviera un elemento político representado por legisladoras/es, resulta “problemático”.¹⁷ Sostuvo que aquello importa un “riesgo” para la independencia judicial, pues el ejercicio de la potestad disciplinaria “no puede constituir un control político de la actividad judicial, basado en criterios de discrecionalidad o conveniencia política, sino que debe consistir en un control jurídico”.¹⁸ Asimismo, estimó que el juicio político “sólo excepcionalmente puede utilizarse como mecanismo de remoción de jueces” y que el sistema universal de protección de derechos humanos “ha avanzado en su posición de desincentivar la figura del juicio político como mecanismo de remoción de magistrados”.¹⁹

Por su parte, el perito propuesto por la CIDH, profesor Rodrigo Uprimny, cuestionó duramente el *jury* desde el punto de vista convencional. Aunque reconoció que “uno no podría decir que es ya un estándar consolidado, pero es la tendencia creciente”, señaló que “el juicio político contra jueces se ha vuelto sospechoso”, y que, “crecientemente [...] todos los estándares miran con sospecha el juicio político”. A

14 La CIDH también estimó que el Estado había violado el artículo 23.1.c del tratado en perjuicio del doctor Rico (derecho a acceder y permanecer en cargos públicos en condiciones de igualdad), como consecuencia de las violaciones de derechos que atribuyó al enjuiciamiento. Por el modo que resolvió dichas alegaciones, el Tribunal también desestimó esta violación, que no era autónoma. Conf. Corte IDH, *Caso Rico Vs Argentina*, cit., párrs. 110-111.

15 Los representantes invocaron la violación de los derechos de defensa y de contar con jueces imparciales. La Comisión rechazó esos planteos, conf. Informe N° 72/17, párrs. 131, 96-101, 102-104 y 105-108. La Corte hizo lo propio en su sentencia, (ver párrs. 70-73, 81-84), por entender –en síntesis– que no se habían precisado ni demostrado dichas violaciones.

16 Conf. CIDH, Informe N° 72/17, párr. 100.

17 Ídem, párrs. 100 y 118.

18 Ídem, párr. 93 y su cita, Informe N° 43/15, *Adriana Beatriz Gallo, Ana María Careaga, Susana Maluf de Christin*, OEA/Ser.L/V/II.155, párr. 135

19 Conf. Informe N° 72/17, cit., párr. 93; Informe N° 43/15, cit., párr. 134.

preguntas del presidente de la Corte, que le señaló que numerosas constituciones latinoamericanas establecían el juicio político, el perito postuló que el tribunal debía decantarse por “la conclusión obvia” de su propia jurisprudencia, pues en tres ocasiones había detectado violaciones de derechos en el marco de juicios políticos, circunstancia que demostraba que, en sí mismo, el mecanismo “conduce a eso”.

En su sentencia, la Corte IDH destacó categóricamente, y con sustento en su jurisprudencia previa, que el juicio político no es *per se* contrario a la independencia judicial, en la medida que respete las garantías judiciales y la discrecionalidad se vea limitada.²⁰ En ese sentido, recordó que, en su concepto, ningún sistema procesal es el “correcto” para asegurar las garantías procesales al interior de los Estados, sino que estos cuentan con cierta libertad para establecer el que consideren adecuado a ese efecto, en la medida que cumplan con el resultado de satisfacer aquellas garantías.²¹

El Tribunal destacó el alegato planteado por la República Argentina en el sentido de que el elemento político presente en el *jury* se ajustaba a la democracia republicana, en tanto canalizaba la participación popular a través de las/os legisladoras/es, al tiempo que no era el mismo órgano cuestionado el que se encontraba a cargo del trámite. Vale señalar que, sobre el particular, la CIDH y el perito propuesto por ella sugerían el abandono del enjuiciamiento político, para dar lugar a procesos de destitución dirigidos por la propia corporación judicial.

Sobre estas bases, la Corte IDH descartó la alegada violación del principio de independencia judicial tanto en relación a la configuración normativa del enjuiciamiento cuanto en su *performance* en el caso concreto, pues el Jurado no resolvía sobre la base de consideraciones subjetivas o aplicando discrecionalidad política,²² atendiendo que: a) el “elemento político” compuesto por legisladoras/es no era mayoritario, y se modulaba con el hecho de que cada una/o de ellas/os debía ser abogado;²³ b) el veredicto del Jurado estaba sustentado en derecho, y las causales de remoción estaban previstas taxativamente en la ley, al tiempo que el Jurado debía atenerse a ciertas preguntas que guiaban su deliberación y motivación, lo que constituía “un elemento propio del control jurídico”;²⁴ y c) el magistrado/a acusado/a podía contar con abogado/a, y se establecían plazos para producir prueba y alegar de bien probado, etcétera.

b. Los derechos a recurrir del fallo y a la protección judicial

En contra del veredicto que lo destituyó, el doctor Rico promovió un recurso de nulidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, agraviándose del forzamiento de las causales. Ese tribunal rechazó la presentación con sustento en la irrecorribilidad de las decisiones del Jurado,²⁵

20 Conf. Corte IDH, *Caso Rico Vs. Argentina*, cit., párr. 57; *Caso de la Corte Suprema de Justicia* (Quintana Coello y otros) *Vs. Ecuador*, sentencia del 23 de agosto de 2013, párr. 180.

21 Ídem, párr. 58.

22 “[L]as funciones del Jurado no se ejercen de manera subjetiva ni con base en discrecionalidad política, pues existen criterios previos, claros y objetivos contenidos en la ley y la Constitución [...] que limitan la actividad del jurado y refuerzan el control ejercido”, Ídem, párr. 66.

23 Ídem, párr. 62.

24 Ídem, párrs. 63-65.

25 Ver artículo 45, párrafo 4º, de la Ley N° 8085. Por su parte, con relación a jueces y juezas de la Nación, el artículo 115 de la Constitución Nacional establece que los fallos del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados son irrecorribles.

y porque aquel era un cuerpo especial, de naturaleza no judicial, cuyas atribuciones eran políticas y escapaban al contralor de los tribunales.

El doctor Rico promovió un recurso extraordinario federal contra esta última decisión, insistiendo en el alegado forzamiento de las causales, y agregó que la irrecurribilidad de los veredictos del jurado era inconstitucional. Este recurso también fue rechazado, y lo mismo sucedió con la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN),²⁶ que entendió que los agravios esgrimidos por el doctor Rico no demostraban violaciones del debido proceso ocurridas en el proceso de enjuiciamiento.

Es que, al margen de la irrecurribilidad del veredicto prevista en la ley, la CSJN tiene dicho desde 1986²⁷ que las decisiones recaídas en procedimientos de destitución de magistrados provinciales son susceptibles de control judicial y recurribles ante ella,²⁸ en la medida en que se acrediten violaciones del debido proceso durante la sustanciación del enjuiciamiento. En el caso, el doctor Rico no había acreditado ni precisado la existencia de tales violaciones. Además, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad de la irrecurribilidad del veredicto del Jurado, la Corte Suprema estimó que no había sido introducido en la oportunidad correspondiente, es decir, en el marco del recurso de nulidad que el doctor Rico había promovido ante la Suprema Corte bonaerense, y por lo tanto no podía ser abordado en la máxima instancia federal.

Ante la Corte Interamericana, la Comisión sostuvo que la irrecurribilidad del veredicto del Jurado implicaba la violación del derecho a una revisión integral de la destitución por parte de un tribunal superior, que comprendiera cuestiones de hecho y prueba.²⁹ Estimó también que el señor Rico no contó con protección judicial en los términos del artículo 25 de la Convención, pues ni la Suprema Corte de Justicia provincial ni la Corte Suprema de Justicia de la Nación habían ingresado al fondo efectuando un análisis “sustantivo”³⁰ de los recursos que presentó, y se limitaron a señalar que aquel no había acreditado violaciones al debido proceso en perjuicio suyo durante la tramitación del *jury*.

Sobre estas cuestiones, la Corte IDH acogió una excepción preliminar articulada por la República Argentina, en el sentido de que el Estado no contó con la oportunidad de atender domésticamente el agravio relativo a la irrecurribilidad legal del veredicto del Jurado y su incompatibilidad con el artículo 8.2.h, ya que –como se adelantó– el doctor Rico no había propuesto tempestivamente esos agravios.³¹

26 Conf. CSJN, R. 8. XXXVII. RHE., *Rico, Eduardo – Colegio de Abogados de San Isidro s./ acusa – recurso de nulidad. Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios*, sentencia del 28 de agosto de 2001.

27 Conf. CSJN, *Fallos* 308:961. Esta misma doctrina fue sostenida para los enjuiciamientos ante el Senado de la Nación, antes de la reforma constitucional de 1994 (cf. CSJN, *Fallos* 316:2940). Luego de la reforma, fue aplicada para atemperar la irrecurribilidad de los veredictos del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación prevista en el artículo 115 de la Constitución Nacional, los cuales solo serán recurribles en la medida que se acrediten en forma “inequívoca y concluyente” las “nítidas y graves” violaciones del debido proceso y la defensa en juicio (conf. CSJN, *Fallos* 326:4186).

28 Con posterioridad, el Tribunal determinó que el planteo recursivo referido al agravio constitucional de violación del debido proceso debía ser atendido, primeramente, por los superiores tribunales de las provincias, como sucede con el resto de las cuestiones constitucionales que se pretenden hacer valer por la vía de su competencia apelada extraordinaria (conf. CSJN, *Fallos* 311:881, *Juez del Crimen de IV Nom. Dr. Remigio José Carol*, sentencia del 26 de mayo de 1988).

29 Conf. CIDH, Informe N° 72/17, cit., párr. 109.

30 Ídem, párr. 129.

31 Conf. Corte IDH, *Caso Rico Vs Argentina...*, cit., párr. 20.

Así las cosas, la demanda solo prosperó al fondo respecto de la pretendida violación del derecho a la protección judicial. Al respecto, la Corte IDH consideró que ni la CIDH ni los representantes alegaron o demostraron que los recursos locales fuesen inadecuados o inefectivos para corregir veredictos del Jurado. Además, advirtió que el Estado señaló que la jurisprudencia y práctica de la CSJN señalada más arriba, habilitaban un control judicial adecuado y efectivo de ese tipo de decisiones, a través de los recursos extraordinario y de queja y, eventualmente, mediante los recursos locales.

Por consiguiente, no se pronunció sobre dichos recursos en abstracto.³² En cuanto a los hechos del caso, la Corte IDH estimó que el Estado no era responsable por la alegada violación del derecho a la protección judicial, ya que el rechazo de los distintos recursos no obedeció a consideraciones arbitrarias o irrazonables,³³ sino a la falta de señalamiento y demostración efectiva de agravios atendibles desde la óptica del debido proceso legal.

c. El deber de motivación y el principio de legalidad

En el enjuiciamiento al doctor Rico, el Jurado estructuró su deliberación y veredicto sobre la base de respuestas individuales a una serie de preguntas que apuntaban a determinar si determinados hechos estaban probados, si eran susceptibles de subsunción en alguna causal y, en caso afirmativo, si ameritaban la remoción. La CIDH cuestionó este modo de confeccionar el veredicto,³⁴ y sostuvo que no existió una integración de las distintas respuestas que efectuaron los miembros del Jurado, lo que en definitiva “afectó las posibilidades de conocer con claridad y certeza los hechos que el jurado consideró acreditados y las razones por las que se encuadraban en las causales disciplinarias que se estimaron probadas”.³⁵

Por su parte, la Corte IDH recordó que, según su jurisprudencia, el veredicto de un jurado no requiere motivación o exteriorización de una fundamentación pues, por su propia naturaleza, ese tipo de decisiones sí cuentan con motivos, aunque no los expresan.³⁶ Sobre esta base, el Tribunal estimó que el veredicto sí contenía un ejercicio de integración, en cuanto especificó claramente que, por unanimidad, el Jurado había acreditado y calificado determinadas causales que ameritaban remoción. Asimismo, entendió que, teniendo en consideración la naturaleza del proceso y el tipo de motivación necesaria e inherente a él, no existían elementos que permitieran determinar la ausencia de motivación o la arbitrariedad del fallo.³⁷

En cuanto al principio de legalidad, la CIDH consideró que el doctor Rico fue removido de su cargo con sustento en causales de carácter genérico que impedían establecer, por su latitud, qué conductas constituían faltas, refiriéndose especialmente a las causales de incumplimiento de deberes e “incompetencia” y “negligencia” en el ejercicio del cargo. En su interpretación, la contextura de las causales daba un margen amplio de discrecionalidad al Jurado.

32 Ídem, párr. 89.

33 Ídem, párr. 99.

34 La CIDH destacó que, en total, el veredicto se componía de 4284 preguntas y respuestas.

35 Conf. CIDH, Informe N° 72/17, párr. 122.

36 Conf. Corte IDH, *Caso Rico Vs. Argentina*, cit., párr. 76.

37 Ídem, párrs. 79-80.

Al respecto, la Corte IDH destacó que la norma sancionatoria disciplinaria puede no ser tan precisa como la de naturaleza penal,³⁸ y que la indeterminación de un tipo sancionatorio no es en sí misma violatoria de la Convención.

Sentado lo anterior, y tras destacar que las causales aplicadas al doctor Rico estaban previstas con anterioridad en la legislación aplicable, el Tribunal entendió que varias de las conductas atribuidas al ex juez constituían incumplimientos de la labor judicial, y era razonablemente previsible que la reiteración de tales inconductas (v. gr., no votar las causas a despacho o retrasar las audiencias de vista) condujera a la destitución. También parecía previsible que la recusación de sus colegas de Sala constituyera “incompetencia o negligencia” en el ejercicio de la función judicial, y era igualmente inequívoca la causal de “dejar transcurrir los términos legales reiteradamente, sin pronunciarse en las cuestiones sometidas a su decisión o dictamen”.

4. Palabras finales

En el caso analizado se destaca una cuestión de notable relevancia para la República Argentina. La Corte IDH descartó las pretensiones orientadas a descalificar el sistema de enjuiciamiento vigente a nivel provincial por la presencia de un “elemento político” en su seno. Naturalmente, esta conclusión es igualmente aplicable al sistema previsto en la Constitución Nacional para la remoción de jueces y juezas de la Nación.

Por una parte, quedó de manifiesto durante el proceso y también en la sentencia que a los órganos del SIDH no les corresponde, en el marco de su competencia contenciosa, valorar *en abstracto* la compatibilidad de determinada legislación con la Convención Americana.³⁹ Mucho menos les compete analizar la conveniencia o inconveniencia de un determinado diseño institucional,⁴⁰ ni mucho menos sugerir qué mecanismo sería mejor o cuál debería ser “desincentivado”, sobre la base de un estándar en formación proveniente de la misma corporación incumbida en su eventual aplicación⁴¹ que, por su naturaleza de *lege ferenda*, no es oponible a la República Argentina.

Por otra parte, la sentencia reconoció la legitimidad del *jury* en el marco del sistema democrático y republicano de gobierno. La responsabilidad política de los integrantes del poder público ha sido consustancial a la emancipación de la República Argentina, tal como lo demuestra la declaración de

38 Ídem, párr. 102.

39 Conf. Corte IDH, *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C Nº 232, párr. 172. La Corte sí puede hacer este análisis, pero en el marco y bajo las condiciones previstas en el artículo 64.2 del tratado.

40 Conf. *mutatis mutandi*, *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, CPJI, Série C, Avis Consultatif Nº 4, 7-II-1923, págs. 23-24).

41 La Comisión Interamericana, al desaconsejar los enjuiciamientos “políticos”, ha vindicado una serie de pronunciamientos y declaraciones favoreciendo el establecimiento de sistemas disciplinarios bajo la dirección de la corporación judicial (conf., CIDH, Informe Nº 43/15, cit., párr. 133 y sus citas). Los instrumentos reseñados por la CIDH provienen de asociaciones profesionales que nuclean a magistrados (la Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia, la Federación Latinoamericana de Magistrados, y la Cumbre Judicial Iberoamericana).

la Asamblea del año 1813, en cuanto afirmó que la conducta de los funcionarios debía ser juzgada “por los representantes de la Nación que les confiaron el depósito sagrado de su autoridad”.⁴² Es que la destitución de un funcionario o un magistrado importa la privación de una competencia pública que no se ejerce a título de derecho subjetivo propio, sino como un derecho público subjetivo en representación de la comunidad.⁴³

En esa misma línea, la más temprana doctrina constitucional ha expresado que los asuntos objeto de los tribunales de *impeachment* “se refieren principalmente a daños provocados inmediatamente a la sociedad misma”.⁴⁴ Por consiguiente, a los jueces les cabe una responsabilidad política, la que rinden ante su comitente, que es el pueblo.⁴⁵ Precisamente, en la República Argentina la determinación de la responsabilidad de juezas y jueces se ha depositado parcialmente en la fuente del poder público, que es el pueblo, quien ejerce sus derechos a través de sus representantes. Ciertamente, la Corte IDH ha considerado que la intervención del Parlamento en el enjuiciamiento de magistrados persigue someter a los funcionarios a un examen y decisión sobre sus actuaciones por parte de la representación popular.⁴⁶

En segundo lugar, el fallo no se pronunció respecto de la irrecurribilidad de los veredictos del Jurado de Enjuiciamiento, en tanto el agravio no había sido articulado eficazmente ante los tribunales domésticos. Sin perjuicio de ello, la Corte IDH sí analizó el desempeño de los recursos judiciales seguidos por el doctor Rico, específicamente el extraordinario federal, como mecanismos adecuados y efectivos para garantizar la revisión judicial del veredicto. En este sentido, es notable que la CIDH haya aventurado la aplicabilidad del derecho consignado en el artículo 8.2.h del tratado respecto de un proceso como el analizado, teniendo en cuenta que los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* solo exigen una “revisión independiente”, que precisamente “puede no aplicar a las decisiones de la Corte superior y aquellas de las legislaturas en *impeachment* o procedimientos similares” (conf. ppio. 20). Una feraz y asertiva jurisprudencia de la CSJN garantiza la “revisión independiente” de los enjuiciamientos de jueces y juezas.

En suma, la garantía de la independencia judicial no demanda una revisión de las instituciones que motivaron la alarmada reprobación de la CIDH, sino una aplicación adecuada de aquellas. No es acertado otorgar a la corporación judicial la potestad de evaluar su propio desempeño. Antes bien, corresponde que sea el pueblo el que ejerza su soberanía a través de quienes traducen su presencia de modo más inmediato, las legisladoras y los legisladores,⁴⁷ reprimiendo los desvíos de un poder que decide sobre sus derechos y deberes con considerable discrecionalidad, ostentando un estatuto de garantías y beneficios de los que no goza el común.

42 Tau Anzoátegui, V. y Martiré, E. (2005). *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*. Buenos Aires: Histórica, p. 345.

43 Quiroga Lavié, H. (2009), *op. cit.*, p. 551.

44 Hamilton, A. (s./f.). *Federalist* N° 65. En A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, J.R. Pole (ed.), *The Federalist*. Indianapolis: Hackett Publishing, p. 350.

45 González Calderón, J. A. (1930). *Derecho constitucional argentino, tomo I*. Buenos Aires: Lajouane, p. 429.

46 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, cit., párr. 63.

47 Conf. CSJN, *Fallos* 315:781, disidencia del doctor Moliné O'Connor.

Plazo razonable de duración del proceso

Corte IDH. *Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2019. Serie C No. 384

Por Rosario Muñoz¹

Introducción

En el caso que aquí comento, la Corte IDH condenó al Estado argentino por la vulneración de la garantía del plazo razonable en el marco de un procedimiento que, para alcanzar el agotamiento de las instancias internas, obligó a las víctimas a transitar un reclamo administrativo y jurisdiccional, llegando hasta la CSJN. Por ello, ordenó la publicación de la sentencia y el pago de una indemnización, en concepto de reparación.

No puede perderse de vista que las víctimas fueron detenidas en el año 1976, iniciaron sus reclamos administrativos con el retorno de la democracia –reincorporándose a sus puestos de trabajo cuando rondaban los 30 años de edad–, llevaron su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a fines del año 1996 y comienzos del año 1997, y más de veinte años después de haber iniciado su trámite en sede internacional se encuentran a la espera del pago de una acotada indemnización que cobrarán –es de esperarse– superando los 70 años de edad.

¹ Abogada (UBA). Magíster en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (American University). Docente de Derechos Humanos y Garantías (UNPAZ). Secretaria de Primera Instancia de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.

En un fallo que nos vuelve a enfrentar a un número de discusiones —el rol de la CIDH, la participación de las víctimas en el proceso y su poder de gravitación en aquel; la eficacia de los procesos de solución amistosa; el plazo razonable del propio trámite ante el sistema interamericano; la noción de “cuarta instancia” como limitante para el análisis del contenido de las sentencias—, me concentraré en el estándar de “plazo razonable” a la luz de lo resuelto por la Corte IDH.

Hechos del caso

Elba Clotilde Perrone Olague —nacida el 21 de mayo de 1946— y Juan José Preckel Russo —nacido el 6 de agosto de 1953— trabajaban en la Dirección General Impositiva (en adelante “DGI”) —órgano que forma parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP)—. Al tiempo de los hechos, este órgano dependía jerárquicamente de la Secretaría de Hacienda.

El 6 de julio de 1976 fueron detenidos en sus respectivos domicilios, sitios en la ciudad de Mar del Plata, siendo acusados de “subversivos” y de “atentar contra la seguridad nacional”. Fueron detenidos y torturados en distintas dependencias policiales y militares, lo que generó que la Sra. Perrone perdiera su capacidad de procrear.

El 18 de marzo de 1977 pasaron a estar detenidos bajo el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 484, siguiendo privados de la libertad en unidades penitenciarias.

En el caso de la Sra. Perrone, el 16 de octubre de 1982 fue liberada bajo el régimen de libertad vigilada con la obligación de presentarse cada tres días ante las autoridades militares o policiales, así como de abstenerse de participar en reuniones públicas o privadas de cualquier naturaleza, entre otras condiciones, situación que se mantuvo hasta el 25 de julio de 1983. Si bien solicitó salir del país en más de una oportunidad, no le fue permitido.

Por su parte, el Sr. Preckel sí obtuvo autorización para salir del país, la que hizo efectiva el 7 de septiembre de 1979 con destino a Alemania, donde permaneció en calidad de exiliado hasta diciembre de 1984, fecha en que regresó a la Argentina.

En punto a su relación laboral, la DGI instruyó un proceso administrativo ante sus ausencias, en el marco del cual tomó conocimiento de su privación de la libertad —confirmada por la Agrupación de Artillería de Defensa Aérea—, por lo cual el 10 de agosto de 1976 suspendió a las aquí víctimas preventivamente y sin perjuicio de la instrucción del pertinente sumario administrativo. Efectivamente, se dio inicio al Sumario N° 49/76 que, finalmente, fue suspendido en su trámite, hasta tanto los involucrados pudiesen brindar su declaración.

En el caso de la Sra. Perrone, el día siguiente a su liberación se reincorporó a trabajar. Posteriormente, el 27 de abril de 1983 presentó un escrito dirigido a la DGI en donde manifestó no haber sido notificada del Sumario Administrativo N° 49/76, en donde aún se la citaba a declarar.

En lo que respecta al Sr. Preckel, desde su exilio envió un escrito a la DGI solicitando su reincorporación a su puesto de trabajo, que fue recibido el 20 de febrero de 1984. El 7 de septiembre del mismo año, el jefe del Departamento de Recursos Humanos de la DGI respondió a su solicitud informándole que procedía a su reincorporación, pues no surgían cargos en su contra de las respectivas actuaciones sumariales. Se reincorporó a sus labores, efectivamente, el 4 de febrero de 1985.

El sumario administrativo fue archivado el 16 de octubre de 1984, tras haber sido declarados ambos funcionarios exentos de responsabilidad.

Tras ello, ambos iniciaron un reclamo administrativo por el pago de los haberes dejados de percibir durante su detención y hasta el momento en que se reintegraron a sus funciones, bajo el argumento de que sus inasistencias no fueron voluntarias.

En el caso de la Sra. Perrone, si bien tuvo un primer dictamen favorable, tras la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación –que consideró que debía desestimarse el planteo–, el 19 de marzo de 1987 el director general de la DGI emitió la Resolución N° 75/87, mediante la cual resolvió desestimar su reclamo.

Por su parte, el Sr. Preckel inició el reclamo administrativo el 2 de julio de 1985, siendo rechazado con base en el dictamen negativo de la Procuración del Tesoro de la Nación adoptado en un caso similar.

Así, el 24 de junio de 1988 las víctimas presentaron por separado sus demandas en contra del Estado nacional-DGI ante la justicia federal, fundamentadas en los artículos 14.c, del Régimen de Licencias, Justificaciones y Franquicias de la Administración Pública Nacional (en adelante “el Régimen”), y 192, de la Convención Colectiva de Trabajo N° 46/75E.

Esta normativa justificaba el pago de haberes salariales cuando las inasistencias de los agentes de la DGI estuvieran motivadas por “casos de fuerza mayor debidamente comprobados”, hipótesis en la que se encuadraba el caso.

En este sentido, manifestaron que la vigencia y aplicación de la Circular N° 5/77, por medio de la cual las autoridades administrativas habían rechazado sus peticiones, no resultaba aplicable, ya que señalaba que no correspondía el pago de salarios dejados de percibir por inasistencia, salvo la existencia de una norma que expresara lo contrario, como lo era el referido artículo 14.c del Régimen, que permitía dicha excepción bajo la figura de fuerza mayor.

En febrero de 1992 ambas demandas fueron rechazadas en primera instancia, siguiendo la doctrina de la CSJN que establece que no procede el pago de sueldos por funciones no desempeñadas; no tratándose de una demanda de daños y perjuicios en la cual, por cierto, la DGI no se encontraría obligada a reparar.

Las sentencias fueron recurridas. En el caso del Sr. Preckel, el 24 de noviembre de 1992 la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la decisión de primera instancia. El 24 de diciembre de ese mismo año, presentó recurso extraordinario, que fue rechazado

por la misma Sala, por lo que interpuso un recurso de queja ante la CSJN, que fue finalmente rechazado en los términos del artículo 280 del Código Civil y Comercial de la Nación el 21 de mayo de 1996.

En el caso de la Sra. Perrone, la Sala IV de la Cámara revocó el fallo de primera instancia el 21 de septiembre de 1993, haciendo lugar a la demanda en lo sustancial, entendiendo, contrariamente a lo resuelto en el caso del Sr. Preckel, que su privación ilegítima de la libertad constituía una causal de fuerza mayor que justificaba su falta de prestación de servicios. Así, reconoció el derecho de la Sra. Perrone al cobro de sus haberes laborales. Sin embargo, declaró que no resultaban procedentes su reubicación escalafonaria o los beneficios de períodos de licencia ordinaria no gozados.

Esta decisión fue recurrida por la DGI llevando el caso ante la CSJN por vía de recurso de queja. El 21 de mayo de 1996, el Tribunal declaró admisible la queja por encontrarse en juego la inteligencia de normas federales y, en cuanto al fondo, revocó la sentencia de segunda instancia, ya que no se dan supuestos de excepción al principio de que no procede el pago de sueldos por funciones no prestadas.

Por otro lado, las víctimas solicitaron una indemnización en los términos de la Ley N° 24043 –destinada a personas que hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional durante la vigencia del estado de sitio—. Mediante la Resolución N° 2294, emitida por la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior, del 15 de julio de 1994, el Sr. Preckel recibió la cantidad de \$172.956 y a través de la Resolución N° 203 emitida por la misma Subsecretaría un año después, la Sra. Perrone recibió la cantidad de \$144.875.²

Trámite. Determinación del reclamo ante la Corte IDH

El 4 de mayo de 1999 la CIDH aprobó el Informe N° 67/99, en el que declaró que la petición era admisible respecto de la presunta violación de los derechos reconocidos en los artículos 3, 8, 21, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Tras el rechazo del Estado a iniciar un proceso de solución de amistosa, el 18 de marzo de 2017 la CIDH aprobó el Informe de Fondo N° 21/17.

Allí concluyó que el Estado argentino violó los artículos 8.1 y 25 de la CADH. Para así decidir, la CIDH consideró que el lapso de más de doce años de duración de los procesos administrativos y judiciales sobrepasó un plazo que pueda considerarse razonable. Asimismo, señaló que las autoridades judiciales y administrativas violaron el derecho a contar con una motivación suficiente y adecuada. Adicionalmente, consideró que, al haberse violado dichas garantías del debido proceso, los procesos administrativos y judiciales también implicaron una vulneración del derecho a la protección judicial.

La CIDH notó que, en las motivaciones de las decisiones judiciales y administrativas, estuvo ausente prácticamente de manera absoluta el contexto de graves y sistemáticas violaciones de derechos hu-

² Para ver la totalidad de los hechos del caso, ver Corte IDH. *Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina*, párrs. 51-106.

manos que dio lugar a que las víctimas no pudieran acudir a su lugar de trabajo, cuestión central si tenemos en consideración que debía interpretarse la causal “fuerza mayor”.³

Ante el incumplimiento estatal de sus recomendaciones, la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH el 19 de octubre de 2017.

Ante el Tribunal, el Estado presentó dos excepciones preliminares: falta de competencia *ratione temporis* en relación con la petición de *restitutio in integrum* presentada por las presuntas víctimas e indebido agotamiento de recursos de la jurisdicción interna.

En cuanto a la primera, entiende la Corte IDH que los procesos administrativos y judiciales sobre los que se reclama fueron iniciados después de la ratificación de la CADH por parte de Argentina, el 5 de septiembre de 1984, por lo cual, es competente para entender sobre ellos. De encontrarse una eventual violación, la reparación estaría relacionada únicamente con las violaciones acreditadas. Siguiendo ese razonamiento, la Corte IDH admite la excepción interpuesta por el Estado en relación con la falta de competencia *ratione temporis* sobre los hechos relacionados con las detenciones arbitrarias de las presuntas víctimas y el exilio del Sr. Preckel, así como su eventual reparación mediante la *restitutio in integrum* solicitada por su representante.⁴

En cuanto al agotamiento de los recursos internos en miras a obtener una reparación integral, sostiene el Estado que las víctimas únicamente reclamaron en el fuero contencioso administrativo en punto a su relación laboral con la DGI, pero no agotaron adecuadamente los recursos internos, en tanto no iniciaron reclamos por vía civil tendientes a lograr una indemnización por daños y perjuicios.

Siguiendo su jurisprudencia constante en punto a que la adecuación de los recursos significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida,⁵ la Corte IDH observa que las presuntas víctimas, en los diferentes procesos realizados, solicitaron los salarios y demás beneficios no pagados durante su detención, y que la base de su reclamo era la normativa interna que contemplaba el pago de haberes salariales de trabajadores que no hubieran podido cumplir con su trabajo por una causal de “fuerza mayor”. Acudieron a esta vía atendiendo a la jurisprudencia que indicaba que las violaciones por daños y perjuicios por derechos vulnerados durante la dictadura militar se encontraban prescriptas. En sede interna, la vía por la que optaron no fue declarada improcedente, por el contrario, la discusión versó sobre la interpretación de la causal “fuerza mayor”. Por ello, la Corte IDH desestima la excepción preliminar formulada por el Estado.⁶

Así, queda claro que el caso no versa sobre la detención ilegítima de Perrone y Preckel y los daños ocasionados en dicho contexto específico, hechos anteriores a la ratificación de la CADH por el Es-

3 CIDH, Informe N° 21/17, Caso 11738, Elba Clotilde Perrone y Juan José Preckel. Argentina, 18 de marzo de 2017, párr. 93.

4 Corte IDH. *Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina*, párrs. 18-25.

5 Conf. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 64, y *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 17, párr. 63.

6 Corte IDH. *Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina*, párrs. 33-42.

tado argentino, sino sobre la respuesta estatal que recibieron con posterioridad ante el reclamo de los salarios caídos y restantes prestaciones conexas que emergen de su relación laboral. Sobre esta base se analizará la responsabilidad estatal en el caso y las medidas de reparación que otorgará la Corte IDH.

Decisión de la Corte IDH

Despejadas las discusiones, la Corte IDH finalmente se pronunciará sobre dos cuestiones, en cuanto al fondo del asunto: el deber de motivar y el derecho a la protección judicial y la garantía del plazo razonable, para concluir que únicamente ha existido responsabilidad internacional por esta última.

Deber de motivar y derecho a la protección judicial

Al analizar el derrotero de los reclamos administrativos y judiciales en sede interna, la Corte IDH considera que las resoluciones que decidieron de forma definitiva las demandas presentadas por las víctimas motivaron de forma suficiente por qué no eran aplicables las excepciones que alegaban al principio establecido normativa y jurisprudencialmente de que no procede el pago de sueldo por funciones no prestadas. Además, en tales sentencias, los jueces intervinientes explicaron que en estos casos se debatía la responsabilidad de la DGI como empleador y no la responsabilidad del Estado por los actos ilegítimos del gobierno *de facto* de los cuales habían sido víctimas los demandantes. En consecuencia, las sentencias no incurrieron en la alegada falta de motivación en consideración de la Corte IDH.⁷

En el mismo sentido concluye que las víctimas tuvieron acceso a un recurso judicial efectivo, pues las autoridades competentes examinaron las razones invocadas por los demandantes y se pronunciaron respecto de ellas.⁸ En consecuencia, concluye que el Estado no es responsable por la violación a los artículos 8.1 y 25 de la CADH en punto al deber de motivación.

Sobre la garantía del plazo razonable

Con relación a este aspecto, la Corte IDH sigue su jurisprudencia constante sobre los parámetros bajo los cuales debe ponderarse si un Estado ha incurrido en una violación del plazo razonable. Recordemos que, en virtud del artículo 8 de la CADH, toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. Es así como, tanto la Corte IDH como la CIDH, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han establecido tres criterios fundamentales para poder determinar si el plazo que transcurrió a lo largo de un procedimiento judicial o

⁷ Ídem, Conf. párr. 137.

⁸ Ídem, Conf. párr. 138.

administrativo ha sido razonable: (i) la complejidad del caso, (ii) la actividad procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades estatales.⁹

Con posterioridad, la Corte IDH ha agregado un cuarto requisito, al precisar que

se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.¹⁰

Para el cómputo del plazo en este caso, la Corte IDH examinó “la duración del procedimiento administrativo y del proceso judicial de forma conjunta, pues el trámite de la reclamación administrativa era un presupuesto necesario para acudir a la vía jurisdiccional”.¹¹ Así, el procedimiento administrativo y judicial de la Sra. Perrone duró trece años y catorce días, y el del Sr. Preckel diez años y once meses.

Analizando la complejidad del asunto, pondera que no había pluralidad de víctimas, carecía de dificultades probatorias y no requería llevar a cabo múltiples actuaciones administrativas o judiciales, lo que pudiera configurar un caso complejo en su propia integración. No obstante, según fue señalado por las autoridades administrativas, el caso no contaba con precedentes por sus implicaciones colectivas, lo que requirió la consulta de entidades internas, situación que pudo tornar compleja la resolución del asunto en un primer momento ante las autoridades administrativas. Sin perjuicio de lo anterior, ante las autoridades judiciales, el tema versaba principalmente sobre la interpretación de normas internas.¹²

En cuanto a la actividad procesal de las partes, la Corte IDH constata que las presuntas víctimas dieron seguimiento e impulso a sus procesos, por lo que no se desprende que su actividad haya constituido alguna forma de obstrucción o dilación indebida.¹³

Finalmente, en cuanto a la conducta de las autoridades judiciales y administrativas, la Corte IDH nota en ambos casos el prolongado período transcurrido desde la presentación inicial de las reclamaciones ante la DGI hasta su decisión definitiva en sede judicial, sin que del expediente surja información para justificarlo, más allá de la ausencia de precedentes en la materia.¹⁴

Por todo ello, concluye que la duración del procedimiento administrativo y el proceso judicial en su conjunto excedió el plazo razonable de manera injustificada, en contravención del artículo 8.1 de la CADH.

9 Cf. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 72; CIDH, Informe No. 52/97, Caso 11218, Arges Sequeira Mangas (Nicaragua), Informe Anual de 1997, párr. 122; TEDH, *Caso Obermeier vs. Austria*, Sentencia del 28 de junio de 1990, párr. 70-73.

10 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155.

11 Corte IDH. *Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina*, párr. 143.

12 Ídem, párr. 144.

13 Ídem, párr. 145.

14 Ídem, párr. 146.

Reparaciones

La Corte considera que la *restitutio in integrum* reclamada por las víctimas, consistente en el pago de una suma equivalente a los salarios caídos y los haberes dejados de percibir durante el período de su detención ilegal en el caso de la Sra. Perrone, y de la detención ilegal y el exilio forzoso en caso del Sr. Preckel, se vincula con hechos sobre los que no se pronunció, por estar fuera de su competencia temporal. Además, no guardan nexos causales con las violaciones declaradas en la sentencia. Por lo tanto, considera improcedente ordenar esta medida compensatoria.¹⁵

Por el contrario, sí ordena la publicación de la sentencia, el pago de una indemnización equivalente a la cantidad total de quince mil dólares a favor de cada una de las víctimas, por concepto de compensación, y el pago de las costas y gastos del juicio.¹⁶

Cabe destacar que ya se ha dado cumplimiento a la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial y en un diario de tirada nacional,¹⁷ restando el pago de las indemnizaciones ordenadas.

Análisis de la garantía de plazo razonable. Impacto en el derecho argentino

Como puede observarse, el caso quedó circunscripto a la duración prolongada de un proceso, y las reparaciones, por tanto, delimitadas en su variedad y proporción a tal única violación de derechos declarada en sede internacional.

Si se observa todo lo que las víctimas han tenido que padecer hasta llegar a la resolución final del asunto en el año 2019, transcurrida prácticamente toda su vida, no pareciera que podamos hablar de “justicia” en el caso, aunque analizado en términos estrictos, lo resuelto parece ser conteste con la jurisprudencia de la Corte IDH y los requisitos de procedencia –principalmente, temporal y de agotamiento de los recursos internos–.

Así, deja claro el Tribunal que los hechos de la detención ilegítima y tortura han sido anteriores a la ratificación de la CADH por el Estado argentino y, además, las víctimas han optado por no iniciar el reclamo civil de daños y perjuicios –sistemáticamente rechazado por prescripción en Argentina–,¹⁸ por lo que no han agotado el reclamo en sede interna en punto a la pretendida *restitución in integrum*.

Ahora bien, el punto más controversial del caso se encuentra en el análisis que la Corte IDH realiza del deber de motivación, considerando que en las distintas instancias decisorias se brindaron fundamentos suficientes para justificar la interpretación normativa propiciada. Ingresar a analizar el contenido

¹⁵ Ídem, párr. 162.

¹⁶ Ídem, párrs. 164 y 171.

¹⁷ Boletín Oficial, 12 de junio de 2020, y diario *Página/12*, 12 de junio de 2020, p. 22.

¹⁸ Nótese que esta cuestión recién puede considerarse zanjada en la jurisprudencia interna argentina en el año 2017, cuando la CSJN ratifica su posición de “Larrabeiti Yáñez”, fallo de 2007, mediante sentencia en “Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios” del 28 de marzo de 2017.

de dichas sentencias, para el Tribunal, iría en contra de la “fórmula de la cuarta instancia” y el carácter subsidiario de la protección internacional (art. 47.b de la CADH). Así, se aparta de la postura que la CIDH había sostenido en su informe de fondo para el caso.

Al respecto, cabe recordar que, desde “Marzioni” en adelante, se ha sostenido que

la premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención.¹⁹

Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta.

De esta forma, cabe preguntarse si la interpretación que la CSJN realiza de las causales de “fuerza mayor” contempladas en la normativa interna argentina, como causales de excepción para apartarse del principio general de no pago de los salarios caídos, no resulta violatoria de derechos humanos. Es claro que existe en el caso un vacío legal, pues ¿qué legislador podría haber contemplado el caso específico de las víctimas Perrone y Preckel? ¿No deberían los jueces haber suplido ese vacío legal con una interpretación acorde a los derechos laborales de las víctimas? Hay que reconocer que la línea entre la postura de la CIDH y la postura de la Corte IDH es muy delgada.

Fuera de ello, el caso nos deja, para la tradición administrativista argentina, un estándar importante, no del todo innovador, pero trascendente en cuanto a la claridad de su afirmación: “cuando los reclamos en sede administrativa son un prerrequisito *para arribar* al reclamo judicial, la duración del proceso contempla la totalidad de ambas etapas”.

Recordemos que ya en el caso “Baena” la Corte IDH determinó el alcance del artículo 8 de la CADH y estableció que, independientemente de su denominación como “garantías judiciales”, las garantías allí enumeradas aplicaban a procesos administrativos, pues

es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.²⁰

19 CIDH, Informe N° 39/96, Caso 11673, 15 de octubre de 1996.

20 Conf. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No 72, párrs. 124, 125 y 127.

En casos posteriores, la Corte IDH profundizó este análisis, interpretando la garantía del plazo razonable, a obtener una decisión en un plazo razonable y a acceder a una revisión jurisdiccional, entre otras garantías, para el caso específico de los procedimientos administrativos.²¹

Con la afirmación de la sentencia bajo análisis no puede caber duda alguna de que la razonabilidad del plazo deberá medirse desde el inicio del proceso administrativo –dictado del acto administrativo o reclamación del administrado, como en el caso que nos ocupa– y hasta su resolución definitiva –sentencia que haga cosa juzgada–.

En este sentido, “Perrone y Preckel” no debería motivar en el Estado argentino únicamente el pago de una indemnización: las autoridades deberían verse compelidas a retomar el debate sobre si la regulación del proceso administrativo tal y como la conocemos ¿respeto las garantías del debido proceso –artículos 8 y 25 de la CADH–; ¿respeto los estándares de tutela judicial efectiva? En definitiva, ¿es conteste con las obligaciones contraídas por el Estado en los instrumentos de derechos humanos que ha ratificado?

Recordemos que la exigencia de agotar la instancia administrativa está regulada en los artículos 23, 24, 30 a 32 de la Ley N° 19549 (en concordancia con los arts. 84 y 90 del Decreto Reglamentario N° 1759/1972). Dicha norma establece plazos dentro de los cuales la Administración debe resolver y obrar –rara vez respetados en la práctica–, considerando el silencio de las autoridades como denegatoria (conf. art. 10, Ley N° 19549). Luego, determina un plazo perentorio vencido el cual fenece la posibilidad de acudir ante un juez (art. 25, Ley N° 19549),²² operando la caducidad.²³ La alta litigiosidad que se observa desde hace años en los fueros federales competentes demuestra que rara vez la Administración revierte lo decidido o hace lugar a un recurso del administrado.

Por todo ello, Cassagne afirma que

el acceso a la justicia se ha convertido en una formidable carrera de obstáculos que, tras la máscara de la seguridad jurídica, la división de poderes, la conveniencia que la Administración pueda enmendar sus errores e ilegalidades, ha transformado el régimen procesal administrativo en un conjunto desordenado e ilógico de ritualismos inútiles.²⁴

21 Para un análisis jurisprudencial completo ver CIDH (2007). El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

22 Además, existen regímenes específicos que establecen plazos de interposición de la demanda judicial más reducidos. Por ejemplo: la Ley N° 25871 para la revisión de actos administrativos de órdenes de expulsión.

23 En punto a la constitucionalidad del plazo de caducidad, ver CSJN, *Fallos* 316:2454, y la crítica en Bianchi, A. B., (1995). ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?, en *La Ley* 1995-A-397.

24 Cassagne, J. C. (s/f). *Acerca de la subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa*. Recuperado de www.cassagne.com.ar

En similar sentido se pronuncia Gordillo, al afirmar que

es inevitable enfrentarse con la verdad: En tanto requisito previo a la demanda, es un ritualismo inútil en todos los casos, de ineficacia cierta. A ello se suma que, con frecuencia, la tramitación en sede administrativa de un reclamo o recurso, especialmente en la administración central que es donde se aplica este régimen, tarde a veces tanto como un juicio.²⁵

El caso bajo análisis, independientemente de las reparaciones que en concreto se han ordenado, debería motivar a las autoridades argentinas a revisar las leyes vigentes y las prácticas de sus agentes, para erradicar aquellos obstáculos que impiden obtener una decisión motivada en un plazo razonable, en tanto garantía de no repetición. Sin pretender adentrarme en una discusión que se viene sosteniendo con sólidos fundamentos hace ya tiempo –prueba de ello, los trabajos antes citados– entiendo que lo decidido en el caso debería impactar en el modo en que las autoridades –administrativas y judiciales– conducen los procesos.

Adscribo así a la tesis de Cassagne, cuando sostiene que “En el Estado Constitucional de Derecho ha surgido un nuevo paradigma configurado como una derivación del derecho a la tutela judicial efectiva, que se proyecta también a la protección administrativa de los derechos individuales y colectivos”,²⁶ lo que irremediamente debería llevar a una revisión de los principios sobre los que se sustenta el derecho administrativo.

Democratizar los procesos, la participación en ellos, el acceso a la justicia real y efectivo, siguen siendo materia pendiente en algunas ramas del derecho, como lo es el derecho administrativo, desde su propia formulación legal. Poco se ha hecho en esta materia por resolver los factores de desigualdad –para utilizar los términos de la Corte IDH– con los que concurre el administrado frente a la Administración en procesos en los que se dirimen el ejercicio real y concreto de los derechos humanos.

25 Gordillo, A. (2016). El Procedimiento Administrativo (Tomo 4, Capítulo 12), en *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires: FDA, pág. 559. Recuperado de www.gordillo.com

26 Cassagne, J. C. (s/f), *op. cit.*

Pena de muerte y tortura

Corte IDH, Caso *Tirso Román Valenzuela Ávila Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386

Por Fidencia Orozco de Licardí¹

Introducción

El presente caso se refiere a la tortura, pena de muerte en contravención a garantías judiciales, sometimiento al fenómeno del corredor de la muerte y posterior ejecución extrajudicial del señor Tirso Román Valenzuela Ávila.

Comenzó con su detención ilegal y tortura, luego fue condenado a pena de muerte el 21 de octubre de 1999 por el Tribunal de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Quetzaltenango, y finalmente fue ejecutado extrajudicialmente el 8 de diciembre de 2006.

Los graves actos de tortura perpetrados en su contra y su posterior ejecución extrajudicial en la ciudad de la Gomera Escuintla no han sido investigados con la diligencia debida y dentro de un plazo razonable, por lo que veinte años después permanecen en total impunidad.

¹ Magíster en Derechos Humanos (Universidad Rafael Landívar), Defensora Pública Interamericana.

Los hechos descritos no son aislados, sino que reflejan una persistencia de prácticas policiales que constituyen graves violaciones de derechos humanos, aun después de culminado el conflicto armado guatemalteco. En concreto, reflejan la utilización de la tortura como método de investigación en delitos considerados graves, la alteración y manipulación de prueba por parte de estructuras paralelas de investigación que llevaban a la implantación de pruebas falsas, así como la existencia de una estructura criminal al interior de la Policía Nacional Civil (PNC), dedicada a llevar a cabo actos de “limpieza social selectiva”, dentro de un operativo conocido como Plan Gavilán.

Hechos

Tirso Román Valenzuela Ávila fue detenido el 27 de mayo de 1998 al encontrarse armas de fuego durante un allanamiento realizado en su vivienda. En el momento de su aprehensión fue objeto de actos de tortura y violencia sexual, los cuales fueron cometidos intencionalmente por agentes estatales con la finalidad de que aceptara haber participado en la comisión de un hecho delictivo. Fue condenado a pena de muerte por el delito de asesinato con base en la figura de la peligrosidad. Asimismo, fue torturado al momento de ser recapturado luego de su primera fuga en junio de 1998, y nuevamente tras ser recapturado luego de su segunda fuga de la cárcel en junio de 2001.

Su ejecución extrajudicial estuvo a cargo de agentes estatales en el marco de la Operación Gavilán, que fue creada para la búsqueda y recaptura de las 19 personas fugadas de la cárcel de máxima seguridad El Infiernito. Nueve de los prófugos fueron recapturados y siete de ellos fallecieron por circunstancias que se dieron en los operativos.

El Estado realizó investigaciones y emitió sentencias, en las cuales condenó a funcionarios estatales por la ejecución extrajudicial de una de las personas fugadas, así como de otras personas fugadas de las cárceles de Pavón e Infiernito ocurridas entre 2005 y 2006.

La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala realizó una investigación con relación a estas muertes y se pronunció sobre la injerencia de las autoridades estatales en las acciones realizadas para la ejecución extrajudicial de los prófugos y la existencia de una estructura paralela para ejecutar a los que ellos consideraban “lacras y enemigos de la sociedad”, aunado a que el Relator Especial sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias en su informe sobre una visita realizada a Guatemala, denunció la existencia de grupos dedicados a la limpieza social en la Policía Nacional Civil.

Aspectos destacados de la sentencia de la Corte IDH

A) Sobre la pena de muerte

Es importante hacer mención de que en el año 2019 el Estado de Guatemala fue llevado ante la Corte IDH para enfrentar varios juicios en su contra. Uno de ellos es el caso que nos ocupa, y los otros fueron Ruiz Fuentes y Otros, Martínez Coronado, Rodríguez Revolorio y Otros, y Girón y Otros. Ellos tienen una característica en común: haberse impuesto la pena de muerte en todos los casos, mientras en tres de ellos por aplicación del segundo párrafo del artículo 132 del Código Penal, que preveía su aplicación si por las circunstancias del homicidio “y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad del agente”.²

La Corte IDH ya se ha pronunciado específicamente sobre la aplicación del referido artículo del Código Penal y el concepto de “peligrosidad futura” en el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, indicando que el

examen de la peligrosidad del agente implica la valoración por parte del juzgador de hechos que no han ocurrido y, por lo tanto, supone una sanción basada en un juicio sobre la personalidad del infractor y no en los hechos delictivos imputados conforme la tipificación penal aplicable.³

En el caso Valenzuela Ávila también determinó como en los otros casos que la referida norma era contraria a la CADH, particularmente por cuanto violaba el artículo 9 del tratado, ordenándose adecuar dicha norma al derecho internacional de los derechos humanos. Como se puede observar, pese a que en la sentencia de Fermín Ramírez quedó establecida la prohibición de utilizar el concepto *peligrosidad* para fundar una sentencia con pena de muerte, varios casos más fueron fundados en este precepto. Actualmente la Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha determinado a través de su jurisprudencia reiterada que no es posible emitir sentencias con este fundamento.

B) Sobre el corredor de la muerte

En el litigio ante la Corte IDH se alegó que el Estado también vulneró el derecho a la integridad personal de la víctima al someterlo al corredor de la muerte. En este tema la Corte IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto del llamado “fenómeno del corredor de la muerte” en los ca-

² Cf. Corte IDH, *Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386, párr.152.

³ Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

sos Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago,⁴ Raxcacó Reyes Vs. Guatemala⁵ y Martínez Coronado y Otros Vs. Guatemala.⁶ En dichos precedentes se realizó una valoración de los peritajes aportados relativos a las condiciones de detención específicas y propias de las personas condenadas a muerte y víctimas del caso, así como sobre el impacto concreto sobre ellas, que condujeron a una violación de los artículos 5.1 y 5.2 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Sistema Universal de Derechos Humanos y algunos tribunales nacionales advierten que el llamado “corredor de la muerte” causa una afectación al derecho a la integridad personal por la angustia en la que se encuentran las personas condenadas a muerte, situación que genera traumas psicológicos por la manifestación presente y creciente de la ejecución de la pena máxima, por lo que es considerado como un trato cruel, inhumano y degradante. Por lo tanto, para determinar la existencia de una violación a la integridad personal derivada del “corredor de la muerte” es necesario analizar las circunstancias personales y particulares del caso para poder valorar si la permanencia en este alcanzó el nivel de gravedad para calificarse como cruel, inhumano o degradante.

En este sentido, la Corte IDH observó que el señor Valenzuela permaneció durante 6 años y 2 meses bajo una constante amenaza de que en cualquier momento podía ser ejecutado y tuvo que contemplar la perspectiva de la extinción de su vida durante dicho tiempo. Destacó que la forma en la que se impone una condena a pena de muerte puede constituir un factor que determine su incompatibilidad con lo establecido en el artículo 5 de la CADH. Aunado a que fue condenado a la pena capital en base a un procedimiento penal en el que se demostraron una serie de violaciones del artículo 4.2 del tratado y de varios preceptos relativos al debido proceso. Además, se demostró en el peritaje realizado por el señor Aldana Alfaro que indicó que los efectos del corredor de la muerte provocaban al señor Valenzuela depresión, sentimientos de culpa, confusión emocional y una ansiedad moderada por el distanciamiento de las visitas familiares.

Por tal motivo, la Corte IDH concluyó que el señor Valenzuela Ávila enfrentó graves sufrimientos psíquicos provenientes de la angustia de saberse en el corredor de la muerte tras un procedimiento que tuvo numerosas falencias, lo cual fue violatorio de su derecho a la integridad física, psíquica y moral contenido en el artículo 5.1 de la CADH y han constituido un trato cruel, inhumano y degradante contrario al artículo 5.2 del tratado. Adicionalmente, el Tribunal consideró violados los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

4 Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

5 Corte IDH, *Caso Raxcaco Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

6 Corte IDH. *Caso Martínez Coronado Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de mayo de 2019. Serie C No. 376.

C) Sobre la tortura

La responsabilidad internacional del Estado se analizó con base en las obligaciones internacionales derivadas de la CADH y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido enfática en señalar la importancia del principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 8.2 de la CADH, al constituir un fundamento de las garantías judiciales. La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa, es decir, al Ministerio Público de Guatemala. Además, la Corte IDH ha señalado que una garantía al ejercicio material del derecho de defensa es la prohibición de que una persona sea obligada a declarar contra sí misma y, más específico, el derecho a guardar silencio. En ese sentido, utilizar la tortura para obtener una confesión por parte del imputado sería completamente contrario a lo establecido por este derecho, tal y como sucedió con el señor Valenzuela. Por lo tanto, cualquier confesión obtenida mediante tortura es absolutamente inválida y no puede ser utilizada como prueba en una sentencia condenatoria. Aunque la Corte IDH indicó que la declaración tomada al señor Valenzuela bajo procedimientos de tortura no había sido base para la sentencia de pena de muerte, también indicó que quedó demostrado que el señor Valenzuela Ávila fue objeto de actos de tortura y violencia sexual, los cuales fueron cometidos intencionalmente por agentes estatales con la finalidad de que aceptara haber participado en la comisión del asesinato de una agente fiscal. Pese a que el Estado en diversas oportunidades tomó conocimiento de los actos de tortura contra el señor Valenzuela no inició ninguna investigación para la determinación de la verdad, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables. En este sentido, la Corte IDH advirtió que el señor Valenzuela fue obligado a declarar contra sí mismo para aceptar haber participado en un hecho delictivo.

El Estado hizo un reconocimiento internacional sobre la reforma del artículo 201 bis del Código Penal, referente al delito de tortura, en virtud de que dicho tipo penal no cumple con los requisitos mínimos establecidos en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y pese a que la Corte de Constitucionalidad guatemalteca en su sentencia de 17 de julio de 2012 estimó que para cumplir con la tipificación necesaria y en aplicación a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, debe establecerse concretamente la descripción de las conductas que constituyen tortura, siendo necesario realizarla a través de una reforma a la norma penal que incluyera las frases “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y expresamente se regule que también constituye este delito “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.⁷ Sin embargo, hasta la presente fecha tal reforma no se ha hecho efectiva.

⁷ Cf. Corte IDH, *Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386, párr. 30.

D) Sobre el Plan Gavilán

En el litigio ante la Corte IDH se probó que el 22 de octubre de 2005 el señor Valenzuela junto con 18 personas se fugaron de la cárcel de máxima seguridad El Infiernito y en la misma fecha el Estado creó la Operación Gavilán con la finalidad de llevar a cabo la búsqueda y recaptura de los prófugos. Además, está demostrado que el señor Valenzuela murió violentamente el 8 de diciembre de 2006 por arma de fuego en pleno centro de la ciudad de La Gomera, y su cadáver no fue entregado a sus familiares.

Durante la audiencia oral de prueba anticipada ofrecida ante el Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del 15 de febrero de 2012 en la causa C-01076-2010-004, una testigo que formó parte del Plan Gavilán declaró que en el marco de este plan se les había dado la orden directa de que los que estaban por delitos de alto impacto ya no tenían que regresar nuevamente a una cárcel.⁸ En el mismo sentido, otros oficiales que integraron la Operación Gavilán, reafirmaron lo dicho. El 8 de agosto de 2013 el Tribunal a cargo del litigio concluyó que, de forma paralela a la recaptura de los reos fugados mediante la Operación Gavilán, se creó un plan cuyo objetivo era ejecutar extrajudicialmente a los prófugos una vez que estos fueran capturados. El 8 de agosto de 2013 el Tribunal Primero de Mayor Riesgo B emitió sentencia condenatoria en contra de Víctor Manuel Ramos Molina y Axel Arnold Martínez Arreaza por la ejecución extrajudicial de otros fugitivos. Además, condenó a Víctor Hugo Soto Diéguez, quien fue el ex jefe de Investigación Criminal de la Policía Nacional Civil, a 33 años de cárcel por el delito de ejecución extrajudicial de privados de libertad de la Granja Penal de Pavón y de la cárcel de máxima seguridad El Infiernito ocurridos entre el año 2005 y 2006. El Relator Especial sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias a propósito de su visita a Guatemala denunció la existencia de grupos dedicados a la limpieza social en la PNC.⁹

E) Sobre la ejecución extrajudicial y la falta de protocolos de investigación

La Corte IDH indicó que después la muerte del señor Valenzuela no se utilizaron los protocolos de investigación que eran necesarios para recolectar todas las evidencias e indicios que hubieran permitido esclarecer la escena del crimen, toda vez que son elementos de carácter irrepetibles. Por ende, debieron procesarse con el mayor cuidado posible, aplicando todos los protocolos básicos vigentes en el momento de los hechos, más aún cuando esta serie de elementos pudieron coadyuvar en la investigación de una ejecución extrajudicial.

La Corte IDH indicó que las autoridades estatales que conducen una investigación de este tipo deben intentar como mínimo: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se

⁸ Ídem párr. 92.

⁹ Ídem párr. 95.

investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte; e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio; f) investigar exhaustivamente la escena del delito; y g) realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados. Estos puntos se convierten en estándares internacionales mínimos de investigación.

En el presente caso, el 8 de diciembre de 2006 fue encontrado el cuerpo del señor Valenzuela. De acuerdo con la escena del crimen murió de forma violenta por arma de fuego, aproximadamente un año después de su fuga de 22 de octubre de 2005. El Estado inició una investigación penal para esclarecer los hechos y recién el 2 de marzo de 2009, según señaló el Estado, identificó al propietario de la motocicleta usada por el señor Valenzuela. No se tiene otra información relevante en busca de información, diligencias de reconstrucción de hechos y trayectorias de los disparos o entrevistas a posibles testigos presenciales de los hechos. Además, en la causa sobre la muerte de Valenzuela se consignó como hipótesis criminal de acuerdo con la inspección ocular realizada por la Jueza de Paz, que dos desconocidos a bordo de una Pick Up dieron muerte al señor Valenzuela y otra persona, sin ahondar en mayores detalles. Fue hasta el 16 de junio de 2009 que se solicitó al Fiscal General y al jefe del Ministerio Público que determinaran la fiscalía a la cual correspondería la investigación. El 12 de diciembre de 2018 la Fiscalía Especial contra la Impunidad del Ministerio Público de Guatemala comunicó las diligencias de investigación y que aún se encuentra activa. El Estado ha señalado que la investigación en la actualidad sigue en curso, y que una de las hipótesis es la posible ejecución extrajudicial.

La Corte IDH determinó que no se utilizaron los protocolos de investigación vigentes en este momento y que las omisiones ocurridas en la investigación del presente caso han impedido esclarecer los hechos e investigar de manera diligente, juzgar y, en su caso, sancionar a los posibles responsables de los hechos, pese a que han transcurrido cerca de 14 años desde el inicio de la investigación.

F) Sobre el derecho a recurrir

Otro punto de suma importancia es el relacionado al hecho de que el señor Valenzuela no contó con la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio conforme a los estándares de la CADH, toda vez que la normativa procesal penal guatemalteca prohíbe la verificación de ciertas categorías como los hechos y la valoración de la prueba. Guatemala contempla la Apelación Especial y la Casación como recursos para impugnar las resoluciones judiciales, pero ambos recursos no son efectivos por lo ya relacionado.

La Corte IDH se ha referido en su jurisprudencia sobre el alcance y contenido del artículo 8.2.h) de la CADH, así como a los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. El Tribunal ha entendido que dicho derecho consiste en una garantía mínima y primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia perjudicial pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía.

Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté inmerso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte IDH ha interpretado que el derecho a recurrir el fallo no puede ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado.

El artículo 8.2.h) de la CADH se refiere a un recurso ordinario, accesible y eficaz, es decir, que no debe requerir mayores complejidades que hagan ilusorio este derecho. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados partes, y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que este sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. El objetivo de un recurso es posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.

El recurso de apelación especial está regulado en el artículo 430 del Código Procesal Penal de Guatemala que indica que es un recurso en cierta medida limitado, toda vez que solo permite la revisión de hechos para aplicación de la ley sustantiva o cuando exista manifiesta contradicción con la sentencia recurrida, pero no puede en ningún caso hacer mérito de la prueba. En igual sentido está regulado el recurso de casación. Por lo expuesto, ambos recursos no son efectivos confirmando con ello la violación al artículo 8.2h de la CADH.

Conclusión

La pretensión de la sentencia emitida por la Corte IDH es que el Estado de Guatemala cumpla la obligación de aplicar lo que la sentencia establece. En el presente caso:

- a) Que los medios recursivos sean realmente efectivos,
- b) Que los estándares internacionales de investigación sean implementados en protocolos específicos para su real cumplimiento y la obligación de investigar sea efectiva,
- c) Que la reforma al tipo penal de tortura con las modificaciones correspondientes sea incorporada a la normativa penal,
- d) Que se respete y se cumpla con el debido proceso, derecho de defensa, plazo razonable y tutela judicial efectiva, y
- e) Que la pena de muerte sea derogada para no someter a los guatemaltecos al corredor de la muerte.

Tortura. Ejecución extrajudicial. Estándar probatorio

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

por María Daniela Rivero¹ y Santiago Medina Villarreal²

Introducción

En el caso que aquí comentamos las organizaciones que representaron a las víctimas en el proceso interno y a nivel interamericano alegaron durante el trámite procesal la responsabilidad internacional de Venezuela por las ejecuciones extrajudiciales de los hermanos Robert Ignacio y David Octavio Díaz Loreto, así como de su padre Octavio Ignacio Díaz Álvarez, sumado a la tortura sufrida por Robert Ignacio, ocurridas el 6 de enero de 2003 por parte de funcionarios policiales del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua.

En los casi 11 años en que la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) estuvo a cargo del caso,³ analizó dos versiones sobre los hechos: la relatada por los funcionarios policiales y la de varios testigos y la familia. Según la primera, se iniciaron enfrentamientos cuando una comisión policial los identificó en la vía pública como supuestos responsables de un delito.

1 Abogada (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela). Experta en derechos humanos y litigio internacional. Maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Notre Dame). Fue abogada de la Corte IDH, asesora legal para el Programa de América Latina y el Caribe en el Centro de Derechos Reproductivos y abogada en Consultores Jurídicos Ayala, Dillon, Fernández, Linares & Chavero. Actualmente, es consultora independiente en derecho internacional de los derechos humanos.

2 Abogado (Universidad del Cauca). Experto en derechos humanos y litigio internacional. Doctorando en Antropología (Universidad de Los Andes). Ha sido consultor independiente en temas de derechos humanos y ha ejercido la docencia universitaria y como investigador social. Fue abogado de la Corte IDH entre 2006 y 2010. Actualmente trabaja en la Comisión de Verdad en Colombia.

3 La petición fue interpuesta ante la CIDH el 14 de marzo de 2007 y el caso fue sometido a la Corte IDH el 6 de diciembre de 2017.

Al resultar herido Robert Ignacio, los funcionarios policiales procedieron a llevarlo a un centro de salud y continuaron la persecución de su padre y hermano, lo que dio lugar a un segundo enfrentamiento. En cuanto a la segunda versión, se indicó que las tres víctimas fueron ejecutadas extrajudicialmente en dos momentos distintos. El primero, cuando Robert Ignacio fue sacado de su vivienda por una comisión policial tras ser herido, y fue trasladado por la zona sin ser llevado deliberadamente de manera inmediata a un centro de salud, al que ingresó horas después sin signos vitales. En un segundo momento, cuando su hermano David Octavio y su padre Octavio Díaz salieron en su búsqueda, transportados por un vecino, fueron interceptados por los funcionarios policiales, quienes les dispararon, y luego fueron llevados a un hospital sin signos vitales. Sobre esta última versión, la Comisión concluyó “que existe consistencia entre [los hechos y] el contexto [, con] las declaraciones de los familiares y de otros testigos que apuntan a que lo sucedido fueron ejecuciones extrajudiciales”.⁴ Agregó que la muerte de las víctimas se realizó en un operativo que “perseguía fines inconvencionales” y que “al momento de iniciar el operativo no existía una amenaza inminente para personas, única hipótesis en la cual podría justificarse dicho uso de la fuerza”.⁵

El 19 de noviembre de 2019 la Corte IDH encontró al Estado de Venezuela responsable por la vulneración del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la CADH, en perjuicio de Robert Ignacio Díaz Loreto, David Octavio Díaz Loreto y Octavio Ignacio Díaz Álvarez. Asimismo, consideró violado el derecho a la integridad personal de Robert Díaz y el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial en el marco de las investigaciones por los hechos.⁶

A continuación, haremos un breve comentario en relación con dos aspectos que consideramos fueron invisibilizados y no fueron examinados a fondo por la Corte en su sentencia. El primero, referido a la evaluación de la ocurrencia de la ejecución extrajudicial de las víctimas, de acuerdo con su jurisprudencia, y cómo esto impacta en la búsqueda de la verdad. El segundo, consiste en no declarar que los “apremios físicos” sufridos por Robert Díaz Loreto, como fueron llamados por la Corte, constituyeron actos de tortura, y los problemas relativos a las cuestiones de prueba en materia de tortura de personas privadas de libertad por agentes de Estado.

Sobre la ejecución extrajudicial de tres integrantes de la familia Diaz Loreto

Con respecto a las muertes de las víctimas, la Corte encontró, en su evaluación de las pruebas, que en el caso existía una serie de contradicciones e inconsistencias en la versión de los hechos presentada por el Estado.⁷ Además, indicó que no proporcionó una explicación verosímil y satisfactoria sobre los

4 CIDH, Informe No. 80/17, Caso 12.662, Informe de Fondo, Robert Ignacio Díaz Loreto, David Octavio Díaz Loreto, Octavio Ignacio Díaz Álvarez y Familiares (Venezuela), 5 de julio de 2017, párr. 101.

5 Ídem, párr. 100.

6 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.

7 Ídem, párr. 87.

acontecimientos, por lo que no se pudo determinar si el fallecimiento de las víctimas se produjo efectivamente en un enfrentamiento con los funcionarios policiales.⁸ Por estas razones, encontró al Estado responsable por la violación del derecho a la vida.⁹

Adicionalmente, la Corte hizo referencia a un contexto de ejecuciones extrajudiciales,¹⁰ no solo en los hechos del caso, sino también al estudiar el fondo de la controversia. No obstante, se abstuvo de llamar los hechos por su nombre e identificar que este caso concreto se trató de ejecuciones extrajudiciales.¹¹

Debemos resaltar que, por seis votos a favor y uno en contra, se declaró al Estado responsable por la violación de la obligación de respeto y garantía del derecho a la vida. Sin embargo, los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Elizabeth Odio Benito y Eduardo Raúl Zaffaroni emitieron votos concurrentes a la decisión, en los cuales argumentaron que los hechos del caso constituyen ejecuciones extrajudiciales.¹²

Análisis de la existencia de ejecuciones extrajudiciales

La Corte dedica varios párrafos de su sentencia a analizar la prueba relacionada con el alegado –por parte del Estado– enfrentamiento entre la policía y las víctimas del caso, encontrando las siguientes inconsistencias:

- a) Si esas tres personas hicieron fuego contra la comisión policial, en ese caso también se tendría que haber localizado casquillos correspondientes a esa arma (en las armas de ese tipo, los casquillos son expulsados una vez se efectúa el disparo).¹³
- b) Todas las declaraciones son unánimes en señalar que Robert Díaz Loreto, luego de ser herido, fue montado en la patrulla de la policía. Esta se dirigió directamente al Hospital. Así, el señor Díaz Loreto tendría que haber llegado a más tardar entre las 6:15 y 6:45 de la tarde. Por el contrario, el cuerpo de Robert Díaz Loreto habría sido dejado a las 7:30 de la tarde en esa institución.¹⁴
- c) En relación con el material oscuro inorgánico granulado que se encontró en la conjuntiva ocular, mucosa oral, vías respiratorias, pulmones y aparato digestivo de Robert Díaz Loreto, el testigo del robo tendría que haber percibido el barro en la ropa de Roberto Ignacio al momento del robo y no únicamente luego de que se produjera el presunto enfrentamiento.¹⁵

8 *Ibidem*.

9 *Ídem*, párr. 88.

10 *Ídem*, párrs. 29 y 66.

11 *Ídem*, párr. 80.

12 *Ídem*, Voto Concurrente del Juez Zaffaroni, p. 1 y Voto Concurrente del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot y de la Jueza Odio Benito, párr. 40.

13 *Ídem*, párr. 80.

14 *Ídem*, párr. 81.

15 *Ídem*, párr. 82.

- d) Ninguna de las víctimas recibió disparos en sus extremidades u otras partes, que hubiesen producido resultados menos letales. Esto sería consistente con un enfrentamiento, en los cuales las heridas se localizan mayoritariamente en las “extremidades del cuerpo”.¹⁶
- e) En el transcurso de esos dos alegados enfrentamientos, ningún integrante de las fuerzas policiales resultó lesionado.¹⁷

Adicionalmente, la Corte indicó que

no resulta razonable que la ausencia de diligencias de investigación tan determinantes como esas, [que dependían de las autoridades venezolanas], *pueda confortar una hipótesis de los hechos que sea desfavorable a las presuntas víctimas*, más aún cuando se trata de pruebas que habrían podido ser decisivas para probar que se produjeron ejecuciones y no un enfrentamiento.¹⁸

Para la Corte, la prueba “no permit[e] a este Tribunal determinar si se produjo efectivamente un enfrentamiento”. Ante esto, cabe cuestionarse si no le permitían determinar que efectivamente los hechos constituyen una ejecución extrajudicial. En ese sentido, preocupa que, a pesar de que la Corte indica que: (i) el Estado debe probar su tesis del enfrentamiento, y (ii) la falta de diligencias que debía hacer el Estado no puede perjudicar a las víctimas, pareciera que la Corte desplaza la carga argumentativa y probatoria a los representantes de las víctimas para demostrar que no hubo un enfrentamiento, sino ejecuciones extrajudiciales.

Sobre este asunto nos preguntamos: ¿los representantes probaron la existencia de una ejecución extrajudicial ante la Corte? De la lectura del análisis del caso realizado en la sentencia parece que la Corte solo se centra en indicar que no se pudo probar el enfrentamiento, pero ¿por qué no analiza los elementos de la ejecución extrajudicial en el caso?

En otros casos similares, al estudiar y valorar el uso de la fuerza para determinar la existencia de una ejecución extrajudicial, la Corte tomó en cuenta tres momentos fundamentales: a) las acciones preventivas; b) las acciones concomitantes a los hechos, y c) las acciones posteriores a los hechos.¹⁹

A continuación, brevemente indicaremos por qué, de acuerdo con la evaluación de esos tres momentos, estamos en presencia de una ejecución extrajudicial:

¹⁶ Ídem, párr. 83.

¹⁷ Ídem, párr. 84.

¹⁸ Ídem, párr. 86.

¹⁹ Cf. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 78; *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281, párr. 124; *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292; *Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306 y *Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Serie C No. 338.

- i) *Las acciones preventivas*: para el momento de los hechos, el Estado no había cumplido con su obligación de garantizar el derecho a la vida mediante una adecuada legislación sobre el uso de la fuerza. Tampoco brindó capacitación ni entrenamiento en la materia a los agentes encargados de hacer cumplir la ley, inclusive luego de ser ordenado directamente por una sentencia de la Corte, en contravención del deber de garantía del derecho a la vida y las obligaciones derivadas del artículo 2 de la CADH.²⁰
- ii) *Las acciones concomitantes a los hechos*: para la Corte es importante determinar que el despliegue de fuerza por parte de agentes estatales haya perseguido en todo momento “reducir al mínimo los daños y lesiones que pudieran causarse a cualquier persona”.²¹ En este caso, los disparos realizados a las tres víctimas excedieron la proporcionalidad del uso de la fuerza que se podría aplicar para lograr el supuesto objetivo que se pretendía alcanzar, consistente en la detención y/o sometimiento de Robert Ignacio, Octavio Ignacio y David Octavio. Adicionalmente, considerando el contexto de ejecuciones extrajudiciales en la época de los hechos, existen suficientes indicios para indicar que la muerte de las víctimas del presente caso fue arbitraria, constituyendo ejecuciones extrajudiciales.
- iii) *Las acciones posteriores a los hechos*: luego de fallecer, Robert Ignacio fue llevado al Hospital del Seguro Social de la ciudad de Cagua, donde ingresó sin signos vitales y fue abandonado por los funcionarios. Por su parte, David Octavio y Octavio Ignacio, tras fallecer, fueron trasladados por la comisión del CSOPEA hasta el Hospital de Corposalud en la ciudad de Cagua, donde fueron abandonados por los funcionarios. Como en el caso de los *Hermanos Landaeta*,²² el actuar de los agentes estatales no se ajustó a los principios de debida diligencia y humanidad que se deben atender luego del despliegue de la fuerza. Además, ni en el dictamen de la autopsia, ni en el acta de defunción se precisa la hora exacta y/o momento de la muerte.

De lo anterior es evidente que el Estado no contaba al momento de los hechos con un marco normativo y capacitación adecuada sobre el uso de armas de fuego y fuerza letal para los funcionarios encargados de cumplir la ley. Además, frente al despliegue de uso de la fuerza contra Robert Ignacio Díaz Loreto, David Octavio Díaz Loreto y Octavio Ignacio Díaz Álvarez, no acreditó haber atendido el principio de proporcionalidad, puesto que utilizó medidas extremas y fuerza letal que derivaron en la privación arbitraria de la vida de las víctimas en el presente caso.

En relación con el contexto existente al momento de los hechos, aunque la Corte menciona el contexto e indica que “[s]e deberá valorar en el caso a caso en qué medida esos patrones o contextos pueden ser utilizados como indicios, presunciones o pruebas circunstanciales en conjunto con el resto del acervo probatorio”,²³ la Corte no dedica ni una línea a hacer tal evaluación dentro de su sentencia.²⁴ Es

20 Corte IDH. *Caso del Caracazo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 127.

21 Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y Otros Vs. Venezuela*, cit., párr. 136.

22 Ídem, párr. 146.

23 Corte IDH. *Caso Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela*, cit., párr. 68.

24 Ídem, párrs. 69-89.

así como en 20 párrafos la Corte no analiza la consecuencia del contexto de ejecuciones extrajudiciales existente en Venezuela y, en especial, en el Estado Aragua, asunto probado en otros casos. Ante esto, nos preguntamos nuevamente: ¿cuál sería el motivo de dedicarle al contexto varios párrafos, dentro del capítulo sobre el fondo, antes de entrar a analizar la violación, pero no tomarlo como probado o no analizar los hechos en concordancia con ese contexto?

Debemos resaltar que es evidente que la muerte de las víctimas se produjo en el marco de un contexto de ejecuciones extrajudiciales por parte de escuadrones o cuerpos policiales que actúan en completa impunidad en Venezuela. Dicho contexto ya fue reconocido por la Corte, no solo en Venezuela en general, sino en particular en el Estado Aragua en el caso *Hermanos Landaeta Mejías*²⁵ y *Familia Barrios*²⁶. Este esboza un conjunto de elementos que permiten identificar patrones en hechos similares en los que han ocurrido ejecuciones extrajudiciales a cargo de funcionarios policiales en Venezuela. Así, en *Familia Barrios*, la Corte afirmó que “el conjunto de los hechos revela un patrón de encubrimiento que inicia desde la tergiversación de lo sucedido por parte de los perpetradores, continúa con la ausencia de esclarecimiento judicial e incluye la activación de diversos métodos de amenaza y hostigamiento dirigidos a evitar la determinación de la verdad y el establecimiento de responsabilidades”.²⁷

Teniendo en cuenta lo anterior, procedemos a analizar si en el caso de Robert Ignacio Díaz Loreto, David Octavio Díaz Loreto y Octavio Ignacio Díaz Álvarez están presentes los elementos identificados por la Corte:

- i) *Patrón de encubrimiento que inicia desde la tergiversación de lo sucedido por parte de los perpetradores*: la versión oficial de los cuerpos policiales se refiere a la muerte de las víctimas en presunto “enfrentamiento”;²⁸ el hecho ocurre en presencia de testigos, quienes relatan que una de las víctimas fue herida y detenida luego de haber sido impactado en varias oportunidades por un arma de fuego;²⁹ puede haber ocurrido una alteración de la escena de los hechos al trasladar a la víctima hacia un lugar diferente de donde ocurrieron los hechos, y no se encontraron armas ni casquillos.³⁰
- ii) *Amenaza y hostigamiento para evitar la búsqueda de justicia*: los familiares fueron amenazados y hostigados por efectivos policiales luego de denunciar los hechos.³¹
- iii) *Ausencia de esclarecimiento judicial*: el tribunal absolvió a las personas acusadas por la muerte de las víctimas, alegando la falta de pruebas. Además, debemos resaltar que las pruebas que hubiesen permitido el esclarecimiento de los hechos no fueron realizadas por el Estado en la investigación del caso.

25 Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*, cit., párr. 55.

26 Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.

27 Ídem, párr. 38.

28 Corte IDH. *Caso Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela*, párrs. 41 y 42.

29 Ídem, párr. 39.

30 Ídem, párrs. 76 y 79.

31 Ídem, párrs. 122 a 129.

Por tanto, podemos concluir que: (i) de la evaluación de las acciones del Estado en los tres momentos, siguiendo la jurisprudencia de la Corte, y (ii) de la aplicación de los elementos del contexto a los hechos corroborados por la misma Corte en su sentencia, se reúnen los elementos fácticos y jurídicos para determinar que lo sucedido consistió en ejecuciones extrajudiciales, y así lo debió determinar la Corte. Estas razones fueron tomadas por los Votos Razonados de los jueces Mac-Gregor Poisot, Odio Benito y Zaffaroni, en los cuales analizaron en profundidad los hechos y coincidieron plenamente con lo alegado por la Comisión y los representantes de las víctimas.³²

¿Qué implica la falta de declaración de la existencia de ejecuciones extrajudiciales en el presente caso?

El derecho a la verdad constituye una forma de reparación en casos de violaciones de derechos humanos. En este caso, los perjudicados por la omisión de la Corte de pronunciarse sobre la existencia de ejecuciones extrajudiciales son los familiares de las víctimas. La verdad de los hechos no solo fue negada por el Estado, debido a que el proceso penal nacional no condujo a la búsqueda de los culpables, sino también fue ocultada por la Corte IDH. Lo anterior, por cuanto evadió estudiar los hechos que tenía en su conocimiento; no aplicó su jurisprudencia reiterada sobre este tipo de casos; y no reconoció que hubo ejecuciones extrajudiciales. En este orden de ideas, la Corte al indicar que “no pudo probar la hipótesis del enfrentamiento”, sin entrar a estudiar sus criterios en casos de ejecución, invisibilizó una vez más a las víctimas.

Análisis sobre la tortura en casos de detención arbitraria y en contextos de ejecuciones extrajudiciales: la tortura no declarada que sufrió Robert Díaz Loreto

Como se indicó en el anterior apartado, la Corte no determinó que en este caso hubiese pruebas suficientes para establecer que ocurrió un enfrentamiento, imponiendo un estándar de cargas procesales a los representantes y a las víctimas difícil de superar. ¿Será acaso que la Corte ha endurecido las formas de interpretación judicial, las presunciones y las consecuencias jurídicas de los hechos? Sobre este tema se centrará el análisis de la tortura a continuación.

La Corte examinó los alegatos de tortura respecto de Robert Ignacio Díaz Loreto. Al respecto, la Comisión alegó la vulneración de la integridad personal de Robert Ignacio Díaz Loreto, sobre la base de que el Estado no habría brindado explicaciones satisfactorias sobre la aparición de una sustancia, de aguas negras, en los pulmones de la víctima que revelaba la autopsia; y, además, era presumible que la víctima habría enfrentado un temor insuperable al momento de ser capturada y peligrar su vida.³³

³² Ídem, Voto Concurrente del Juez Zaffaroni, p. 1 y Voto Concurrente del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot y de la Jueza Odio Benito, párr. 40.

³³ Ídem, párr. 56.

Por su parte, los representantes alegaron que, tras ser detenido y herido con arma de fuego, Robert Ignacio Díaz apareció con signos de tortura. Esto de conformidad con lo señalado por el Estado en sus alegatos y por las declaraciones de varios testigos, en sede interna, sobre la forma en que se encontraba el cadáver y los resultados de la autopsia. Por tanto, solicitaron que se aplicara una presunción de la tortura, dado que los actos constitutivos de esta ocurrieron bajo una situación de privación de libertad por agentes del Estado, y habría indicios claros y graves.³⁴ De igual modo, sostuvieron que la única forma posible que llegara el material inorgánico hallado en los pulmones sería mediante su aspiración y, para ello, la persona tenía que haber estado viva aún. Por esta razón, se alegó que fue torturado.

De esta manera, los representantes aplicando en conjunto, tanto el método deductivo como inductivo, alegaron que la presunta víctima no sufrió aparentemente ninguna herida externa de arma de fuego en la cabeza, de manera que los signos de golpes en la cabeza y el edema denotaban extrema violencia y actos de tortura, los cuales sufrió durante el tiempo en que estuvo detenida por los agentes policiales que la tenían bajo su control y estaban en ejercicio del poder de garante de su vida antes de su muerte.

En tal sentido, concluyeron que se presumía que Robert Ignacio Díaz Loreto fue torturado y sumergido en un lugar donde había aguas negras, ya que las pruebas elaboradas por la médica forense indicaron presencia de un cuerpo extraño en sus vías respiratorias, pulmones e incluso el tracto digestivo.³⁵ Indicaron además que se encontró durante la inspección del cadáver un “gran edema cerebral con surcos de compresión ya que el cerebro está demasiado edematizado, en los lóbulos queda marcado”.

Por lo anterior, solicitaron que se declarara al Estado responsable de la violación de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en relación con el artículo 5.1 de la CADH.

El Estado no hizo alegatos específicos respecto a la tortura. Lo único que destacó durante la audiencia es que había “indicios” de que el señor Díaz Loreto había estado cazando iguanas el día de los hechos, como justificación respecto a las evidencias físicas sobre el barro en las prendas que vestía la víctima, y que había un caño cerca del lugar de los hechos. Esto lo demostró con fotografías del lugar y sostuvo que había existido un enfrentamiento entre fuerzas policiales y unos “delincuentes”.

La decisión de la Corte sobre los alegatos de tortura

Para responder los argumentos presentados, la Corte señaló y reiteró su jurisprudencia sobre la integridad personal de quienes se encuentran bajo custodia de agentes estatales.³⁶ De manera concreta, dio por probado que, “de acuerdo a la autopsia realizada, su cuerpo estaba lleno de barro y de aguas negras”, tenía un “edema cerebral moderado con surcos de compresión en [...] el hipocampo y lóbulos orbitarios” y la “cavidad bucal con presencia a nivel gingival de sustancia de aspecto granular

³⁴ Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas en el *Caso Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela*.

³⁵ Ídem, párr. 37.

³⁶ Corte IDH. *Caso Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela*, cit., párr. 92.

negra” también a nivel del tórax, en las vías respiratorias, en los dientes, en el esófago, la tráquea y, de acuerdo a las declaraciones de la experta, “se estaba metiendo ya en los pulmones”.³⁷ Esas evidencias, según la Corte, indicarían que Robert Díaz Loreto “fue sometido a apremios físicos, probablemente durante el tiempo en que estuvo bajo custodia de la policía”.³⁸

Al analizar los hechos, la Corte ya había destacado que los argumentos esgrimidos por el Estado denotaban falta de investigación y que la justificación dada respecto a que Robert Díaz Loreto se encontraba cazando iguanas ese día, “no explica[ría] los hallazgos concretos de la autopsia o de qué forma podría haber ingerido y respirado esa materia inorgánica”. Por ende, concluyó que el Estado era responsable de la vulneración del artículo 5.1 de la CADH.³⁹

Adicionalmente, la Corte retomó los alegatos de los representantes para referirse a la presunta vulneración de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. No obstante, en tres párrafos (130 a 132) despachó lo alegado por los representantes.

Análisis sobre la tortura, la aplicación de presunciones y de un estándar de probabilidad prevalente en casos de tortura de personas privadas de libertad

Si bien la Corte analizó los alegatos de tortura presentados por los representantes, su decisión no determinó que hubo actos de tortura y careció de motivación sobre ese aspecto. Contradictoriamente, la Corte concluyó que el Estado no había investigado suficientemente aparentes hechos de tortura.

Se observa que el enfoque de interpretación analítico presentado por los representantes se sostenía en ambas vías –inducción y deducción–, derivadas de la prueba pericial y testimonial en el caso, y permitía concluir la existencia de los siguientes hechos: i) Robert Díaz Loreto fue detenido por agentes estatales policiales (probado y no desvirtuado); ii) Bajo su custodia murió y fue llevado a un hospital cuando ya había fallecido. La autopsia reveló que su ropa tenía rastros de haber estado sumergido en barro y se encontró material granulado en su cuerpo, en mucosas oculares, tracto respiratorio y sistema digestivo (probado y no desvirtuado); y iii) El Estado no investigó los hechos como supuestos actos de tortura (probado y no desvirtuado).

Como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte, la tortura se constituye por actos que deben cumplir los siguientes requisitos:⁴⁰

37 Ídem, párr. 37.

38 Ídem, párr. 82.

39 Ídem, párr. 95.

40 Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. *Revista IIDH*, 54, p. 32 y ss.

- i) Que sea un acto intencional, es decir que los actos tengan una motivación particular.
- ii) Que cause severos sufrimientos físicos o mentales, que se determinan al considerar los factores endógenos y exógenos, como la duración del trato, el método que fue usado, o el modo en que se infringió el padecimiento, los efectos físicos y mentales que estos tienden a causar. Así como las condiciones subjetivas o particulares de quienes sufren tales actos, como la edad, identidad sexual, estado de salud, entre otras.
- iii) Que se cometan los actos de tortura con cualquier fin o propósito.

Así, es observable que la Corte, en el Caso Díaz Loreto y otros, no realizó un examen exhaustivo de los elementos de prueba y alegatos presentados, y tampoco de los criterios que ha desarrollado en su jurisprudencia para determinar cuándo se está ante un acto de tortura.

Para comenzar, la Corte llegó a la conclusión de que el Estado es responsable de vulnerar la integridad personal, pero no indica bajo qué parte de los hechos presentados y decididos en el caso respecto a Robert Díaz Loreto se da o categoriza dicha vulneración. Es decir, la Corte omite una valoración de los presuntos actos que afectaron la integridad de Robert Díaz Loreto. En tal sentido, la decisión carece de motivación suficiente, si bien, de conformidad con los hechos presentados y las inferencias derivadas, la Corte habría tenido la oportunidad de consolidar su jurisprudencia para generar una regla de segundo grado o legal respecto a actos que afectan de manera grave la integridad personal de las víctimas bajo custodia estatal.

Consecuentemente, la Corte en casos como el de Robert Díaz Loreto debería aplicar una presunción relativa a que si una persona bajo custodia estatal provee información o se ha obtenido prueba que tiene lesiones de entidad suficiente sobre su integridad, se debería presumir que dichos actos son constitutivos de tortura o, al menos, trasladar la carga de la prueba de desvirtuarla al Estado.

Lo anterior es relevante porque, como indican algunos autores, “por lo general se dice que el resultado de la valoración de la prueba nos lleva a la determinación acerca de la existencia o inexistencia de un hecho”.⁴¹ En este caso, la valoración de la prueba nos debería conducir a poder afirmar o no que se estaba ante un acto de tortura o no. En consecuencia, “el juez debería necesariamente tomar una decisión luego de que realiza el ejercicio de valoración de la prueba, aceptando o rechazando la existencia de las hipótesis sustentadas por las partes”.⁴² Para el juez interamericano debería ser posible la evaluación del grado de probabilidad de la existencia de una hipótesis y la decisión acerca de su existencia o no.

De tal forma, resaltamos que el presente caso no denota una valoración de las pruebas de manera consistente en la decisión adoptada. Al respecto, se destaca que “la valoración en sentido estricto consiste en

41 Hunter Ampuero, I. (2017). Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil? *Revista Ius et Praxis*, 23 (1), Universidad de Talca, pp. 247-272.

42 *Ibidem*.

medir la probabilidad; la decisión, en aplicar al resultado de esa valoración el estándar de prueba establecido”.⁴³ Sin embargo, en el presente caso no se valoró ninguna probabilidad de la hipótesis presentada.

Por otra parte, consideramos que la Corte debería introducir y crear formas claras para la determinación de las cargas probatorias o las probabilidades prevalentes de la existencia de hechos. El Reglamento es claro en señalar que todo hecho no controvertido se entenderá como probado, de manera que la Corte debería ser más estricta con esta presunción general. Así, señala Taruffo respecto al estándar de probabilidad prevalente que se fundamenta en las siguientes premisas:

- a) que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa; b) que estas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad; e) que se considere racional la elección que toma como “verdadera” la hipótesis sobre hechos que resulta mejor fundada y justificada por las pruebas respecto a cualquier otra hipótesis; d) que se utilice, como clave de lectura del problema de la valoración de las pruebas, no un concepto genérico de probabilidad como mera no-certeza, sino un concepto específico de probabilidad como grado de confirmación de la veracidad de un enunciado, sobre la base de los elementos de confirmación disponibles.⁴⁴

En el caso bajo estudio, al no aplicarse este mecanismo procesal se producen decisiones donde no hay coherencia entre la omisión de declarar la vulneración del artículo 5 en grado de tortura y, posteriormente, la indicación de que no se ha investigado un presunto acto de tortura cometido por agentes estatales. Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta que la obligación de investigar actos de tortura se configura bien sea porque se dieron los hechos o porque existe una razón fundada para considerar que tales actos se dieron.

Por ello, cabe preguntarse, ¿cómo se construyó el razonamiento de la Corte para no declarar la tortura, pero sí para indicar que no se había investigado presuntos actos de tortura? No existe una coherencia apropiada en el cuerpo de la decisión para indicar que no hubo actos de tortura. En tal medida, la Corte podría valorar en el futuro aplicar un estándar de valoración de probabilidad prevalente de prueba en casos de tortura de personas privadas de libertad, lo cual facilitaría la coherencia argumentativa de sus decisiones.

Recapitulando, en este caso la Corte no satisface lo alegado por las víctimas y sus representantes, y su decisión no es coherente con su propia interpretación del artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

43 Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, p. 54.

44 Taruffo, M. (2009). *La prueba. Artículos y Conferencias*. Santiago de Chile: Metropolitana, p. 103.

Conclusión

En el caso que comentamos, la Corte IDH adoptó una decisión que no satisface el clamor de justicia y verdad que las víctimas habían requerido: que se declarara que las muertes de las tres víctimas constituyeron ejecuciones extrajudiciales y que Robert Díaz sufrió actos de tortura. La cuestión central que identificamos como problemática en la sentencia son las fallas en la valoración de las pruebas para determinar los hechos y sus consecuencias jurídicas. Esto, además, incide sobre los métodos de argumentación bajo la perspectiva del derecho internacional y de última instancia judicial de cierre como lo es el Tribunal Interamericano.

A nuestro juicio, la Corte debería, en la decisión de casos relativos a ejecuciones extrajudiciales o tortura, realizar un escrutinio más exhaustivo sobre las pruebas con el fin de adoptar una decisión, y evitar omitir las reglas de argumentación apropiadas para sus decisiones. Ello dado que, con este tipo de decisiones, tras largos procesos judiciales, la expectativa de las víctimas de obtener justicia internacional y su derecho a la verdad se ven truncados.

Para finalizar, consideramos que la Corte debe ser más cuidadosa en el escrutinio de los argumentos de las partes y la forma de resolverlos, a fin de que sus decisiones tengan una estructura argumental más sólida y clara para las víctimas. La Corte, además, debe estudiar si es necesario dentro de la elaboración de sus decisiones abordar el debate sobre temas probatorios, tales como la carga dinámica de la prueba o el estándar de probabilidad prevalente, o de presunciones, esto con el fin de avanzar en el desarrollo y establecimiento de formas de resolver casos con complejidades probatorias como el presente.

Derecho a la salud. Personas privadas de la libertad. Encarcelamiento preventivo

Corte IDH. *Caso Hernández Vs. Argentina.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395

Por **Ciro Annicchiarico**¹

Introducción

En el caso que aquí se comenta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfoca varias cuestiones de significativa relevancia en relación con las personas legítimamente privadas de libertad. En particular, me referiré a: i) la obligación inexcusable del Estado de preservación de la integridad personal, tanto física como psíquica, de las personas que se encuentran legalmente privadas de libertad; ii) el derecho a la atención médica adecuada y efectiva, como derivación necesaria de dicha obligación; iii) la libertad del imputado durante el proceso, como regla derivada del principio de presunción de inocencia hasta que una sentencia condenatoria firme demuestre la culpabilidad; y iv) el derecho de los familiares de la víctima a ser también reparados.

¹ Abogado penalista. Ex Conjuez Federal de Lomas de Zamora. Ex Profesor Adjunto de Derecho Penal - Parte General (UNLZ). Consultor Técnico en 1997 para el proceso de intervención a la ex Policía Bonaerense. Miembro del Instituto de Política Criminal y Seguridad (Gestión Arslanian - Binder). Asesor Jurídico en la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, con intervención como parte querellante en juicios por delitos de lesa humanidad.

Hechos del caso

José Luis Hernández, un joven de 18 años, en febrero de 1989 fue privado de la libertad por la Policía de la Provincia de Buenos Aires, en el partido de Esteban Echeverría. Fue imputado de robo con armas en grado de tentativa, encerrado en un calabozo en condiciones deplorables de hacinamiento, por no guardar adecuación entre la cantidad de detenidos y sus dimensiones, y carente de la más elemental higiene.

Estando detenido en esas condiciones contrajo meningitis TBC (tuberculosis). Pese a las denuncias efectuadas y las órdenes impartidas por el juez de la causa, se le privó durante su encierro de toda atención médica. Ante el agravamiento de su estado de salud, se lo trasladó a un nosocomio de la zona y fue sometido a una intervención quirúrgica, sin conocimiento de sus familiares. Por ello sufrió graves secuelas, que resultaron irreversibles, quedando casi ciego y disminuido laboralmente.

Pese al delito imputado —que en ese momento restringía, aunque no de manera absoluta, su posibilidad de excarcelación hasta que hubiere juicio—, dada su especial situación de salud, tenía derecho, de acuerdo a la ley procesal provincial, a la excarcelación excepcional, de carácter extraordinario, pero le fue denegada.

Recién después de que se dictara sentencia condenatoria, por el tiempo cumplido en prisión preventiva, José Luis Hernández pudo acceder al beneficio de la libertad condicional. Pero el grado del deterioro adquirido durante su privación de libertad lo hizo caer en un serio pozo depresivo que lo llevó al consumo de drogas, más tarde a contraer HIV. Como consecuencia del mal trato recibido y sus secuelas, su incapacidad laboral resultó casi absoluta. A ello se sumó que la justicia civil rechazó su reclamo por los daños y perjuicios sufridos, considerando que la acción se encontraba prescripta al momento de su interposición, bajo el argumento de que debió haber demandado al Estado y a los policías y penitenciarios que le generaron los daños mientras estaba preso en manos de estos. Una exigencia verdaderamente inconcebible, dado que lo hubiese colocado en objetiva e inequívoca situación de riesgo personal.

Ante esa negativa, debió recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que declaró admisible su reclamo el 21 de julio de 2011, invitando al Estado argentino a que considere la injusta situación que provocó, y la evaluación de una posible solución amistosa. Mientras se sustanciaba la cuestión ante el referido Organismo Internacional, este solicitó que se le dispensaran provisoriamente a José Luis los medicamentos necesarios para atender su enfermedad y una pensión que compensara mínimamente la imposibilidad laboral contraída. Pese a ello, y al delicado estado de desamparo en que José Luis se encontraba, con más de 40 años de edad y una vida arruinada, postrado y seriamente enfermo, ni el Estado nacional ni el provincial lo proveyeron de esa mínima ayuda, como tampoco avanzó la posibilidad de una solución amistosa.

El 24 de diciembre de 2015 José Luis Hernández falleció. Como es de suponer, sin necesidad de prueba específica, la señora Raquel San Martín, madre de José Luis, desde la discutible detención de su hijo y hasta su fallecimiento, sufrió en paralelo las mayores angustias y daños morales imaginables.

Por fin, y después del fallecimiento de José Luis Hernández, sometido el caso por la CIDH a la Corte IDH, dicho Tribunal internacional emitió su fallo.

Lo resuelto por la Corte IDH

El 22 de noviembre de 2019 la Corte IDH dictó sentencia, condenando al Estado a reparar, desgranando esa obligación en varios aspectos. Se trató de un fallo en el que el Tribunal ratificó, de manera ejemplificadora principios sobre aspectos centrales que hacen a las obligaciones de los Estados parte de la CADH respecto de los derechos humanos que están obligados a cumplir con relación a las personas que mantiene legalmente privadas de la libertad, bajo su excluyente responsabilidad.

Así, la Corte estableció:

1) La ratificación de la vigencia de los derechos a la integridad personal y a la salud

En el fallo que comentamos afirmó:

La Convención Americana reconoce en su artículo 5 que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, prevé que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y establece que toda persona privada de libertad deberá ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano.²

Y la Corte reafirmó lo siguiente, que consideramos de significativa relevancia en la determinación del alcance de la responsabilidad del Estado:

en relación con las personas que han sido privadas de su libertad, la Corte ha determinado que el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre quienes se encuentran sujetos a su custodia. Lo anterior, como resultado de la interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al privado de libertad se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas esenciales para el desarrollo de una vida digna.³

² Corte IDH. *Caso Hernández Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr. 55.

³ Ídem, nota 2, párr. 56.

Específicamente en relación con el cuidado de la salud, reafirmó otra conclusión de suma importancia: “la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculada con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5 de la Convención”.⁴

Traídos tales estándares al caso en tratamiento, concluyó que haber mantenido a José Luis Hernández detenido en un establecimiento que no tenía espacio suficiente para albergar al número de reclusos que allí había; que las autoridades policiales no hayan cumplido de modo oportuno las órdenes del juez de la causa de brindarle atención médica, una vez denunciada su condición de salud, lo que derivó en haber contraído meningitis TBC; más los sufrimientos experimentados en su consecuencia, con las secuelas de afectación de sus capacidades físicas y psíquicas aun después de su liberación, constituyeron tratos degradantes en los términos del artículo 5.2 de la CADH. Es decir, las condiciones de detención y la falta de atención médica del señor Hernández y la violación a su derecho a la integridad personal y a la salud originaron la responsabilidad del Estado por la violación a los artículos 5.1, 5.2 y 26 de la CADH. Se ratifica, una vez más, que los Estados son absolutamente responsables por el cuidado de la salud psicofísica de las personas que mantiene privadas de libertad bajo su órbita excluyente.

2) Derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia

En el fallo que comentamos, la Corte IDH comenzó reiterando y poniendo en primer lugar la vigencia del derecho primigenio a la libertad de toda persona. Así queda en claro cuando afirma que el contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado.

Más adelante, ya en relación estrecha con el caso en tratamiento en punto a los requisitos de la prisión preventiva y la presunción de inocencia, afirmó:

para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario: a) que se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho, b) que esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y c) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.⁵

Tras detenerse en la explicación de los conceptos apuntados como requisitos para que una restricción de la libertad personal por vía cautelar no sea arbitraria (párrs. 104 a 109), la Corte IDH expresa una

4 Ídem, nota 2, párr. 57.

5 Ídem, nota 2, párr. 103.

síntesis, tan breve como precisa, que entendemos constituye, aunque manido, un principio esencial relativo a la situación del procesado mientras no medie sentencia condenatoria firme:

únicamente deben ser considerados como finalidades legítimas, aquellas que están atadas directamente con el desarrollo eficaz del proceso, es decir, que estén vinculadas con el peligro de fuga del procesado, directamente establecido en el artículo 7.5 de la Convención Americana, y aquella que busca evitar que el procesado impida el desarrollo del procedimiento.⁶

La Corte, así, recordó, una vez más, cuáles son los estándares convencionales aceptables con relación a la privación de libertad de una persona mientras rija a su respecto el principio de inocencia: para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario que, aparte de la demostración de la existencia de un delito, su vinculación con una persona determinada, y la legitimidad de la medida restrictiva de la libertad, esta última medida debe cumplir necesariamente con un fin de proporcionalidad y justificado, tendiente a garantizar la presencia del imputado y no transformarse en una pena anticipada, mientras rige el principio de presunción de inocencia. Consideró que en el caso de José Luis Hernández la medida cautelar de prisión preventiva constituyó una detención arbitraria y una violación a la presunción de inocencia. En razón de ello, la Corte concluyó que el Estado fue responsable por la violación del derecho a la libertad personal y a las garantías judiciales en términos de los artículos 7.1, 7.3 y 8.2 de la CADH.

3) Derecho a las garantías judiciales y la protección judicial efectiva

En el Caso de José Luis Hernández la Corte IDH insistió sobre obligaciones básicas de los Estados, de carácter convencional, como lo son las de asegurar a las personas tanto las garantías judiciales como que la protección judicial debe ser efectiva, real, materialmente comprobable.

Del fallo en tratamiento se desprende tal ratificación, cuando la Corte insiste en relación con el artículo 25.1 de la Convención, que

dicha norma contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. Esto implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente. De igual manera, esta Corte ha establecido que un recurso judicial efectivo implica que

⁶ Ídem, nota 2, párr. 110.

el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas.⁷

A nuestro juicio, de este modo el Tribunal recordó y ratificó un principio importantísimo que se deriva de la CADH: los derechos por ella reconocidos no se agotan en su mera declamación, sino que los Estados los cumplen recién cuando se aseguran de que se efectivicen. De conformidad con el artículo 25.1 de la CADH, los Estados deben garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos, y la garantía de este derecho no concluye con la emisión de resoluciones, sino que requiere que los Estados aseguren su efectivo cumplimiento. En el caso de Hernández, la Corte IDH consideró que la falta de cumplimiento de las órdenes del juez de la causa dirigidas a garantizar su adecuado tratamiento médico constituyó un incumplimiento del derecho a un recurso judicial efectivo. Motivo por el cual, el Estado es responsable por la violación al derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25.2.c de la CADH.⁸

4) Derecho a la integridad personal de la señora Raquel San Martín de Hernández

Otro importante principio reconocido en la sentencia en tratamiento es que los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. Concretamente, en este fallo se afirmó:

los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En ese sentido, el Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de familiares de víctimas con motivo del sufrimiento adicional que éstos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos, y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos, tomando en cuenta, entre otros, las gestiones realizadas para obtener justicia y la existencia de un estrecho vínculo familiar.⁹

Así fue que, en el caso, el Tribunal concluyó que la madre de José Luis Hernández experimentó dolor, angustia e incertidumbre, ocasionada por el progresivo deterioro de la salud de su hijo mientras se encontraba detenido, lo cual se sumó a los sentimientos de frustración e impotencia por la falta de atención médica, a pesar de las órdenes del Juez de la causa. En razón de ello, la Corte IDH concluyó la responsabilidad internacional del Estado argentino por la violación del derecho a la integridad personal de la madre de José Luis, en los términos del artículo 5.1 de la CADH.

7 Ídem, nota 2, párr. 121.

8 Ídem, nota 2, párr. 121.

9 Ídem, nota 2, párr. 148.

En razón de todo lo expuesto la Corte IDH ordenó al Estado argentino las siguientes medidas de reparación integral:

- 1) publicar el resumen oficial de la Sentencia una sola vez en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, y en un sitio web oficial del Estado;
- 2) implementar medidas que funcionen como garantías de no repetición: diseño e implementación de un programa de capacitación para el personal médico especializado en el tratamiento de la tuberculosis; presentación de un informe por el Estado a los seis meses de la sentencia detallando qué medidas se han adoptado para mejorar las condiciones de los lugares de detención de personas en la provincia de Buenos Aires; y
- 3) pagar una indemnización compensatoria a la madre de José Luis, que comprenda el daño material, inmaterial, gastos y costas.

Nuestras conclusiones

A modo de conclusión, podemos destacar que este fallo es importante por cuanto, en síntesis, ratifica la obligación de los Estados de respetar la integridad psicofísica de las personas privadas de libertad, de brindarles la atención adecuada –de acuerdo a las dolencias que presenten (en este caso, ordena incluir especialistas capacitados en el tratamiento de tuberculosis) o que se le deriven en ocasión de la privación de libertad–, la cual no se agota en la mera emisión de órdenes al respecto, sino que debe ser efectiva, no meramente formal.

Asimismo, el fallo ratifica el principio de que debe regir la libertad durante el proceso penal en todos los casos, como derivación lógica de la presunción de inocencia, hasta que solo una sentencia firme, basada en autoridad de cosa juzgada, demuestre de manera definitiva la culpabilidad. Se deriva, también, que la privación preventiva de la libertad debe ser excepcional, con el único fin –inteligencia del fallo que se desprende inequívocamente– de asegurar la presencia del procesado al momento del juicio, cuando circunstancias objetivas y probadas permitan deducir que existirán por parte de aquel el intento de acciones destinadas a eludir el proceso, obstaculizarlo o afectar pruebas conducentes para conocer la verdad.

Por último, resulta importante destacar el reconocimiento de los derechos a la reparación de los daños materiales y morales sufridos por los familiares directos de la víctima, como consecuencia de los padecimientos de esta, en este caso, la madre.

Detenciones arbitrarias. Tortura

Corte IDH. Caso *Montesinos Mejía Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398

Por Alonso Fonseca Garcés¹ y Carlos Espín Arias²

El 27 de enero de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió su decisión del caso a favor de Mario Alfonso Montesinos Mejía, y declaró la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador por la violación a sus derechos a la libertad personal, garantías procesales, e igualdad ante la ley con relación a las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2, todos de la CADH. Se estableció también que el Estado vulneró la integridad personal del señor Montesinos al amparo de la CADH, así como los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.³ Declaró la Corte la inexistencia de violaciones sobre alegaciones de doble juzgamiento por los mismos hechos y al principio de legalidad.

1 Doctor en Jurisprudencia y abogado de los Tribunales de la República (Universidad Central del Ecuador). Máster en Teoría Crítica de Derechos Humanos (Universidad Pablo de Olavide). Máster en Ciencias Sociales con Mención en Antropología (FLACSO-Ecuador). Máster en Gobernabilidad y Gerencia Política (Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales (UCE). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas-Ecuador. Ex Agente Principal y Agente Alternativo del Ecuador ante la Corte IDH.

2 Candidato a Doctor en Derecho (Universidad de Castilla La Mancha). Magíster en Derecho Administrativo (USFQ-Quito). Abogado (Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas. Director del Instituto de Derecho Público e Internacional INDEP-Ecuador. Agente Principal y Alternativo del Ecuador ante la Corte IDH.

3 Corte IDH. "*Montesinos Mejía Vs. Ecuador*". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398. Puntos resolutivos.

1. La problemática del contexto en casos vinculados a delitos de narcotráfico en conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la sentencia que aquí comentamos, la Corte IDH no recogió importantes valoraciones sobre el contexto del narcotráfico en el Ecuador, la lucha antidrogas y los operativos policiales de la década de los noventa. A lo sumo, el párrafo 45 se limita a señalar que los hechos tenían lugar en el marco de la lucha contra el narcotráfico en el Ecuador, y que los cuerpos de seguridad del Estado, principalmente la Policía Nacional y sus servicios de inteligencia, habrían realizado la denominada Operación Ciclón, iniciada el 19 de junio de 1992 con la finalidad de romper con esquemas organizativos delincuenciales de gran escala. La Corte IDH también destaca en la sentencia que en dicho operativo se detuvieron varias personas, y se produjeron decomisos de armas y municiones.⁴

El Operativo Ciclón fue un plan nacional de intervención policial con componentes técnicos y administrativos para la lucha contra el narcotráfico, con la utilización de tecnología, personal policial con adiestramiento táctico y, como lo señala el profesor ecuatoriano Adrián Bonilla, se desarrolló tras la información que obtuvo el Gobierno de la época en cuanto a lavado de activos, testaferrismo y otros delitos conexos que se habría producido en Ecuador en esa época.

Al respecto, el *Diario el Comercio*, medio de comunicación escrita de amplia divulgación del Ecuador, recogió lo siguiente:

El paciente y minucioso trabajo de recolección de información previamente realizado durante varios meses y la utilización y aplicación de operaciones de Inteligencia Policial en forma doctrinaria, así como la excelente coordinación con el Ministerio Público para que todos los procedimientos policiales se encuadraran en los marcos legales vigentes en ese entonces, fueron el camino para que se alcanzara el éxito de acuerdo a la planificación, tanto en lo que correspondía a Inteligencia a cargo de la UIES, cuanto a lo que correspondía al ámbito táctico operacional, a cargo del Grupo de Intervención y Rescate, GIR.

Según informes y reportes policiales de la época, así como también reseñas periodísticas de 1992, se detuvo a 62 personas, fueron incautados 21 inmuebles (incluyéndose haciendas en zonas rurales), 37 vehículos, 3 avionetas, armamento de varias clases, munición, abundante evidencia documental, 16 kilos de cocaína, depósitos en oro (15 kilos y 5 onzas); y se congelaron varios millones de dólares en el país y en el extranjero: el Caribe, EE.UU. y Europa.⁵

4 Ídem, nota 3, párr. 45.

5 Suarez Salazar, E. (2020) "Ciclón XXV Aniversario" *Diario el Comercio*. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/cartas/ciclón-aniversario-opinion-cartas-direccion.html>.

Como se destaca en la cita anterior, el operativo implicó detención de personas, incautación de inmuebles, retención de vehículos, avionetas, armamento, cocaína, depósitos en oro, congelamiento de cuentas en dólares en épocas en las cuales Ecuador tenía como moneda nacional al sucre y no se encontraba dolarizado.

Como se precisa también, el operativo se enmarcó en la normativa procesal penal vigente en esa época, por lo tanto, el Código de Procedimiento Penal y la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas definieron la actuación de los tribunales, jueces y fiscales en la época.

Definida esta coyuntura nacional en las anteriores referencias, para un lector curioso del caso, interesado en conocer el contexto sociopolítico y jurídico de los hechos, se vuelve interesante revisar el video de la audiencia del caso de fecha 29 de agosto de 2019. El perito Leonardo Jaramillo advirtió que Ecuador ocupa espacios distintos a los de sus vecinos (Perú y Colombia) en las cadenas de producción y comercialización del mercado de drogas, precisando que, aunque se han detectado algunos cultivos y laboratorios de droga en el territorio, el país no tiene un papel importante en la producción de drogas como tal. Bajo esa premisa, los cultivos y laboratorios clandestinos ubicados en territorio de Ecuador están más bien conectados al resultado de la expansión e internacionalización de las actividades externas (redes exteriores). Entre tanto, el espacio de consumo (mercado interno) es poco significativo, y es relativamente pequeño su flujo y circulación, teniendo en cuenta otros países de la región y más aún países situados en Europa o los propios Estados Unidos.⁶

En secuencia de lo señalado, según el experto, el aspecto que resulta de mayor importancia para Ecuador es la condición de país atractivo para las rutas de tráfico de sustancias y para el desarrollo de negocios ilícitos como el lavado de activos. El perito explica que las costas y puertos ecuatorianos son actualmente utilizados como sitios de embarque para los cargamentos de droga que se dirigen a Norteamérica o Centroamérica, asunto que ha sido documentado por la propia OEA. El experto apuntó que delitos como el testaferrismo o el lavado de activos de la época se basaba principalmente en transferencias económicas y actividades comerciales ilícitas en los cuales la compra y venta de propiedades y de empresas era una tendencia claramente estudiada.⁷

El experto propuesto por Ecuador termina apuntando una serie de factores políticos, económicos y sociológicos sobre el fenómeno del narcotráfico, demostrando que la complejidad de la situación geográfica de Ecuador le ubica en una situación de vulnerabilidad por la incidencia de redes de narcotráfico operativas en Perú y Colombia. Estos aspectos del tablero geopolítico son cruciales para comprender los casos ecuatorianos relacionados con operativos policiales de la década de 1990 para combatir el narcotráfico.⁸ No es por tanto extraño que el primer caso contencioso del Ecuador, el Caso Suarez Rosero, guarda también ese vínculo sociopolítico que se remite al telón de fondo del Operativo Ciclón.⁹

6 Audiencia del caso *Montesinos Mejía vs. Ecuador*, 29 de agosto de 2019, declaración del perito Leonardo Jaramillo.

7 *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

9 Corte IDH, "*Suárez Rosero vs Ecuador*". Sentencia de 12 noviembre de 1997. Fondo. párr. 34.

A diferencia, en el caso Alvarado contra México, la Corte IDH a pesar de que señala que no es competencia del Tribunal apreciar la condición multifactorial del narcotráfico, principalmente de su condición de violencia colectiva, asume expresamente la determinación del contexto, y aprecia lo siguiente:

El presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad del Estado mexicano con motivo de la desaparición forzada de Nitza Paola Alvarado Espinoza, José Ángel Alvarado y Rocío Irene Alvarado Reyes, por parte de agentes estatales en el Ejido Benito Juárez, Estado de Chihuahua, México, desde el 29 de diciembre de 2009, en el contexto de la implementación del Operativo Conjunto Chihuahua y la alegada lucha contra el crimen organizado en la zona.¹⁰

Desde esta perspectiva, el caso Alvarado se enmarca en el contexto del operativo Chihuahua, y es en virtud del conocimiento de sus características, despliegue y análisis de sus factores que el Tribunal Interamericano organiza el análisis de responsabilidad de agentes estatales y de agentes particulares, por lo cual el análisis del contexto de operativos policiales o militares en materia de narcotráfico resulta crucial para una adecuada organización de los eventos relacionados con casos complejos.

Ahora bien, respecto al contexto, se debe valorar que su análisis y determinación ha sido una técnica principalmente usada por la Corte Penal Internacional para definir la responsabilidad penal por crímenes internacionales.¹¹ Esta práctica también es usada por la Corte IDH para analizar graves, masivas, sistemáticas o estructurales violaciones dentro de un Estado. Cabe aclarar que, según lo señalan Ansolabehere y otros, al examinar los instrumentos de derechos humanos sobre los que tiene competencia la Corte IDH, ninguno de ellos en específico apunta al análisis del contexto o contextos en el marco de los cuales las violaciones de derechos humanos puedan tener lugar, y más bien dicho análisis es propio de la jurisprudencia.¹²

Lo señalado deja en la superficie que ni la CADH ni otros tratados de derechos humanos a nivel interamericano o universal contienen una definición o contenido jurídico sobre la determinación de contexto. No obstante, ha sido la jurisprudencia de la Corte IDH la que ha desarrollado tal noción. Sobre este particular, debe referirse un fragmento jurisprudencial de la Corte en el Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, donde señaló:

10 Corte IDH, "Alvarado Espinoza y otros vs México", Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 158.

11 Cfr. Rosmerlin Estupiñán-Silva, *Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 136.

12 Ansolabehere, K.; Robles, J. R.; Saavedra Y.; Serrano, S. y Vásquez, D. (2017). Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar. *Manual de análisis de contexto para casos de violencia de derechos humanos*. México: FLACSO. Recuperado de <http://www.flacso.edu.mx/sites/default/files/violaciones-ddhh-y-contexto-herramientas-propuestas-para-documentar-investigar.pdf>.

en algunos casos el contexto posibilitó la caracterización de los hechos como parte de un patrón sistemático de violaciones a los derechos humanos, como una práctica aplicada o tolerada por el Estado o como parte de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población. Asimismo, el contexto se ha tenido en cuenta para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado, la comprensión y valoración de la prueba, la procedencia de ciertas medidas de reparación y los estándares establecidos respecto de la obligación de investigar dichos casos.¹³

En virtud de lo anterior, el uso de la técnica del contexto es de gran relevancia para tribunales como la Corte Penal Internacional o la Corte IDH; la valoración de los eventos en los cuales se enmarcan casos complejos relacionados con el narcotráfico debe pasar por el tratamiento de esta técnica.

En el caso Montesinos Mejía, el conocimiento en detalle del Operativo Ciclón pudo implicar un análisis de hechos probados y aspectos de fondo delimitados por la magnitud y dimensión de este operativo. Probablemente otros casos de derechos humanos que tengan vínculo con operativos de fuerzas públicas del orden impliquen un análisis de contexto que no solamente comprendan una fórmula de diagnóstico de eventuales patrones sistemáticos atribuibles a los agencias públicas, sino que permitan evidenciar, en la coyuntura de dichos eventos, esfuerzos normativos e institucionales en la esfera de la subsidiariedad que articula a los Estados con los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

2. Trámite del caso ante el Sistema Interamericano

Como otros casos resueltos que se han tramitado ante el Sistema Interamericano contra Ecuador, el caso Montesinos Mejía llevó un tiempo prolongado de tramitación.¹⁴ Así, la petición fue presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de agosto de 1996, y obtuvo informe de admisibilidad y fondo el 25 de octubre de 2017,¹⁵ para ser sentenciado en enero del año 2020. Es decir que el proceso en su integridad duró un tiempo aproximado de veinte y cuatro años para una decisión definitiva.

13 Corte IDH, “*Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 19 de noviembre de 2015, Serie C No. 307. Véase, además, Corte IDH “*Espinoza González Vs. Perú*”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 49, véase también Corte IDH, “*López Lone y otros Vs. Honduras*”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 43.

14 Detalle aproximado en años de tramitación en el Sistema Interamericano de los casos contra Ecuador, Caso “*Carranza Alarcón vs. Ecuador*”, tomó un promedio de 22 años; Paola Guzmán Albarracín: 14 años, Vázquez Durand: 22 años; Valencia Hinojosa: 20 años; Caso Herrera Espinosa: 22 años.

15 Corte IDH. “*Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador*”. Sentencia 27 de enero del 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. párr. 2.

3. Puntos relevantes de la decisión

El caso tiene como pauta general similitudes en cuanto al proceso penal, la lucha contra el narcotráfico y la aplicación de la entonces vigente Ley de Estupefacientes y Substancias Psicotrópicas, al igual que otros casos en que la Corte ha sentenciado al Ecuador,¹⁶ como son los casos Suárez Rose-ro,¹⁷ Acosta Calderón,¹⁸ Tibi,¹⁹ Chaparro Álvarez y Lapo Íñigües²⁰ y Herrera Espinoza.²¹ En virtud de lo señalado, las reflexiones que se van a generar se relacionarán con puntos específicos como son el plazo razonable en cuanto al caso, el derecho a la defensa y la obligación de exclusión probatoria por pruebas obtenidas bajo coacción.

Con relación al plazo razonable, en el caso se analizan los elementos que son parte de la jurisprudencia constante de la Corte IDH. Una de las afectaciones importantes del proceso se vinculó con la ausencia de control judicial y anomalías ocurridas en el trámite de los procesos judiciales.²²

Sobre los puntos referidos, el caso ha evidenciado que uno de los elementos más gravosos del mismo se vincula con la duración global de los procesos penales, que en el caso de los procesos por enriquecimiento ilícito y transferencia y conversión de bienes tuvieron una duración aproximada de seis años, para dictar un sobreseimiento, con base en lo que la Corte IDH califica como cuestiones de derecho. En concreto, consideró que determinar la necesidad de una condena previa para la aplicación de otro tipo penal en la justicia nacional no tiene complejidad en cuanto al asunto.²³

Sobre el proceso de testaferrismo, es importante que para determinar la complejidad del asunto el Tribunal examinó que los elementos recaudados en las actuaciones iniciales de la causa, denominada Auto Cabeza de Proceso, son sustancialmente los mismos que se usaron dieciocho años después para el fallo de casación, lo cual no justifica tampoco la existencia de complejidad.²⁴

No encuentra la Corte IDH en los procesos, acciones que puedan ser calificadas como dilatorias por parte del interesado. Sin embargo, el Tribunal evidencia una conducta que no demuestra la debida diligencia por parte de los juzgadores, en razón de que no se habrían constatado diligencias o elementos diferentes a los iniciales en las causas en las que fue sobreseído el señor Montesinos.²⁵ En el caso del proceso por testaferrismo parece ser aún más gravoso debido a que además de que no se hayan incorporado elementos o

16 Registro Oficial N° 523, de 17 de septiembre de 1990. Sustituía con su contenido original por la Codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 490 de 27 de diciembre de 2004.

17 Ídem, nota 9, párrs. 34 y 99.

18 Corte IDH. "Acosta Calderón Vs. Ecuador". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129. Párrs. 67-69, 130-138.

19 Corte IDH. "Tibi Vs. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Párr. 3, 119 y 211.

20 Corte IDH. "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Párr. 269.

21 Corte IDH. "Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316. Párrs. 72, 147-149.

22 Ídem, nota 15. párr.179.

23 Ibídem, nota 27, párr.182.

24 Ibídem, nota 27, párr. 200. y 183.

25 Ibídem, párrs. 185-186.

diligencias diferentes a las iniciales, la resolución de un recurso de apelación tomó aproximadamente cinco años, con lo que el Tribunal Interamericano confirmó períodos de inactividad en el trámite judicial.²⁶

En cuanto a la exclusión probatoria, el presente caso contó con la declaración de quien fue víctima dentro de la primera sentencia condenatoria del Sistema Interamericano contra Ecuador, el señor Rafael Iván Suárez Rosero, quien habría estado detenido junto al señor Montesinos Mejía.²⁷ Es más, la Corte IDH consideró que de conformidad a lo establecido dentro del caso Suárez Rosero, en los 38 días que el señor Montesinos estuvo incomunicado, se podía concluir que fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes.²⁸ En el lapso de tiempo descrito, el señor Montesinos rindió la declaración presumarial, la cual fue utilizada dentro del proceso de testaferrismo en que fue condenado.²⁹ Lo anterior permitió a la Corte IDH determinar la violación procesal cometida por el Estado al haber utilizado, como elemento decisivo para la condena, una declaración rendida bajo presión, cuando lo que correspondía a los juzgadores era realizar un control de las actividades y eliminar el valor probatorio a las actuaciones que impliquen una confesión rendida bajo presión, deber incumplido por los juzgadores, quienes no solo la usaron como elementos para sentenciar, sino que además no dispusieron la investigación que al respecto debía haberse iniciado por afectaciones a la integridad personal.³⁰

Los elementos descritos tienen relación directa con el derecho a la defensa, en virtud de que en las declaraciones que debían haber sido excluidas por haber sido rendidas bajo presión, según determinó la sentencia, tampoco contaron con un abogado defensor, lo que llevó a la Corte IDH a concluir que el señor Montesinos no contó con tiempo para la preparación de su defensa ni con el derecho a un abogado de su confianza o defensor público.³¹

4. Conclusiones

El caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador se circunscribe dentro de un contexto de aplicación de legislación de lucha contra el narcotráfico, sobre la cual la Corte IDH determinó que no era compatible con la CADH en más de una oportunidad.

Se evidencia del caso Montesinos un patrón que la legislación, los estamentos del Estado y los jueces tenían frente a casos de narcotráfico, al punto que se vulneraban derechos de forma muy similar en los diferentes casos: violaciones a derechos como la integridad personal, prohibición de tortura, debido proceso y protección judicial. Cabe indicar que fue justamente la valoración de una prueba viciada

26 *Ibidem*, párrs. 185-186.

27 *Ibidem*, párr. 44.

28 *Ibidem*, párr. 199. Relacionado con el párrafo 91 de la Sentencia de Fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en que se establece que el señor Suárez Rosero en los 36 días que estuvo incomunicado fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes.

29 *Ídem*, nota 27, párr. 200.

30 *Ídem*, nota 27, párr. 197. El caso refiere como precedente al caso “*Cabrear García y Montiel Flores vs. México*”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párr. 166.

31 *Ídem*, nota 27, párr. 192-193.

la que generó que la Corte IDH, como mecanismo de satisfacción y restitución del derecho violado, solicite al Estado que a través del mecanismo que corresponda excluya la prueba utilizada y que no produzca efectos de ninguna naturaleza la sentencia emitida de forma violatoria contra la víctima.³²

Resulta muy llamativo en especial el accionar de los jueces, quienes, a pesar del formato de las declaraciones presumariales sin defensor y bajo presión, utilizaban ese tipo de pruebas sin cuestionamientos a su validez o legitimidad al momento de sentenciar. De igual modo, la sentencia de la Corte IDH permite ver una conducta poco diligente u omisiva al deber de dirección procesal que lleva a dilatar procesos que terminan con un sobreseimiento alrededor de seis años, y en el caso del único proceso en que se determinó la culpabilidad tomó alrededor de dieciocho años.

³² *Ibídem*, párr. 277.

Prisión preventiva

Corte IDH. Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020. Serie C No. 399

Por Clara Soria Carpio¹ y Francisco José Toral Zevallos²

1. Introducción

Previo a cualquier enfoque y análisis en el campo de lo estrictamente jurídico, vale advertir al lector que el aporte realizado se sintetiza en analizar los argumentos de respuesta esgrimidos por el Estado, y vincularlo someramente a taras subyacentes en el accionar de los administradores de justicia y al comportamiento y respuesta del Ecuador como actor estatal, particularmente cuando está constreñido a comparecer ante organismos con jurisdicción supranacional, en los casos en que es actor en una controversia o es requerido con pedidos de información por parte de los citados organismos.

En el presente artículo, sin ir en detrimento de otros aspectos sustanciales de la sentencia, nos detendremos en el comentario sobre la estrategia de defensa del Estado ecuatoriano, con especial enfoque en los argumentos esgrimidos ante las recomendaciones realizadas tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1 Abogada (Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Magíster en Derecho Constitucional (Universidad Andina Simón Bolívar). Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal (UASB) Maestranda en Derecho Penal (UASB). Defensora pública penal.

2 Doctor en Ciencia Política (USAL). Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas (Universidad Católica de Santiago de Guayaquil). Ex director de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores (2012-2014). Director de Formación en Democracia en el Consejo Nacional Electoral de Ecuador.

Es particularmente desalentador verificar, tanto desde los hechos como desde los escritos de respuesta del Estado, la poca percepción de la real dimensión de la lesión ocasionada a Ramón Carranza por una dilación irrazonable e injustificable de la figura de la prisión preventiva. La casuística de causas en Ecuador, referida a estas situaciones anómalas y apartadas del derecho, refleja de manera inductiva cuán gravosos son los perjuicios que el Estado se ocasiona a sí mismo en virtud de una dilatada cultura de la informalidad. El elemento diferenciador de esta sentencia es la negligencia de los operadores de justicia como fuente de responsabilidad para el Estado, al conculcar el derecho de la víctima a una legítima defensa.

1.1 Hechos del caso

Ramón Carranza Alarcón, ya fallecido, fue apresado en noviembre de 1994 por la policía rural de la provincia del Guayas, luego de estar declarado en estado de búsqueda y captura a partir de que sería el autor material de un homicidio, hecho en el que no existió nunca controversia, por la flagrancia de las circunstancias en que se dio. Una vez aprehendido por la policía, fue trasladado al centro de detención provisional en la ciudad de Guayaquil, luego de lo cual estuvo detenido ilegalmente en el centro de rehabilitación social de varones de esa ciudad desde octubre de 1994 hasta abril de 1999.

Durante todo el lapso que duró el proceso sustanciado en el Juzgado 11 de lo Penal del Guayas hasta su sentencia condenatoria, la víctima nunca tuvo acceso a un juicio justo. El juicio penal se desarrolló cumpliendo todas las etapas procesales y concluyó con una sentencia condenatoria a la pena de reclusión menor de seis años. Su excarcelación, a los cuatro años y cinco meses, se da toda vez que contó con una reducción de dos años por buen comportamiento, lo que le permitió salir en libertad en abril de 1999.

El problema crónico y patente en el que incurre el Estado ecuatoriano es precisamente el mismo por el que fue sentenciado en el caso que se analiza, que es el de la dilación injustificada e informalidad en el cumplimiento de los términos y plazos procesales, tanto en su dimensión doméstica como en su accionar ante los organismos de justicia internacional. Tal es el caso que aborda el presente artículo.

Como se evidencia de lo último señalado, observamos las tres prórrogas otorgadas por la CIDH al Estado el 27 de septiembre, el 28 de diciembre de 2017 y el 29 de enero de 2018, sin que en la respuesta final del Estado del 29 de marzo de 2018 la CIDH haya encontrado elementos concretos que le permitieran identificar al menos un acatamiento parcial de las recomendaciones formuladas en el Informe de Fondo N° 40/17.

La sentencia de febrero de 2020 señala una vez más que el Estado violó los artículos 7 y 8 del Pacto de San José por violación a la libertad personal y al debido proceso judicial, y su gama de matices intermedios.

En el caso ecuatoriano, es especialmente preocupante esta situación, pese a que durante el tiempo transcurrido entre la petición inicial presentada en septiembre de 1998 y la respuesta del Estado en 2017, se realizaron profundas transformaciones al sistema judicial.

2. Condiciones sociojurídicas que configuran el problema de la prisión preventiva como medida punitiva anticipada en el Ecuador

Ecuador ha sido sancionado de manera recurrente por cuestiones relativas a la privación de libertad en los años ochenta y noventa,³ todas estas llevadas a cabo en un período temporal bastante similar. En aquel entonces, Ecuador vivía no solo en función de leyes poco garantistas, sino que además era una época de enfrentamientos sociales entre gobierno y población civil con distintos matices políticos, principalmente los que se consideraban grupos insurgentes; por eso la sensación de inseguridad ciudadana se veía reflejada en la respuesta estatal llena de tratos abusivos institucionalizados, como se verificará posteriormente.

En los últimos años se han realizado varias reformas constitucionales y legales, las últimas derivadas de la Constitución del año 2008, de la Consulta Popular 2011, para reforma del sistema de justicia y cambios profundos a nivel legal, y de una reforma al Código Penal, hasta lograr consolidar las normas sustantivas, adjetivas y de ejecución en un solo cuerpo legal, el Código Orgánico Penal Integral (COIP), que unifica el componente sustantivo y adjetivo en materia penal y pasa de un proceso penal inquisitivo al actual modelo acusatorio. Estas reformas, junto a la construcción de grandes centros carcelarios (centros regionales), se publicitaron como la solución a los grandes problemas carcelarios y de justicia penal que tenía el país.

Se han hecho avances trascendentales –como la implementación de tiempos de caducidad de la prisión– que son importantes para mantener un control respecto a los tiempos de juzgamiento y los plazos razonables. Sin embargo, las necesidades judiciales y carcelarias van más allá de la reforma legal y el desarrollo arquitectónico, seguimos teniendo diariamente la muestra del abuso de la prisión preventiva sin que exista una motivación consciente y específica de los parámetros de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad que no solo se exige convencionalmente sino también legalmente, tanto así, que al cierre del año 2019 la población penitenciaria nacional promedio fue de 39.569 personas privadas de libertad, lo que constituía un 34,30% de hacinamiento carcelario.⁴

3. Posición del Estado en el caso

El Estado opuso dos excepciones preliminares: a) falta de agotamiento de los recursos internos y b) alegada violación de su derecho de defensa. Respecto de la primera, cabe reseñar que en su defensa el Estado comunicó que en la época en que acaecieron los hechos de la controversia, la procuración del imputado disponía de la posibilidad de recurrir tanto a la sentencia condenatoria como a la prisión

3 Al respecto tenemos los casos: “Suárez Rosero”, “Benavides Cevallos”, “Tibi”, “Acosta Calderón”, “Zambrano Vélez”, “Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez”, “García Ibarra”, “Herrera Espinoza”, “Montesinos Mejía”, y ahora, “Carranza Alarcón vs. Ecuador”.

4 Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y a Adolescentes Infractores, Rendición de Cuentas 2019.

preventiva. En este sentido cabe señalar que mediante *casación* la defensa de la víctima podía interponer su recurso, “si consideró que el Tribunal Penal violó la ley al emitir la sentencia condenatoria”.

Esta respuesta es particularmente preocupante, en tanto que evidencia carencia de nociones básicas de la teoría procesal al indicar que el recurso de casación era una vía válida para obtener la defensa del acusado. Esto es un error de bulto, por cuanto la casación, como lo señala la doctrina, procede únicamente cuando hay una sentencia en firme, es decir, lo que fácticamente nunca sucedió, puesto que la sentencia se dictó a fines de 1998. ¿Qué pasa, por tanto, con todo el tiempo transcurrido desde la detención de Ramón Carranza en octubre de 1994 hasta el 15 de diciembre de 1998? Es claro advertir que la excepción presentada por el Estado no satisface en ningún modo la pretensión de acceso a la justicia de la víctima.

La otra vía que aduce el Estado por la cual la defensa de la víctima disponía para cuestionar la sentencia es el llamado recurso de *revisión*, que “procedía para reparar el caso de una persona condenada por un error en sentencia”. Nuevamente se puede apreciar la postura negacionista y atentatoria, como se indica líneas arriba, a las bases fundamentales del derecho y de la lógica, puesto que la sentencia en este caso se da al final del proceso, siempre con el acusado en privación de su libertad. La respuesta de los agentes estatales que llevaron el caso, reflejan, no solo desconocimiento, sino un nivel insospechado de temeridad, puesto que sostener una defensa con esos argumentos, solo puede, como en efecto sucedió, reafirmar la posición de la CIDH y de la Corte IDH en sus respuestas a las excepciones preliminares esgrimidas por el Ecuador.

El Estado expresó que el señor Carranza no presentó el recurso de hábeas corpus, que era un “remedio rápido, idóneo y efectivo” para reclamar la libertad de personas detenidas en forma ilegal o arbitraria. Es necesario expresar que la figura del hábeas corpus vigente en la normativa constitucional y penal anterior al año 2008 no es compatible con los estándares sugeridos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), ya que en ese entonces se presentaba ante alcaldes u otras autoridades, ajenos a la función judicial. El hábeas corpus para este caso debió presentarse ante el juez de la causa, lo que en los hechos no sucedió. Desprendido de lo anterior, se concluye que el hábeas corpus nunca fue una vía válida.

Finalmente el Estado agregó al recurso anterior, el de *amparo de libertad* durante el desarrollo del proceso penal, a fin de solucionar su situación jurídica en cuanto a su derecho a la libertad personal. Es complejo de entender, que si habiendo existido una figura en el momento de los hechos lesivos contra Carranza Alarcón, como era el hábeas corpus, tal como existía en el ordenamiento legal ecuatoriano en el período de 1994 a 1998, el Estado esgrima que el no haberla empleado, es una omisión de la estrategia de defensa, cuando en la práctica –como parte de la memoria histórica reciente del sistema judicial ecuatoriano– se sabe que el hábeas corpus no reunía ninguna de las condiciones que aduce poseía, es decir, que carecía de rapidez, idoneidad y eficacia como recurso. El no haberlo empleado, significa que sí se agotaron todas las vías e instancias procesales, que para la época se hallaban disponibles a favor de la víctima.

Por otra parte, el Estado alegó que la Comisión “realizó algunas actuaciones sin contar con las garantías del debido proceso en el desarrollo del presente caso”. Dividió sus argumentos en dos grupos, uno que relacionó con la “falta de motivación del Informe de Admisibilidad” y otro “[s]obre el Informe de Fondo [...] y el cumplimiento de recomendaciones”. Expresó, en particular, que

- a) la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos fue presentada por el Estado en la etapa de admisibilidad y no fue considerada en el Informe de Admisibilidad, lo que muestra que la Comisión no analizó la “posición jurídica” del Estado y, por ello, hubo una “carencia de motivación” en sus determinaciones, y
- b) el Informe de Fondo: i.- no estuvo “motiva[do] adecuadamente”, pues no analizó el recurso de hábeas corpus como garantía de respeto al derecho a la libertad personal; ii.- aseveró que no fue considerada una solicitud de libertad del señor Carranza, “lo cual no responde a la verdad procesal”, y iii.- expresó recomendaciones y luego “no se le permitió al Estado contar con un tiempo adecuado para cumplir con las [mismas]”.

4. Comentarios al fallo de la Corte IDH

4.1. Agotamiento de recursos internos

En el párrafo 14 de la sentencia, hallamos los siguientes elementos:

El Estado no adoptó ninguna prueba que acredite que realizó una revisión periódica de la continuidad de la procedencia de la prisión preventiva.

El Tribunal subrayó que la privación preventiva de la libertad del señor Carranza duró lo mismo que el proceso penal seguido en su contra, es decir, cerca de cuatro años. No hubo una revisión de la procedencia de la prisión preventiva, inclusive pese a que el señor Carranza solicitó su libertad en septiembre de 1995, actuación judicial que fue denegada y permitió que la prisión preventiva se mantuviera en forma arbitraria.

El requisito de agotamiento de los recursos internos no significa que las presuntas víctimas tengan necesariamente la obligación de agotar todos los recursos disponibles.

En este caso se determinó, en reafirmación de otros fallos sobre igual naturaleza, que si los recursos que dispone un sistema judicial no son idóneos para tutelar o resguardar un derecho fundamental, se considera que no existe tal recurso y por ende se cumple a satisfacción con la condición de haber agotado todas las instancias viables.

El escrito presentado por el señor Carranza en septiembre de 1995 pidiendo su libertad al juzgado que conocía el proceso penal posibilitó que el Estado tuviera la oportunidad de remediar la cuestión.

La diligencia referida por la Corte IDH se considera que fue la vía procesal adecuada para obtener de las autoridades judiciales la excarcelación del ciudadano Carranza Alarcón. El no haberla considerado en el momento oportuno, configura y fundamenta la condición de agotamiento de los recursos de jurisdicción interna.

El recurso de amparo de libertad fue señalado por el Estado por primera vez ante la Corte Interamericana, por lo que el argumento es extemporáneo.

En este acápite queda evidenciada la falta de coherencia en la estrategia de defensa del Estado, puesto que no distingue la línea de tiempo, entendiendo que el amparo de libertad tendría razón de ser en tanto y en cuanto sea oportuno, condición que objetivamente se constata su improcedencia.

Los recursos de casación y revisión no tienen como objetivo controvertir la detención “ilegal o arbitraria” a la que habría sido sometida la presunta víctima.

Es decir, la Corte advierte que las alternativas propuestas por el Estado como pertinentes para el propósito de obtener la libertad de la víctima son en ambos casos inviables e ineficaces procesalmente hablando, ya que se aplican a sentencias en firme. En el presente caso, todo el tiempo que duró la prisión preventiva fue considerado como cumplimiento de sentencia, solo al final, cuando es excarcelado a inicios de 1999.

Un hábeas corpus ante una autoridad administrativa no constituye un recurso efectivo bajo los estándares de la Convención Americana.

El hábeas corpus ya ha sido desvirtuado por la Corte IDH como un recurso idóneo para obtener la pretensión de la libertad del solicitante. La Corte ha manifestado que para que sea un recurso eficaz:

debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.⁵

⁵ Corte IDH, OC-9/87. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, de 6 de octubre de 1987. También se puede revisar casos como: “Baena y otros vs. Panamá”, “Cinco Pensionistas vs. Perú”, entre otros.

En ese momento, el artículo 19, literal i) de la Constitución vigente establecía:

- i) Toda persona que creyere estar ilegalmente privada de su libertad puede acogerse al habeas corpus. Este derecho lo ejercerá por sí o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el alcalde o presidente del concejo edilicio bajo cuya jurisdicción se encuentre o ante quien haga sus veces. La autoridad municipal ordenará inmediatamente que el recurrente sea conducido a su presencia y se exhiba la orden de privación de la libertad. Su mandato será obedecido sin observación, ni excusa por los encargados del centro de rehabilitación social o lugar de detención. Instruido de los antecedentes, el alcalde o presidente del concejo edilicio dispondrá la inmediata libertad del reclamante, si el detenido no fuere presentado o si no se exhibiere la orden, o si esta no cumpliere los requisitos legales, o si se hubieren cometido vicios de procedimiento o, en fin, si se hubiere justificado el fundamento del recurso. El funcionario o empleado que no acatare la orden será destituido inmediatamente de su cargo o empleo sin más trámite por el alcalde o presidente del concejo edilicio, quien comunicará la destitución a la Contraloría General del Estado y a la autoridad que deba nombrar su reemplazo.

Al estar el hábeas corpus en manos de una autoridad administrativa, su control no era idóneo porque no era judicial y esto hacía que deje de ser un recurso efectivo, dado que por como estaba establecido era impracticable el ejercicio del derecho que se buscaba proteger. Tanto así que la misma Corte en el caso “Chaparro Álvarez” indicó que “el alcalde, aun cuando pueda ser competente por ley, no constituye una autoridad judicial. Conforme a la propia Constitución ecuatoriana, el alcalde es una autoridad administrativa del ‘régimen seccional’, en otras palabras, hace parte del Poder Ejecutivo”.⁶

4.2. Comentarios al Fondo

Es necesario para la Corte aclarar que la discusión no se encuentra en función de la condena penal del señor Carranza y que el análisis que se hace, incluso en cuanto al agotamiento de recursos internos, es exclusivamente por el tema de la prisión preventiva. En un inicio, la pretensión inicial contó con alegatos respecto a los artículos 5 y 25 de la Convención, que no fueron argumentados ni profundizados, por lo que la Corte consideró que no existen elementos suficientes para examinar la mera petición.

⁶ Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 114.

4.2.1. Artículo 7 de la CADH

Respecto a la libertad personal, la Corte ha considerado que el contenido esencial de este derecho es “la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado”.⁷ En este punto hay dos regulaciones, una general, relacionada con la universalidad del texto del artículo 7 de la Convención: “toda persona tiene derecho a la libertad...”, y una específica, compuesta por garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegal o arbitrariamente, lo que incluye un sinnúmero de detalles.

En función de esto, entonces, es necesario analizar los detalles específicos que fueron revisados por la Corte.

La Corte ha establecido que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.

Esto implica que no se puede privar de la libertad a una persona por causas que puedan resultar incompatibles con sus derechos o que sean desproporcionados (para esto se puede revisar, entre otros, el caso “Jenkins vs. Argentina”), así las causas se encuentren contempladas en la ley.

Por esto que la Corte ha considerado importante que la ley interna establezca procedimientos compatibles con la Convención, y no se puede, *prima facie*, asumir que la arbitrariedad de una detención es igual a legalidad, dado que se deben incluir elementos de “incorrección, injusticia e imprevisibilidad”, como sostuvo la Corte en el caso “Chaparro Álvarez”.

En el caso del señor Carranza, su aprehensión se realiza en noviembre de 1994, luego de que en agosto de 1993 se emitiera una orden de captura y otra de prisión preventiva. Estas órdenes se dieron en función de lo establecido en los artículos 176 y 177 del Código de Procedimiento Penal vigente a la época, que establecía que la orden de detención debía contener requisitos específicos, como los motivos de la detención, el lugar y fecha de expedición, etc. (art. 172) y no podía exceder de 48 horas.

Existe una diferenciación, dado que en un inicio se emitía la orden de detención y posteriormente, de ser procedente, el auto de prisión preventiva. En el caso del señor Carranza existía además un auto de prisión preventiva que es, en el fondo, lo que la sentencia en cuestión analiza.

El inconveniente se da en la motivación; el artículo 177 indicaba que se podía emitir la orden de prisión preventiva en base a indicios,⁸ es decir, no se estaba motivando, incluso por disposición legal, en

7 Corte IDH. *Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. De 3 de febrero de 2020, p. 60.

8 Actualmente, el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal no señala la existencia de indicios sino de “elementos de convicción”.

función de hechos y elementos ciertos. Por esto, la Corte ya se había pronunciado respecto al artículo 177, ya que no consideraba el carácter excepcional y necesario de la prisión preventiva (Caso “Herrera Espinoza vs. Ecuador”). En el caso específico del señor Carranza, la prisión preventiva era necesaria ya que se encontraba prófugo, sin embargo, considerando que fue motivada escasamente en función del cuestionado artículo 177, resulta arbitraria.

4.2.2. Artículos 7.4 y 7.5

En cuanto al artículo 7.4, la Corte ha dicho que “el mismo alude a dos garantías para la persona que está siendo detenida: i) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención y ii) la notificación, que debe ser por escrito, de los cargos”.⁹

Entonces, la privación de libertad dentro de un proceso se considera dentro del parámetro convencional cuando sea un medio para la neutralización de los riesgos procesales, como la comparecencia a juicio. Es decir que para que existan fines legítimos de la privación de libertad, el juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas del caso en concreto, no se puede basar en presunciones, y además se debe garantizar la contradicción técnica y oportuna del acusado en el proceso.

De la misma manera, al referirse al plazo razonable, el artículo 7.5 garantiza que la persona sea liberada si el período de detención resulta excedido al límite razonable, entonces, mantener a una persona privada de libertad más allá del tiempo que justifica su detención podría derivarse en una pena anticipada y afectar la presunción de inocencia. Es así como la garantía del plazo razonable permite que los acusados no permanezcan en prisión por largo tiempo sin que se resuelva respecto a su acusación prontamente; por lo que es necesario analizar si existió una prolongación indebida la prisión preventiva.

Para analizar la prolongación indebida de la prisión preventiva se debe tener en cuenta la importancia de un control periódico de su duración, proporcionalidad y necesidad, a fin de evidenciar además si se han sobrepasado los plazos establecidos. En la Constitución y legislación vigente en ese momento no existían límites relacionados a la caducidad de la prisión,¹⁰ tanto es así que el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal vigente en ese entonces especifica como medidas cautelares de carácter personal: la prisión preventiva y la detención.

En el caso específico, no se hizo una revisión judicial dentro del proceso, sea por voluntad del juez o por petición expresa del procesado. En efecto, se realiza una petición de liberación del detenido luego de diez meses de su detención (el 11 de septiembre de 1995). Sin embargo, esta petición no es contestada formalmente. El Código de Procedimiento Penal establecía la posibilidad de que exista una

⁹ Ídem, nota 7, p. 63.

¹⁰ Actualmente, el tiempo de caducidad de la prisión se encuentra establecido constitucional y legalmente en seis meses y un año dependiendo de la gravedad del delito.

caución que reemplace la prisión preventiva, pero no existía un detalle de los procedimientos a seguir en caso de requerir una revisión o revocatoria de la medida.¹¹

En cuanto al impulso procesal se evidencian demoras significativas en el desarrollo del proceso. Si bien existe la mencionada petición de liberación en el año 1995, la audiencia de juzgamiento se realiza recién en diciembre del año 1998, lo que evidencia que “no se advierte justificación de tal tiempo de inactividad, máxime considerando que el señor Carranza se encontraba privado preventivamente de su libertad, lo que debió generar que las autoridades judiciales doten de mayor celeridad al proceso”.¹²

5. Conclusión

Existe una especie de cultura estratégica de defensa del Estado: solo a fin de establecer un paralelismo que dé cuenta de esta afirmación, tomando como ejemplo los exámenes universales y periódicos, que se realizan en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, es práctica recurrente no responder exactamente a las cuestiones planteadas por instancias internacionales, se trate de actuaciones procesales o los informes acerca del estado de tal o cual derecho humano.

Esto se ha visto reflejado, como se dijo, en las sanciones que ha recibido el Estado, por el uso abusivo de la prisión preventiva y por la forma en la que la legislación servía como encubridora de estas malas prácticas. Por eso la Corte hace énfasis en más de una vez al caso “Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador”, dado que las condenas previas han hecho que se establezcan estándares y advertencias bastante claros respecto a la legislación entonces vigentes y a las diversas prácticas institucionales de la policía y el sistema de justicia.

En el año 2013, ante el informe realizado por el relator especial de las Naciones Unidas para las ejecuciones extrajudiciales, Philip Alshon, ante la observación realizada a la baja tasa de judicialización de las mismas, la respuesta del Estado consistió solamente en señalar el número de capacitaciones realizadas en temas de derechos humanos a los funcionarios de la policía nacional.

Algo muy parecido, podemos apreciar, aconteció en la respuesta del Ecuador a la segunda recomendación formulada por la CIDH en el informe de fondo de este caso, en la que se ilustra claramente la tendencia permanente a responder de forma fragmentaria, ambigua e incompleta a las directrices o solicitudes emanadas por los órganos internacionales en cumplimiento de sus funciones. La recomendación consistía en “disponer las medidas de no repetición necesarias para asegurar que tanto la normativa aplicable como las prácticas respectivas en materia de detención preventiva sean compatibles con los estándares establecidos en el [Informe de Fondo]”.

En un escrito el Estado respondió que en 2014 había entrado en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, que modificó el régimen legal de la prisión preventiva de modo que, a criterio del Estado,

¹¹ Actualmente, se contemplan procedimientos para la revocatoria, suspensión, sustitución de la prisión preventiva (COIP, arts. 535-358).

¹² Ídem, nota 7, p. 87.

“guarda armonía con los estándares establecidos por la Comisión”. Además, informó acciones de capacitación a personal policial, con un “enfoque basado en derechos humanos”, en las que se incluyó un módulo sobre “prisión preventiva”.

Lastimosamente, entonces, no se trata solo de legislación; veintisiete años después, aún hay problemas de uso abusivo de la prisión preventiva. Lo interesante sería lograr desterrar la práctica desde el día a día. A pesar de esto, el abuso de la prisión preventiva es una modalidad que se ha ido manteniendo a pesar de los años y los cambios legislativos que se han venido provocando como producto de las mencionadas sentencias.

Se vuelve necesario no solo imponer reglas claras, sino además llegar a humanizar la detención, su proceso y la pena de prisión. Es necesario considerar que toda clase de encierro puede calificarse contrario a la esencia social del ser humano. Sin embargo, dado que, tanto la detención, como la pena de prisión son procedimientos establecidos dentro del marco normativo, se deben manejar dentro de ideales, estructuras y procesos que resulten ajenos a la venganza o revanchismo social y que sean más bien proclives al respeto y a la eficiencia, más inclinados al sentido de humanidad y dignidad.

Esta es una urgencia social dado que el derecho es un producto de la sociedad; si no se humanizan estos procesos y no se evidencia que las personas aprehendidas, procesadas o sentenciadas son seres humanos, con una dignidad humana intrínseca, el reconocimiento de sus derechos será una misión cada vez más lejana de cumplir.

Por esto, es necesario identificar no solo las deficiencias legales, sino además las prácticas jurisdiccionales arraigadas en el sistema jurídico junto con una cultura de no demanda y de normalización de la prisión preventiva como regla general; solo con una identificación específica de estas características legales, judiciales y sociales se podría generar el cambio oportuno y necesario relacionado a cómo enfrentar la prisión preventiva desde los parámetros de necesidad, racionalidad y proporcionalidad que la privación de libertad exige.

Pueblos Indígenas. Derecho a la propiedad colectiva

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

Por Javier Salgado¹

I. Introducción

El caso “Lhaka Honhat” es, sin dudas, emblemático para la República Argentina, en tanto y en cuanto se trata del primer reclamo promovido por comunidades indígenas en procura de que se les reconozca sus derechos ancestrales sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, que llega al ámbito internacional. Pero lo es también para el sistema interamericano, porque refleja con claridad las luces y las sombras de este sistema de protección de derechos humanos. Luces, derivadas de una saludable ampliación de los criterios de interpretación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “Convención”, “Convención Americana” o “CADH”). Sombras, producto de la verificación inapelable de la práctica constante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Comisión” o “CIDH”) de someter casos a la Corte IDH de manera mecánica, renunciando de este modo a su rol de órgano decisor de una controversia internacional, y de las demoras extremas que se verifican en el sistema, como así también de la cada vez más frecuente constatación de importantes discrepancias al interior de la Corte, que de algún modo debilitan el valor de sus sentencias.

¹ Profesor Adjunto regular de Derechos Humanos y Garantías (UBA).

II. Breve relación de los hechos del caso, el intento de solución amistosa y el sometimiento del asunto a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH

En rigor, el caso asoma al ámbito internacional tomando como punto de partida la habilitación de un puente internacional entre Argentina y Bolivia que no había sido objeto de una consulta previa e informada con las comunidades indígenas de la zona. Luego el reclamo iría reorientando su objeto procesal a la discusión sobre la titularidad de 400.000 hectáreas de los por entonces lotes fiscales 55 y 14, y a cuestiones atinentes a su convivencia con pobladores criollos que habitan la zona, particularmente la existencia de alambrados que impedían el desplazamiento de las comunidades en procura de alimentos, máxime tratándose de cazadores-recolectores, la tala ilegal de madera y los efectos de la cría de ganado que afectaban el acceso a frutos, semillas y demás alimentos silvestres.

En agosto de 2002, una delegación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acompañada por la Cancillería y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, visitó la provincia de Salta y celebró una serie de reuniones con autoridades del gobierno y de todas las partes interesadas, tanto representantes de las comunidades peticionarias, como de comunidades no integrantes de la Asociación Lhaka Honhat, y representantes de familias criollas con arraigo en la zona.

En ese marco se dio inicio a un proceso de solución amistosa del asunto, mediante la instalación de una “mesa ampliada” de diálogo, integrada por representantes de todas las partes, con independencia de su calidad procesal en el caso internacional. Ello fue un importante avance en el camino de un acercamiento proactivo con el propósito de arribar a una autocomposición del caso.

Sin embargo, y a raíz de la implementación de una “consulta popular” en la zona instrumentada por las autoridades locales, en 2005 los peticionarios decidieron retirarse del proceso de solución amistosa, reanudándose el trámite contencioso, que luego derivó en la adopción, por parte de la CIDH, del informe sobre el fondo 2/12, en el cual la Comisión constató la responsabilidad internacional del Estado por la violación de diversos derechos consagrados en la CADH: artículos 8 (garantías judiciales), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 21 (derecho a la propiedad), 23 (derechos políticos), 25 (derecho a la protección judicial) en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) del mismo instrumento.

Según la Comisión, el Estado argentino había violado el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención, en perjuicio de las comunidades indígenas que forman parte de la Asociación Lhaka Honhat, “por no haberles provisto acceso efectivo al título de propiedad sobre su territorio ancestral, pese a que han transcurrido dos décadas desde que se presentó la solicitud inicial de titulación en 1991”.²

² CIDH, *Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión*, N° 2/2012, párr. 249.

En segundo término, entendió que el Estado había vulnerado el derecho a la propiedad en perjuicio de las comunidades indígenas que forman parte de la Asociación Lhaka Honhat,

por cuanto el Estado se abstuvo de materializar los derechos, legalmente reconocidos en los decretos provinciales adoptados entre 1991 y 1995, a acceder a un título compartido de propiedad territorial para todas las comunidades de los Lotes Fiscales, violando así el derecho de las comunidades indígenas a la implementación efectiva de la ley. Asimismo, el Estado frustró la confianza legítima que las actuaciones de las autoridades provinciales generaron en cabeza de las comunidades indígenas peticionarias de acceder a un título común de propiedad territorial.³

En tercer lugar, consideró que el Estado había infringido los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 21 y 1.1 de la Convención, “debido a la falta de provisión de un procedimiento efectivo para acceder a la propiedad del territorio ancestral, y a las variaciones sucesivas en el procedimiento administrativo aplicable a la reclamación territorial indígena, en no menos de seis ocasiones”.⁴

Asimismo, estimó que el Estado había quebrantado los artículos 21, 13 y 23 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2

al haber llevado a cabo obras públicas y otorgado concesiones para la exploración de hidrocarburos en el territorio ancestral, sin satisfacer los requisitos establecidos en el derecho interamericano; como lo son, llevar a cabo procesos de expropiación; no amenazar la subsistencia de las comunidades indígenas; realizar consultas previas, libres e informadas, así como estudios de impacto social y ambiental y garantizar la participación de las comunidades indígenas en los beneficios derivados de las concesiones otorgadas.⁵

Finalmente, la CIDH concluyó que el Estado había transgredido el artículo 21 de la CADH, en unión con los artículos 1.1 y 2 “al haberse abstenido de emprender acciones efectivas de control de la deforestación del territorio indígena mediante la tala y extracción ilegales de madera”⁶ y formuló recomendaciones concretas dirigidas, en lo medular, a garantizar la titularidad jurídica de las tierras ancestrales a las comunidades indígenas de la zona, como así también el traslado al lote 14 de ciertos grupos de familias criollas, y a erradicar la tala ilegal de madera y otras actividades perjudiciales para el desarrollo del modo de vida tradicional de dichas comunidades.

3 *Ibíd.*

4 *Ibíd.*

5 *Ibíd.*

6 *Ibíd.*

A partir de allí se intentó construir una hoja de ruta en común para diseñar un plan de cumplimiento de las recomendaciones formuladas en el informe, que incluyó varios desplazamientos a los lotes 55 y 14 conjuntamente con la CIDH, y el intercambio de numerosas propuestas. En ese marco, la Comisión concedió un número inédito de prórrogas, llegando a 22 extensiones del plazo concedido, hasta que el 1° de febrero de 2018, y pese a que la parte peticionaria había aceptado la concesión de una nueva prórroga, decidió someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los términos del artículo 35 del Reglamento de ese Tribunal.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del ritual de la Corte, la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) presentaron su Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas (ESAP), en el que alegaron la violación de los derechos reconocidos en los artículos 1.1, 2, 3, 8, 13, 16, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Convención, y de los reconocidos en los artículos XI y XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

III. La defensa del Estado

El Estado interpuso, en primer lugar, una excepción preliminar en cuyo marco planteó la incompetencia de la Corte respecto de todos los hechos alegados por los representantes, posteriores a la adopción del informe de fondo N° 2/12.

En ese sentido, el Estado argumentó que la Comisión había delimitado el objeto procesal del caso en el citado informe de fondo, pero que la parte peticionaria pretendía, de manera ilegítima, que el tribunal se pronunciara sobre hechos acaecidos con posterioridad y que no habían formado parte del litigio internacional.

Asimismo, el Estado sostuvo que durante todo su trámite trabajó de buena fe, y de manera conjunta con la propia parte peticionaria, en un proceso de diálogo en cuyo marco se produjeron importantes avances en materia de reconocimiento del derecho a la propiedad de las tierras que tradicionalmente habitan las comunidades. El Estado argumentó también que, en rigor, el caso sometido a la jurisdicción contenciosa de la Corte no planteaba una controversia jurídica en sí misma que debiera ser resuelta por dicho cuerpo, sino, en todo caso, una problemática vinculada con el proceso de ejecución de las recomendaciones formuladas por la Comisión en su informe de fondo.

IV. La sentencia de la Corte Interamericana

Luego de haber celebrado la audiencia pública de rigor, en cuyo marco se escucharon testimonios de integrantes de la Asociación Lhaka Honhat y la exposición de peritos, la Corte realizó una diligencia *in situ*, incluyendo la celebración de reuniones con líderes indígenas y familias criollas asentadas en la zona.

Finalmente, el tribunal dictó sentencia el 6 de febrero de 2020. En primer lugar, si bien entendió que la excepción preliminar interpuesta por el Estado no podría encuadrarse como tal en tanto que,

según su visión “la objeción estatal no se relaciona con la competencia de la Corte ni con requisitos de admisibilidad del caso en sí, sino con la determinación de su marco fáctico” y “Por ello, no configura una excepción preliminar”,⁷ dispuso que no entraría a analizar ciertas alegaciones de los peticionarios relativas a hechos posteriores al informe de fondo.⁸

En segundo lugar, concluyó en que el Estado violó el derecho de propiedad comunitaria, como así también los derechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua (artículos 1.1, 2, 8, 21, 23, 25 y 26 de la CAADH), que, según su mirada, se debieron a la falta de efectividad de medidas estatales para detener actividades que resultaron lesivas de tales bienes jurídicos protegidos.

Por otro lado, la Corte desestimó la alegada violación al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de las libertades de pensamiento y de expresión, de asociación, de circulación y de residencia (artículos 3, 13, 16 y 22.1 de la Convención).

Por último, ordenó la adopción de diversas medidas de reparación.

V. Las luces y sombras de la sentencia en el caso “Lhaka Honhat”

Esta decisión del órgano judicial del Pacto de San José ratifica los estándares clásicos construidos por el tribunal en materia de derechos de las comunidades indígenas, particularmente en lo atinente al deber de los Estados de reconocer y dar sostén jurídico suficiente al derecho de propiedad que les corresponde sobre las tierras que tradicionalmente habitan, de modo tal que esta sentencia en particular no aporta mayores avances sobre el eje central de la temática abordada en el caso.

Sin perjuicio de ello, la sentencia en el caso “Lhaka Honhat” aporta un avance muy importante en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales relativos a comunidades indígenas, al declarar, por primera vez en este contexto, y profundizando la línea jurisprudencial trazada a partir del caso “*Lagos del Campo Vs. Perú*”, la responsabilidad internacional de un Estado por la violación autónoma del artículo 26 de la CADH.

7 Cfr. Corte IDH. “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, párr. 19.

8 En efecto, la Corte señaló en el párrafo 23 de la sentencia que “encuentra que los hechos señalados por los representantes respecto al gasoducto o a la urbanización indicada no resultan una evolución de los mismos hechos contenidos en el Informe de Fondo, ni son circunstancias complementarias a éstos que resulten en una mayor explicación de los hechos que señaló la Comisión. Se trata, por el contrario, de hechos que si bien podrían relacionarse con la propiedad comunitaria reclamada, o con derechos relacionados con la misma, constituirían en su caso afectaciones nuevas y distintas a las que la Comisión sometió a conocimiento de la Corte. Por ello, este Tribunal entiende que los aducidos hechos vinculados a la construcción de un gasoducto en 2015 y a la urbanización de Rancho El Ñato no forman parte del marco fáctico del caso. Por ello, tampoco integra el marco fáctico una acción administrativa que los representantes adujeron que se presentó en julio de 2015 respecto al gasoducto. Tales circunstancias fácticas, así como las alegaciones referidas específicamente a ellas, no serán analizadas”.

Tal como señala el Juez Ferrer Mac Gregor Poissot en su voto concurrente,

El caso Lhaka Honhat representa un hito en la jurisprudencia interamericana fundamentalmente por tres razones. En primer lugar, constituye la primera ocasión en que el Tribunal Interamericano se pronuncia de manera autónoma sobre DESCA que atañen a pueblos y comunidades indígenas. En segundo término, a diferencia de los precedentes que había tenido la oportunidad de conocer, la Sentencia declara la vulneración de cuatro DESCA que pueden ser derivados y protegidos por el artículo 26 del Pacto de San José —derecho a la identidad cultural, en lo atinente a participar en la vida cultural, derecho al medio ambiente sano, derecho a la alimentación, y derecho al agua—. En tercer lugar, las reparaciones ordenadas están centradas de manera diferenciada, tratando de restituir la violación de cada uno de los derechos sociales, culturales y ambientales declarados violados en la Sentencia.⁹

Otro elemento que juzgo de importancia y un aporte positivo en el desarrollo de los estándares del sistema tiene que ver con la apertura que mostró el tribunal para escuchar a terceras personas ajenas, en lo formal, al proceso internacional, pero que tenían un interés legítimo en sus resultados, esto es, las familias criollas asentadas en la zona en conflicto.

En ese sentido, la Corte señaló que, si bien estaba impedida de pronunciarse específicamente sobre sus derechos, entendió que tener en cuenta su situación resultaba pertinente a los efectos de analizar adecuadamente el caso y sus complejidades, con el propósito de procurar la efectividad de la decisión que se adoptó.

Y de hecho así lo hizo, en tanto el tribunal, en el marco de la diligencia *in situ* realizada en la zona, mantuvo encuentros con representantes de la población criolla y recibió información escrita, incluso con posterioridad a la visita, que consideró de relevancia para establecer la definición y el alcance de las medidas ordenadas en la sentencia, particularmente aquellas vinculadas al traslado de familias criollas del ex lote fiscal 55 al ex lote fiscal 14.¹⁰

9 Ídem, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mc Gregor Poissot, párr. 4.

10 La Corte expresamente indicó en el párrafo 36 de la sentencia en comentario que “Es pertinente dejar sentado también que este Tribunal observa que los lotes 14 y 55 están habitados también por “criollos”, pobladores no indígenas. La Corte está impedida de pronunciarse directamente sobre los derechos de pobladores criollos, pues no son parte formal del proceso judicial internacional. No obstante, resulta innegable que son parte, en un sentido material, del conflicto sustantivo relacionado con el uso y propiedad de la tierra. Aun cuando este Tribunal no puede pronunciarse sobre sus derechos, entiende que tener en cuenta su situación resulta pertinente a efectos de analizar adecuadamente el caso que le ha sido planteado y procurar la efectividad de la decisión que se adopta en la presente Sentencia. La Corte ha procurado, en el marco de las pautas procesales que rigen su actuación, escuchar a las personas criollas. Así, ha mantenido una reunión con varias personas representantes de familias y organizaciones criollas en el marco de la visita *in situ*. Durante la misma, se refirieron a la problemática territorial, exponiendo sus puntos de vista respecto del proceso de acuerdos para la localización de las personas criollas, las condiciones para avanzar en soluciones al conflicto territorial y la intervención estatal al respecto. Además, durante la misma diligencia la delegación del Tribunal recibió documentación presentada por personas criollas, y también lo hizo con posterioridad. En dicha documentación se encuentra una “propuesta” respecto a la distinción del territorio indígena y la tierra correspondiente a la población criolla. Asimismo, este Tribunal ha receptado declaraciones testimoniales escritas de personas criollas, en la que se refirieron a los hechos del caso, expresando, entre otras cuestiones, dificultades y afectaciones en el marco del proceso de reubicación territorial. La Corte tiene en cuenta las manifestaciones aludidas, en particular, a fin de evaluar las acciones

No obstante, debo destacar que el caso revela, además de los avances positivos a los que acabo de referir, algunas sombras que ponen en crisis la razonabilidad y la legitimidad del sistema mismo. Por un lado, la insustancialidad y dogmatismo de algunos pronunciamientos de la Corte, como así también un preocupante incremento de sentencias en las que se producen choques conceptuales entre los jueces y juezas del tribunal que, de algún modo, restan solidez a la construcción de nuevos estándares o a la razonabilidad de la decisión; por el otro, la constatación de que el sistema no está atendiendo adecuadamente las necesidades de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, al negarles una administración de justicia internacional rápida y eficaz.

En el caso bajo análisis, el Estado argentino interpuso una excepción preliminar fundada en que ciertos hechos incluidos en el ESAP de los representantes de las víctimas eran posteriores a la adopción del informe de fondo por parte de la CIDH, razón por la cual la Corte resultaba incompetente para considerarlos. Se trata, claramente, de una objeción formulada por el Estado al ejercicio de la competencia del tribunal respecto de tales hechos y, por tanto, nada impide que dicho planteo sea abordado como excepción preliminar.

En palabras de la misma Corte, el concepto de “excepción preliminar”

puede definirse como aquel acto procesal que objeta la admisibilidad de una demanda o la competencia del Tribunal para conocer un determinado caso o alguno de sus aspectos en razón de la persona, de la materia, el tiempo o lugar. Aquellos planteos que no tengan tal naturaleza, como por ejemplo los que se refieren al fondo de un caso, pueden ser formulados mediante otros actos procesales previstos en la Convención Americana, pero no bajo la figura de una excepción preliminar.¹¹

No obstante ello, la Corte consideró que el planteo en comentario no podría, según su criterio, ser encuadrado bajo la figura de una excepción preliminar, toda vez que refería al “marco fáctico”. En ese sentido, el Tribunal señaló que “la objeción estatal no se relaciona con la competencia de la Corte ni con requisitos de admisibilidad del caso en sí, sino con la determinación de su marco fáctico. Por ello, no configura una excepción preliminar”.¹²

La afirmación de la Corte resulta, al menos, palmariamente dogmática, en tanto que, sin ninguna clase de desarrollo, postula por su propia concepción, que una objeción al “marco fáctico” no podría constituir una excepción preliminar. Sin embargo, parece claro que el cuestionamiento al “marco fáctico” presentado en un caso refiere, precisamente, a objeciones relativas al ejercicio de la competencia de la Corte respecto de ciertos hechos, en razón de haber acontecido con posterioridad al informe de

seguidas en el caso relacionadas con la presencia de población criolla en tierra reclamada por las comunidades indígenas y el traslado de dicha población, y a efectos de considerar las medidas de reparación que, al respecto, pudieran corresponder”.

11 Corte IDH, “*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*”, sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 39.

12 Corte IDH, “*Caso Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina*”, sentencia de 6 de febrero de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas. párr. 19.

fondo y, por tanto, resultar en hechos que no atravesaron el procedimiento contemplado por los artículos 48 a 50 de la CADH siendo, en consecuencia, insusceptibles de ser considerados por el tribunal.

Pretender escindir el análisis del “marco fáctico” de las condiciones para el ejercicio de la competencia por parte de un tribunal internacional resulta artificial e inconsistente con la definición misma de la figura de la excepción preliminar, tal como la definió la propia Corte, toda vez que su determinación resulta indispensable para determinar si se encuentran presentes en el asunto las condiciones necesarias para el ejercicio de la jurisdicción.

Por otro lado, la sentencia en comentario revela también la existencia de criterios notoriamente divergentes en aspectos conceptualmente centrales del caso. Particularmente, la sustentación autónoma de la violación al artículo 26 de la Convención Americana parece confirmar la tendencia en los pronunciamientos más recientes de esta integración de la Corte de no lograr los consensos necesarios para definir estándares claros y con sólido respaldo jurídico en debates cruciales que contribuyan a una más clara y consistente evolución de la jurisprudencia interamericana. Por cierto que esto no significa desvalorizar la importancia de la discusión y del debate al interior del tribunal, siempre enriquecedor, sino que apunta a recordar la importancia de que los estándares que fije el más alto tribunal de las Américas estén dotados de la fortaleza jurídica que les provee la convergencia de criterios de quienes han intervenido en su definición.

Finalmente, resulta oportuno puntualizar dos cuestiones que mellan la razón de ser y la legitimidad del sistema interamericano de protección de derechos humanos, y que se presentan con crudeza en el caso en análisis.

El primero, tiene que ver con el dilatado proceso que se sustanció ante el sistema y que, si bien responde a diversos factores, muchas veces de índole presupuestaria, conduce a concluir en que, a pesar de constituir una extraordinaria herramienta de “alerta temprana” y un potencialmente formidable mecanismo de mejoramiento institucional al interior de los Estados, en las actuales condiciones, el sistema interamericano parece incapaz de proveer a una rápida y eficaz respuesta internacional a las violaciones de derechos humanos que acontecen en la región.

El caso “Lhaka Honhat” demandó la friolera de veinte años en ser sometido a la jurisdicción contenciosa de la Corte, a lo que habrá de sumar aproximadamente dos años más para el dictado de la sentencia. Y a ello habrá de sumarse los seis años de plazo que el tribunal le otorgó al Estado para cumplir las diferentes reparaciones contenidas en la decisión. En total, y de no producirse demora alguna, las víctimas del caso recién estarán debidamente reparadas por las violaciones constatadas veintiocho años después de iniciado el caso internacional.

Claramente, lo acontecido en el caso “Lhaka Honhat” no se ajusta, ni por asomo, a ningún estándar de razonabilidad temporal que permita sostener alguna lógica en el proceso de restitución a las víctimas de los derechos que les fueron arrebatados. Más aún, constituye una revictimización de las comunidades que se ha producido, paradójicamente, por el mismo sistema que debía protegerles de la acción o de la omisión del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Por otro lado, este caso es un buen ejemplo del modo en el que la CIDH sobrepasa la instancia jurisdiccional de la Corte Interamericana, sometiendo casos de manera mecánica, renunciando de tal modo al ejercicio de la competencia que la CADH le asigna, en términos de poder resolver una petición sin necesidad de requerir la intervención del tribunal. En el asunto bajo estudio, las constancias disponibles permiten afirmar que nunca hubo una controversia jurídica sobre el derecho alegado por las comunidades indígenas. Todo lo contrario, tanto las autoridades competentes de la provincia de Salta como las nacionales reconocieron, sistemáticamente, el derecho que les asiste a la propiedad de las tierras que tradicionalmente habitan, como lo atestigua, entre otros eventos, el decreto provincial a través del cual, en 2014, se transfirió el dominio de aquellas a dichas comunidades. Tanto es así que el Estado nunca ejerció una defensa jurídica del caso, sino que intentó, con avances y retrocesos, con aciertos y con errores, llegar a un entendimiento amistoso con la parte peticionaria.

Sin embargo, bajo el argumento de que se habían concedido un número exagerado de prórrogas, la Comisión decidió, innecesariamente, someter el caso a la Corte resignando de tal modo su capacidad jurídica de resolver de manera definitiva la cuestión a través de la adopción del informe de fondo contemplado por el artículo 51 de la Convención Americana. Ello a los efectos de que la Corte dirima una supuesta controversia jurídica que nunca existió, sin perjuicio de las dificultades registradas en materia de ejecución de las recomendaciones formuladas en el Informe Preliminar N° 2/12.

En este sentido, la Comisión no está obligada, de ningún modo, a someter todos y cada uno de los casos en los que entiende que no se han cumplido las recomendaciones adoptadas en un informe de fondo. Si bien su reglamento establece que, como regla general, debe hacerlo –salvo el voto en contrario de la mayoría absoluta de sus miembros–, no hay ninguna previsión convencional que establezca semejante obligación. Por el contrario, una interpretación armónica de la Convención Americana permite afirmar que la CIDH tiene la facultad –no la obligación– de someter un caso a la decisión de la Corte, como así también la tiene el Estado concernido, de estar disconforme con los resuelto por la Comisión.

Más aún, resultaría altamente saludable que la Comisión ejerciera con mayor fluidez su capacidad de resolver de manera definitiva un caso a través de la adopción del informe de fondo conforme al artículo 51 de la Convención. Ello permitiría reservar el ámbito jurisdiccional de la Corte al sometimiento de asuntos en los cuales resulte crucial que el tribunal se pronuncie, sea por la necesidad de establecer nuevos estándares en temas de alta relevancia para el sistema de derechos humanos en la región, sea para incrementar el volumen de la supervisión internacional a Estados que no han demostrado compromiso y voluntad de cumplir, de buena fe, con sus obligaciones internacionales en la materia.

En el caso en comentario, el sometimiento del asunto a la Corte no generó un escenario jurídico sustancialmente diferente del resuelto en el Informe de Fondo N° 2/12. Por el contrario, generó en la práctica una virtual parálisis de las acciones que el Estado venía desarrollando en la zona, con la consecuente incertidumbre tanto en las comunidades indígenas peticionarias como en las familias criollas que habitan en la zona, que se mantuvo durante los dos años que demandó la sustanciación del procedimiento judicial. En los hechos, una sentencia de la Corte con similares contenidos, con los matices del caso, al informe de fondo dictado por la Comisión, que de haber sido transformado en un

informe de fondo definitivo –cuyas recomendaciones son vinculantes en el ámbito interno argentino– le hubiera ahorrado a las víctimas dos años adicionales de angustia e incertidumbre.

VI. Conclusiones

Como señalé precedentemente, el caso “Lhaka Honhat” presenta luces y sombras. Luces derivadas de la construcción y en su caso, consolidación, de estándares que hacen a una más amplia y eficaz tutela de los derechos humanos en la región. Sombras, porque el caso revela con claridad, las inconsistencias que al día de hoy presenta el sistema en general, tanto en materia de aplicación de ciertas formulaciones dogmáticas en algunos aspectos de la sentencia, como en los tiempos que demanda el proceso internacional, como en la determinación de los criterios y las razones por las cuales un caso es sometido a la jurisdicción contenciosa de la Corte.

Corresponde, entonces, hacer votos para que el sistema interamericano consolide cada vez más su rol fundamental en la tutela efectiva de los derechos humanos en la región, ampliando estándares con fortaleza jurídica y optimizando los recursos disponibles para garantizar a las víctimas una respuesta internacional oportuna y expedita.

Derecho a un ambiente sano

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

Por Claudio Iglesias Darriga¹

1. Introducción

El caso “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” es la primera ocasión en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) analiza un caso contencioso en materia ambiental a partir del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los damnificados son 132 comunidades indígenas que habitan dos lotes fiscales de la provincia de Salta (Argentina), colindantes con Bolivia y Paraguay.

La Corte IDH entiende que la tala ilegal, así como las actividades desarrolladas en el territorio indígena por población criolla –entre otras, puntualmente la ganadería e instalación de alambrados– afectaron bienes ambientales, así como otros bienes a los que la Corte IDH atribuye el carácter de derechos humanos. En la sentencia, el Tribunal condena al Estado argentino a tomar una serie de medidas concretas en diferentes plazos.

En este breve trabajo veremos los antecedentes del caso, el marco normativo ambiental relevante y algunas consideraciones de la Corte IDH de particular interés. Finalmente, expondremos algunas breves conclusiones, basadas en la sentencia del tribunal.

¹ Abogado con Diploma de Honor (UBA). Doctor en Sociología (Universidad John F. Kennedy). Diploma en Derecho y Economía del Cambio Climático (FLACSO Argentina) y Candidato a Magíster por esa misma universidad. Docente de Derecho Ambiental (UNPAZ).

2. La problemática ambiental y su regulación

2.1. La judicialización de la cuestión ambiental en América Latina

Actualmente, los problemas ambientales aumentan rápidamente en todo el mundo. Ello se debe al incumplimiento de la normativa nacional e internacional vigentes. La creciente desregulación de las industrias generadoras de gases de efecto invernadero (GEI) contribuye fuertemente al deterioro del ambiente y del clima en su conjunto. En América Latina, dichas industrias aparecen, básicamente, subsidiadas por los gobiernos locales.

Los gobiernos de la región andina, o Brasil (por poner solo un ejemplo cercano) o los Estados de América Central y el Caribe, han hecho muy pocos esfuerzos para reducir los efectos de tales actividades. Por tal motivo, los damnificados optan por litigar de manera cada vez más frecuente para proteger su vida y su salud, el ambiente y el clima, sus propiedades, sus tierras ancestrales, y demás derechos fundamentales. Los demandados son habitualmente los Gobiernos nacionales y subnacionales (en nuestro caso, la provincia de Salta), así como las grandes industrias extractivistas. El extractivismo está directamente relacionado con el conflicto ambiental.

En la Argentina actual resulta interesante observar que solo se mencionan como actividades extractivistas las relacionadas con la llamada megaminería. Sin embargo, el extractivismo es un concepto que hace referencia a la extracción de recursos naturales, caracterizado por hacerlo en grandes volúmenes o bajo procedimientos de alta intensidad, que están orientados esencialmente a la exportación, como materias primas o con un procesamiento mínimo (también identificados como *commodities*). Así que también son actividades extractivistas la agricultura o la ganadería intensivas.² En el caso bajo análisis ha habido uso para ganadería y el ganado generó la instalación generalizada de alambrados, lo cual terminó afectando la forma de vida habitual, el entorno natural, y el ambiente de las comunidades indígenas.

Desde la firma del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en 1972 y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) en 1992 han transcurrido décadas de negociaciones, que han tenido un resultado casi insignificante para la vida diaria de los supuestos beneficiarios, que son los habitantes del planeta.

En 2015 se firmó el Acuerdo de París (como parte de la CMNUCC) para la lucha contra el cambio climático. Este acuerdo, por su corta vida, aún podría tener resultados favorables en el futuro. Lamentablemente, hasta el presente, no se ha exteriorizado resultado palpable alguno.³

En 2018 se firmó el Acuerdo de Escazú, que es el primer acuerdo regional tendiente a abordar la posibilidad de acceder a la justicia en materia ambiental y de derechos humanos. Su finalidad fue proteger las vidas de los líderes ambientalistas que trabajaban en tierras indígenas en América Latina y el

2 Un caso de agricultura intensiva es el de la soja. Cf. Gudynas, E. (2014). Conflictos y extractivismos: conceptos, contenidos y dinámicas. *Decursos* 27-28.

3 Acuerdo de París, ratificado por Ley N° 27270.

Caribe. Este tratado es la primera disposición multilateral vinculante del mundo sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales en una región. Su objeto es garantizar el derecho de todas las personas a tener acceso a la información de manera oportuna y adecuada, y a participar de manera significativa en las decisiones que afectan sus vidas y su entorno.⁴

Justamente, por tal motivo, se han multiplicado, como dijimos más arriba, los litigios ambientales, con el fin de impulsar el cumplimiento de los grandes obligados. El caso bajo estudio es un buen ejemplo de la necesidad de recurrir a los tribunales ante la ineficacia del sistema de las Naciones Unidas.

Lamentablemente, cuando el damnificado es un pueblo indígena, los derechos ambientales –reconocidos en los convenios intencionales y en la Constitución argentina– se aplican solo por la fuerza y –lamentablemente– luego de haber sido considerados como una vulneración de los derechos humanos.

2.2. Marco normativo

En la Argentina, el derecho al ambiente sano se encuentra regulado por los artículos 41,⁵ 43⁶ y 124⁷ de la Constitución Nacional.

Por su parte, la materia ambiental en general es regulada por la Ley N° 25675 de presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Recientemente, ha sido sancionada la Ley N° 27520 de presupuestos mínimos de adaptación y mitigación al cambio climático global.

Los artículos 1711, 1757 y cctes. del CCCN, que contienen un sistema preventivo de la responsabilidad civil en diversas normas, son especialmente importantes en esta materia, porque el daño ambiental es expansivo, multiplicador, o permanente. De tal modo, no es susceptible de resarcimiento realmente útil.

También rigen múltiples convenciones internacionales, entre las que podemos citar la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático,⁸ el Convenio sobre la Diversidad Biológica,⁹ el

4 El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), tiene como objetivo garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental y de información que pudiera afectar a los defensores del ambiente. La Argentina es firmante del acuerdo, pero no lo ha ratificado.

5 Prevé el derecho a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano. Asimismo, establece el deber de las autoridades de proteger dicho derecho, y aclara que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

6 Prevé los mecanismos de tutela que, de manera expresa, permiten proteger los derechos reconocidos en el artículo 41 de la misma norma fundamental. Dispone: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente [...] el afectado, el defensor y las asociaciones que propendan a esos fines”.

7 Sostiene que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Esto es particularmente importante en el caso de autos, para comprender la responsabilidad de la provincia de Salta, que internacionalmente se hizo extensiva al Estado argentino.

8 Ratificada por Ley N° 24295.

9 Ratificada por Ley N° 24375.

Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono¹⁰ y su Protocolo de Montreal.¹¹ Finalmente, en 2015, la Argentina suscribió el Acuerdo de París para la lucha contra el cambio climático.¹²

Respecto de la responsabilidad de la provincia de Salta, el mencionado artículo 41 de la CN establece que corresponde a la nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental, y a las provincias, las normas necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. De tal manera, la regulación ambiental en la Argentina es dictada primariamente por las provincias y municipios. Es por ello que, en el caso de autos, la Argentina es condenada por la responsabilidad ambiental generada por la provincia de Salta.

3. Contexto del caso

3.1 Antecedentes del caso

Desde 1984, un importante número de comunidades indígenas de la provincia de Salta venían reclamando el reconocimiento y la titulación de sus tierras ancestrales ya que, durante varios años, se habían visto forzadas a modificar sus usos y costumbres debido al asentamiento de familias criollas, el pastoreo en sus territorios, la instalación de alambrados, la falta de acceso al agua potable y la tala ilegal.¹³ En este contexto, al tratarse de comunidades indígenas, no cabe duda de que el ambiente –íntimamente relacionado con sus concepciones ancestrales– se veía directamente afectado por la conducta del Estado.

Ante la falta de respuesta, en 1998 la Asociación Lhaka Honhat (que agrupaba a las comunidades) hizo una denuncia en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión). En 2012, la Comisión dictó el informe de fondo, en el que declaró la violación de los derechos humanos de las comunidades, y dispuso las reparaciones correspondientes. Ante el incumplimiento del Estado nacional, el caso fue presentado ante la Corte el 1° de febrero de 2018. De acuerdo a la Comisión, el caso se refiere a la presunta violación al derecho de propiedad sobre el territorio ancestral de las comunidades indígenas reunidas en la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat.

10 Ratificado por Ley N° 23724.

11 Ratificado por Ley N° 23778.

12 Ratificado por Ley N° 27270.

13 Previo al examen de fondo sobre el caso, la Corte advirtió que el mismo involucraba comunidades indígenas cuyo número había ido variando con el tiempo. Esto, a partir del proceso denominado “fisión-fusión”, propio de su estructura social ancestral. Por eso, aunque el Informe de Fondo, emitido el 26 de enero de 2012 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, indicó un número menor, consideró que debía examinar el caso respecto a las 132 comunidades indígenas que habitan los lotes 14 y 55, que fueron motivo del litigio. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, del 6 de febrero del 2020, párr. 33.

3.2 Hechos analizados por la Corte

Los hechos del caso se refieren a un reclamo de comunidades indígenas pertenecientes a los pueblos wichí (mataco), iyjwaja (chorote), komlek (toba), niwackle (chulupí) y tapy'y (tapiete), referido a la propiedad de dos lotes fiscales colindantes que, en conjunto abarcan un área aproximada de 643.000 hectáreas (ha). En la zona referida, que está dentro de la provincia de Salta, ha habido presencia de comunidades indígenas de modo constante, al menos desde antes de 1629. Dicha tierra había sido ocupada por personas criollas a partir de inicios del siglo XX.

El reclamo indígena fue formalizado en 1991. Durante los más de 28 años que habían transcurrido desde entonces, la política estatal respecto de la propiedad indígena había ido cambiando, y el Estado había llevado a cabo distintas actuaciones en relación con la propiedad reclamada. En diciembre de 1992 se conformó formalmente la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat, integrada por personas de distintas comunidades indígenas, con la finalidad, entre otras, de obtener el título de propiedad de la mencionada tierra.

En el territorio reclamado, por otra parte, se han desarrollado actividades ilegales de tala, y las familias criollas desarrollaban ganadería e instalaban alambrados. Esto había generado una merma de recursos forestales y de biodiversidad, lo que afectó el ambiente y la forma en que tradicionalmente las comunidades indígenas procuraban su acceso al agua y a los alimentos.

3.3. Consideraciones de la Corte

El derecho a un medio ambiente sano es tratado por la Corte IDH junto con los derechos de circulación y residencia, a una alimentación adecuada, al agua, y a participar en la vida cultural en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos.¹⁴

La Corte IDH expresa:

el derecho a un medio ambiente sano “debe considerarse incluido entre los derechos [...] protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana”, dada la obligación de los Estados de alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA.¹⁵

En este punto, la Corte remite a la OC-23/17, en la que entendió que el derecho a un medio ambiente sano “constituye un interés universal” y “es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”, y que “como derecho autónomo [...] protege los componentes del [...] ambiente, tales

¹⁴ CADH. Artículos 22, 26 y 1.1.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, del 6 de febrero del 2020 párr. 202.

como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza”, no solo por su “utilidad” o “efectos” respecto de los seres humanos, “sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta”.¹⁶

3.4. Falta del estudio de impacto ambiental

Resulta particularmente importante referirnos a la falta del estudio de impacto ambiental, otra de las muchas falencias en que incurrió la provincia de Salta, responsable inmediata de la gestión ambiental de su territorio.

La Corte IDH sostiene que el mencionado estudio no debe considerarse una mera formalidad,¹⁷ y que debe posibilitar la evaluación de alternativas y la adopción de medidas de mitigación de impacto y llevarse a cabo como parte de una evaluación de “impactos ambientales y sociales”. Y aclara que

se debe permitir la participación de personas o comunidades interesadas o posiblemente afectadas. Esta participación a efectos de la evaluación de impacto ambiental y social resulta específica a tal fin, y no es equivalente al ejercicio del derecho de consulta libre, previa e informada de los pueblos o comunidades indígenas referida antes, que es más amplio.¹⁸

Aclara el Tribunal que este estudio es indicado por el Convenio 169, en su artículo 7.3, y también en otros instrumentos, como la Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada en el ámbito de la ONU en 1982 (Resolución N° 37/7 de la Asamblea General de la ONU, de 28 de octubre de 1982, principio 11.c), o la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 (Principio 17). Además, la Corte sostiene que el referido estudio tiene por finalidad posibilitar la evaluación de alternativas y la adopción de medidas de mitigación de impacto y debe llevarse a cabo como parte de una “evaluación de impactos ambientales y sociales”.

En el derecho argentino la evaluación de impacto ambiental (EIA) está expresamente prevista por la legislación. Dicha evaluación debe ser: a) ser previa a la decisión de llevar a cabo el proyecto o a la realización de la actividad; b) elaborarse por entidades independientes, bajo supervisión estatal; c) considerar, en su caso, los impactos acumulados de otros proyectos existentes o propuestos; y d) permitir la participación de personas o comunidades interesadas o posiblemente afectadas. Así surge de los artículos 9, 11, 21 y cctes. de la Ley N° 25675.

¹⁶ Para un estudio pormenorizado de dicha opinión consultiva, recomendamos Vismara, J. P. (2018). Nuevo comentario a la Opinión Consultiva OC-23/17. *Debates sobre Derechos Humanos*, de 15 de noviembre de 2017.

¹⁷ Ídem, nota 15, párr. 174.

¹⁸ Ibídem.

En nuestro derecho la EIA aparece como un instrumento de política y gestión ambiental, pero también como un instrumento de información ambiental y de participación ciudadana. La evaluación de impacto ambiental es un estudio destinado a identificar e interpretar, así como a prevenir, las consecuencias que acciones o proyectos determinados podrían causar en el ambiente.¹⁹

3.5. La íntima relación de las comunidades indígenas con el ambiente y el cambio climático

También merece una mención especial la referencia que la Corte IDH hace a la relación entre el ambiente, el cambio climático y los conocimientos ancestrales indígenas:

“[e]l rol que cumplen los [p]ueblos [i]ndígenas en las estrategias integrales de mitigación y adaptación al cambio climático es su cosmovisión, su forma de vida, la cual contribuye al sistema de subsistencia sostenible y a la conservación de la biodiversidad, conformando una herramienta necesaria para refrenar los efectos catastróficos del cambio climático”.

Resaltó al respecto el “rol activo de las mujeres indígenas, cuyo conocimiento ecológico tradicional y especializado debe ser considerado una de las soluciones más adecuadas al cambio climático”.²⁰

Esto último surge del principio 22 de la Declaración de Río de Janeiro, que establece que los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

De esta manera, la Corte IDH reconoce la estrecha relación entre la protección del ambiente, el cambio climático y los derechos humanos y hace hincapié en que el cambio climático produce efectos adversos en su goce.

3.6. La responsabilidad ambiental de la provincia de Salta

La actuación de la provincia de Salta ha sido la causa generadora de la responsabilidad internacional del Estado argentino. Esto se debe a la naturaleza federal de nuestro sistema constitucional. Ocurre que, en nuestro ordenamiento, la responsabilidad de las provincias por daño ambiental es objetiva, y se basa en la obligación que el propio artículo 41 de la Constitución Nacional otorga a las provincias de dictar la normativa complementaria a los “presupuestos mínimos” que dicta la nación. Ello, a su vez, debe ser concordado con el artículo 121 de nuestra norma fundamental, por el cual las provincias conservan todo

¹⁹ Cafferatta, N. A. (2002). *Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada*, La Ley, p. 12.

²⁰ Ídem, nota 15, párr. 250.

el poder no delegado por ellas al gobierno federal, lo cual ocurre –justamente– en materia ambiental.²¹ A ello se suma que en la Argentina las provincias son titulares del dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (art. 124 de la CN). Todos estos elementos han sido considerados de fundamental importancia a la hora de juzgar a quién corresponde responder por el daño ambiental.²²

La Corte IDH pone especial énfasis en la responsabilidad normativa y fáctica que le cupo a la provincia de Salta. Así, menciona la Ley provincial N° 6373, de Promoción de Desarrollo del Aborigen, que previó que se realizara un relevamiento de “asentamientos aborígenes”, para luego efectuar los trámites necesarios para la “adjudicación” de tierra “en propiedad”. Además, en 1992, por medio de la Ley N° 6681, Salta adhirió a la Ley nacional N° 23302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes.

Al respecto, la Corte IDH sostuvo que:

Debe notarse, que la ley 6.681 de Salta adhirió a la ley nacional 23.302 [...]. Esta última, así como su Decreto reglamentario 155/1989 [...], no prevé un procedimiento que permita reclamar, como un derecho fundamental que debe ser reconocido, el derecho de propiedad comunitaria. Las normas indicadas solo contemplan que las autoridades realizarán “gestiones” tendientes a la entrega de tierras [...]. Por otra parte, la ley 7.121 de Salta [...] indica que la propiedad comunitaria debe adecuarse a “una de las distintas formas admitidas por la ley”, pero de conformidad con la información con que cuenta la Corte, no se ha regulado en la legislación general una forma propia de propiedad comunitaria ni procedimientos particulares a tal efecto.²³

A lo que agregó que:

dados los problemas normativos señalados, las comunidades indígenas implicadas en el caso no han contado con una tutela efectiva de su derecho de propiedad y han quedado, a tal efecto, sujetas al avance de negociaciones y a decisiones sobre su propiedad por medio de actos gubernativos potes-

21 En la causa “Roca, Magdalena c/Buenos Aires, Provincia de s/Inconstitucionalidad” (16/05/1995), la C.S.J.N. entendió que la propia Constitución Nacional reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia ambiental, las cuales no pueden ser alteradas por la jurisdicción nacional, estableciendo así principio general de la competencia provincial en materia ambiental.

22 Dictamen del procurador del 14 de abril de 2010 en autos “Rivarola, Martin Ramon el Rutilex, Hidrocarburos Arg. S.A, s/ cese y compensación daño ambiental” S.c., Comp. 143, L. XLVI. La postura del procurador (luego adoptada por la mayoría de la Corte) consiste en recomendar la jurisdicción provincial porque la competencia ambiental es –por regla– local, porque es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio, máxime cuando no se advierte en el caso un supuesto de problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción, y solo excepcionalmente federal. Segundo y entrando en la división establecida por el artículo 7 LGA porque se entiende que no se ha podido acreditar que “el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales” (art. 7° de la Ley N° 2567S), de modo de surtir la competencia federal.

23 Ídem, nota 15, párr. 166.

tativos que, en la práctica, luego de más de 28 años desde que se reclamara el reconocimiento de la propiedad, no han concretado adecuadamente su derecho.²⁴

El 15 de diciembre de 1991 fue dictado el Decreto N° 2609/91, que estableció la obligación de Salta de unificar los lotes en litigio y adjudicar una superficie sin subdivisiones, mediante título único de propiedad, a las comunidades indígenas. En 1993 el Estado creó una “Comisión Asesora”, que en 1995 recomendó asignar dos terceras partes de la superficie de dichos lotes a comunidades indígenas, lo que fue aceptado por estas.²⁵

El 25 de julio de 2012 Salta emitió el Decreto N° 2398/12, el cual dispuso “asignar, con destino a su posterior adjudicación”, 243.000 ha de los lotes 14 y 55 para las familias criollas y 400.000 ha para las comunidades indígenas, “en propiedad comunitaria y bajo la modalidad de título que cada una de ellas determine”. Finalmente, el 29 de mayo de 2014 Salta emitió el Decreto N° 1498/14, mediante el cual reconocía y transfería la “propiedad comunitaria” a favor de 71 comunidades indígenas, de aproximadamente 400.000 ha de los lotes fiscales bajo análisis, y la “propiedad en condominio” de los mismos lotes a favor de múltiples familias criollas.²⁶

La Corte consideró, entre otros elementos, un reconocimiento expreso del Estado argentino acerca de la degradación ambiental por acción de la ganadería en territorio de las comunidades, en el año 2006.²⁷

Asimismo, tuvo en consideración el informe de la perita del caso, quien expresó que era “altamente probable” que “la “ganadería vacuna esté acelerando procesos de deterioro ambiental”, y que la “distribución espacial del pastoreo [...] estaría generando [...] deterioro ecosistémico”. Esto incluye las consecuencias negativas para el ambiente y para las comunidades indígenas de la tala ilegal. La pericia, además, informó que el ganado afectaba la fauna silvestre y se alimentaba de frutos que son parte de la “dieta aborigen”, así como que la ganadería había perjudicado la “forma que tienen las comunidades indígenas de circular por el territorio y aprovechar bienes comunes”.²⁸ La pericia arribó a la conclusión de que existía una “incompatibilidad entre ganadería y actividades tradicionales indígenas”, y resaltó

24 La Corte IDH entiende que, dados los problemas normativos señalados, las comunidades indígenas implicadas en el caso no han contado con una tutela efectiva de su derecho de propiedad y han quedado, a tal efecto, sujetas al avance de negociaciones y a decisiones sobre su propiedad por medio de actos gubernativos potestativos que, en la práctica, luego de más de 28 años desde que se reclamara el reconocimiento de la propiedad, no han concretado adecuadamente su derecho.

25 También dice la Corte IDH que el 23 de octubre de 2005 Salta realizó un referéndum, en que los electores del departamento Rivadavia fueron preguntados sobre si era su voluntad, y que se entreguen las tierras correspondientes a los lotes 55 y 14 a sus actuales ocupantes. “La boleta del “Sí” expresaba la “voluntad [de] que se entreg[aran] las tierras correspondientes a los lotes fiscales 55 y 14 a sus actuales ocupantes, tanto aborígenes como criollos, ejecutándose las obras de infraestructura necesarias”. El “Sí” resultó mayoritario, con un 98% de los votos. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, Fondo Reparaciones y Costas, del 6 de febrero de 2020, párrs. 56, 71 y 128.

26 Ídem, nota 15, párr. 326.

27 En 2006 el Estado nacional reconoció la grave degradación ambiental por acción antrópica sufrida en el territorio de las comunidades, específicamente por la ganadería. Se indicó que dicha actividad “impactó en la composición y abundancia de la fauna silvestre que contribuye en buena medida a la dieta proteica de la población indígena”. Ídem, nota 15, párr. 259.

28 Ídem, nota 15, párr. 280.

que la erosión ambiental es progresiva, de modo que criollos e indígenas requerían “cada vez más territorio, conduciendo a una exclusión competitiva más intensa”.²⁹ La Corte entendió que la mayor presión del pastoreo produjo desertificación,³⁰ actividad a la que el Tribunal suma la tala ilegal,³¹ actividades ambas que degradan el territorio de las comunidades desde los albores del siglo XX.³²

Finalmente, el Tribunal arriba a siguiente conclusión:

Por lo expuesto, la Corte determina que el Estado violó, en perjuicio de las comunidades indígenas víctimas en este caso el derecho de propiedad en relación con el derecho a contar con procedimientos adecuados y con las obligaciones de garantizar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno. Por ello, Argentina incumplió el artículo 21 de la Convención en relación con sus artículos 8.1, 25.1, 1.1 y 2.³³

4. Resolución

El 6 de febrero de 2020 la Corte IDH dictó sentencia declarando la responsabilidad internacional de la República Argentina. La Corte determinó que el Estado violó el derecho de propiedad comunitaria. Además, determinó que el Estado violó los derechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, a causa de la falta de efectividad de medidas estatales para detener actividades que resultaron lesivas de los mismos.

El Tribunal concluyó que Argentina violó, en relación con su obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 26, que recoge derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Por primera vez en un caso contencioso, la Corte analizó los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana. El Tribunal consideró procedente examinar estos cuatro derechos en su interdependencia y de conformidad a sus especificidades respecto a pueblos indígenas. Entendió que la tala ilegal, así como las actividades desarrolladas en el territorio por población criolla, puntualmente la ganadería e instalación de alambrados, afectaron bienes ambientales, incidiendo en el modo tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y en su acceso al agua. Lo anterior alteró la forma de vida indígena, lesionando su identidad cultural, pues si bien esta tiene carácter evolutivo y dinámico, las alteraciones a la forma de vida indígena en el caso no se basaron en una interferencia consentida. El Estado tuvo conocimiento de las actividades lesivas y adoptó distintas acciones, las cuales no han sido efectivas para detenerlas. Esta falta de efectividad se enmarca, además, en una situación en que Argentina no ha

29 *Ibidem*, párr. 281.

30 *Ibidem*, párr. 261.

31 *Ibidem*, párr. 262.

32 *Ibidem*, párr. 263.

33 *Ídem*, nota 15, párr. 168.

garantizado a las comunidades indígenas la posibilidad de determinar las actividades sobre su territorio. Por ello, el Estado violó el artículo 26 de la Convención Americana en relación con su artículo 1.1.

Como medidas de reparación, la Corte exige al Estado, en un plazo no mayor a seis años, instrumentar las medidas para otorgar un título único que reconozca la propiedad de las 132 comunidades indígenas sobre su territorio.

Asimismo, deberá presentar, dentro de los seis meses, un estudio que identifique las situaciones críticas de falta de acceso al agua potable o la alimentación y que formule un plan de acción en diálogo con las comunidades. A su vez, también le manda definir, en el plazo máximo de un año, las acciones necesarias para garantizar la conservación y remediación de aguas y el acceso permanente a agua potable; evitar la pérdida de recursos forestales y procurar su recuperación; crear un fondo de desarrollo comunitario e implementar su ejecución en un plazo no mayor a cuatro años; abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos en el territorio de las comunidades; e informar a la Corte en el plazo de un año sobre las medidas adoptadas para cumplir con todas las medidas ordenadas en la misma, entre otras medidas.³⁴ Todo ello tendrá, obviamente, un beneficio directo sobre el ambiente que ocupan las comunidades.

De la sentencia analizada podemos concluir que no es posible reparar los derechos ambientales dañados después de tantas décadas de litigios. Sin embargo, resulta auspicioso el rápido y efectivo tratamiento dado por la Corte para paliar los efectos nocivos de los daños al ambiente, así como las medidas de supervisión de su cumplimiento contenidas en la resolución.

5. Conclusiones

Como consecuencia de lo expuesto en este breve trabajo podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- 1) La Corte IDH resuelve por primera vez, en el asunto bajo análisis, un caso contencioso en materia ambiental a partir del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 2) La parte lesionada está compuesta por 132 comunidades indígenas que habitan dos lotes fiscales de la provincia de Salta, República Argentina, colindantes con Bolivia y Paraguay.
- 3) La Corte IDH condena al Estado argentino, y establece la responsabilidad que le cupo a la provincia de Salta por la afectación de los bienes y derechos ambientales de las comunidades indígenas afectadas.

³⁴ La Corte dispone que, con la mayor celeridad posible y en un plazo máximo de seis años: a) Concluya las acciones necesarias a fin de delimitar, demarcar y otorgar un título que reconozca la propiedad de las 132 comunidades indígenas sobre su territorio. El título debe ser único, es decir, uno para el conjunto de todas las comunidades y relativo a todo el territorio, sin perjuicio de los acuerdos de las comunidades sobre el uso del territorio común. b) Remueva del territorio indígena los alambrados y el ganado de pobladores criollos y concrete el traslado de la población criolla fuera de ese territorio, debiendo promover que ello sea voluntario, evitando desalojos compulsivos durante los primeros tres años y, en cualquier caso, procurando el efectivo resguardo de los derechos de la población criolla, lo que implica posibilitar el reasentamiento o acceso a tierras productivas con adecuada infraestructura predial. Cf. Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, del 6 de febrero de 2020, párr. 325.

4) El Tribunal condena al Estado argentino a tomar una serie de medidas concretas en plazos específicos. En tal sentido, el propio Tribunal se erige como órgano de supervisión de las medidas ordenadas.

5) Finalmente, de la propia sentencia analizada, podemos concluir que no resulta posible reparar los derechos ambientales dañados luego de tantas décadas de litigio. Sin embargo, resulta auspicioso el rápido y efectivo tratamiento dado por la Corte IDH para paliar los efectos nocivos de los daños al ambiente, así como las medidas de reparación, y supervisión de su cumplimiento, contenidas en la propia resolución.

Tortura. Discriminación a personas LGBTI

Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402¹

Por Chris Esdaile², Alejandra Vicente³ y Clara Sandoval⁴

1. Introducción

En marzo de 2020, en medio de la crisis del coronavirus, la Corte IDH emitió una sentencia emblemática en el *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*,⁵ fortaleciendo con ella la protección y reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI y estableciendo nuevos estándares, que tienen el potencial de reducir los niveles de violencia que afectan a este grupo en y más allá de las Américas.

En este caso, la Corte IDH desarrolló el concepto de “violencia por prejuicio”; concluyó que la discriminación basada en la orientación sexual puede llevar a detenciones arbitrarias de personas LGBTI; desarrolló su interpretación del concepto de tortura por discriminación; y estableció una serie de estándares específicos sobre debida diligencia para asegurar la investigación efectiva en estos casos. El Tribunal ordenó a Perú otorgar reparaciones a Azul, incluyendo la implementación de importantes garantías de no repetición.

1 Una versión similar de este artículo fue publicada por EJIL: TALK en mayo de 2020. Los autores de este artículo agradecen a los editores de EJIL: TALK por permitirnos usar dicha versión modificada y traducirla al español. La versión original en inglés puede leerse en: <https://www.ejiltalk.org/discriminatory-torture-of-an-lgbti-person-landmark-precedent-set-by-the-inter-american-court-azul-rojas-marin-and-another-v-peru/>

2 Asesor Jurídico en REDRESS.

3 Directora Jurídica en REDRESS.

4 Profesora de la Escuela de Derecho y del Centro de Derechos Humanos (Universidad de Essex). Los autores han sido los representantes de la víctima en el litigio ante el Sistema Interamericano. Agradecen a Delia Sánchez, estudiante doctoral en la Universidad de Essex, por su meticulosa traducción de este texto al español.

5 Corte IDH, *Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de mayo de 2020, Serie C N° 402.

La sentencia en el caso de Azul no constituye una decisión aislada en la protección de los derechos LGBTI por parte del Sistema Interamericano. Tanto la CIDH, como la Corte IDH, han estado al frente de la protección de los derechos LGBTI, tal como puede observarse con la controversial, pero importante, Opinión Consultiva 24/17 sobre Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del mismo Sexo,⁶ y en casos como *Atala Riffo e hijas Vs. Chile*⁷ y *Duque Vs. Colombia*.⁸

A pesar de eso, el caso de Azul va un paso más allá y complementa otros casos clave del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como *M.C. y A.C. Vs. Rumanía*⁹ e *Identoba y otros Vs. Georgia*,¹⁰ en los que el TEDH declaró violaciones sobre la prohibición de la tortura y tratos inhumanos, crueles o degradantes y discriminación en relación con los demandantes, quienes habían participado en manifestaciones pacíficas en favor de las personas LGBTI. En esos casos, ambos Estados fueron condenados por no proteger a los manifestantes de la violencia homofóbica y por no llevar a cabo investigaciones efectivas.

2. ¿Qué le pasó a Azul?

Azul Rojas Marín es una mujer transgénero que en el momento de los hechos se identificaba como hombre gay. Fue detenida por integrantes de la policía peruana en la noche del 25 de febrero de 2008 cuando caminaba a su casa. Algunos de los policías sabían quién era Azul. La insultaron e hicieron comentarios despectivos sobre su orientación sexual. Fue llevada por la fuerza a la estación policial, donde la mantuvieron detenida por casi seis horas, aunque esta detención no fue registrada oficialmente. Mientras estuvo detenida, fue desnudada forzosamente, golpeada de forma repetida y violada analmente con una vara policial. Los insultos y los comentarios despectivos sobre su orientación sexual continuaron durante todo ese tiempo. Fue liberada temprano al día siguiente.¹¹

Azul denunció los hechos ante las autoridades, pero estas no le creyeron y no investigaron su denuncia adecuadamente. Diferentes integrantes del sistema de justicia la revictimizaron en múltiples ocasiones. Por ejemplo, durante la diligencia de reconstrucción judicial, fue forzada a reencontrarse con sus perpetradores, quienes se burlaron de ella. El fiscal, sin el consentimiento de Azul, estuvo presente durante la práctica del examen médico forense e hizo comentarios para influenciar los resultados consignados en el informe del doctor. Tras numerosos obstáculos, la denuncia de Azul fue sobreesída. Hasta la fecha, nadie ha sido responsabilizado ni castigado por lo sucedido.

6 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, *Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del mismo Sexo*, de noviembre de 2017, Serie A N° 24.

7 Corte IDH, *Atala Riffo e Hijas Vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239.

8 Corte IDH, *Duque Vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de febrero de 2016, Serie C N° 310.

9 TEDH, *M.C y A.C Vs. Rumanía*, Third Section, Aplicación 12060/12, 6 de febrero de 2012.

10 TEDH, *Identoba y Otros Vs. Georgia*, Fourth Section, Aplicación 73235/12, 12 de mayo de 2015.

11 Ídem, nota 5, párrs. 108 y 157.

3. El litigio del caso

En este contexto, REDRESS, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú (CNDH) y Promsex sumaron esfuerzos y presentaron una petición ante la CIDH en abril de 2009.

La CIDH aprobó el Informe 24/18 sobre el fondo, en el que declaró que el Estado peruano había violado diversos artículos de la CADH.¹² Dado que Perú no cumplió con las recomendaciones ordenadas por la CIDH en dicho Informe, el caso fue sometido a la jurisdicción de la Corte IDH en agosto de 2018. Al hacerlo, la Comisión destacó que este sería el primer caso ante el Tribunal en el que se trataría el tema de violencia contra personas LGBTI. Perú cuestionó la admisibilidad del caso y presentó diversos argumentos sobre el fondo ante la Corte IDH, que celebró una audiencia en agosto de 2019 y decidió el caso en marzo de 2020, arribando a importantes conclusiones sobre los hechos y el derecho.

3.1 La detención arbitraria de personas LGBTI puede inferirse cuando existen signos de discriminación y no hay ninguna otra razón aparente para la detención

Perú argumentó que Azul había sido detenida para verificar su identidad porque no traía consigo sus documentos de identificación.¹³ Además, negó que la duración de la detención hubiera llegado a las seis horas. La Corte IDH, sin embargo, determinó que la detención no había sido llevada a cabo de acuerdo con la legislación doméstica que regula procesalmente las detenciones con fines de identificación; que uno de los oficiales que detuvo a Azul sabía quién era ella, y que habían realizado comentarios despectivos sobre su orientación sexual. El Tribunal, siguiendo los criterios del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria¹⁴ y de la experta María Mercedes Gómez, quien ofreció su peritaje durante la audiencia pública, consideró que la ausencia de un motivo conforme a la ley para justificar la detención de Azul, así como la existencia de elementos discriminatorios, la llevaron a presumir que había sido detenida con base en su orientación sexual, lo que automáticamente hacía que el arresto fuera arbitrario.¹⁵ El desarrollo de este estándar puede llegar a ser crucial para combatir los arrestos arbitrarios de personas LGBTI en el mundo por razones basadas en su orientación sexual o identidad de género, incluyendo en el contexto de las medidas adoptadas para combatir el COVID-19.

12 CIDH, *Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú*, Informe No. 24/18, Caso 12.982, Informe de Fondo, 24 de febrero de 2018.

13 Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 124.

14 Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Informe a la Asamblea General, A/HRC/36/37*, 19 de julio de 2017.

15 Ídem, nota 5, párrs. 127 y 128.

3.2 El elemento de intencionalidad en la definición de la tortura incluye la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género

Perú alegó que no se había probado en el caso la violencia sexual, dado que los tribunales nacionales no habían podido establecerla ante la falta de evidencia directa sobre el delito. También argumentó que la tortura no había sucedido, porque no se cumplía con dos de los elementos del delito: la intencionalidad y la finalidad.¹⁶

La Corte IDH concluyó que Azul había sido violada analmente mientras se encontraba detenida. A diferencia de los tribunales nacionales, llegó a esta conclusión mediante la valoración de diversos elementos probatorios, entre los que se incluyen las declaraciones de Azul, los exámenes médicos y el dictamen pericial de la vestimenta que utilizó Azul en el momento de los hechos.¹⁷ Para el Tribunal, lo que sucedió constituyó tortura, dado que se pueden establecer los elementos de intencionalidad, severidad y finalidad. Respecto del elemento de finalidad, la Corte IDH expandió la lista de propósitos específicos por los cuales la violencia sexual puede constituir tortura para incluir el motivo de discriminación basada en orientación sexual o identidad de género de la víctima. Siguiendo las opiniones de los peritos Juan Méndez y María Mercedes Gómez, concluyó que la violencia sexual que incluye violación anal, especialmente cuando es realizada con un elemento de autoridad como una vara policial, junto con la existencia de comentarios despectivos, demuestran que la motivación específica del delito fue la de discriminar a Azul.¹⁸

Además, la Corte IDH encuadró lo sucedido como un delito de odio, pues la violencia tuvo lugar por prejuicios,¹⁹ e indicó que el delito no solo lesionó los derechos de Azul, sino también los derechos a la libertad y dignidad de toda la comunidad LGBTI.²⁰ Esta conclusión constituye un importante avance en el derecho internacional al ser el primer caso decidido por un tribunal internacional en el que se determina que la tortura puede tener lugar con el propósito específico de discriminar a una persona por su orientación sexual o identidad de género.

3.3 Los Estados tienen el deber de investigar la violencia motivada por discriminación en contra de los integrantes de la comunidad LGBTI

Perú argumentó que tan pronto tuvo conocimiento de la denuncia de Azul abrió una investigación, que se llevó a cabo con la debida diligencia.²¹ Sin embargo, esto fue controvertido por los representantes legales de Azul. Dados los niveles actuales de impunidad en este tipo de delitos en las Américas, la Corte IDH analizó cuidadosamente los hechos en este sentido.

16 Ídem, nota 13, párr. 138.

17 Ídem, nota 13, párr. 157.

18 Ídem, nota 13, párr. 163.

19 Ídem, nota 13, párr. 165.

20 *Ibidem*.

21 Ídem, nota 13, párr. 172.

La Corte IDH reiteró su jurisprudencia sobre debida diligencia en casos de violencia sexual y la extendió a la violencia en contra de las personas LGBTI, incorporando nuevas dimensiones a su jurisprudencia. Debe destacarse que el Tribunal determinó que al investigar actos de violencia los Estados tienen el deber de tomar todas las medidas que sean razonables para develar si esta fue motivada por prejuicios y discriminación.²²

Este deber implica que el Estado debe recolectar todas las pruebas y emitir decisiones completamente razonadas, imparciales y objetivas. Las autoridades no deben omitir hechos sospechosos que puedan ser indicativos de violencia motivada por discriminación.²³

En el caso de Azul, las autoridades nunca tuvieron en consideración la discriminación y tampoco desarrollaron esa línea de investigación. Esta decisión de la Corte es muestra del diálogo continuo que tiene con el TEDH, pues tomó nota del fallo *Identoba* –en el cual se estableció un precedente similar en relación con una violación por tratos inhumanos–. A diferencia del TEDH, sin embargo, la Corte IDH no hizo ninguna referencia a la dificultad de la labor ni al hecho de que, en opinión del TEDH, es “una obligación de medios y no de resultado absoluto”.²⁴

La Corte también señaló que las investigaciones deben evitar el uso de estereotipos. En este caso, los fiscales locales habían menoscabado la declaración de Azul al decirle “pero si tú eres homosexual, cómo te voy a creer”,²⁵ y al cuestionarla sobre su vida sexual. El Tribunal indicó que esas líneas estereotipadas de investigación no deben ser usadas en casos de violencia sexual, incluyendo cuando esa violencia fue cometida en contra de personas pertenecientes a la comunidad LGBTI.²⁶ Esta es otra importante contribución de la Corte IDH a la protección de las personas LGBTI en el derecho internacional que no existe en la jurisprudencia del TEDH.

3.4 La Corte IDH aborda la discriminación estructural a través de la reparación

La Corte IDH ordenó formas verdaderamente integrales y holísticas de reparación, tanto para el daño individual como el social. Desde una perspectiva individual, reconoció a Azul y a su madre como víctimas en el caso y ordenó su compensación económica por daño material e inmaterial. La Corte también ordenó la realización de un acto público en el que altos funcionarios reconozcan la responsabilidad internacional del Estado.²⁷ Adicionalmente, requirió que el Estado otorgue medidas de rehabilitación por el daño físico y psicológico sufrido por Azul, en las que se incluya la provisión de medicamentos y los gastos de transporte que sean necesarios para recibir el tratamiento.²⁸

22 Ídem, nota 13, párr. 196.

23 Ídem.

24 TEDH, *Identoba y Otros Vs. Georgia*, Fourth Section, Aplicación 73235/12, 12 de mayo de 2015, párr. 67.

25 Ídem, nota 13, párr. 200.

26 Ídem, nota 13, párr. 202.

27 Ídem, nota 13, párrs. 232-234.

28 Ídem, nota 13, párr. 236.

Algo muy destacable de esta sentencia, y que fue disputado por Perú durante el litigio, son las garantías de no repetición que Azul solicitó y que la Corte IDH otorgó para hacer frente a la discriminación estructural que generan los crímenes de odio. El Tribunal ordenó a Perú la adopción de un protocolo para la investigación penal efectiva de casos de violencia en contra de integrantes de la comunidad LGBTI. El protocolo deberá ser vinculante de acuerdo con la normativa interna, instruir a los agentes estatales de abstenerse de hacer uso de estereotipos²⁹ e incluir los estándares sobre debida diligencia desarrollados por la Corte en la sentencia.³⁰

La Corte IDH estableció que el Estado deberá capacitar a los integrantes del sistema de justicia y a la policía en materia de derechos LGBTI e investigación con debida diligencia. Adicionalmente, pidió a Perú implementar un sistema de recopilación de datos para el registro oficial de todos los casos de violencia contra las personas LGBTI, que incluya información desglosada.³¹

Finalmente, ordenó a Perú eliminar de sus planes de seguridad regionales y distritales el indicador de “erradicación de homosexuales y travestis”, al ser una medida que exacerba la discriminación en contra de la población LGBTI.³²

Hasta la fecha, Perú no se ha pronunciado públicamente sobre la sentencia, y se espera que actúe de buena fe y cumpla con la decisión en su totalidad.

4. Conclusión

El caso de Azul Rojas Marín ha permitido a la Corte IDH generar nuevos estándares para aumentar y fortalecer la protección de las personas LGBTI en las Américas, ante la violencia y la discriminación. El Tribunal consideró que una detención arbitraria puede darse cuando existen signos de discriminación y no hay ninguna otra razón aparente para explicar la detención. Este es un estándar muy significativo en las Américas, donde la detención de personas, incluidas personas de la comunidad LGTBI, tiene lugar de manera masiva y abusiva.

El caso también le permitió a la Corte IDH expandir la lista de propósitos por los cuales la violencia sexual puede constituir tortura, al incluir dentro de ellos el motivo de la discriminación basada en orientación sexual o identidad de género. Igualmente, tuvo la oportunidad de elaborar, aún más, su importante jurisprudencia sobre la obligación de investigar la violencia sexual, al incluir dentro de ella la que es motivada por discriminación contra integrantes de la comunidad LGTBI.

Finalmente, la Corte IDH utilizó esta oportunidad histórica para contribuir, desde su jurisdicción, a que Perú transforme las estructuras institucionales y de otro tipo que han preservado y permitido

29 Ídem, nota 13, párr. 242.

30 Ídem, nota 13, párr. 243.

31 Ídem, nota 13, párr. 252.

32 Ídem, nota 13, párr. 255.

la discriminación contra la población LGTBI, y contra Azul, como es la orden de erradicación de homosexuales y travestis en los planes de seguridad regionales y distritales.

Esta decisión es, además, un llamado de atención a los Estados en un momento en el que los gobiernos de la región están tomando y cambiando medidas en relación con la pandemia de COVID-19. La decisión interamericana en el caso de Azul debe recordar a los Estados de la región que, incluso en estados de emergencia o situaciones de crisis, no se deben adoptar medidas discriminatorias, ya que es en dichas situaciones cuando se requiere de un enfoque diferenciado que tenga en cuenta las vulnerabilidades particulares que enfrentan las personas de la comunidad LGBTI.

Procesos de destitución. Garantías y debido proceso

Corte IDH. *Caso Petro Urrego Vs. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406

Por Rafael Barrios Mendivil

El caso Gustavo Petro en la Corte IDH

El 8 de julio de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia contundente que respaldó los derechos políticos de Gustavo Petro Urrego, alcalde de la ciudad de Bogotá, Colombia, durante el período de julio de 2006 a julio de 2010, y de las y los colombianos, al igual que las garantías de participación política de la oposición en el país.

El caso se originó en una petición presentada ante la CIDH el 28 de octubre de 2013 por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CCAJAR) y la Asociación para la Promoción Social Alternativa (MINGA). El entonces procurador general de la nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, había utilizado la facultad disciplinaria de la Procuraduría y sancionó con destitución e inhabilidad al entonces alcalde mediante la resolución de 9 de diciembre de 2013,² que ratificó el 13 de enero de 2014.

1 Doctor en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad La Gran Colombia). Integrante del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CCAJAR). Ha litigado varios casos ante la Corte IDH, entre ellos, Manuel Cepeda Vargas y Masacre de La Rochela

2 Corte IDH. *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*, de 8 de julio del 2020. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. párrs. 48-50. El 9 de diciembre de 2013, luego de haber adelantado un procedimiento disciplinario, la Sala Disciplinaria declaró probados los tres cargos formulados contra el señor Petro y lo juzgó “responsable disciplinariamente [...] En consecuencia, fue sancionado con la pena de destitución como alcalde e inhabilidad general para ocupar cualquier cargo público por el término de 15 años [...] por presuntas irregularidades relacionadas a la prestación del servicio público de aseo”.

La justificación se basó en supuestas irregularidades relacionadas con la implementación de un esquema de basuras en la ciudad. Sin embargo, el PGN es una autoridad administrativa, no judicial.³ En nuestra petición ante la CIDH, los representantes argumentamos que el hecho de que una entidad disciplinaria destituya a funcionarios elegidos mediante voto popular contraviene las restricciones que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos para proteger los derechos políticos y las garantías judiciales no solo de los elegidos, sino también de sus electores.⁴

En la sentencia que aquí se comenta, la Corte IDH nos dio la razón. La responsabilidad internacional del Estado colombiano se configuró por la violación a los derechos políticos y a las garantías judiciales de la víctima, derivada, entre otros, por la naturaleza administrativa de la entidad que ejerció la facultad sancionatoria.⁵ La Corte IDH concluyó que los derechos políticos del señor Petro se vieron afectados por la sanción de destitución e inhabilitación impuesta por la Procuraduría,⁶ declaró la responsabilidad del Estado en términos globales y ordenó reparaciones, incluyendo la adecuación del derecho interno.

Los logros e importancia de la decisión

La pregunta obligada en este acápite es: ¿cuáles son los elementos claves de la sentencia de la Corte IDH?

Primero, el Tribunal declaró la violación de los derechos políticos de Gustavo Petro por la “destitución” e “inhabilitación”, ya que la PGN es una autoridad administrativa y no un juez penal conforme lo exige el artículo 23.2 de la CADH.⁷ Sobre esta violación es importante resaltar que la Corte IDH reitera el precedente jurisprudencial del caso *López Mendoza vs. Venezuela*, decidido en 2011. Añadió que la CADH no solo prohíbe la “inhabilidad” por autoridad administrativa, sino también la “destitución” de funcionarios de elección popular.⁸ Consolidó el estándar de prohibir las restricciones a derechos políticos por autoridad administrativa, indicando que es importante la literalidad del artículo 23.2, así como “el objeto y fin que ella persigue”.⁹ La diferencia es que Petro fue inhabilitado y destituido, mientras López solo fue inhabilitado. Esta novedad logró fortalecer la protección de los derechos políticos, lo cual es un avance notorio.

3 *Ibíd.*, párr. 100. La Corte IDH señaló que “el órgano que impuso dicha sanción no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”.

4 *Ídem*, nota 2, párr. 172.

5 *Ídem*, nota 2, párr. 113.

6 *Ídem*, nota 2, párr. 135.

7 *Ídem*, nota 2, párr. 100.

8 “La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno [...] pueda aplicar una sanción que implique una restricción a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores”. *Ibíd.*, párr. 96.

9 *Ídem*, nota 2, párr. 97.

Esto significa que el Tribunal Internacional ordenó que un órgano administrativo disciplinario no puede perseguir en adelante a los opositores políticos que integran la democracia y el pluralismo político¹⁰ porque la restricción le corresponde a un juez, en proceso penal.¹¹

Segundo, la Corte IDH reconoció y resaltó el “Control de Convencionalidad” que hizo el Consejo de Estado de Colombia en la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho al anular la decisión del PGN cuando intervino en su momento y revirtió la decisión original.¹² A la vez, consideró que la violación no fue subsanada del todo porque no se reformaron las normas jurídicas que permitieron la imposición de las sanciones. Por eso no procedía invocar la noción de complementariedad con los efectos que pretendía el Estado,¹³ ya que no se había reparado integralmente el ilícito internacional.¹⁴ Por esto el Tribunal Internacional ordenó a Colombia la modificación de potestades declaradas contrarias a la CADH. Se trata de cambios normativos que no son menores, como veremos a continuación.

Los cambios necesarios en la normatividad

Para cumplir plenamente con la sentencia en el caso “Petro” y asegurar la reparación integral se requieren cambios en el texto o en la interpretación de varias normas.

Primero y más obvio, Colombia debe reformar el Código Disciplinario Único, con el fin de eliminar la potestad del PGN de “destituir” e “inhabilitar” a funcionarios de elección popular.¹⁵ La ley disciplinaria en Colombia hace parte hoy en día de la ley penal colombiana, pero debería centrarse en sanciones típicamente disciplinarias como la multa, la amonestación y suspensión. Es decir, convertirse en derecho disciplinario y no punitivo. Específicamente, esto significa que el Estado debe ajustar la ley colombiana al artículo 23 de la CADH, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento.

Segundo, el Estado debe adecuar las normas que permiten imponer sanciones por deudas fiscales que emiten la Contraloría General de la República. Las vigentes pueden tener como efecto que las decisiones de la Contraloría produzcan una inhabilidad *de facto* para el ejercicio de los derechos políticos, que constituyen un incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno.¹⁶

10 Ídem, nota 2, párrs. 92 y 93.

11 Ídem, nota 2, párr. 96.

12 Ídem, nota 2, párr. 108. “la Corte considera que la decisión del Consejo de Estado constituyó un adecuado y oportuno control de convencionalidad de las sanciones de destitución e inhabilitación impuestas en contra del señor Petro por parte de la Procuraduría, en tanto cesó y reparó las violaciones a los derechos políticos que ocurrieron en perjuicio del señor Petro como resultado de dichas sanciones”.

13 Ídem, nota 2, párr. 33.

14 Ídem, nota 2, párrs. 17 y 109.

15 Ídem, nota 2, párr. 154. Para la Corte IDH “el Estado incumplió con sus obligaciones previstas en el artículo 23 de la Convención en relación con el artículo 2 del mismo instrumento, por la existencia de diversos dispositivos del ordenamiento jurídico colombiano. En consecuencia, la Corte considera que, como garantía de no repetición, el Estado deberá, en un plazo razonable, adecuar su ordenamiento interno de acuerdo a lo señalado en los párrafos 111 a 116 de la presente Sentencia”.

16 Ídem, nota 2, párr. 114.

Tercero, el Estado debe modificar la Ley N° 1864 de 2017, que incluyó una reforma al Código Penal que inhibe a una persona a presentarse a un cargo público si ha sido objeto de sanción disciplinaria o fiscal, por ser violatoria de la CADH.¹⁷

Cuarto, la Corte IDH indicó que el artículo 277.6 de la Constitución Nacional se debe interpretar en el sentido de que, respecto de funcionarios de elección popular, la potestad del PGN debe estar limitada a la de “vigilancia”. Es decir, el Tribunal Internacional le ordenó a la Corte Constitucional una interpretación consistente con la sentencia de Gustavo Petro. Lo anterior abre un debate importante frente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.¹⁸

Quinto, respecto del debido proceso, la Corte IDH declaró la violación al principio de imparcialidad. La concentración de facultades “investigadora” y “sancionadora” del PGN no es en sí misma incompatible con la CADH si recaen en distintas instancias o dependencias. Añadió que esta violación implicó, a su vez, una afectación al “derecho de defensa” y que también se violó el derecho a un “juez natural”, referido como “principio de jurisdiccionalidad” en el caso, tomando en cuenta que la CADH exigía la intervención de un juez penal para aplicar estas sanciones.¹⁹

Consideramos que el Tribunal dejó por fuera la garantía de imparcialidad en la elección del procurador, por el riesgo estructural en las funciones del PGN, al atribuirle al Gobierno la potestad de selección del alto funcionario, al integrar la terna que presenta al Senado de la República que, en realidad, es de uno, ya que le da un guiño de la persona a elegir porque los otros no cuentan ya que son de relleno. Son criterios políticos como sucede actualmente. Desde nuestra perspectiva, esa práctica viola criterios de pluralidad y democracia e invade la órbita del control político.

¿Habrà la voluntad política necesaria para cumplir con ese menú extenso de cambios de normas e interpretación? Sobre este punto, recordamos que los fallos de la Corte IDH son de obligatorio cumplimiento. De las 21 sentencias emitidas por dicho Tribunal contra Colombia, el Estado por lo general las ha cumplido, excepto en los temas de justicia y atención psicosocial. Pero la sentencia de Gustavo Petro es la primera en ordenar adecuar el ordenamiento interno a la ley convencional como medida de no repetición. De no hacerlo, el Estado colombiano se expone a más condenas.

17 Ídem, nota 2, párr. 114. El Tribunal advierte que la Ley 1864 de 2017 modificó la Ley 599 de 2000 del Código Penal, para incluir delitos relacionados con los mecanismos de participación democrática. En el artículo 5 de la citada ley se dispuso la modificación del artículo 389 del Código Penal a fin de establecer el tipo penal de “elección ilícita de candidatos”, que consiste en lo siguiente: “[...] El que sea elegido para un cargo de elección popular estando inhabilitado para desempeñarlo por decisión judicial, disciplinaria o fiscal incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de doscientos (200) a ochocientos (800) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. La Corte nota que esta norma, si bien no reconoce facultades para la restricción de derechos políticos, ni fue aplicada en el caso concreto del señor Petro, puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, constituyendo así un riesgo para sus derechos políticos y los de sus electores. En este sentido, el Tribunal considera que el artículo 5 de la Ley 1864 de 2017, en tanto puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público de elección popular cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, pues podría incurrir en un delito sancionado con una pena de 4 a 9 años de prisión, constituye un incumplimiento del artículo 23 de la CADH en relación con el artículo 2 del mismo instrumento.

18 Ídem, nota 2, párr. 177.

19 Ídem, nota 2, párr. 137.

Lo que no hace la sentencia

La sentencia de Gustavo Petro reconoce los derechos políticos de la víctima y sus electores, los cuales hacen parte de la democracia representativa y el pluralismo, como también las garantías judiciales.

Por lo tanto, primero, y contrario a ciertos comentarios, el Tribunal no ordenó una reforma constitucional,²⁰ sino una interpretación consistente con la sentencia, lo cual es un avance porque abre un debate a futuro sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.²¹

Segundo, el Tribunal no eliminó el control disciplinario, sino que lo limita en cuanto a la naturaleza de las sanciones a imponer por estas vías.²² El juicio disciplinario deberá reacondicionarse con normas de naturaleza legal y modificar las sanciones a imponer, que no podrán consistir en destitución e inhabilitación, lo que no conlleva que puedan referirse a amonestaciones, multas y descuentos de salarios, e incluso a la suspensión de labores.

Tercero, la Corte IDH no eliminó el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, sino ordena ajustar la ley fiscal a la norma convencional.²³ La Corte IDH invitó a adecuar el procedimiento administrativo fiscal –particularmente las repercusiones políticas de las medidas impuestas–, lo que se traduce en una modificación de los artículos 60 de la Ley N° 610 de 2000; 38 de la Ley N° 734 de 2002 y, por consiguiente, del artículo 42 de la Ley N° 1952 de 2019 que, sistemáticamente, han sido entendidos como la base de la inhabilitación que se deriva de la declaración de responsabilidad fiscal a cargo de la Contraloría General de la República.

Cuarto, y necesario resaltar, el Tribunal Internacional no dejó al Estado indefenso en la lucha anticorrupción. Vale la pena acordar que el hoy senador Gustavo Petro no fue sancionado por una conducta que constituye corrupción.²⁴ La sentencia no vulnera las funciones constitucionales del PGN, ya que esta sigue adelantando procesos por estos hechos, como lo establece la circular 005/2020 del PGN. La corrupción es una conducta perseguible por la ley penal, ya que hay normas de este carácter que sancionan y excluyen de beneficios a quienes cometen delitos que constituyen actos de corrupción. Se destaca la promulgación de la Ley N° 1474 de 2011, que regula comportamientos específicos a partir de su artículo 13. Allí se expiden normas relacionadas con medidas administrativas para sancionar los actos de corrupción imputables a los funcionarios del Estado. De otra parte, el Congreso debe proponer una reforma para el cumplimiento de los parámetros normativos de la Convención Interamericana contra la Corrupción.²⁵

20 Ídem, nota 2, párr. 112.

21 Ídem, nota 2, párr. 117.

22 Ídem, nota 2, párr. 113.

23 Ídem, nota 2, párr. 114.

24 Ídem, nota 2, párr. 106.

25 El establecimiento de penas pecuniarias mayores para quienes resulten ser responsables de la comisión de actos constitutivos de corrupción; la imposición de medidas de inhabilitación que excedan las privativas de la libertad; la reclusión de los responsables en cárceles de máxima seguridad en aislamiento de la comunidad; y la edificación de estructuras investigativas que permitan establecer el origen de los recursos que se encuentran en manos de sus familiares y amigos más cercanos.

Quinto, la Corte IDH no dejó al Estado sin herramientas para luchar contra el “abuso de poder” de los funcionarios electos popularmente sobre el control del dinero del Estado. La sentencia no obstruye la lucha para la probidad de la Administración pública y tampoco pone en riesgo el patrimonio constitucional de muchos países latinoamericanos, ni es peligrosa hasta para la autoridad de la misma Corte, como lo afirmó el perito del Estado.²⁶ Por el contrario, fortalece la democracia representativa, los derechos políticos y el Estado de derecho, ya que debe fortalecerse la lucha contra la corrupción, como lo dispone el Tratado Interamericano en esta materia, consistente con los derechos humanos.

Sexto, el caso de Gustavo Petro no fue resuelto de manera integral por el Consejo de Estado, porque si bien la decisión constituyó un adecuado y oportuno control de convencionalidad de las sanciones de destitución e inhabilidad, el derecho afectado no se subsanó en su totalidad porque el cargo del funcionario electo fue interrumpido por más de un mes por la sanción del PGN.

Séptimo, y de importancia fundamental, el fallo del Tribunal Internacional no establece inmunidad judicial para Gustavo Petro, ni los representantes la solicitamos, ni el actual senador pidió que no se lo investigue por hechos al margen de la ley.

Octavo, no es cierto que con la sentencia Petro se caen aproximadamente 20.000 procesos resueltos contra funcionarios de elección popular. Por el contrario, como lo sostuvo el testigo Edgardo Maya Villazón ante la Corte IDH, son aproximadamente 1.300 procesos contra funcionarios de elección popular que han sido destituidos e inhabilitados.

Por último, la sentencia no debilitó la justicia contenciosa administrativa. La Corte IDH no cuestionó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.²⁷ Por el contrario, la reivindicó y no tocó la figura de pérdida de investidura porque no fue objeto de debate del caso.

Desafíos en la implementación de la sentencia

Sin duda, la sentencia en el caso Petro ha despertado reacciones, debates y provocado cierta resistencia de parte de algunos actores en el país.

El actual PGN, doctor Fernando Carrillo Flórez, dictó la Circular 005 de 1 de septiembre de 2020, donde dice en pocas palabras que mientras el Congreso legisla, él sigue en la ilegalidad y no cumplirá la sentencia Petro.

El director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ha dicho en distintos medios de comunicación que no va a acatar el fallo, que todas las faltas disciplinarias las volvieron delito, que hay

26 Herdegen. M. (2020). *Corte de San José: ¿obstáculo a la lucha contra el abuso de cargos públicos?* Recuperado de www.razonpublica.com.

27 En el presente caso, el Tribunal constata que la decisión del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017 concluyó que los actos administrativos sancionatorios de 9 de diciembre de 2013 y 13 de enero de 2014, proferidos por la Procuraduría, estuvieron viciados de nulidad por la falta de competencia del ente que impuso la sanción, garantía mínima del derecho al debido proceso, y por la violación al principio de tipicidad de la falta disciplinaria que guarda relación estricta con el principio de legalidad de la sanción.

que reformar muchas leyes, que la sentencia viola el principio de subsidiariedad y complementariedad, y que la Corte IDH dejó al Estado sin herramientas para luchar contra la corrupción.

Ante este escenario, el 8 de septiembre de 2020, Armando Benedetti, de la Comisión Primera del Senado de la República, convocó a un debate de control político al cual citó, además de a Carrillo Flórez y a Gómez, a la Canciller Claudia Blum, a la ministra del Interior Alicia Arango y al contralor general de la República, Carlos Felipe Córdoba. Afirmó el senador Benedetti que “se está cumpliendo el fallo de manera desordenada” y que “el meollo del asunto es el artículo 277.6 de la Carta Política”.

Sostuvo el senador que, según la Constitución, el PGN solo puede “vigilar” pero no destituir e inhabilitar a funcionarios públicos electos por voto popular, como lo interpretó la Corte IDH. Es decir, de ahora en adelante, el PGN no puede sancionar nunca a los funcionarios con retiros del cargo –restricciones severas– porque no se pueden suspender los derechos políticos, conforme al artículo 27.2 de la CADH, y puntualizó que “todo esto no se cumple en el país”.

El congresista le recordó al Gobierno que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias. Insistió Benedetti que el PGN se ha puesto por fuera de la ley con la Circular 05. Observó que, si el PGN sanciona las faltas gravísimas a título de dolo, estas tienen que ir a un juez penal y que entre 2017 y 2020 fueron destituidos 202 alcaldes y gobernadores, pero que la corrupción sigue igual o peor.

Afortunadamente, lo dicho por otros funcionarios citados fue más acertado de lo hecho por el PGN. La canciller dijo que la posición del Gobierno es de acatar y cumplir la sentencia, que esa es la tradición institucional colombiana de respeto al derecho internacional y el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. Que está por definir la hoja de ruta para dar cumplimiento al fallo y adecuar la normativa al trabajo institucional de Estado. La ministra del Interior reiteró que el Estado cumplirá la sentencia, aunque “la implementación de la misma no es inmediata”, ya que esto implica cambios institucionales. Aun el director de la ANDJE estuvo de acuerdo en la obligatoriedad del fallo. Lo que quedó claro es que el Estado pedirá a la Corte IDH aclaraciones e interpretaciones de la sentencia en respuesta a preguntas como si la sentencia tiene efectos a nivel general o personal, y qué se entiende por “plazo razonable”.

El artículo 67 de la CADH establece que los fallos de la Corte no podrán ser impugnados. En todo caso, faculta a las partes para que soliciten la interpretación de los puntos de la sentencia que ofrezcan duda respecto de su alcance. El Tribunal, en múltiples casos, se ha pronunciado sobre el contenido y alcance de dicha norma, por ejemplo, en relación con el pago de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales,²⁸ estableciendo que el objeto de la interpretación se restringe al ejercicio de la labor hermenéutica necesaria para desentrañar el sentido de los apartes considerativos o resolutivos de la decisión sobre los que alguna de las partes evidencie su falta de claridad o precisión, siempre y cuando cuenten con relevancia frente a la decisión del fallo en cuestión.

28 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y Otros (Cesantes Jubilados de la Contraloría) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No 210, párr. 11.

Sobre el anuncio del Estado, se tiene lo siguiente:

Primero, pregunta una funcionaria del Estado si la sentencia tiene efectos generales o personales. Es claro que el fallo del caso Gustavo Petro y todas las demás emitidas y que emita la Corte IDH tienen efecto *erga omnes*, no *inter partes*, lo cual obliga a Colombia a adecuar su ordenamiento institucional interno con la ley convencional.²⁹ Además, el principio del “control de convencionalidad” obliga a jueces y demás funcionarios administrativos a aplicar las sentencias y las decisiones del Tribunal Internacional.³⁰

Segundo, sobre el alcance del término del “plazo razonable”, la sentencia de Gustavo Petro conllevó para el Estado la obligación de adaptar en un plazo razonable el sistema jurídico colombiano.³¹ Igualmente, para asegurarse del cumplimiento de las órdenes del Tribunal, dispuso que Colombia debía rendir en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la sentencia, un informe en el que diera cuenta de las medidas concebidas en ese sentido.

Reconociendo las dificultades que comportan las reformas constitucionales y legales necesarias para el cumplimiento de la sentencia, la Corte IDH fijó un “periodo de gracia” para la concepción de las medidas con las que se pretende dar cumplimiento al fallo. El plazo razonable no solo tiene como finalidad la modelación de las medidas con las que Colombia busca satisfacer los parámetros convencionales, sino a la vez la estructuración del régimen de transición que debe ser aplicado a los procedimientos disciplinarios y judiciales que se desarrollan en la actualidad en aras de mantener su validez y vigencia, bajo el nuevo marco que se deriva de la sentencia de Gustavo Petro.

Está bien que se pidan las clarificaciones necesarias, pero el punto fundamental es que la implementación del fallo por parte del PGN debe ser inmediato. No se debe esperar a que se produzcan los ajustes legales e institucionales para ajustar las interpretaciones y las prácticas que ya se sabe no respetan la CADH. Es decir, no se debe caer en el mismo error que hubo en el caso Petro. Vigilar sí. Destituir e inhabilitar sin decisión de juez penal, no.

La Comisión Primera del Senado de la República aprobó la proposición del senador Eduardo Enriquez Maya e invitó a un encuentro académico sobre la sentencia ya mencionada, respecto de las medidas que tomará el Estado con relación a los derechos políticos, en conformidad con el artículo 23 de la CADH, que se realizó el 22 de septiembre de 2020.

Durante el encuentro surgieron planteamientos por parte del director de la ANDJE, apoyado por otros funcionarios del Estado, de pedirle al Tribunal una sentencia de interpretación sobre la subsidiariedad y complementariedad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y respecto de la interpretación progresiva y no literal que debió hacer la Corte IDH en el caso.

29 García, R. S. (2007). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Porrúa, p. 56. La facultad contenciosa de la Corte IDH es aplicable para todos los Estados parte cuando hayan reconocido o reconozcan la competencia de la Corte, es decir, “que han admitido expresamente la posibilidad de comparecer ante la Corte, convocados por esta, a título de demandados, someterse al juicio respectivo y aceptar las decisiones contenidas en la sentencia, que tienen carácter imperativo para los contendientes en el proceso”.

30 Corte IDH. *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. De 8 de julio de 2020, párr. 107.

31 *Ibidem*, párr. 172.

Este asunto ya fue resuelto por la Corte IDH al tratar las excepciones preliminares, ya que el Estado alegaba que el tema ya lo había resuelto el Consejo de Estado y planteó “b) falta de competencia para realizar un control de convencionalidad en abstracto sobre normas del ordenamiento jurídico colombiano”.³² El Tribunal reiteró el principio de complementariedad que informa de manera transversal el SIDH.³³

El debate sobre la interpretación literal versus la interpretación progresiva que debió aplicar la Corte IDH en su decisión también fue resuelto en el fallo Guatvo Petro, al implementar la literalidad,³⁴ la cual se encuentra reafirmada con el objeto y fin de la CADH.³⁵ De haberse impuesto la interpretación progresiva sobre la literal, sobraría la letra de los tratados suscritos por Colombia. Afortunadamente, el Tribunal nos dio la razón.³⁶

Los representantes de Gustavo Petro les recordamos a los funcionarios estatales en el evento académico que la revisión e interpretación de los fallos de la Corte IDH son inapelables e inmodificables, especialmente en sus resoluciones de supervisión de sentencias. Sostiene la Corte IDH que la obligación de cumplir lo dispuesto en sus decisiones corresponde a un principio básico del derecho internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe, según lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.

Hasta ahora, el Tribunal no ha modificado ninguna de sus sentencias. Una cosa es que revise el alcance de un asunto de la decisión y otra que modifique o reverse sus fallos, como lo pretende el Estado. Le advertimos a sus agentes en dicho evento académico que los representantes de la víctima y sus electores nos opondremos a estas pretensiones.

Palabras de cierre

La Corte IDH ha sido y es faro y guía de la protección de los derechos humanos en el continente americano. No es excusa que cuando se creó el SIDH se vivían en el sur del continente las dictaduras, porque rige para todos los países de la región. Este fallo histórico fortalece la democracia colombiana y no debilita la lucha anticorrupción. Las sanciones administrativas y fiscales contra funcionarios de elección popular son propias de las dictaduras y no de las democracias.

32 Ídem, nota 30, párrs. 17 y 33.

33 Ídem, nota 30, párr. 102.

34 Ibídem, párr. 96.

35 Ibídem, párr. 97.

36 Ibídem, párr. 98.

Medio ambiente sano. Derecho a la salud. Vida privada

TEDH, *Affaire Cordella et Autres c. Italie*, 24 de enero de 2019

Por Karina V. Adam¹

I.- Consideraciones previas

El ambiente desde los inicios de las civilizaciones no ha sido considerado un elemento que mereciera particular protección. El avance de la tecnología, los procesos industriales, el aumento de la población mundial, las catástrofes naturales, la pérdida progresiva y constante de biodiversidad, las migraciones masivas provocadas por agotamiento de ambientes propicios para el hábitat humano son un sin fin de factores que como consecuencias de la explotación descontrolada y masiva de los recursos naturales desembocan en un escenario muy poco alentador. Todo ello, a raíz de la falta de sostenibilidad en el sistema de producción y la forma de consumo de los países desarrollados.

En un principio, las cuestiones de conflictos ambientales fueron atendidas en el ámbito del derecho civil, como cuestiones meramente económicas o como problemas entre vecinos (ruidos molestos, etc.). En el actual escenario está claro que la dimensión de los problemas ambientales no es una cuestión de propiedad económica individual, sino que se ha convertido en una “cuestión global”. Defender y proteger el ambiente ha dejado de ser un problema privado e individual para convertirse en un problema público y global. La sociedad internacional se encuentra francamente sensibilizada asumiendo que el

¹ Abogada con Especialidad en Derecho Ambiental (UBA). Profesora Titular Int. de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (UNPAZ). Profesora invitada al Master a distancia en Derecho Agroambiental (Universidad Andina Simón Bolívar).

medio ambiente constituye un valor que debe ser protegido, lo cual es convalidado por la gran cantidad de instrumentos internacionales, muchos de los cuales han surgido bajo el auspicio de la Naciones Unidas, en los que se da cuenta de la vinculación entre derechos humanos y medio ambiente.²

El mayor de los inconvenientes con respecto a los instrumentos internacionales referidos al derecho ambiental es que no contienen obligaciones jurídicas precisas y vinculantes que puedan ser invocadas ante las afectaciones ambientales que se producen por efectos antrópicos. Por ello, el ambiente ha encontrado en el escenario normativo internacional que poseen los derechos humanos un aliado para su protección y salvaguarda. La estrecha conexión entre la protección del ambiente y el disfrute de los derechos humanos no parece tener en la actualidad ningún tipo de oposición.³ La interdependencia, universalidad, indivisibilidad y globalidad son elementos característicos que comparten y poseen en común el medio ambiente y los derechos fundamentales. Resulta absolutamente necesario contar con un ambiente sano que no ponga en peligro la salud y vida de las personas, así como resulta imprescindible contar con un ambiente que garantice el disfrute de otros derechos humanos. Surge casi como evidente una pregunta que debe interpelarnos: ¿de qué sirve proteger la vida de las personas, así como garantizar y dotar de herramientas –nacionales e internacionales– para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, laborales, etc., si contamos con un ambiente degradado y hostil, no apto para la vida humana? En la línea discursiva planteada se concluye que los intereses humanos y ambientales son inseparables y, en consecuencia, la protección del ser humano pasa irremediablemente por la protección del ambiente.

Dicho esto, ¿cómo se puede proteger el ambiente con el instrumental normativo internacional de los derechos humanos? Se observan dos escenarios posibles: uno sería el reconocimiento de un derecho humano que contenga el imperativo ambiental. Al igual que ocurrió con la comunidad internacional, el tema ambiental no fue prioritario para la Consejo Europeo ni para el Convenio Europeo de Derechos Humanos en sus orígenes. Aún en estos tiempos en que la protección del ambiente goza de un creciente interés social, el CEDH no ha incorporado ningún precepto explícito que refleje la recepción de tal preocupación. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha emitido una serie de recomendaciones siendo la última emitida en el año 2009,⁴ en las que plantea a los Estados miembros que reconozcan un derecho al medio ambiente viable y decente, proponiendo realizar un protocolo adicional al Convenio que incluya derechos procesales que garanticen la protección ambiental. Estas recomendaciones no han sido tratadas, por cuanto el Comité Director de los Derechos Humanos y el Comité de Expertos para el Desarrollo de los Derechos Humanos se oponen a la elaboración de un

2 Declaración sobre medio ambiente humano de 16.6.1972 –Declaración de Estocolmo–, A/Conf.48/14/Rev.1; Informe de la Comisión de Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo “Nuestro futuro común” –Informe Brundhland–, Res. AGNU de 4.8.1987; Declaración sobre medio ambiente y desarrollo de 14.6.1992 –Declaración de Río de 1992–, Doc. A/Conf.151/5/Rev.1; Programa de Acción para el desarrollo sostenible de 1992 –Agenda 21–Doc. A/Conf.151/26; Declaración política de 4.9.2002 –Declaración de Johannesburgo–, Doc. A/Conf.199/20; o Declaración “El futuro que queremos” de 19.6.2012 –Declaración Río+20–, A/Conf.216/L.1.

3 “Los derechos humanos y el medio ambiente como parte del desarrollo sostenible”, informe del Secretario General de las Naciones Unidas (ONU. E/CN.4/2004/87 de 6.2.2004).

4 Recomendación 1431 (1999), Recomendación 1614 (2003), Recomendación 1885 (2009) <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta09/EREC1885.htm>

protocolo adicional que introduzca el derecho a un medio ambiente sano hasta que no exista una clara definición del contenido y de la extensión de este derecho.⁵

Un segundo escenario se presenta al introducir los intereses ambientales en otros derechos fundamentales ya reconocidos convencionalmente, es decir, una protección indirecta. Es este el supuesto que se advierte al relevar la consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de protección ambiental y el particular análisis realizado en el caso “Cordella y Otros vs. Italia”.

II.- Introducción al caso

El presente artículo constituye una primera aproximación a los aspectos que se sometieron a tratamiento, relevando detalles de los fundamentos que la Corte Europea tomó en cuenta.

El TEDH sostuvo por unanimidad que en el caso *Cordella y Otros vs Italia* se había producido la violación al artículo 8 –derecho al respeto a la vida privada y familiar– y al artículo 13 –derecho a un recurso efectivo– del CEDH.

Se procedió a tratar el reclamo de 180 solicitantes que elevaron su queja por las emisiones tóxicas de la acería Ilva en la localidad de Taranto (Italia) argumentando que los efectos negativos afectan en forma directa, continua e interrumpida el ambiente y la salud; suman al reclamo la ineficacia de los recursos internos que se evidenciaron en las continuas presentaciones de los habitantes de la región a lo largo del tiempo, sin respuesta alguna por parte de las autoridades. Del total de los 180 reclamantes, la Corte consideró que 19 de ellos no poseían la condición de víctimas, debido a que no habitaban ni habitaron ninguna de las poblaciones consideradas de alto riesgo ambiental: ubicada entre las localidades de Taranto, Crispiano, Massafra, Montemesola y Statte.

En su decisión, el Tribunal trató la situación de contaminación persistente del ambiente que pone en peligro la salud de los requirentes, en forma particular y en general. Destacó que las autoridades nacionales no habían tomado todas las medidas necesarias para proporcionar a la población una protección eficaz del *derecho al respeto a la vida privada y familiar*. Asimismo, consideró que los solicitantes no habían tenido a su disposición un recurso que les permitiera plantear sus quejas debido a la imposibilidad de obtener medidas que garantizaran la descontaminación o saneamiento de las áreas identificadas como “zona riesgosa”. Por último, se resolvió que el Comité de Ministros debía indicar al gobierno italiano las medidas a implementarse para garantizar el cumplimiento de la decisión de la Corte.

5 Vercher Noguera, A. (2012). Derechos Humanos y medio ambiente en el Tribunal europeo de Derechos Humanos: breves notas para el futuro contexto internacional. *Revista penal*, 30, pp. 151 y ss.

II.1.- Circunstancias principales

II.1.A.- La sociedad Ilva S.P.A.

La sociedad Ilva se especializa en la producción y la transformación del acero, cuya actividad comenzó en el sector siderúrgico, a principios del siglo XX en la Liguria –Génova–. El Estado se convirtió en su principal accionista. En 1995, la sociedad Ilva fue privatizada y adquirida por el Grupo Riva. Dado su estado de insolvencia, fue puesta bajo administración provisional.

El establecimiento de Taranto comenzó a operar desde 1965 constituyendo el mayor complejo de acería industrial de Europa. De dimensiones monumentales, cubre un área de 1.500 hectáreas y cuenta con más de 11.000 empleados. Cabe resaltar que toda la producción de la zona caliente de la sociedad ILVA se concentra en la planta de Taranto, luego de ordenarse el cierre –por contaminación– de diversas plantas pertenecientes a la empresa.

El impacto de las emisiones producidas por las fábricas de Ilva en el medio ambiente y en la población local ha sido objeto de considerable debate durante muchos años. En 2002, las autoridades judiciales ordenaron el cierre de la planta de coque de una de las empresas Ilva en Cornigliano (Génova), porque los estudios epidemiológicos habían demostrado un vínculo entre las partículas emitidas por la planta y la tasa de mortalidad de la población, que era mucho más alta en el área en comparación con la observada en otras zonas de la ciudad.

II.1.B.- Los estudios científicos

El impacto de las emisiones de las plantas en el medio ambiente y en la salud de la población local condujo a varios informes científicos que determinaron la relación directa entre las emisiones de la siderúrgica Ilva y los efectos negativos sobre la población.

En 1990 el Consejo de Ministros de Italia clasificó algunos municipios de “alto riesgo ambiental” fundando su clasificación en la polución industrial generada por la sociedad Ilva en el período 1980-1987⁶ y solicitó al Ministerio de Medio Ambiente de Italia la elaboración de un plan de descontaminación para la limpieza de las zonas afectadas.

En el año 2002 el Centro Europeo para el Medio Ambiente y Salud de la Organización Mundial de la Salud emitió un documento en el cual expresamente identificó una relación causal entre las emisiones de la siderúrgica Ilva y el aumento de la mortalidad masculina y femenina por causas tumorales en más de un 10% comparado con el promedio regional.

6 TEDH, *Affaire Cordella et al. c. Italie*, párr. 15.

En el mismo año, la Agencia Regional de Apulia para la Prevención y Protección del Medio Ambiente encontró que desde la década de 1970 los cánceres de pulmón y pleura habían aumentado dentro de la “zona de alto riesgo ambiental”. En igual sentido, la Universidad de Bari en el año 2009 por intermedio del observatorio de epidemiología evidenció un aumento en tumores de pulmón, de vesícula y de pleura en los hombres de la región concerniente.

En 2012 el Instituto Superior de la Salud dependiente del Ministerio de Salud de Italia estableció una relación directa entre las exposiciones de la población local a sustancias cancerígenas, por una parte, y de las patologías de pulmones, pleura y sistema cardiocirculatorio, por otro. Todas estaban vinculadas a las emisiones provenientes de la siderúrgica Ilva.

Por último, en el año 2017 nuevamente la Agencia Regional de Apulia para la Prevención y Protección del Medio Ambiente ratificó en forma contundente la vinculación entre las emisiones industriales y los daños a la salud en la “zona de alto riesgo ambiental” instando a las autoridades locales a adoptar las “mejores técnicas disponibles” con el fin de salvaguardar la salud de los habitantes.

II.1.C.- Las medidas administrativas y legislativas

En 1990 el Consejo de Ministros calificó a los municipios de la región de Taranto como “zona de alto riesgo ambiental” y solicitó al Ministerio de Medio Ambiente la elaboración de un plan de descontaminación y limpieza de las zonas afectadas.

Desde finales de 2012 el Gobierno adoptó una serie de decretos-leyes y decretos reglamentarios llamados decretos-leyes *Salva-Ilva*, cuyo contenido versaba específicamente sobre la actividad de la sociedad industrial Ilva. De acuerdo con un decreto del presidente del Consejo de Ministros de septiembre 2017, la fecha límite para la aplicación de las medidas previstas en el plan ambiental se extendió hasta agosto 2023.

Ante el accionar de las autoridades locales y nacionales que adoptaron medidas y decretos absolutamente infructuosos, algunos por inadecuados y otros simplemente por no llevarse a cabo, se generó un clima de malestar e incertidumbre en la población local, que comenzó a realizar acciones en forma directa. Se iniciaron procedimientos administrativos y penales contra este último decreto, así como contra los administradores de Ilva por su incapacidad para prevenir el envenenamiento de sustancias alimenticias, los accidentes en el lugar de trabajo, los graves daños ecológicos y la contaminación atmosférica. También se planteó una cuestión de constitucionalidad. Todos los recursos administrativos que se presentaron se encuentran todavía pendientes de resolución.

Algunos procedimientos penales contra la gestión de Ilva culminaron en condenas en 2002, 2005 y 2007. El Tribunal de Casación consideró que la dirección de la fábrica Ilva en Taranto fue responsable de la contaminación del aire, el vertido de materiales peligrosos y la emisión de partículas. Se constató que las partículas en el aire habían persistido aún luego de numerosos acuerdos con las autoridades locales en 2003 y 2004.

En el año 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que el Gobierno de Italia no había dado cumplimiento con sus obligaciones basando su decisión en la Directiva 2008/1 CE del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de prevención y control integrados de la contaminación.

La Comisión Europea en el año 2014, en el marco de un procedimiento de infracción llevado adelante contra Italia, emitió un dictamen motivando a las autoridades del gobierno italiano a remediar los graves problemas de contaminación observados. Se puso de manifiesto que Italia no había cumplido con su obligación de garantizar que las acerías cumplieran con la directiva europea sobre emisiones industriales.

II.2.- Decisión de la Corte

De conformidad con las peticiones de los requirentes, los hechos y las pruebas acompañadas la Corte resuelve que ni el artículo 8 ni ninguna otra disposición del CEDH garantiza específicamente una protección general del medio ambiente como tal.⁷ La Corte recuerda que el mecanismo de control de la Convención no puede aceptar la *actio popularis*.

Según la jurisprudencia del Tribunal, la existencia de un efecto perjudicial en la esfera privada o familiar es el elemento crucial para determinar si el daño ambiental vulnera uno de los derechos garantizados por el artículo 8 y no la simple degradación general del medio ambiente.⁸

El Tribunal recuerda que la contaminación en un sector determinado se vuelve potencialmente peligrosa para la salud y el bienestar de las personas expuestas a ella. En el presente caso, la evidencia ante la Corte muestra que la contaminación inevitablemente ha hecho que las personas expuestas a ella sean más vulnerables a diversas enfermedades.

Los numerosos informes y estudios científicos disponibles para el Tribunal atestiguan la existencia de un vínculo causal entre la actividad productiva de la empresa Ilva y el compromiso de la situación de salud, particularmente en las comunas circunscriptas a la calificada como *zona de alto riesgo ambiental*. Para el estudio más reciente en este tema, la Corte hace especial mención al informe de la ARPA de 2017, reiterando el hallazgo del vínculo causal mencionado anteriormente y atestiguando la permanencia de un estado de salud crítica en la zona de alto riesgo ambiental y en la ciudad de Tarento, donde la tasa de mortalidad y hospitalización por ciertas enfermedades oncológicas, cardiovasculares, respiratorias y digestivas fue mayor en comparación con el promedio regional.

Esta contaminación indudablemente ha tenido un impacto negativo en el bienestar de los solicitantes interesados.

7 Kyratos v. Grecia, Nº 41666/98, § 52, CEDH 2003-VI (extractos)

8 Fadeyeva v. Rusia, Nº 55723/00, § 88, CEDH 2005-IV).

II.2.A. Admisibilidad -Agotamiento de la vía interna

El Tribunal observa que las quejas de los demandantes se refieren a la falta de medidas para garantizar la limpieza del territorio en cuestión. También señala que las autoridades competentes han llevado a cabo la reparación de la zona afectada durante varios años, pero sin éxito. Teniendo en cuenta también los elementos presentados por los demandantes y en ausencia de precedentes relevantes, el Tribunal considera que ningún enfoque penal, civil o administrativo podría cumplir este objetivo en el presente caso.

II.2.B.- Perjuicio suficiente

El Tribunal reitera que el criterio de falta de daño importante fue diseñado para permitirle tratar rápidamente las solicitudes inútiles con el fin de centrarse en su tarea esencial, que es garantizar la protección legal de los derechos garantizados a nivel europeo por el CEDH y sus protocolos.

Como resultado del principio *minimis non curat praetor*, la condición de admisibilidad se refiere a la idea de que la violación de un derecho, sea cual sea su realidad desde un punto de vista estrictamente legal, debe alcanzar un umbral mínimo de gravedad para justificar una revisión por un tribunal internacional.⁹ La evaluación de ese umbral es por naturaleza relativa y depende de las circunstancias del caso.¹⁰ Esta evaluación debe tener en cuenta tanto la percepción subjetiva del solicitante como la cuestión objetiva de la disputa.

El Tribunal reitera que para determinar si la violación de un derecho ha alcanzado el umbral mínimo de gravedad, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos: la naturaleza del derecho presuntamente infringido, la gravedad de la incidencia la presunta violación en el ejercicio de un derecho y/o las posibles consecuencias de la violación en la situación personal del solicitante.¹¹

En el presente caso, en vista de la naturaleza de las quejas de los solicitantes y los numerosos informes científicos que atestiguan el impacto de las molestias de Ilva en el medio ambiente y la salud de las personas, el Tribunal considera que el reclamo se encuentra en condiciones para ser tratado en todos sus términos con las consideraciones y estimaciones analizadas.

II.2.C.- Sobre el fondo. Considerandos del fallo

1.- Artículo 8 del CEDH

El Tribunal reitera que el daño grave al medio ambiente puede afectar el bienestar de las personas y privarlas del disfrute de su hogar de tal manera que afecte su privacidad.¹²

9 Korolev v. Rusia (dec), Nº 25551/05, 1 de julio de 2010

10 Soering v. The United Kingdom, 7 de julio de 1989, § 100, Serie A

11 Giusti v. Italia, No. 13175/03, § 34, 18 de octubre de 2011

12 López Ostra v. España, 9 de diciembre de 1994, Serie A no 303-C, § 51, y Guerra y otros v. Italia, 19 de febrero de 1998, § 60, Informes 1998-I

A este respecto, el Tribunal también recuerda que el nivel de gravedad ecológico disminuye significativamente la capacidad del solicitante para disfrutar de su hogar o su vida privada o familiar. La evaluación de este nivel mínimo en este tipo de casos es relativa y depende de todos los datos de la causa, incluida la intensidad y la duración de las molestias y sus consecuencias físicas o psicológicas para la salud o la calidad de vida de la persona interesada.¹³

El artículo 8 no solo obliga al Estado a abstenerse de injerencias arbitrarias. A este compromiso se le agregan obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada. El tema se aborda desde la perspectiva de la obligación positiva del Estado de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del individuo, de conformidad con el primer párrafo del artículo 8, o bajo la injerencia de una autoridad pública, para justificar de conformidad con el segundo párrafo, los principios aplicables. En ambos casos, debe alcanzarse el equilibrio correcto entre los intereses en competencia del individuo y la sociedad en su conjunto.¹⁴

Los Estados tienen una obligación positiva, particularmente en el caso de una actividad peligrosa, de establecer regulaciones que se adapten a la naturaleza específica de la actividad, particularmente en lo que respecta al riesgo que puede resultar. Esta regulación debe regir la autorización, operación, seguridad y control de la actividad en cuestión, así como imponer a cualquier persona afectada por ella la adopción de medidas prácticas para garantizar la protección efectiva de los ciudadanos cuyas vidas pueden estar expuestas a los peligros inherentes en el campo en cuestión.¹⁵

La Corte observa que si bien no le corresponde a sí misma determinar con precisión qué medidas deberían haberse tomado en este caso para reducir el nivel de contaminación de manera más efectiva, es innegable que debe determinar si las autoridades nacionales abordaron el problema con la debida diligencia y, en consecuencia, si consideraron todos los intereses en competencia. En este sentido, la decisión reitera que corresponde al Estado justificar con elementos precisos y circunstanciales las situaciones en que ciertos individuos deben soportar grandes cargas en nombre de los intereses de la sociedad. El examen del presente caso desde este ángulo lleva a la Corte a hacer las siguientes observaciones.

En primer término, el Tribunal aclara que procederá a emitir un fallo solo sobre la ausencia de medidas estatales para proteger la salud y el medio ambiente.¹⁶

El Tribunal observa que, desde la década de 1970, los estudios científicos han informado los efectos contaminantes de las emisiones de la planta de Ilva en Taranto sobre el medio ambiente y la salud humana. Los resultados de estos informes, que provienen en gran medida de organizaciones estatales y regionales, no son objeto de disputa entre las partes. En este contexto, vale la pena recordar en particular el informe SENTIERI de 2012, que atestigua la existencia de un vínculo causal entre la exposición ambiental a

13 *Dubetska y otros v. Ucrania*, Nº 30499/03, § 105, 10 de febrero de 2011, y *Grimkovskaya v. Ucrania*, No. 38182/03, § 58, 21 de julio de 2011

14 *López Ostra*, citado anteriormente, § 51, y *Guerra y otros*, citados anteriormente, § 58

15 *Ver, mutatis mutandis, Oneryildiz v. Turquía*, [GC], Nº 48939/99, § 90, CEDH 2004-XII, y *Brincat y otros v. Malta*, nos 60908/11 y otros 4, §§ 101-102, 24 de julio de 2014

16 *Cordella et autres c. Italia* cit 162

sustancias cancerígenas inhalables producidas por Ilva y el desarrollo de tumores pulmonares y la pleura y las patologías del sistema cardiocirculatorio en personas que residen en las áreas afectadas.

Cabe señalar que, a pesar de los intentos de las autoridades nacionales de conducir a la limpieza de la región en cuestión, los proyectos realizados hasta ahora no han producido los efectos deseados.

Las medidas recomendadas a partir de 2012 para mejorar el impacto ambiental de la planta no se han realizado; esta falla fue, además, la causa de los procedimientos de infracción ante las autoridades de la Unión Europea. Además, la implementación del plan ambiental aprobado en 2014 se pospuso hasta agosto de 2023. Por lo tanto, el procedimiento para alcanzar los objetivos de remediación perseguidos es extremadamente lento, por tanto, ineficiente y peligroso para la población.

Mientras tanto, el Gobierno ha intervenido reiteradamente a través de medidas urgentes (los decretos-leyes *Salva-Ilva*) para garantizar la continuidad de la actividad de producción a pesar de que las autoridades judiciales competentes determinaron, sobre la base de la experiencia química y epidemiológica, la existencia de riesgos graves para la salud y el medio ambiente. Además, se ha otorgado inmunidad administrativa y penal a los responsables de garantizar el cumplimiento de los requisitos ambientales, es decir, el administrador provisional y el futuro adquirente de la empresa.

Además, existe una situación de incertidumbre derivada, en primer lugar, del colapso financiero de la empresa y, en segundo lugar, de la posibilidad de otorgar al futuro comprador, la facultad de posponer la finalización de la remediación de la planta.

El hecho es que la gestión por parte de las autoridades nacionales de los problemas ambientales relacionados con la actividad de producción de la empresa Ilva de Taranto estaba al momento del tratamiento de la cuestión ante la Corte en punto muerto.

El Tribunal solo puede observar la prolongación de una situación de contaminación ambiental que pone en peligro la salud de los solicitantes y, más en general, la de toda la población que reside en las zonas de riesgo, que permanece en el estado actual, privado de información sobre el progreso de la limpieza del territorio en cuestión, en particular con respecto a los plazos para la implementación del trabajo relacionado.

A la luz de lo anterior, el Tribunal observa que las autoridades nacionales no tomaron todas las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva del derecho de las personas interesadas a respetar su vida privada.

2.- Artículo 13 del CEDH

La Corte reitera que el propósito del artículo 13 es proporcionar un medio a través del cual los litigantes pueden obtener reparación a nivel nacional por las violaciones de sus derechos en virtud de la Convención, antes de tener que implementar el mecanismo de denuncia internacional.¹⁷

Teniendo en cuenta las conclusiones a las que llegó sobre la existencia de recursos útiles y efectivos para presentar, ante las autoridades nacionales, quejas relacionadas con la imposibilidad de obtener medidas para garantizar la limpieza de las áreas en cuestión debido a las emisiones nocivas de la fábrica de Ilva, el *Tribunal considera que existe una efectiva constatación de una violación del artículo 13 de la Convención en este caso.*

3.- Artículo 46 del CEDH

La Corte reitera que una sentencia que declare una violación de la Convención implica para el Estado demandado una obligación legal no solo de pagar las sumas otorgadas como simple satisfacción, sino también de elegir, bajo la supervisión del Comité de Ministros, las medidas generales que deben adoptarse en su ordenamiento jurídico interno para poner fin a la violación encontrada por el Tribunal y borrar las consecuencias en la medida de lo posible.

Corresponde principalmente al Estado interesado elegir, sujeto a la supervisión del Comité de Ministros, los medios que se utilizarán en su sistema legal interno para cumplir con su obligación bajo el artículo 46 de la Convención. Sin embargo, para ayudar al Estado demandado a cumplir con sus obligaciones en virtud del artículo 46, la Corte puede indicarle el tipo de medidas generales que podría tomar para poner fin a la situación.¹⁸

No corresponde al Tribunal hacer recomendaciones detalladas al Gobierno con contenido prescriptivo, como las indicadas por los demandantes, sino que corresponde al Comité de Ministros, actuando en el sentido del artículo 46 del Convenio, indicar al Gobierno demandado las medidas que, en términos prácticos, debe adoptar para garantizar ejecución de esta sentencia.

En este contexto, debe enfatizarse en cualquier caso que la remediación de la planta y el territorio afectado por la contaminación ambiental es de importancia primaria y urgente. Por lo tanto, el plan ambiental aprobado por las autoridades nacionales, e indicando las medidas y acciones necesarias para garantizar la protección del medio ambiente y la salud de la población, debe implementarse lo antes posible.¹⁹

17 Tribunal Z. y otros v. Reino Unido [GC], No. 29392/95, § 108, CEDH 2001-V. Y Kudła v. Polonia [GC], núm. 30210/96, § 152, CEDH 2000-XI.

18 Broniowski v. Reino Unido, no. Polonia [GC], No. 31443/96, § 194, CEDH 2004-V, Scoppola v. Italia No. 2) [GC], No. 10249/03, § 148, 17 de septiembre de 2009 y Volokitin y otros v. Rusia, nuestro 74087/10 y 13 más, § 46, 3 de julio de 2018

19 Ver, *mutatis mutandis*, Torreggiani y otros v. Italia, N° 43517/09 y otros 6, § 99, 8 de enero de 2013

III.- Consideraciones finales

Se advierte que conforme los precedentes citados en el fallo en análisis, no es la primera vez que el TEDH ejerce su jurisdicción sobre conflictos relacionados con la contaminación ambiental. Cabe aclarar que lo hace desde la perspectiva del análisis del artículo 8 CEDH en cuanto a la afectación directa del derecho a la vida privada y familiar.

El caso “Cordella” nos permite ver con mayor claridad cómo el Tribunal invoca el artículo 8 describiendo la producción de un daño y riesgo ambiental que mediante las emisiones de la empresa Ilva afectan en forma nociva y directa el bienestar de los habitantes de la “zona de riesgo” poniendo en peligro y menoscabando el disfrute de sus vidas privadas y familiares. De este modo el artículo 8 CEDH no solo interpela a los Estados a abstenerse de interferir en la vida privada y familiar, sino que los obliga también a implementar medidas para garantizar el respeto a los preceptos descriptos. Así, se puede reprochar al Estado cuando la injerencia es causa directa de su actuación estatal o del poder público; o incluso cuando la afectación proviene de una omisión del Estado, al permitir el desarrollo de una actividad que cause perjuicio a la salud y el descanso, menoscabando la forma de vida y familiar de los habitantes.

Bajo esta perspectiva se generan dos tipos de obligaciones para el Estado: (i) una obligación de no interferir en forma arbitraria en el disfrute de los derechos fundamentales de los habitantes y (ii) una imposición al Estado en la cual debe adoptar medidas efectivas para proteger a las personas de posibles injerencias causadas por agentes privados, asegurando un disfrute tranquilo y pacífico de los derechos reconocidos por la Convención. De este modo cualquier incumplimiento de estas obligaciones puede suponer la vulneración del artículo 8 CEDH. Está claro que los intereses contenidos en el precepto citado no son absolutos y pueden verse limitados o ceder ante la presencia de un interés general de la sociedad que también deba ser protegido. De tal modo, si bien el Estado tiene la obligación de adoptar medidas para garantizar los derechos de los particulares, estos derechos pueden verse afectados por la existencia de un interés general que impida el pleno disfrute de los mismos.

Otra de las cuestiones relevantes en la decisión del fallo es que posibilita a los solicitantes el tratamiento de sus quejas, considerando que no habían tenido a su disposición un recurso efectivo que les permitiera plantear a las autoridades nacionales sus reclamos.

Sin perjuicio de los avances que se evidencian en los fundamentos del fallo en análisis, que posibilitan la aplicación de la jurisprudencia de la Corte en un modo consistente y posible, también se advierte que, al excluir expresamente la aplicación del procedimiento de juicio fundamental, alegando las dificultades técnicas de las medidas necesaria para descontaminar el área afectada, se ha perdido la oportunidad de mejorar el carácter vinculante de su decisión.

Es aquí donde la pregunta sobre si la protección dada por el Tribunal Europeo en la salvaguarda del ambiente, resulta suficiente, pues la respuesta negativa se precipita. Ello por cuanto, si bien es innegable la estrecha vinculación entre la protección del ambiente y los derechos fundamentales, lo cierto es que la protección dada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo es indirecta, es decir, surge de la

protección de otros derechos, lo que hace que no en todos los casos pueda ser tratada. El requisito que determina la vinculación entre derechos reconocidos por la Convención es que el perjuicio ambiental cause efectos negativos, directos y de entidad suficiente. Por lo tanto, la afectación ambiental con efectos indirectos no tendría recepción para su tratamiento en el ámbito jurisdiccional de la Corte. En este orden de ideas, no deja de inquietar que en una sociedad donde cada vez la cuestión ambiental adquiere mayor relevancia y compromiso, con alcances globales-universales-colectivos, expresando la idea común de que el ambiente es un valor que debe ser protegido, la protección internacional mediante los derechos humanos se caracteriza por un marcado tinte individual y privado, como lo expresa el artículo 8 CEDH –derecho a una vida privada y familiar–. La necesidad de reconocer formalmente la protección del ambiente como un derecho humano independiente va ganando mayor fuerza, imponiéndose dentro de la agenda internacional como tema prioritario. Un gran número de constituciones de los Estados tienen incorporados en sus textos menciones concretas y directas al derecho a un ambiente sano, apto y equilibrado. En algunos casos se le otorga carácter de derecho fundamental y en otros se lo expone como principio rector de política económica y social.

Se entiende que la incorporación del derecho fundamental a un ambiente sano, equilibrado y apto genera grandes dificultades al intentar consensuar los alcances y límites de su definición. Dentro del escenario internacional no hay acuerdo en cuanto al concepto de ambiente y se expresan definiciones que son sumamente amplias, por ejemplo, la de la Declaración de Estocolmo²⁰ o la de la Corte Internacional de Justicia.²¹

Por tanto, y tratándose de un derecho que presenta características muy particulares en cuanto a tratarse de un derecho de incidencia colectiva e intereses difusos²² donde el sistema de responsabilidad posee alcances particulares, la legitimación pasiva y activa tradicional resulta insuficiente a la hora de tratar el daño ambiental, por cuanto el daño ambiental resulta ser interjurisdiccional, intergeneracional y de difícil delimitación de consecuencias, pudiendo extenderse en el tiempo y resultar acumulativo. No obstante ello y no teniendo aún una herramienta que aglutine la protección del medio ambiente, es claro que la necesidad de preservar nuestro hábitat es más urgente y debe llevarse a cabo por todos los medios posibles. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos consolidada en la materia utiliza los derechos humanos reconocidos en la CEDH para la salvaguarda del ambiente, resultando esta herramienta de protección al ambiente, con los límites y características expuestas, una respuesta al daño ambiental siempre que los afectados sean personas directamente y en los derechos fundamentales reconocidos en CEDH.

20 Art. 1 de la Declaración de Naciones Unidas adoptada en la Conferencia sobre Medio Ambiente Humano: “[e]l hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”

21 Corte Internacional de Justicia -Opinión consultiva 8.7.1996- *Licitud sobre la amenaza o empleo de las armas nucleares*: “[...] medio ambiente no es una abstracción sino el espacio en el que viven los seres humanos y del que depende la calidad de su vida y su salud, inclusive la de las generaciones futuras [...]”, párr. 29.

22 En ocasiones el Daño Ambiental afecta intereses difusos, que son aquellos intereses que no pueden ser identificados en un/os afectado/s particular/es del grupo y en que resulta no existir un representante en el orden jurídico.

IV.a) Bibliografía

- Anderson, M. R. (1998). Human Rights Approaches to Environmental Protection: An Overview. En A. Boyle y M. Anderson, *Human Rights Approaches to Environmental Protection*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1-23.
- Belorgey, J.-M. (2007). La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales. *Revista de derecho político*, 70, pp. 347-377.
- Canosa Usera, R. (2006). ¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente? *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 7, tomo 1, pp. 151-215.
- Declaración sobre medio ambiente humano de 16.6.1972 –Declaración de Estocolmo–, A/Conf.48/14/Rev.1
- Declaración política de 4.9.2002 –Declaración de Johannesburgo–, Doc. A/Conf.199/20.
- Declaración “El futuro que queremos” de 19.6.2012 –Declaración Río+20–, A/Conf.216/L.1
- Declaración sobre medio ambiente y desarrollo de 14.6.1992 –Declaración de Río de 1992–, Doc. A/Conf.151/5/Rev.1
- Informe de la Comisión de Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo “Nuestro futuro común” – Informe Brundhland–, Res. AGNU de 4.8.1987
- Programa de Acción para el desarrollo sostenible de 1992 –Agenda 21–Doc. A/Conf.151/26
- Rojas Quiñonez, C. M. (2011). La protección jurídica internacional del derecho al medio ambiente. En F. Sindico, R. M. Fernández Egea y S. Borràs Pentinat (eds.), *Derecho internacional del medio ambiente*. p. 450.
- Vercher Noguera, A. (2012). Derechos Humanos y medio ambiente en el Tribunal europeo de Derechos Humanos: breves notas para el futuro contexto internacional. *Revista penal*, 30, pp. 151 y ss.

IV.b) Páginas web

- Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa Recomendación 1431 (1999), Recomendación 1614 (2003), Recomendación 1885 (2009): <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta09/EREC1885.htm>
- Consejo de Europa: <http://www.coe.int>.
- Corte Internacional de Justicia: <https://www.un.org/es/ijc/>
- Organización de los Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.oas.org>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– puede consultarse información sobre su funcionamiento y su jurisprudencia, disponible en inglés y francés a través la base de datos. También se puede consultar el texto del CEDH y sus Protocolos. HUDOC: <http://hudoc.echr.coe.int>.

Expulsión colectiva de extranjeros. Derecho de defensa

TEDH, *Case of Georgia v. Russia (I)*, 31 de enero de 2019

*Por Verónica Jaramillo Fonnegra*¹

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictó sentencia en este caso atípico interestatal (o de Estado contra Estado),² donde se debatió la expulsión masiva, vía administrativa, de miles de ciudadanos georgianos desde la Federación de Rusia. Dicha deportación masiva se realizó en un contexto de conflicto diplomático en el que cuatro militares rusos habían sido detenidos en Georgia. Por ende, se produjo una retaliación que tuvo como perjudicados a residentes georgianos en Rusia.

Este caso demuestra una vez más la fragilidad de la categoría migrante, la cual varía frente a contextos políticos móviles, donde la posibilidad de permanecer en un territorio y construir un proyecto de vida está profundamente condicionada por la voluntad de los Estados y sus posturas geopolíticas. La construcción moldeable de la idea de nación, la reestructuración de las fronteras (Mezzadra y Neilson, 2017) y de la idea de ciudadanía (Balibar, 2003a) precaria (Alonso y Valencia Lomelí, 2008) quedan profundamente evidenciadas en este caso.

1 Abogada (Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín). Magíster en Derechos Humanos (Universidad Nacional de la Plata). Doctora en Ciencias Sociales (Universidad de Buenos Aires). Docente e investigadora del IJDH-UNLa.

2 En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las denuncias de Estado contra Estado tienen poca tradición. De hecho, en la sentencia solo se cita un antecedente: el caso de Chipre vs Turquía de 2014.

Georgia, un Estado que integró la ex URSS hasta 1991, se constituyó en menos de 15 años en un enemigo político. Después de contar por años con una idea de nación única, los georgianos y los rusos trazaron una línea imaginaria que deshumaniza la condición de los georgianos en el país que quizás también fue el suyo no hace tanto.

Este caso demuestra lo antojadizo de la frontera y el impacto de la política internacional en las vidas de las personas, “ya que las fronteras siempre están sobredeterminadas: esto significa que ‘una frontera política nunca constituye el mero límite entre dos Estados’ sino que siempre es “sancionada, reduplicada y relativizada por otras divisiones geopolíticas” (Balibar 2003b, en Mezzadra y Neilson, 2017: 23). La negación de los lazos comunes e históricos que tienen los georgianos con el pueblo ruso, quienes pasan de ser un mismo país a ser alteridad o una amenaza en tan poco tiempo, se constituye en una evidente prueba de la arbitrariedad de las políticas migratorias en la actualidad.

Hechos

A finales del verano de 2006 las tensiones políticas entre la Federación Rusa y Georgia habían alcanzado un clímax con el arresto, el 27 de septiembre de 2006, de cuatro oficiales rusos en Tbilisi y la suspensión el 3 de octubre de 2006 por parte de la Federación de Rusia de carreteras, zonas marítimas, enlaces ferroviarios, postales y financieros con Georgia.

Para el otoño de 2006 ya se había puesto en práctica en la Federación de Rusia una política coordinada de arresto, detención y expulsión de ciudadanos georgianos, que se realizaba por vía administrativa. Tal y como quedó probado en la sentencia, desde finales de septiembre de 2006 hasta finales de enero de 2007, más de 1500 ciudadanos georgianos habían sido expulsados del territorio de la Federación de Rusia, independientemente de si residían de forma regular o irregular, simplemente por ser georgianos. Por ello, el gobierno de Georgia decidió iniciar una demanda internacional por la violación a los derechos humanos de sus nacionales en el país vecino, considerando que esta había sido una expulsión masiva, que no reconocía la posibilidad de interponer recursos judiciales efectivos.

En un primer momento el demandante alegó que entre finales de septiembre de 2006 y finales de enero de 2007 se habían emitido 4.634 órdenes de expulsión contra ciudadanos georgianos, de los cuales 2.380 habían sido detenidos y expulsados por la fuerza, y los 2.254 restantes habían abandonado el país por sus propios medios. Especificó también que entre octubre de 2006 y enero de 2007 hubo un fuerte aumento en el número de expulsiones de ciudadanos georgianos, que aumentó aproximadamente de 80 a 100 personas por mes entre julio y septiembre de 2006 y de 700 a 800 por mes entre octubre de 2006 y enero de 2007.

Cuando se realizó la audiencia de testigos, el Sr. Pataridze, cónsul de Georgia en la Federación de Rusia en el momento de los hechos, declaró que desde finales de septiembre de 2006 el consulado de Georgia en Moscú había sido inundado con llamadas telefónicas y solicitudes de asistencia de familiares de personas detenidas, y que entre 200 y 300 ciudadanos georgianos habían acudido al consulado

todos los días. También dijo que hubo un aumento en el número de documentos de viaje (que fueron necesarios para expulsar a los ciudadanos georgianos) emitidos durante ese período, con el número pasando de un promedio de 10 a 15 documentos por día a 150 por día.

El 1º de abril el 2016 el Gobierno de Georgia presentó una lista inicial de 345 presuntas víctimas. Entre el 31 de agosto y el 1º de septiembre de 2016 el Gobierno presentó una segunda lista de 1.795 presuntas víctimas (incluidas las 345 presuntas víctimas que figuraban en la primera lista).

El Estado demandado presentó como testigo, en la audiencia de pruebas, a quien era para el momento de los hechos el jefe adjunto del Departamento de Control de Inmigración del Servicio Federal de Migración, quien declaró que para 2006 se emitieron 4.022 órdenes de expulsión administrativas contra ciudadanos georgianos, lo que representó un aumento del 39,7% en comparación con 2005. Sin embargo, durante ese año, el mayor número de órdenes de expulsión administrativas se había hecho contra ciudadanos de Uzbekistán (6.089), seguidos de nacionales tayikos (4.960). Por lo tanto, los georgianos solo ocupaban el tercer lugar.

Principales argumentos debatidos

La Federación de Rusia sostuvo como argumento principal que debía aplicarse el artículo 41 de la CEDH, que se refiere a la necesidad de una satisfacción equitativa (lo equivalente a las reparaciones o a la indemnización en nuestro sistema interamericano) frente a una causa de denuncia de Estado contra Estado. Pero alegó que en el presente caso las víctimas eran ciudadanos georgianos y no el Gobierno solicitante. Por lo tanto, no debía otorgarse una indemnización al Gobierno solicitante, sino a las personas interesadas, la gran mayoría de las cuales no habían sido identificadas individualmente.

Para ahondar en esa línea argumental, insistió en la extemporaneidad en la que llegó la segunda lista de presuntas víctimas y se refirió a la sentencia *Chipre vs. Turquía*, en la que el Tribunal se había basado en una lista detallada de víctimas, identificables objetivamente, por lo que sostuvo que el Tribunal debería seguir el mismo enfoque en el presente caso.

Al respecto, el TEDH consideró que el artículo 41 de la Convención se aplica a los casos interestatales. Pero, la cuestión de si la concesión de una indemnización a un Estado solicitante se justifica tenía que ser evaluada y resuelta por la Corte en el caso concreto. Por lo tanto, solo se brinda reparación en un caso interestatal cuando existen víctimas individuales. El Tribunal recomienda llamar a la persona lesionada para la obtención de compensación pagada por parte del Estado infractor. Asimismo, ya había establecido tres criterios para la concesión de una satisfacción justa en un caso de Estado contra Estado:

- (i) El tipo de denuncia presentada por el Gobierno solicitante debe referirse a la violación de los derechos humanos básicos de sus nacionales (u otras víctimas);
- (ii) Las víctimas deben ser identificadas; y
- (iii) El objetivo principal de iniciar el proceso debe recaer sobre ese asunto.

Otro de los argumentos centrales de la demanda era la cantidad de personas que debían ser reparadas. Al respecto, y refiriéndose al párrafo 135 de la sentencia principal,³ el Gobierno demandante presentó reclamos de satisfacción justa para 4.634 ciudadanos georgianos, de los cuales 2.380 habrían sido detenidos y expulsados por la fuerza. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y de acuerdo con el principio de equidad, reclamaron una suma global de 70.320.000 euros por los daños inmateriales sufridos por los nacionales georgianos. Refiriéndose a la jurisprudencia de la Corte, señalaron que esa cantidad incluye una compensación de 20.000 euros para cualquier persona detenida y expulsada por la fuerza y 10.000 euros para cualquier persona que había salido de la Federación de Rusia por sus propios medios.

El Gobierno demandante también reclamó reparación por la muerte de tres personas y por la pérdida del uso de la mano izquierda de otra debido a la falta de asistencia médica adecuada.

El Tribunal consideró que, de conformidad con las normas en materia probatoria, correspondía al Gobierno solicitante, como reclamante, presentar una lista de las personas interesadas (con una indicación de su nombre completo, lugar de nacimiento y la región en la que se había producido la violación y el tipo de violación). Eso era aún más necesario porque en la Federación de Rusia, como en otros Estados contratantes, no había un registro de personas arrestadas contra las cuales un tribunal administrativo había ordenado la reclusión en centros de detención por su origen étnico. Pero, además, en el presente caso, el Gobierno demandado también tenía el deber de producir toda la información y los documentos pertinentes en su poder a pesar de las dificultades asociadas con el paso del tiempo y la recopilación de una cantidad sustancial de datos.

En el contexto del examen preliminar, el Tribunal se basó en los documentos que le presentaron las partes y en el hecho de que el propio Gobierno demandado reconoció que un cierto número de ciudadanos georgianos que figuran en la lista presentada por el Gobierno solicitante podría ser considerado como víctimas. Sin embargo, 290 personas nombradas en esa lista no podían considerarse como tales porque, entre otras cosas, aparecían más de una vez en esa lista; presentaron solicitudes individuales ante el TEDH; han adquirido la nacionalidad rusa o desde el principio poseían una nacionalidad distinta de la georgiana; se habían expedido órdenes de expulsión contra ellos antes o después del período en cuestión; utilizaron con éxito los remedios disponibles; no ha sido posible identificarles o sus quejas no han sido suficientemente fundamentadas debido a la información insuficiente presentada por el gobierno solicitante.

Finalmente, el resto de la disputa se dio frente a los montos reclamados, ya que para el Estado demandado eran muy altos, pero además se realizó el análisis con respecto a las personas nombradas por el Gobierno solicitante, algunos de los cuales habían presentado solicitudes individuales ante el Tribunal.

Con respecto a las reparaciones simbólicas, la Corte retomó el principio rector de la equidad, que sobre todo implica flexibilidad y una consideración objetiva de lo que es justo y razonable en todas las

3 TEDH, *Case of Georgia v. Russia (I)*, Judgment (Merits), Court (Grand Chamber), 3 de julio de 2014.

circunstancias del caso, incluida no solo la posición del solicitante, sino el contexto general en el que ocurrió la violación. Sus reparaciones no pecuniarias sirven para reconocer el hecho de que el daño inmaterial ocurrió como resultado de una violación de un derecho humano fundamental y reflejan en términos más amplios la gravedad del daño. Por eso, consideró que la sentencia favorable es una forma de reparación del daño sufrido.

La resolución del caso

En una resolución por dieciséis votos contra uno, se determinó que el artículo 41 del Convenio es aplicable en el presente caso, por lo que la disputa de Estado contra Estado es válida y plausible de ser sentenciada. La principal conclusión del Tribunal fue que quedó probado que el Gobierno demandado había permitido una práctica administrativa de arresto, detención y expulsión colectiva de ciudadanos georgianos en la Federación de Rusia en el otoño de 2006.

En consecuencia, a los efectos de otorgar una satisfacción justa, el Tribunal consideró que puede considerarse que existe un grupo “suficientemente preciso e identificable objetivamente” de al menos 1.500 ciudadanos georgianos que fueron víctimas de una violación del artículo 4 del Protocolo N° 4 referente a la prohibición de expulsión colectiva. Entre estos, cierto número también fue víctima de una violación del artículo 5.1 referente a la privación ilegal de libertad y del artículo 3 que consagra la prohibición de condiciones inhumanas y degradantes de detención establecidas en el Convenio.

En consecuencia, el Tribunal condenó al Estado demandado a pagar al Gobierno solicitante, dentro de tres meses siguientes a la sentencia, 10.000.000 euros en relación con el daño inmaterial sufrido por un grupo de al menos 1.500 nacionales georgianos; más los intereses establecidos por el Banco Central Europeo de tres puntos porcentuales si existe incumplimiento de pago, después de esos tres meses.

Esta cantidad deberá ser distribuida por el gobierno solicitante a las víctimas individuales, pagando 2.000 euros a los ciudadanos georgianos que fueron víctimas solo de la violación del artículo 4 del Protocolo N° 4, y entre 10.000 y 15.000 euros a aquellos que también fueron víctimas de la violación del artículo 5.1 y el artículo 3 de la Convención, teniendo en cuenta la duración de sus respectivos períodos de detención.

Votos concurrentes

Los jueces Yudkivska, Mits, Hüseyinov y Chanturia se apartaron de la decisión mayoritaria y realizaron un análisis sobre el debate probatorio. Agregaron que, si bien estaban de acuerdo con las principales conclusiones de la Gran Sala, observaron que en el punto 2 de la parte dispositiva de la sentencia principal se constituía la prueba de que la Federación de Rusia sabía efectivamente el número de personas expulsadas. El párrafo decía: “En su examen del presente caso [la Gran Sala], supone que durante el

período en cuestión se emitieron más de 4.600 órdenes de expulsión contra ciudadanos georgianos, de los cuales aproximadamente 2.380 fueron detenidos y expulsados por la fuerza”.

La opinión disidente considera que el Tribunal debería haber tenido en cuenta el marco numérico de la sentencia principal para la indemnización e identificación de las víctimas. Ese marco numérico expuso dos grupos separados de personas “suficientemente precisas” y “objetivamente identificables” de acuerdo con los criterios utilizados en el caso *Chipre v. Turquía*.

Es decir, que la cifra de 4.600 órdenes de expulsión de las cuales 2.300 fueron expulsadas y detenidas por la fuerza significa que existen dos grupos “suficientemente precisos”, ya el propio Gobierno demandado había admitido ante la Corte –durante el examen de fondo– que se habían emitido más de 4.000 órdenes de expulsión administrativas contra ciudadanos georgianos en 2006. Ello demuestra que las expulsiones y detenciones fueron, como la propia Gran Sala había encontrado en la sentencia principal, confirmadas.

Por lo tanto, y dado que el Tribunal reconoció la existencia de esas órdenes judiciales, el voto concurrente no cree que fuera razonable suponer que las autoridades rusas emitieron esas órdenes de la nada, con respecto a personas “fantasmas”, anónimas o no existentes. Por el contrario, tales órdenes obviamente contenían los nombres, fechas de nacimiento y otros datos de identificación de todas las personas involucradas, con las que solo contaba el gobierno ruso y que posibilitarían la plena identificación de las personas a indemnizar.

En consecuencia, es importante enfatizar que la falta de información en el expediente del caso fue causada por el Gobierno demandado. Y el no haber cooperado debidamente con el Tribunal y proporcionarle los documentos pertinentes devino en una difícil identificación de las víctimas (véanse las conclusiones de los párrafos 100 a 110 de la sentencia principal). De hecho, dado que la expulsión y la detención tuvieron lugar en la Federación de Rusia, sobre la base de las órdenes administrativas y judiciales emitidas en ese país, era razonable suponer que solo se podían encontrar todos los rastros legales de esas expulsiones y detenciones en los archivos de la Federación de Rusia (y no, por ejemplo, en Georgia). Como el Gobierno demandado continuó reteniendo los documentos necesarios para la Corte incluso en la etapa de satisfacción justa del procedimiento (véase el párrafo 62 de la presente sentencia).

Por estas razones, creemos que el marco numérico suficientemente preciso fue el establecido por el Tribunal en el párrafo 135 de la sentencia principal, que debería haberse tomado como base para calcular la indemnización en virtud del artículo 41 del Convenio, esto es, 4.600 personas expulsadas, de las cuales 2.300 fueron expulsadas y detenidas forzosamente.

Un voto disidente

El voto en minoría se presentó ante el Tribunal por el Juez Dedov, quien lamentó que el Tribunal no permitiera que el monto otorgado en compensación fuera distribuido directamente por el Gobierno demandado en cooperación con el Gobierno demandante, como debería suceder en el contexto de las

relaciones internacionales entre Estados soberanos. Por el contrario, el Tribunal dejó exclusivamente al Gobierno solicitante la creación de un mecanismo efectivo para la distribución de la compensación después, y no antes, del pago del monto por el Gobierno demandado. Este algoritmo excluye al Gobierno demandado de cualquier participación en la distribución y socava el estado de la Federación de Rusia como Estado miembro del Consejo de Europa, por lo que es comparable al estado de un delincuente que paga una multa para distribuirlo más a discreción del Estado. El juez considera que el procedimiento de implementación nacional e internacional debería ser diferente.

Comentarios finales

Después de analizar la sentencia de reparaciones de este caso, se evidencian algunas dificultades a la hora de probar cuáles son las personas migrantes, víctimas de violaciones de derechos humanos, que han sido expulsadas de un país. Tal y como lo expresa el voto concurrente, si bien la acusación se hizo con base a un número determinado, que el Estado georgiano podía probar e identificar, el Estado ruso había dado cuenta de un número mayor de personas expulsadas en el mismo período en que se demandaba la expulsión colectiva.

Si bien “esconder” información, en principio, puede constituirse como una estrategia válida de la defensa, es necesario recordar los principios de buena fe y *pro persona* que permean los derechos humanos. Por lo que la Federación de Rusia debió proveer suficiente información sobre la cantidad de personas expulsadas de su jurisdicción, además de datos fehacientes para identificarles. Ya que como es previsible, muchas de esas personas no estaban claramente identificadas para el Estado georgiano —porque no vivían en su país—, lo que no indica de ninguna manera que no se hayan visto afectadas por la expulsión.

Esto evidenció, por una parte, que el Estado demandante no cuenta con información para conocer dónde están, ni el grado de vulnerabilidad con el que llegaron desde la Federación de Rusia. Y por otra, expuso, una estrategia deshonesto por parte del Estado demandado quien era el único que podía tener constancias de las expulsiones y detenciones de los ciudadanos georgianos.

Asimismo, un elemento a considerar que no fue analizado por el Tribunal en ningún momento es la pérdida del proyecto de vida, término muy presente en el ámbito interamericano (Calderón Gamboa, 2005), usado cuando se han juzgado causas que nada tienen que ver con personas migrantes, pero que pueden ayudar a pensar las vulneraciones a personas migrantes. Por ello, es necesario preguntarnos ¿cuánto vale la pérdida de un proyecto de vida? Cuando una persona es expulsada, ¿cuántas cosas pierde? El TEDH consideró que dejar una casa, a la familia y afectos en otro país y discontinuar la educación o el proyecto laboral cuesta 2.000 euros.

Pero, ¿cuánto perdieron en realidad estas personas? ¿Quién se quedó con sus bienes? ¿Les devolvieron sus ahorros? ¿Les separaron de sus hijos, hijas o padres? ¿Les quitaron la posibilidad de avanzar en un deporte o arte realizado de manera colectiva? ¿Les alejaron de un círculo comunitario? ¿Por qué si el

Tribunal dice realizar un examen caso a caso decide el mismo monto para todas las personas? Muchas preguntas quedan abiertas al analizar este fallo de reparaciones.

Por otra parte, sin duda esta sentencia es un interesantísimo caso con componentes únicos en el litigio internacional, desde la denuncia de un Estado sobre otro en causas relativas a población migrante, hasta la reparación por ser expulsados sin garantías judiciales y de forma colectiva. Además de una importante apuesta en el tema del derecho a la defensa y las reparaciones por el tiempo y las condiciones de encierro, al ser detenidos a los fines de la expulsión en razón de su nacionalidad y sin cometer ningún delito.

También constituye una novedad ver como Estados con el peso geopolítico de la Federación de Rusia son sancionados con montos económicos tan altos por políticas que vulneran derechos de las personas migrantes. Esta sentencia nos demuestra que las luchas contrahegemónicas que se inician desde los derechos humanos (De Sousa Santos, 2005) dan –con una gran variedad de matices– frutos. El verdadero desafío está en lograr que los Estados se obliguen internacionalmente a cumplir derechos de las personas migrantes firmando, primero, los tratados internacionales.

Bibliografía

- Alonso, J. y Valencia Lomelí, E. (2008). *Ciudadanía mundial en el marco de la ciudadanía precaria: Una ciudadanía integral anticipada*. Espiral, 14(41), 223-239.
- Balibar, É. (2003a). *We the People of Europe. Reflections on Transnational Citizenship*. Princeton: Princeton University Press.
- (2003b). *Politics and the Other Scene*. Londres: Verso.
- Calderón Gamboa, J. F. (2005). *Reparación por daño al Proyecto de vida por violaciones a Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa.
- Case of Georgia v. Russia (I) (Application N° 13255/07) Judgment (Just satisfaction) Strasbourg 31 January 2019 Consulted in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-189019%22%5D%7D>
- De Sousa Santos, B. (2005). El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39, pp. 363-420.
- Mezzadra, S. y Neilson, B. (2017). *La Frontera como Método o la multiplicación del Trabajo*. Madrid: Traficantes de sueños.

Prisión preventiva. Cumplimiento de sentencias TEDH, *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, 29 de mayo de 2019

Por Milton C. Feuillade¹

1. Introducción

En este trabajo analizaremos la sentencia de ejecución dictada² por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Ilgar Mammadov v. Azerbaiyán*.³

Nos interesa, para la mejor comprensión del caso, realizar una descripción de la situación sociopolítica de este país con especial foco en el período de los hechos. Azerbaiyán en su historia reciente es el país más extenso del Cáucaso vinculado a la ex Unión Soviética desde 1920 hasta 1991, con recursos petroleros y una configuración social de mayorías musulmanas chiíes.

Desde su independencia, el gobierno ha estado conducido por influencia de una de las principales familias del país y su entorno, gozando de prosperidad económica y tensiones políticas con los partidos de oposición, así como cuestionamientos de posibles elementos de corrupción.⁴

1 Investigador del CONICET. Docente de Derecho Internacional Privado (UNR y UCA).

2 Todas las citas textuales de la sentencia son traducción libre del autor.

3 Proceedings under article 46 § 4 in the case of *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan* (application Nº 15172/13), Grand Chamber, Judgment, 29 may 2019.

4 Conf. International Transparency (2004). *Informe global de la corrupción*. Berlín-Barcelona: Icaria, pp. 382.

Heydar Aliyev ejerció el poder entre la era soviética y postsoviética durante tres décadas. Luego de conflictos políticos y armados internos postindependencia, por referéndum accedió por segunda vez al poder en el año 1993, consolidando una paz y reconducción económica, particularmente a partir de los recursos petroleros desde la empresa SOCAR, en cuya dirección designó a su hijo, Ilham Aliyev, actual presidente.

Entre los movimientos de la oposición se encuentra Ilgar Mammadov, politólogo y docente universitario, miembro del Partido Alternativo Republicano, y candidato a presidente para las elecciones de octubre de 2013, quien fue arrestado en febrero de ese año, sentenciado en marzo de 2014 a siete años de prisión y liberado en agosto de 2018.

Su arresto y detención bajo los cargos de instigar a la violencia ocurrió en una ciudad del interior del país llamada Ismayili, dentro de un marco de protestas y represión a manifestantes. El caso logró visibilidad internacional en función de la organización por parte del país del festival de Eurovisión, por lo que muchos Estados realizaron protestas considerando que era un preso político.

El 22 de mayo de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentenció que Azerbaiyán había violado una serie de disposiciones básicas de derechos humanos al arrestar y condenar a Mammadov, y ordenó su liberación y reparaciones.

El 5 de diciembre de 2017, el Comité de Ministros del Consejo de Europa inició un procedimiento de infracción contra la República de Azerbaiyán por incumplimiento de la sentencia del TEDH, que motivó la decisión que a continuación comentaremos.

La situación de los derechos humanos en Azerbaiyán no ha mejorado, a tal punto que entre otras resoluciones y declaraciones es dable citar la Resolución del Parlamento Europeo del 17 de enero de 2019, sobre Azerbaiyán,⁵ en la cual se denuncia la detención y condena arbitraria de periodistas y las severas restricciones a la libertad de expresión y prensa por todo medio, con bloqueos de medios de comunicación en todas sus formas de difusión y tecnología. En el punto K.2., el Parlamento Europeo:

[p]ide que cese la represión de Azerbaiyán contra la disidencia, solicita la liberación de prisión, inmediata e incondicional, de todos los presos políticos, incluidos periodistas, defensores de los derechos humanos y otros activistas de la sociedad civil, y solicita que se retiren todas las acusaciones contra ellos y que se restablezcan plenamente sus derechos políticos y civiles,⁶

instando a que el Estado actúe de la misma manera que con la liberación del Sr. Mammadov.

5 Parlamento Europeo, Resolution on Azerbaijan, notably the case of Mehman Huseynov, 2019/2511(RSP). Recuperado de [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2019/2511\(RSP\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2019/2511(RSP))

6 *Ibídem*.

2. Incumplimiento de sentencia

La problemática del cumplimiento de las sentencias es una constante en los sistemas de derechos humanos. Por el artículo 46.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos las partes se comprometen a acatar y cumplir las sentencias.

En el presente caso, la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por incumplimiento de sentencia data fue dictada de forma unánime. Su antecedente es la sentencia de mayo de 2014 contra Azerbaiyán, por la violación contra Ilgar Mammadov de los artículos 5.1.c), 5.4, 6.2 y 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para la Corte, la prisión preventiva había carecido de sospecha razonable y Mammadov no había tenido oportunidad de ejercer su derecho a un recurso judicial efectivo al negársele la revisión de la sentencia, bajo motivaciones en las que el gobierno intentaba no se diera luz a hechos ocurridos.⁷

En diciembre de 2017, tras la condena del Sr. Mammadov, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una segunda sentencia, basada en la violación del artículo 6.1 del Convenio. En esencia, el Tribunal condenó la arbitrariedad de la sentencia por falta de fundamentación⁸ y recordó que la prisión preventiva ilegítima había sido el centro de la solicitud.

Consideramos necesario realizar una breve explicación del derrotero del proceso con posterioridad. En la sentencia del año 2014, el Tribunal solicitó a Azerbaiyán que tomara medidas conducentes a la eliminación de las irregularidades ocurridas en el proceso penal y la liberación del acusado.

El Estado incumplió medidas de reparación en algunos casos y lo hizo de modo general o parcial en otros, por lo que el Comité, en su función de supervisión de cumplimiento, desde mediados de 2016 comenzó a activar las medidas que el tratado otorga para la efectividad de las sentencias del TEDH.

Entre octubre y diciembre de 2017 el Comité formalmente notificó y solicitó al Estado que informara sobre la adopción de las medidas solicitadas por el Tribunal, bajo el amparo del artículo 46.4 del Con-

7 Se dice en el punto 100 de la sentencia: El Tribunal es consciente del hecho de que el caso del solicitante ha sido llevado a juicio (la detención continua del solicitante durante el proceso del juicio y las audiencias del juicio aún no han sido objeto de una queja ante el Tribunal). Sin embargo, eso no afecta las conclusiones del Tribunal en relación con la presente queja, en la que se le pide que examine si la privación de la libertad del solicitante durante el período previo al juicio se justificó sobre la base de la información o los hechos disponibles en el caso pertinente. A este respecto, teniendo en cuenta el análisis anterior, el Tribunal considera que el material presentado ante él no cumple con el estándar mínimo establecido por el artículo 5 § 1 (c) de la Convención por la razonabilidad de una sospecha requerida para el arresto de un individuo y detención continua. En consecuencia, no se ha demostrado de manera satisfactoria que, durante el período bajo la consideración de la Corte en el presente caso, el solicitante fue privado de su libertad bajo una “sospecha razonable” de haber cometido un delito penal.

8 Se establece en el relato de antecedentes en el punto 23 de la sentencia: La audiencia se reanudó el 13 de octubre de 2015. Mediante una decisión en esa fecha, el Tribunal Supremo anuló la sentencia del Tribunal de Apelación de Shaki de 24 de septiembre de 2014, al considerar que los tribunales inferiores rechazaron las solicitudes de la defensa para el examen de los testigos y otras pruebas no se habían razonado lo suficiente y violaban las normas procesales nacionales y los requisitos del artículo 6 de la Convención. El caso fue remitido para un nuevo examen por el tribunal de apelaciones.

venio.⁹ Se realizaron visitas a Bakú mediante representantes y se destacó la gravedad de la intervención de autoridades no judiciales en el proceso.

Tras la segunda sentencia, en agosto de 2018 Azerbaiyán otorgó al Sr. Mammadov la libertad condicional y le redujo la condena sobre la base del tiempo pasado en prisión.

3. Eficacia de sentencias

El artículo 46 del Convenio Europeo posee la finalidad de actuar como garantía de efectividad.¹⁰ Del párrafo 159 de la sentencia se desprende que el cumplimiento de sentencia no pretende la reapertura de lo juzgado en primera instancia, sino presionar para asegurar el cumplimiento.

Se parte de la base de que el artículo 46 es de aplicación excepcional, desde el principio de subsidiariedad. Es el Estado el que debe administrar los medios para el cumplimiento de las sentencias. El Comité realiza el seguimiento y supervisión del cumplimiento.¹¹

Si ello no ocurre, como en este caso, se pone en ejecución el artículo 46. Las características de las medidas que adopta el Comité en su competencia son: 1) concretas, ya sean individuales o generales; 2) con la finalidad de lograr la efectividad de la sentencia; y 3) viables, oportunas, adecuadas y suficientes, permitiendo flexibilidad acorde al sistema jurídico del Estado y su adecuación al Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Otra importante conclusión es que el Tribunal Europeo posee una estricta postura en la prohibición de alegación del derecho interno a los efectos del incumplimiento de una sentencia. Su no cumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado y el deber de reparación.¹²

9 Conforme al punto 57 de la sentencia: *La última resolución provisional adoptada en ese período fue en la 1259ª reunión de Derechos Humanos del Comité de Ministros (7-9 de junio de 2016 (véase CM / Res / DH (2016) 144). Declaró: “El Comité de Ministros, de conformidad con el artículo 46 § 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que establece que el Comité supervisa la ejecución de las sentencias finales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“ el Tribunal “) a continuación [...] Lamentamos profundamente que, a pesar de las conclusiones del Tribunal sobre las fallas fundamentales de los procesos penales entablados contra él y a pesar de las repetidas llamadas del Comité, el demandante aún no ha sido puesto en libertad; [...] Recordando que es intolerable que, en un Estado sujeto al estado de derecho, una persona continúe siendo privada de su libertad sobre la base de los procedimientos iniciados, en violación de la Convención, con el fin de castigarla por haber criticado el gobierno”.*

10 Rubio Fernández, E. M. *La contribución del procedimiento del artículo 46.4 a la efectividad del sistema europeo de derechos humanos (a propósito de la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos en el caso Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán, 2019).*

11 Dice en el considerando 182: “El Tribunal reitera que, como una jurisprudencia bien establecida, sus sentencias son de naturaleza declarativa y que, en determinadas circunstancias especiales, puede tratar de indicar el tipo de medida que podría adoptarse para poner fin a una violación. se ha comprobado que existe (véase el párrafo 153 supra). Ocasionalmente, el Tribunal ha incluido indicaciones relevantes para el proceso de ejecución en relación con medidas tanto individuales como generales (véase, por ejemplo, Assanidze v. Georgia [GC], Nº 71503/01, § 203, CEDH 2004 II y Aydoğdu v. Turquía, no 40448/06, §§ 118-122, 30 de agosto de 2016). Sin embargo, teniendo en cuenta el equilibrio institucional entre la Corte y el Comité de Ministros en virtud de la Convención (véanse los párrafos 167 a 168 supra) y la responsabilidad de los Estados en el proceso de ejecución (véase el párrafo 150 supra), la elección final de las medidas para permanecerá en manos de los Estados bajo la supervisión del Comité de Ministros, siempre que las medidas sean compatibles con las “conclusiones y espíritu” establecidas en la sentencia de la Corte (ver Egmez, citado anteriormente, §§ 48-49, y Emre (Nº 2), citado anteriormente, § 75, y párrafos 149 y 153 anteriores)”.

12 Se desprende del considerando 150: En lo que respecta a los requisitos del artículo 46, primero debe señalar-

Las sentencias de este caso generaron, entre otras medidas, la revisión legislativa del Código Penal y el seguimiento y revisión por parte de las autoridades judiciales de las medidas tomadas.¹³

4. Conclusión

En el caso se demuestran situaciones que hoy estamos viendo a nivel mundial. Son las grietas y pendientes de algunas democracias, donde las disidencias políticas se trasladan al poder judicial, utilizándose la persecución penal para apartar al adversario político. Situaciones donde jueces y fiscales son condescendientes y conniventes con intervenciones de sectores extrajudiciales, ya sea de otros poderes del Estado, como de “capas” de la sociedad influyentes sobre el poder. El caso Mammadov perfectamente podría ser calificado como uno más del fenómeno del *lawfare*.

El Tribunal europeo condena las intromisiones por parte de autoridades extrajudiciales, las medidas irrazonables y abusivas de los jueces, especialmente a la hora de mantener a personas en prisión preventiva, para luego condenar a penas excesivas para tipos penales que en su descripción infringen derechos como la libertad de expresión y acción política.

Posteriormente el Estado, haciendo caso omiso y sin importarle la eventual responsabilidad internacional, incumplió la sentencia. Ante la coerción del Sistema de Derechos Humanos, lo hizo en cuotas y liberó al ilegalmente acusado, sin eliminar las consecuencias dañosas ni cumplir con el deber de adaptar la legislación en forma cabal para que similares situaciones no se repitan.

Cualquier situación y analogía con lo que en los últimos tiempos se vive en Argentina y algunos países latinoamericanos, como por ejemplo Brasil, quedan para un estudio comparado que seguramente arribará a sorprendentes y alarmantes conclusiones intersistémicas entre Europa y América respecto de sus sistemas de protección de derechos humanos. Invito al lector a realizar un puente desde el Cáucaso.

se que un Estado demandado que haya violado la Convención o sus Protocolos tiene la obligación de acatar las decisiones del Tribunal en cualquier caso en el que sea parte. En otras palabras, un incumplimiento total o parcial de la ejecución de un fallo de la Corte puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado parte. El Estado parte en cuestión tendrá la obligación no solo de pagar a los interesados las sumas otorgadas por simple satisfacción, sino también de tomar medidas individuales y / o, si corresponde, medidas generales en su orden jurídico interno para poner fin a la violación encontrada por el Tribunal y para corregir los efectos, con el objetivo de colocar al solicitante, en la medida de lo posible, en la posición en la que habría estado si no se hubieran ignorado los requisitos de la Convención. Y la jurisprudencia anterior citada.

13 Se ordena en el considerando 60. El 10 de febrero de 2017, el presidente de Azerbaiyán firmó una Orden ejecutiva. Según el análisis de la Secretaría en la 1280ª reunión de Derechos Humanos ((7-10 de marzo de 2017) CM / Notes / 1280 / H46-2), la Orden preveía la adopción de una serie de medidas. Entre otros, previó medidas con respecto a: la prevención de detenciones arbitrarias; una liberalización de la política criminal; la obligación de “cumplir estrictamente con los principios del derecho penal y los motivos generales de la sentencia”; la eliminación de “actitudes no procesales durante el enjuiciamiento penal y la ejecución de sentencias”; o la implementación de medidas más estrictas para combatir notablemente el abuso de poder. La Orden Ejecutiva también previó la elaboración dentro de dos meses de proyectos de ley, especialmente sobre: la despenalización de ciertos delitos, en particular en el campo económico; un mayor recurso a las alternativas al encarcelamiento y “una aplicación más amplia de sustitución del resto del encarcelamiento por castigos más ligeros, libertad condicional y sentencia suspendida”. También se ha recomendado a los tribunales nacionales que examinen la existencia de sospechas razonables de personas que han cometido un delito y motivos de arresto, al decidir sobre medidas de restricción y argumentos a favor de medidas alternativas. Además, también se ha recomendado a la Corte Suprema que garantice un análisis continuo de la jurisprudencia sobre arresto e imposición de prisión, y el desarrollo de una jurisprudencia justa en este campo.

Refugio. Principio de no devolución

TEDH, *Case of Ozdil and others v. The Republic of Moldova*, 11 de junio de 2019

Por Analía Cascone¹

Hechos y procedimiento ante el TEDH

Yasin Ozdil, Mujdat Celebi, Riza Dogan, Sedat Hasan Karacaoglu y Mehmet Feridun Tufekci, de nacionalidad turca, residían en Moldavia junto a sus familias y se desempeñaban como docentes de secundaria en una cadena de escuelas privadas llamada “Orizont”.

A mediados de julio de 2016 se produjo en Turquía un intento de golpe de Estado. Las autoridades turcas acusaron de dicho intento a una red vinculada al clérigo Fetullah Gülen, residente en Estados Unidos, cuyo movimiento es considerado por el gobierno como una organización terrorista.

En este contexto, el embajador de Turquía en Moldavia acusó a las escuelas Orizont de tener vínculos con el Gülenismo, y acusó de terrorismo a sus docentes. En mayo de 2017, el primer ministro turco visitó Moldavia y exigió el cierre de las escuelas. El 31 de marzo de 2018 el director de la escuela Orizont de Chisináu fue arrestado en el aeropuerto e interrogado por el servicio secreto de Moldavia durante varias horas. Se inició una investigación penal en su contra y se le impuso una prohibición de salida del país.

¹ Abogada (UBA). Master of Laws (Columbia University). Docente de Derecho Internacional Público (UBA). Se desempeña como coordinadora de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación.

En conexión con estos eventos, el 6 de abril de 2018 los demandantes solicitaron su reconocimiento como refugiados ante la Oficina de Migración y Asilo de Moldavia (“BMA”, por sus siglas en inglés), por temor a sufrir represalias en su país de origen motivadas en sus opiniones políticas.

El 10 de abril de 2018 se cerró la investigación contra el director de la escuela Orizont de Chisináu. El 5 de mayo de 2018 los demandantes solicitaron a las autoridades moldavas información respecto de la existencia de investigaciones pendientes en su contra. La fiscalía especializada en crimen organizado les respondió por escrito el 13 de junio de 2018 que no existían investigaciones penales pendientes que los involucrasen. El 31 de julio de 2018 los actores recibieron una carta similar de la fiscalía anticorrupción.

Sin embargo, el 6 de septiembre de 2018 siete docentes de Orizont, incluyendo a los demandantes, fueron arrestados en sus hogares y camino al trabajo por personas vestidas de civil que los trasladaron a un lugar desconocido. El servicio secreto de Moldavia emitió varios comunicados vinculados a una gran operación antiterrorista desarrollada ese mismo día en cooperación con los servicios de otros países, resultando en el arresto y expulsión de Moldavia de siete ciudadanos extranjeros sospechados de tener vínculos con una organización islamista. En idéntica fecha, los medios turcos informaron que el servicio secreto turco había participado de una operación en Moldavia en la que siete miembros del movimiento de Gülen habían sido arrestados.

Durante semanas, los familiares de los docentes desconocieron su paradero. Según se supo tiempo después, la misma mañana en que los demandantes habían sido arrestados, habrían sido trasladados directamente al aeropuerto de Chisináu, donde los esperaba un avión contratado específicamente para trasladarlos a Turquía.

Varios días después del arresto de los docentes, sus familias recibieron cartas de la BMA informando la decisión de rechazar sus solicitudes de asilo, con fecha 4 de septiembre. La BMA concluyó que los demandantes cumplían con los requisitos legales para ser reconocidos como refugiados, pero sus solicitudes fueron rechazadas con base en una nota clasificada procedente del servicio secreto de Moldavia, según la cual los actores representaban una amenaza para la seguridad nacional. Los demandantes contaban con un plazo de 15 días para abandonar el país y 30 días para apelar las decisiones.

Por otra parte, las familias también recibieron decisiones de la BMA por las que se ordenaba la expulsión de los actores, con prohibición de reingreso por cinco años.

Durante septiembre y octubre de 2018, el representante legal de los demandantes cuestionó judicialmente las decisiones referidas. Las apelaciones fueron rechazadas con base en que los poderes invocados por el representante no habían sido firmados por los actores, sino por sus esposas. Estas decisiones fueron apeladas sin éxito ante el superior tribunal correspondiente.

En este contexto, los actores demandaron a Moldavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”) argumentando la ilegalidad de su privación de la libertad y extradición a Turquía. El TEDH decidió dar prioridad al caso con base en la regla 41 del Reglamento de Procedimiento del TEDH (en adelante, “Reglas del TEDH”). Además de la notificación a Moldavia, el TEDH informó

a Turquía de su derecho a intervenir en el procedimiento en los términos del artículo 36.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, “CEDH”) y de la Regla 44.1 de las Reglas del TEDH. Turquía decidió no ejercer el derecho de intervención.

2. Argumentos de las partes

En primer lugar, Moldavia sostuvo que los demandantes no habían agotado los recursos internos disponibles, en la medida en que su representante legal no contaba con poderes firmados por ellos. El representante de los actores, por su parte, sostuvo que no pudo tener contacto con sus clientes y que sus familias carecían de los medios económicos necesarios para financiar su traslado a Turquía para obtener la firma de los poderes. Sin perjuicio de ello, destacó que las decisiones de la BMA fueron notificadas luego de que los actores fueran efectivamente deportados. Por este motivo, y porque los tribunales de Moldavia no podrían haber ordenado el retorno de los actores desde su detención en Turquía, los recursos internos no eran ni accesibles ni efectivos.

En lo sustantivo, los actores argumentaron: (i) que su arresto y detención violaron el artículo 5(1) del CEDH; (ii) que se los privó del derecho a ser oídos equitativamente en el marco del procedimiento relativo a su extradición, en violación del artículo 6 del CEDH; (iii) que la extradición a Turquía violó el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en violación del artículo 8 del CEDH; y (iv) que la decisión de extraditarlos a Turquía violó los requisitos procesales del artículo 1 del Protocolo N° 7 al CEDH, que regula las garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros.

Moldavia, por su parte, argumentó (i) que la privación de la libertad por un periodo corto de tiempo había estado justificada bajo el artículo 5.1.f) del CEDH, con el fin de ejecutar la expulsión de los actores; y (ii) que la injerencia en la vida privada y familiar estaba prevista en la ley, perseguía el fin legítimo de proteger la seguridad nacional y era necesaria en una sociedad democrática.

3. Decisión del TEDH

a. Admisibilidad

Con respecto al agotamiento de los recursos internos, el TEDH observó que Moldavia no había probado que los actores fueran notificados de las decisiones de sus casos antes de ser trasladados a Turquía el 6 de septiembre de 2018 por la mañana. Por lo tanto, los recursos internos no podrían haberse considerado efectivos en el caso concreto.²

² TEDH, *Case of Ozdil and others v. The Republic of Moldova*, 11 de junio de 2019, párr. 39.

Por otra parte, el TEDH declaró inadmisibles los reclamos de los actores bajo el artículo 6 del CEDH (derecho a ser oído equitativamente), por considerar que las decisiones sobre la entrada, permanencia y expulsión de personas extranjeras no se vinculan a la determinación de derechos u obligaciones de carácter civil o de una acusación penal.³ Por lo tanto, para el TEDH los hechos del caso no se vinculaban a los supuestos previstos en el artículo 6 del CEDH.

El resto de los reclamos fueron declarados admisibles.

b. Fondo

• *Violación del derecho a la libertad y seguridad personal (art. 5(1) del CEDH)*

Al analizar este agravio, el TEDH ponderó que si bien la legalidad de la detención se vinculaba al cumplimiento de los requisitos y procedimientos de derecho interno, ello no era suficiente, sino que se exige además que la privación de la libertad no sea arbitraria.⁴ La detención será arbitraria cuando, a pesar de cumplir con el derecho interno, las autoridades actúen con mala fe o recurran a engaños.⁵ El control de la detención por parte de autoridades judiciales independientes y la existencia de mecanismos de rendición de cuentas constituyen garantías que refuerzan la protección contra la detención arbitraria.⁶ Más aun, la investigación de hechos de terrorismo no puede erigirse en excusa para menoscabar el derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente.⁷

En aplicación de estos estándares, el TEDH consideró que la privación de la libertad de los actores había sido ilegal, innecesaria y arbitraria. Así, la calificó como una transferencia extralegal al territorio de Turquía, eludiendo cualquier tipo de garantía bajo el derecho interno e internacional.⁸

Entre los factores que el TEDH tuvo en cuenta para arribar a esta conclusión, se destaca que el gobierno de Moldavia no podía desconocer el temor de los actores de regresar a Turquía, que había sido expresado en sus solicitudes de asilo y reconocido por la BMA, y que el operativo llevado a cabo por los servicios secretos de ambos países había sido preparado con anticipación y organizado de tal manera que los actores se vieran privados de contar con el tiempo y los medios para defenderse. El TEDH subrayó asimismo que, al expulsar a los actores, las autoridades de Moldavia omitieron darles la opción de ser trasladados a un tercer país, entregándolos directamente a las autoridades turcas.⁹

3 Ídem, párr. 42.

4 Ídem, párr. 47.

5 Ídem, párr. 49.

6 Ídem, párr. 50.

7 Ídem., párr. 51.

8 Ídem., párr. 57.

9 Ídem, párr. 54.

● ***Violación del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH)***

Los actores habían vivido en Moldavia por muchos años junto a sus familias, que en algunos casos incluía cónyuges e hijos de nacionalidad moldava. Tras la expulsión de los actores, las familias permanecieron en Moldavia, privadas de recursos y de la posibilidad de contactarse con ellos por temor a regresar a Turquía. Por lo tanto, argumentaron que las autoridades de Moldavia incurrieron en una injerencia en el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar contraria a la ley e innecesaria en una sociedad democrática, en violación del artículo 8 del CEDH.

Moldavia reconoció que la expulsión interfería con la vida privada y familiar de los actores, pero argumentó que dicha injerencia estaba prevista en la ley, perseguía el fin legítimo de proteger la seguridad nacional y era necesaria en una sociedad democrática.

El TEDH subrayó que la expulsión de una persona de un país donde residen sus familiares cercanos puede violar el derecho a la vida familiar.¹⁰ Para analizar si este derecho fue violado en el caso de los actores, ponderó los elementos que daban cuenta de su arraigo, tales como la cantidad de tiempo que llevaban viviendo en el país, su estatus de residentes, sus empleos y el hecho de haber formado a sus familias en Moldavia. La expulsión de los actores interrumpió irremediablemente su integración en Moldavia y sus vidas privadas y familiares, por lo que el TEDH dio por probada la injerencia del Estado.¹¹

A continuación, el TEDH analizó si dicha injerencia se ajustó a los estándares del artículo 8.2 del CEDH. Con respecto al requisito de legalidad, sostuvo que el derecho interno debe proteger contra las injerencias arbitrarias de parte de las autoridades, incluso en el contexto de adopción de medidas vinculadas a la seguridad nacional. Las autoridades no tienen una discreción absoluta cuando sus medidas pueden afectar derechos fundamentales.¹² El TEDH consideró que el traslado forzoso de los actores a Turquía no estaba “previsto por la ley”, en los términos del artículo 8.2, ya que si bien las normas moldavas regulan los supuestos de expulsión y extradición, se eludió la aplicación de dicho marco normativo.¹³

Más aun, las personas sometidas a medidas para proteger la seguridad nacional deben tener acceso a garantías contra la arbitrariedad, incluyendo la posibilidad de que las medidas sean controladas y revisadas por un órgano independiente e imparcial, con competencia para determinar si son ajustadas a derecho y condenar los abusos de las autoridades.¹⁴ En el caso, el TEDH destacó que los tribunales se negaron a examinar los recursos contra las decisiones que denegaron las solicitudes de refugio de los actores con base en argumentos excesivamente formales, vinculados al hecho de que los poderes habían sido firmados por sus esposas. Sin perjuicio de ello, el TEDH subrayó que de cualquier manera los tribunales no habrían podido examinar los reales motivos detrás de las expulsiones porque el

10 Ídem, párr. 60.

11 Ídem, párr. 62.

12 Ídem, párr. 66.

13 Ídem, párr. 67.

14 Ídem, párr. 68.

derecho interno no preveía que la nota del servicio secreto que supuestamente las fundamentaba fuera puesta en conocimiento de los jueces.¹⁵

En conclusión, el TEDH sostuvo que los actores no contaron con protección contra la arbitrariedad, por lo que la injerencia en su vida privada y familiar no estaba prevista en una ley que satisficiera los requisitos del CEDH.

c. Reparación

Como medidas de reparación, el TEDH ordenó el pago de una indemnización de 25.000 euros a cada demandante, en concepto de daño moral.

4. Reflexiones finales

La decisión bajo reseña presenta varios aspectos interesantes. En primer lugar, se destaca el reconocimiento de la ineffectividad de los recursos internos y, por lo tanto, la ausencia de garantías contra la arbitrariedad, a la luz del excesivo rigorismo formal de los tribunales en la ponderación de los poderes otorgados por las familias de los actores, quienes fueron expulsados del país sorpresivamente y antes de ser siquiera notificados del rechazo de las solicitudes de asilo.

En segundo lugar, el TEDH subraya la necesidad de que las autoridades con competencia para revisar la decisión de expulsar a una persona tengan conocimiento y acceso a toda la información que haya sido tenida en cuenta para tomar la decisión.¹⁶ Si bien no es un punto que el TEDH desarrolle demasiado, reviste gran importancia a fin de evitar abusos por parte de autoridades dispuestas a adoptar decisiones basadas en información de carácter reservado ajena al conocimiento de la persona afectada, que se ve privada de que decisiones con consecuencias potencialmente muy graves sean revisadas de manera adecuada y efectiva por autoridades independientes e imparciales.

Con respecto a las garantías aplicables al procedimiento de expulsión, lamentablemente el TEDH eludió su análisis, considerando que las violaciones al debido proceso se veían reflejadas en el análisis de los demás artículos. No obstante, de la negativa a analizar este aspecto podemos inferir que el TEDH consideró que no había evidencia suficiente para que el caso encuadre en las excepciones del artículo 1.2 del Protocolo 7 (expulsiones necesarias en interés del orden público o basadas en motivos de seguridad nacional). De lo contrario, difícilmente habría podido evitar analizar los argumentos de las partes. El TEDH observó que los actores no tenían antecedentes ni procesos en su contra,¹⁷ sumado a la imposibilidad de conocer los motivos reales de la expulsión de cara al rechazo de las solicitudes de asilo con base en una nota clasificada de los servicios secretos de Moldavia según la cual los actores supuestamente

¹⁵ Ídem, párr. 70.

¹⁶ Ídem, párr. 70.

¹⁷ Ídem, párr. 69.

representaban una amenaza a la seguridad nacional.¹⁸ Frente a estas circunstancias, y habiendo determinado la responsabilidad de Moldavia por las violaciones a los artículos 5.1 y 8 del CEDH, es que el TEDH consideró innecesario pronunciarse sobre la violación de las garantías aplicables a los procesos de expulsión y, consecuentemente, sobre las excepciones previstas para la aplicación de dichas garantías.

En cuanto a las protecciones que asisten a las personas solicitantes de asilo, se destaca que el TEDH sostuvo que, frente al reconocimiento de la BMA de que el temor de persecución de los actores era fundado, se les tendría que haber dado la opción de que la expulsión sea ejecutada hacia un tercer país.¹⁹

Finalmente, cabe plantear un interrogante en torno a la aplicación del derecho a intervenir en el procedimiento en los términos del artículo 36.1 del CEDH y de la regla 44.1 de las Reglas del TEDH. Si bien en el caso Turquía decidió no ejercer el derecho, no podemos soslayar que la aplicación irrestricta de esta regla implicaría dar intervención al país de origen en un caso en el que se discuten, entre otras cosas, cuestiones directamente vinculadas al procedimiento de asilo. La información que se ventile en el marco del proceso ante el TEDH podría, potencialmente, incrementar el riesgo de persecución, máxime cuando ya se ha concretado la expulsión al país de origen. La Directiva Europea 2013/32/UE sobre procedimientos de asilo prevé la aplicación del principio de confidencialidad a la información obtenida en el marco de tales procedimientos.²⁰ Específicamente, prevé que los Estados miembros de la Unión Europea

no revelarán la información relativa a las solicitudes individuales de protección internacional, o relativa a que se ha presentado una solicitud, a los presuntos agentes de la persecución o de los daños graves; no obtendrán ninguna información de los presuntos agentes de la persecución o de daños graves de forma que no se les informe directamente de que el solicitante en cuestión ha presentado una solicitud, ni se ponga en peligro su integridad física o la de las personas a su cargo, ni la libertad y la seguridad de los miembros de su familia que aún viven en el país de origen.²¹

Ni el CEDH ni las Reglas del TEDH prevén excepciones al derecho de intervención del país de nacionalidad del demandante que contemplen adecuadamente la situación de las personas refugiadas y solicitantes de asilo.

18 Ídem, párr. 19.

19 Ídem, párr. 54.

20 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, art. 48.

21 Ídem, art. 30.

Prueba obtenida contra la voluntad del imputado. Trato cruel e inhumano

TEDH, *Case of R. S. v. Hungary*, 2 de julio de 2019

por José Agustín Chit¹

Introducción

Tanto el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos como la Corte Suprema de Justicia de la Nación mantienen por tradición del derecho continental una mirada atenta a los avances –o retrocesos– que surgen de la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

Por ello, el caso *R.S. Vs. Hungría* resulta de interés para nuestras latitudes, en tanto se debatieron los alcances de la protección del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (prohibición de tortura), vinculado a medidas de injerencia corporal, más específicamente, la obtención compulsiva de una muestra de sangre y de orina.

Si bien es cierto que la implementación de medidas de injerencia corporal –y su revisión jurisdiccional– suscitan grandes discusiones en torno a la garantía de prohibición de autoincriminación (*nemo-tenetur se ipsum accusare*), también generan fructíferos intercambios en torno al potencial incumplimiento de la prohibición de tortura, trato cruel o inhumano, tal como sucedió en el caso a analizar.

¹ Abogado (UNT). Especialista en Derecho Procesal Penal (UTDT).

Similar foco analítico se posó en nuestro país, y generó un lamentablemente prolífico desarrollo doctrinal, en tanto tuvo como precedente el fenómeno criminal de apropiación de niños y niñas hijos de militantes políticos durante el terrorismo de Estado.

Por todo esto, resulta útil revisar comparativamente los estándares fijados por la Corte Europea de Derechos Humanos en el presente caso, a la luz de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

Los hechos del caso

En marzo del 2010, en la ciudad de Püspökladány, Hungría, el demandante se encontraba dentro de un auto estacionado al costado de la calle y peleaba con su acompañante. Según los informes policiales, habría estado alcoholizado, por lo cual policías locales se acercaron al vehículo y le requirieron realizar un examen de alcoholemia por medio de una boquilla. El denunciante no accedió a realizarlo, tras lo cual funcionarios policiales lo esposaron y lo llevaron aprehendido a una dependencia policial. Una vez allí, la víctima fue atada en sus extremidades inferiores, para luego ser trasladada a un servicio médico con el fin de efectuar la toma de muestra de sangre y una muestra de orina.

El demandante sostuvo que informó a los médicos que las circunstancias en que se encontraba le impedían orinar y, por esa razón, los médicos habrían decidido obtener la muestra por medio del procedimiento de cateterismo. Surge de la sentencia que los funcionarios médicos fundaron la medida en que el demandante no se presentaba colaborativo, que era violento y se resistía al procedimiento. Por lo que, manteniéndolo esposado y con sus piernas atadas, se le tomó la muestra de orina por medio del catéter. Además, se obtuvo una muestra de sangre del brazo del demandante.

Ya con la prueba producida, el denunciante fue penado con multa por no cumplir la medida policial, y condenado a la pena de 2 años y 3 meses de prisión, por resistencia a la autoridad, conducir ebrio y mala conducta. La sentencia condenatoria se fundó en que los testimonios de los médicos y policías intervinientes coincidían en señalar que la víctima habría prestado consentimiento en un primer momento y que lo intentó retirar durante el procedimiento de cateterismo, el cual era imposible de parar.

En esas condiciones, se interpuso denuncia penal contra los policías intervinientes en el procedimiento que fue desestimada por el representante del Ministerio Público Fiscal, por considerar que no había pruebas suficientes para acreditar los dichos del demandante. En respaldo, el MPF húngaro presentó un informe técnico realizado por médicos forenses en el que se señalaba que, además de los motivos expresados, la cateterización no podía ser considerada una intervención quirúrgica, y con ello riesgosa.

La víctima de este procedimiento intentó nuevas vías de denuncia de lo ocurrido, tales como denunciar ante el Consejo Independiente de Quejas de la Policía Húngara, que, entre otras medidas, requirió informes al Instituto de Medicina Forense de Budapest. Este último señaló que la muestra de orina por vía de un catéter resultaba irrazonable ante la toma de muestra de sangre. Sin embargo, y a pesar de la recomendación efectuada por el Consejo Independiente de Quejas, el jefe de la Policía Nacional desestimó la denuncia.

El demandante impugnó dicha resolución y requirió su revisión judicial, pero el 7 de febrero de 2012 el Tribunal Administrativo y Laboral Regional de Budapest desestimó su recurso. El tribunal enfatizó que, según la opinión de expertos médicos encargada por la Junta, no había un enfoque médico claro para el cateterismo y la cuestión de si se trataba de una intervención invasiva o no invasiva. Por lo tanto, la práctica hospitalaria difería en relación con la necesidad de consentimiento.

A pesar de su decisión, señaló que si un examen se consideraba invasivo, el consentimiento oral no era suficiente y que, en cualquier caso, el procedimiento siempre se pudo detener. El Tribunal entendió, sin embargo, que el procedimiento había cumplido con las disposiciones de la Ley húngara, que establece que un oficial de policía podría obligar a un conductor a proporcionar una muestra de aliento, sangre y orina a los fines de una prueba. Así también, indicó que la cuestión de si se requería el consentimiento para el cateterismo y si el procedimiento debería o no haberse llevado a cabo contra la voluntad del solicitante, estaba fuera del alcance de su examen pero que le correspondía al médico y no a los policías decidir el método por el cual tomar una muestra.

Ante ese resultado adverso, la víctima impugnó la decisión ante la Corte Suprema de Hungría, la cual rechazó su planteo y confirmó la decisión de desestimar la denuncia habilitando, así, la posibilidad de peticionar ante la Corte Europea de Derechos Humanos para denunciar al Estado húngaro por la violación principalmente de la prohibición de ser sometido a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes.

La decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos

La CEDH repasó cuál era la normativa aplicable al caso y, en particular, cuál es la regulación legal a la injerencia corporal para la obtención de una muestra biológica. Destacó que en Hungría al momento de los hechos existía regulación que obligaba a las fuerzas policiales a implementar la fuerza de manera proporcional, como también proteger la integridad física, dignidad y autodeterminación del cuerpo. Es decir, antes de comenzar su análisis comparativo con la regulación convencional, la CEDH dejó en claro cuál era la previsión normativa nacional húngara,² cuestión relevante al momento de establecer comparaciones con el proceso de regulación experimentado en la República Argentina en la materia.

2 Acta no. XXXIV de 1994 sobre la Policía – Sección 15: Principio de proporcionalidad: “(1) Una medida policial no causará daños que obviamente sean desproporcionados para su objetivo legítimo. (2) En el caso de que haya medidas policiales más apropiadas [...] disponibles, [la policía] debería elegir la que, al garantizar los resultados, cause la menor restricción, lesión o daño a la persona en cuestión”. Sección 44: “(1) Un oficial de policía puede, mientras cumple su función de administrar el tráfico, [...] (c) [...] obligar al conductor de un vehículo a donar sangre, orina o cualquier otra muestra no clasificada como intervención quirúrgica, con la asistencia de servicios médicos, en caso de sospecha de que el conductor ha cometido un delito, un delito menor o cualquier delito menor relacionado con el tráfico que se castiga con una multa administrativa bajo la influencia de sustancias que influyen negativamente en las habilidades de conducción o debido al consumo de alcohol”. Sección 92: “Cualquier persona cuyo derecho fundamental ha sido infringido por una violación de las obligaciones [policiales], por una medida policial, por no tomar una medida policial, o por una medida coercitiva (en lo sucesivo, “medida”) puede, según a su elección: (a) presentar una queja ante el cuerpo policial que ha tomado la medida; (b) solicitar que, luego de un examen por parte de la Junta de Policía Independiente, se examine su queja, dependiendo del cuerpo policial en cuestión: (c) por el Comandante del Servicio Nacional de Policía”.

Para comenzar, el Tribunal Europeo repasó su doctrina sobre la materia y reiteró que el concepto de malos tratos aplicados a un caso requiere alcanzar un mínimo de severidad, evaluando circunstancias tales como la duración del trato, sus efectos tanto físicos como psíquicos, el sexo –en nuestro país el género de la persona afectada–, edad y sobre todo el estado de salud de la víctima. Además, destacó que las conductas que lesionan la dignidad humana golpean la Convención Europea y si es realizada la conducta por funcionarios que tienen obligación de hacer cumplir la ley, esto es violatorio del artículo 3 de la Convención.

Luego, consideró como un hecho no controvertido que el demandante había sido sometido a una intervención médica invasiva para obtener evidencia y que había sido retenido por policías para vencer su resistencia. En este contexto, estableció que la intervención a la que fue sometido generó en él sentimientos de angustia, inseguridad y estrés, por lo que todo el tratamiento, combinado con los sentimientos descritos, fueron suficientemente serios en atención con el mínimo de severidad requerido para caer dentro de las previsiones del artículo 3 de la Convención, siendo plenamente aplicable al caso.

Por supuesto, aprovechó para recalcar que la prohibición a ser sometido a tortura, a penas o tratos inhumanos o degradantes, prevista en el artículo 3 de la Convención, consagra uno de los valores fundamentales de la sociedad democrática y que dicha prohibición es absoluta, sin tener impacto la conducta de la víctima y sus circunstancias.

En esa dirección, estableció como criterio que la intervención médica forzada con el fin de obtener evidencia del cuerpo de una persona requiere de parte del funcionario médico interviniente la obligación de “poder justificarse de manera convincente” en los hechos y constancias del caso. Ello así, por cuanto la naturaleza particularmente intrusiva del acto requiere un “escrutinio estricto” de las circunstancias circundantes, debiendo, además, tenerse en cuenta la “gravedad del delito”. Asimismo, las autoridades deben demostrar que consideraron “métodos alternativos de obtención de evidencia” y que el procedimiento no debe implicar “ningún riesgo de detrimento duradero en la salud” del sospechoso, pauta establecida en el caso *Jalloh Vs. Alemania* del año 2000.³

Es importante resaltar que al finalizar el repaso de criterios generales que debían tenerse en consideración para adentrarse en su aplicación concreta al caso, el tribunal estableció un listado de factores a considerar: 1) el fin por el cual fue *necesaria* la intervención; 2) determinar *riesgos* para la salud del sospechoso, la *forma* en que el procedimiento se lleva a cabo, junto con el *dolor y sufrimiento mental* que causa; y 3) el grado de *supervisión médica* posible y los *efectos sobre el sospechoso*.

Pues bien, ya en su aplicación al caso concreto, sostuvo que “no existía una práctica o regulación doméstica bien establecida con respecto al uso y método de cateterismo para obtener evidencia de la participación de una persona en un delito” [regulación cierta y clara para la restricción de derechos] y que

3 TEDH, *JALLOH Vs. ALEMANIA* (Application no. 54810/00).

[t]ampoco la ley nacional [húngara] brinda garantías contra la toma arbitraria o inadecuada de muestras de orina mediante cateterismo. En particular, no hubo un enfoque coherente para la forma necesaria de consentimiento en tales situaciones [protección robusta contra el abuso de poder de funcionarios y claridad en la regulación relativa al valor del consentimiento].

Con relación al consentimiento, la Corte Europea consideró –en síntesis– que el consentimiento otorgado en circunstancias atenuantes de conciencia tales como efectos del alcohol o en circunstancias coactivas tales como el control y sujeción de agentes policiales no puede reputarse válido, tal como lo sostuvo –*mutatis mutandis*– en el precedente *YF Vs. Turquía*.⁴

Además, sostuvo que en el caso de la legislación húngara, aun si se quisiera reputar válido el consentimiento otorgado, el demandante podía retirarlo en cualquier momento del procedimiento de cateterismo, puesto que este proceder médico podía interrumpirse durante toda la intervención.

En relación con el propósito o fin de la intervención médica, el Tribunal consideró que la necesidad de obtener evidencia no se llevó a cabo en respuesta a una posible necesidad médica, lesionando el estándar de “necesidad”. Remarcó que, si bien los funcionarios policiales podían obtener una muestra de sangre para determinar el nivel de alcohol en el cuerpo del demandante, el recurso a un cateterismo era innecesario a la luz del hecho de que los agentes de policía también procedieron a tomar una muestra de sangre con los mismos fines. Incluso, el Tribunal destacó que no era “proporcional” por cuanto el cateterismo no era una medida generalmente aceptada y aplicada en el contexto de la práctica doméstica y, en comparación con los análisis de sangre, tampoco resultaba una medida “idónea” para la obtención de evidencia en delitos relacionados con drogas.

En cuanto a la forma en que se realizó el procedimiento de cateterismo en particular, y dada la naturaleza intrusiva del acto, se debió distinguir de las situaciones en que una intervención se considera de menor importancia y que aunque el procedimiento fue realizado por un médico en un servicio de emergencias médicas, los agentes de policía inmovilizaron al solicitante y lo mantuvieron esposado durante toda la intervención médica a la que fue sometido por la fuerza, aludiendo firmemente a un criterio de desproporción en el uso de la fuerza.

Para finalizar, la Corte estableció que los funcionarios policiales sometieron al solicitante a una interferencia grave con su integridad física y mental, en contra de su voluntad. Lo obligaron a someterse a un cateterismo, no por razones terapéuticas, sino para recuperar evidencia que de otro modo hubieran obtenido al tomar la muestra de sangre del solicitante.

Un detalle sumamente interesante es la observación relativa al sentimiento de estrés y angustia producido por la medida. La Corte consideró que la medida generó “sentimientos de inseguridad, angustia y estrés capaces de humillarlo y degradarlo” y que “la medida se implementó de una ma-

4 TEDH, *YF Vs. TURQUÍA* (Application no. 24209 / 94).

nera que causó al solicitante dolor físico y sufrimiento mental. Por lo tanto, ha sido sometido a un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3”.

Las medidas de injerencia o intervención corporal sobre el imputado en Argentina

Como se verá sucintamente, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) como la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) desarrollaron frondosas directrices para analizar si una medida de injerencia corporal resulta violatoria de principios convencionales y constitucionales cuyo desarrollo estuvo impactado por el litigio de los equipos técnicos de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo.

Es pacífica la posición doctrinal⁵ en torno a que la producción de pruebas que requieren una injerencia corporal, y con ello una intromisión estatal en los derechos del sujeto que soporta la intervención, no es necesariamente una medida prohibida, sino que admite su realización con restricciones y reglas para su adecuada producción.

Gaitán señala que, en el ámbito regional, la Corte IDH consideró que solo una ley en sentido formal, es decir, sancionada por los órganos constitucionalmente facultados, es capaz de regular, restringir el goce y ejercicio de derechos y libertades de las personas.⁶ Por ello, es claro que para la Corte IDH el primer requisito de restricción de derechos es que esté debidamente establecido en una ley en sentido formal y material.⁷

Asimismo, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*,⁸ la Corte IDH incluso desarrolló parámetros para considerar si una prueba de injerencia corporal resulta violatoria de la CADH. En dicho precedente determinó que para que una detención –medida de prueba que se discutía en el caso– no sea arbitraria se requería que: i) que la finalidad de privar o restringir la libertad sea compatible con la Convención; ii) que sean idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y iv) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el

5 Entre muchos otros textos, Gaitán, M. (2013). La legitimidad de las pruebas genéticas sin consentimiento de la víctima según los estándares del sistema interamericano de protección de derechos humanos. En G. Anitua y M. Gaitán (comps.), *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Buenos Aires: Del Puerto; Anitua, G. (2013). La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la extracción de sangre a víctimas de delitos sin su consentimiento. En G. Anitua y M. Gaitán (comps.), op. cit.; Iud, A. (2018). El análisis de ADN en el proceso penal. En F. Plazas y L. Hazan (comps), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*. Buenos Aires: Editores del Sur.

6 Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

7 Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

8 Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

En su repaso por los estándares convencionales desarrollados por la Corte IDH y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Gaitán concluye que para disponer legítimamente la producción de este tipo de medidas se deben cumplir los siguientes recaudos formales y sustanciales: 1) legalidad; 2) finalidad legítima; 3) idoneidad; 4) necesidad; 5) estricta proporcionalidad; 6) control judicial; y 7) realización por personal idóneo.

En nuestro país, la CSJN tuvo oportunidad de abordar la constitucionalidad de medidas de restricción de derechos en diferentes casos y momentos. Autores, como Iud, reseñan que por lo menos desde el año 1963, en el caso “Cincotta”⁹, la Corte Suprema analizó el alcance de la prohibición de autoincriminación en relación con la obligatoriedad de una rueda de reconocimiento aceptando su constitucionalidad, pero será recién en el año 1995, en el caso “H., G. S.”,¹⁰ cuando se expidió validando la constitucionalidad de la obtención de una muestra hemática a un niño que se presumía apropiado y de los imputados en la causa, sus presuntos apropiadores.

Destaca Iud que para así hacerlo, la Corte no solo tuvo en cuenta que se encontraba en juego el derecho a la identidad del menor –contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño–, sino que se remitió expresamente al precedente “Cincotta” señalando así expresamente que la extracción hemática que debían soportar los imputados no implicaba ninguna lesión a la garantía contra la autoincriminación.¹¹

La Corte Suprema reiterará su opinión en el fallo “Guarino”¹² al decir sobre la prueba de histocompatibilidad que no implica una lesión o afectación a derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad corporal, porque la toma de muestra de sangre “si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen”. Incluso en el fallo “Vázquez Ferrá”¹³ la Corte validó este criterio; a pesar de crear una diferencia hasta ese momento inexistente entre imputados y víctimas –retroceso doctrinal cuyo análisis excede este comentario–,¹⁴ entendió que la afectación mínima a la integridad corporal debe ser soportada por un imputado y se reputa constitucional.

Como resultado de los efectos negativos del fallo “Vázquez Ferrá”, en tanto continuaba siendo incierta la identidad de la víctima de ese proceso, el Estado argentino fue denunciado ante la CIDH por víctimas del terrorismo de Estado que reclamaban básicamente determinar si la joven que había sido inscrita como hija del matrimonio Vázquez Ferrá era hija de desaparecidos. El proceso de denuncia

9 CSJN, Fallos 255:18.

10 CSJN, Fallos 318:2518.

11 Iud, A. (2018), *op. cit.*

12 CSJN, Fallos 319:3370

13 Fallos 326:3758.

14 Guariglia, F. (2005). *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Buenos Aires: Del Puerto; quien señala críticamente que la ausencia de regulación específica en el derecho argentino configuraba una grave afectación del principio de reserva de ley o nulla coactio sine lege.

culminó en un Acuerdo de Solución Amistosa suscripto entre el Estado y la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo, ratificado por el Decreto N° 1800/10 y homologado por la Comisión en su Informe N° 160/10¹⁵, en el que entre otras medidas reparatorias comprometía al Estado a regular la injerencia en el cuerpo para la obtención de material biológico como evidencia criminal.

En este contexto, y ya quizás como muestra de un cambio de época, en el mes de agosto de 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió los casos conocidos como Prieto I y II¹⁶ en los que se discutía, por un lado, el agotamiento de medidas alternativas a la extracción compulsiva de sangre o saliva para obtener ADN de una persona víctima en un proceso penal, y la constitucionalidad del entrecruzamiento de muestras biológicas ya desprendidas del cuerpo y obtenidas por medio del allanamiento y requisa corporal.

Si bien en “Prieto I” la Corte desestimó el recurso aludiendo que no se habían agotado los medios alternativos a la obtención directa de una muestra biológica a una víctima, y en “Prieto II” consideró constitucional la medida, tal como señala Iud, quedó claro que para el máximo tribunal hay un grupo de derechos –tales como el derecho a la intimidad o el pretendido derecho a “preservar la propia identidad”– que no pueden oponerse como un límite infranqueable a la pretensión estatal de indagar sobre el origen biológico de una persona. Concretamente, para la Corte no solo no está vedado investigar la identidad de un presunto hijo de desaparecidos contra su voluntad, sino que es una obligación del Estado hacerlo.¹⁷ Ello surge claramente de “Prieto 2”, pero incluso puede advertirse en “Prieto 1”.

A los fines de este comentario, y dejando de lado múltiples enfoques sobre el precedente, quiero destacar que la Corte en diferentes votos, y conformando mayorías, coincidió en que para respetar el principio de legalidad (*nulla coactio sine lege*) era necesario regular expresamente la obtención y extracción voluntaria y compulsiva de material biológico tanto en víctimas como imputados.

En ese contexto, el Congreso de la Nación sancionó meses después, la Ley N° 26549 que incorporó el artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación, regulando el procedimiento de obtención de ADN en la misma línea que la Corte había fijado en “Prieto 1 y 2”.

El artículo 218 bis estableció el procedimiento para obtener material biológico de imputados o terceras personas vinculadas al proceso (testigos y víctimas) con el fin de recabar ADN estableciendo, como requisito de legalidad infranqueable, un exhaustivo análisis de estándares de necesidad, idoneidad, proporcionalidad, razonabilidad y control judicial.¹⁸

En lo que respecta al requisito de *proporcionalidad*, cabe mencionar lo dicho por el ministro Maqueda, quien en el fallo “Prieto 2”, ya citado, señaló que “el balance entre los intereses de toda persona a no

15 CIDH, 1/11/2010, Informe 160/10, Petición P-242-2003 *Inocencia Luca de Pegoraro y otras vs. Argentina*.

16 “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, 11/08/09 (“Prieto 1”, *Fallos* 332:1769) y “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”, 11/08/09 (“Prieto 2”, *Fallos* 332:1835).

17 Iud, A. (2013). La apropiación de niños y el análisis de ADN obligatorio. En G. Anitua; M. Gaitán (comps.), *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*. Buenos Aires: Del Puerto.

18 Cabe destacar que casi idéntica regulación fue receptada en el nuevo Código Procesal Penal Federal en su artículo 175.

sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad” (cons. 10).

Al respecto, Iud¹⁹ aporta que

En cuanto al requisito de proporcionalidad, primero que nada se debe recordar que se trata de un principio básico de toda intervención estatal en el ámbito de protección de los habitantes. Su formulación más llana reclama que la intervención estatal en cuestión responda a un fin legítimo y, especialmente, que la restricción que genera en los derechos fundamentales no sea desproporcionada de acuerdo a ese fin y a los derechos en juego. Así, la Corte IDH tiene dicho que “el principio de proporcionalidad constituye un importante criterio o herramienta de aplicación e interpretación de normativa interna y de instrumentos internacionales, para determinar la atribución de responsabilidad al Estado. Ello depende de la naturaleza del derecho que se alega violado, de las limitaciones generales o específicas que admita su goce y ejercicio, y de las particularidades de cada caso” (caso *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, Serie C., N° 140, 31/01/06, parágr. 133).

En el mismo sentido, Bloch y Hockl señalan que

la justificación de la procedencia de la medida depende de su adecuación al principio de proporcionalidad, a saber: “a) [...] b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin; y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos” (Tribunal Constitucional español, sala 1ª, sent. 207/1996).²⁰

En relación con el requisito de *necesidad*, es útil traer lo que dictaminó el Procurador General de la Nación en “Prieto”, quien sostuvo adecuadamente que

en relación con los exámenes corporales del párrafo primero, que son necesarios no sólo cuando no hay ningún otro medio de prueba alternativo, sino incluso cuando los demás medios probatorios disponibles no permiten el esclarecimiento del hecho con la seguridad requerida, o no se puede descartar que vayan a perder eficacia, por ej., porque el autor podría retractar la confesión que ha brindado. Y respecto de la extracción de sangre y los exámenes corporales que la ley autoriza, en el párrafo segundo, bajo la condición

19 Iud, A. (2018) El análisis de ADN. En *Op. cit.*

20 Cfr. Bloch, I. y Hockl, M. (2004). La extracción compulsiva de sangre según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Lexis*, 0003/010414 o JA, 2004-I-1001.

de que sean imprescindibles, se sostiene que ese requisito se halla cumplido cuando no es posible averiguar la verdad sin practicar alguna de esas medidas y, en especial, cuando las pruebas ya producidas, tras una ponderación razonable, aún dejan dudas. Además, tampoco se requiere que primero hayan sido utilizadas y descartadas, por insuficientes, todas las demás alternativas probatorias antes de que puedan entrar en consideración las medidas del 218 bis, párrafo segundo. En cambio, sólo se las considera inadmisibles cuando la situación ya ha sido esclarecida y sólo se busca la confirmación de conocimientos ya adquiridos.²¹

Es interesante lo que señala Gaitán al decir que “Prieto” fijó un estándar según el cual una medida de injerencia corporal para obtener muestras biológicas no es necesaria si existen medios alternativos que sean igualmente aptos para tal fin, como el secuestro de objetos que soporten células ya desprendidas del cuerpo de la persona, mediante un registro de morada o una requisita personal. Si esos medios alternativos no estuvieran disponibles o no fueran idóneos, sí estaría fundada la necesidad de la injerencia corporal para la obtención de las muestras biológicas de la presunta víctima. Por esta razón se ha afirmado que, según el criterio actual de la mayoría de la Corte Suprema, esta medida es admisible como *ultima ratio*.²²

En lo que respecta al principio de *razonabilidad*, este requiere que la decisión de llevar a cabo una medida de prueba de injerencia corporal encuentre respaldo en una labor procesal previa que autorice fundadamente a sospechar que el imputado sea responsable de alguno de los delitos que se investigan.²³ Igual sentido expresan su opinión Bloch y Hockl al referir que

a los requisitos ya enunciados debe sumarse que[,] por el sacrificio que importa una medida de esta índole, su disposición suponga la preexistencia de indicios que hayan conducido a establecer una sospecha fundada respecto de los imputados y no sea el producto de un indeliberado celo investigativo.²⁴

Para que una medida de injerencia corporal sea considerada *idónea* debemos pensar que la medida será apta para alcanzar el fin buscado. En palabras de Bloch y Hockl, “una medida es idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella [...] esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal”.

Si observamos la redacción utilizada por el legislador al describir este requisito en el artículo 218 bis del Código Procesal Penal, vemos que en el cuarto párrafo autoriza al juez a optar por estas vías:

21 Cfr. dictamen PGN, 07/09/2006 en el fallo de la CSJN, SCG, 1015; XXXVIII, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Ema”.

22 Piñol Sala, N. La obligación del Estado de restituir la identidad a las víctimas de desaparición forzada; y Anitua, G. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la extracción de sangre a víctimas de delitos sin su consentimiento. En M. Gaitán (2013) *Op. cit.*

23 PGN, Dictámenes en Fallos 318:2481 y 2518; 319:3370, y “Vázquez Ferrá” (Fallos 326:3758).

24 Bloch, I. y Hockl, M. (2004). La extracción... *Op. cit.*

Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal.

Es decir, la norma recepta este requisito que la doctrina y la jurisprudencia ponen como parte del análisis de protección de derechos y garantías del imputado frente a una medida de injerencia corporal.

Análisis comparado y conclusión

De la lectura comparada de los estándares fijados por la CEDH y los establecidos por el SIDH como por la jurisprudencia de la CSJN, surge que la CEDH exhibe un nivel de protección sensible en tanto considera con claridad que la implementación de una medida de prueba de injerencia corporal, en los términos de *RS Vs. Hungría*, conlleva la violación de la prohibición de tortura y trato cruel y degradante.

Nuestro sistema regional y nacional ha estandarizado los baremos por los cuales las medidas de prueba de injerencia corporal deben ser consideradas constitucionales y respetuosas de las garantías de protección. Sin embargo, no es usual el análisis de estos estándares bajo el tamiz de la prohibición de tortura y/o trato cruel y degradante.

Advierto la mirada sensible de la CEDH, en tanto puede llegar a considerar como tortura o trato cruel y degradante la creación de sentimientos de inseguridad, angustia y estrés capaces de humillar y degradar a un imputado en una causa penal. Lo reseñado, con los límites propios de este comentario, muestra que existen estándares de garantía similares al momento de analizar la validez de medidas de injerencia corporal pero aplicados de manera diferencial para determinar la violación de derechos/garantías de las personas sometidas a un proceso penal.

El avance doctrinal y jurisprudencial en Argentina, resultante de la implementación del plan sistemático de apropiación de hijas/os de opositores políticos, dejó como saldo robustos desarrollos de doctrina y precedentes jurisprudenciales que validaron las medidas de injerencia corporal en imputados y –con diferencias de tratamiento– en terceros no imputados (víctimas y testigos).

Mirar los precedentes de nuestra región y nuestro país, bajo el análisis propuesto por la CEDH en el caso *RS v. Hungría*, permitiría enriquecer aún más la elaborada jurisprudencia en materia de medidas de injerencia corporal que puedan, potencialmente, significar violaciones a los principios de integridad corporal, intimidad, prohibición de autoincriminación como también prohibición de tortura o trato cruel y degradante.

Violencia de género

TEDH, *Case of Volodina v. Russia*, 9 de julio de 2019

Por Julia Ben Ishai¹

El caso que aquí se analizará versa sobre una denuncia presentada por la Sra. Valeriya Irogevna Volodina (en adelante, “la peticionaria” o la “denunciante”) ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”, “el Tribunal” o “la Corte”) contra la Federación Rusa, en base a una aparente violación de sus derechos amparados en los artículos 3, 13 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La Sra. Volodina denunció que las autoridades rusas fracasaron en su deber de prevenir, investigar y perseguir los hechos de violencia en base a su condición de mujer ejercidos sobre ella por parte de su ex pareja, el Sr. S. La Sra. Volodina denunció también que estos hechos no eran aislados, sino que su sucesión fue posible como consecuencia de que el sistema legal ruso permitía la discriminación hacia las mujeres por su condición de género, habilitando las violencias que ella sufrió y que sufren diariamente un número exponencial de mujeres allí.

¹ Abogada (UBA). Docente e investigadora de apoyo (UBA).

Hechos

La peticionaria comenzó su relación con el Sr. S en noviembre de 2014. Poco tiempo después, comenzaron a cohabitar en la ciudad de Ulyanovsk. La primera separación se dio en el mes de mayo de 2015. En esa oportunidad, la peticionaria decidió mudarse fuera de la casa que compartía con el agresor. Sin embargo, regresó a los pocos días en razón de la amenaza de muerte efectuada por parte del agresor si no regresaba a vivir con él. A partir de ese momento se sucedieron agresiones en numerosas oportunidades, con distintos grados de gravedad.

Los hechos de violencia perpetrados por el Sr. S viraron de amenazas, maltratos y violencia psicológica a agresiones físicas, como golpes en la cara, cabeza y estómago. También se sucedieron hechos delictivos, como retenciones indebidas, robos y hasta el secuestro de la víctima.

La primera denuncia policial se presentó el 1° de enero de 2016. La Sra. Volodina denunció que el agresor le robó documentación relativa a su identidad. Posteriormente hizo saber que había encontrado esa documentación, sin aclarar cómo ni dónde, pero fue razón suficiente para que la policía desestimara la posibilidad de llevar a cabo algún tipo de investigación en relación con el hecho.

Poco tiempo después, la denunciante decidió mudarse a otra ciudad para evitar la cercanía con su agresor. Sin embargo, el Sr. S. logró encontrarla y la secuestró, obligándola a regresar a la ciudad de Ulyanovsk. En el trayecto la golpeó en la cara y el estómago, lo que condujo a que la Sra. Volodina deba ser internada en el hospital central de su ciudad local. Producto de esa internación, descubrió que estaba embarazada. A sugerencia del personal médico decidió interrumpir voluntariamente el embarazo.

Solo un mes después de estos hechos, el agresor golpeó a la Sra. Volodina, la tiró al suelo y comenzó a estrangularla. La demandante presentó denuncia ante la policía local, que determinó que los hechos no eran suficientes para poder procesar al agresor de acuerdo al artículo 119 del Código Penal.

Ese mismo verano el Sr. S. dañó el auto de la Sra. Volodina, así como también la amenazó por medio de mensajes de texto en donde le hacía saber su voluntad de matarla. Ante las denuncias presentadas, la corte distrital de Moscú, ciudad a la que la denunciante se mudó con el objetivo de perder de vista a su agresor, decidió desestimar el caso por considerar que el denunciado y la denunciante habían convivido y que un solo golpe no constituía daño suficiente para procesarlo de acuerdo al artículo 116 del Código Penal. La demandante recurrió la decisión, haciendo saber que se estaban desestimando las amenazas que previamente ella había sufrido telefónicamente.

Tan solo un mes después de este hecho, la denunciante hizo saber a las autoridades que el agresor había colocado un aparato GPS en sus pertenencias personales. La respuesta estatal fue el inicio de una investigación que no concluyó en una acusación formal.

Durante el año 2018 también se sucedieron diversos hechos de violencia. En primer lugar, la denunciante supo que el agresor había publicado fotos íntimas de ella sin su consentimiento. Posteriormente recibió llamadas telefónicas amenazantes en donde el Sr. S. le indicaba que estaba frente a su edificio

custodiando sus movimientos. La ridícula respuesta de la policía fue que no había posibilidad de iniciar una investigación debido a que el Sr. S. había estado toda la noche en su auto, por lo que su actitud demostraba que sus amenazas no conllevaban un deseo real de acción.

Veinte días después la Sra. Volodina fue descendida del taxi en el que viajaba rumbo a la casa de una amiga por el Sr. S, quien la arrastró por la calle e intentó hacerla subir a su auto personal. El agresor la empujó y robó sus pertenencias personales, sin poder continuar con su agresión debido a que la denunciante le arrojó gas pimienta en la cara. La policía rechazó iniciar una investigación, alegando que no había caso, ya que al día siguiente de los hechos de agresión el Sr. S devolvió las pertenencias retenidas.

En mayo de 2018, la denunciante solicitó al Estado protección integral como víctima en base a la investigación abierta como consecuencia de la publicación de sus fotografías, sin su consentimiento. La Corte jurisdiccional decidió dejar la decisión en manos de la policía, fuerza de seguridad que había rechazado todas las solicitudes de investigación previas.

El último hecho del que tuvo conocimiento el TEDH fue que en agosto de 2018 la denunciante solicitó un cambio de nombre para impedir que el agresor pueda rastrearla.

Alegada violación del artículo 3 en relación con el artículo 13 del CEDH

De acuerdo a lo estipulado por la denunciante, el Estado violó sus derechos amparados en el artículo 3 por carecer de un marco legal integral de protección frente a los hechos de violencia de género. En relación con lo antes dicho, la señora Volodina puso de manifiesto que el 90% de las acusaciones privadas fueron desechadas, ya sea por el arribo a reconciliaciones o por la falta de cumplimiento de los requerimientos legales para dar lugar a la acusación.

En este orden de ideas, alegó también que no existen órdenes de protección en la ley rusa ni nada que se le asimile, lo cual pone en situación de indefensión a miles de mujeres que sufren violencia doméstica día a día.

Según el Estado, la violencia doméstica no constituye una ofensa distinta que otros tipos de violencias que dé lugar a delitos que generan daños corporales o físicos. De acuerdo a sus alegatos, la no acusación se debió a la declinación que efectuó la aparente víctima y la falta de pruebas respecto del daño físico.

El Tribunal analizó si las autoridades rusas cumplieron con sus obligaciones amparadas bajo el artículo 3, dividiendo el análisis en tres puntos:

1. Si el Estado incumplió con su obligación de establecer un marco legal de protección.
2. Si el Estado incumplió con su obligación de establecer medidas de protección en el caso concreto.
3. Si el Estado incumplió con su obligación de investigar los hechos sucedidos en el caso concreto.

En cuanto al punto 1, el análisis principalmente se centró en el hecho de que no existe en Rusia una ley o sistema legal específico que permita el juzgamiento de hechos de violencia de género. El Tribunal reiteró aquí jurisprudencia constante respecto de que el no juzgamiento de estos delitos da la sensación a quienes llevan a cabo estos hechos/actos de que los mismos quedarán impunes y, por lo tanto, es un mensaje de tolerancia por parte del Estado respecto de los hechos de violencia y de aval frente a los agresores.²

Además de que no existen distinciones en la legislación rusa entre la violencia basada en el género y otras formas de agresión, se ha puesto a todos los tipos de agresión entre familiares y cohabitantes en el mismo estatus que los delitos sexuales, permitiendo que sean investigados siempre y cuando las víctimas lo manifiesten de forma asertiva. Solo en los supuestos en que estos delitos se cometan en más de una oportunidad en el plazo de doce meses o si como producto de ellos se produzca un daño grave se consideran una ofensa criminal.

El Tribunal puso de resalto que el hecho de que estas investigaciones sean de instancia privada no permite la prevención de estos incidentes y pone sobre las víctimas una serie de presiones, como la recolección de las pruebas, teniendo en cuenta la dificultad que implica en los delitos domésticos.

En este sentido, el TEDH entiende que dadas las circunstancias del caso, las autoridades locales debieron haber llevado a cabo la investigación como un asunto de interés público, más allá de la situación de la víctima en torno a su voluntad de denunciar. Insistiendo sobre este punto, resalta el Tribunal que el Comité de la CEDAW destacó en numerosas oportunidades las falencias del sistema legal ruso en torno a la posibilidad de perseguir delitos vinculados a la violencia doméstica de oficio.

Todos estos puntos hacen que el TEDH concluya que el Estado no cumplió con su obligación de adoptar medidas efectivas que castiguen todas las formas de violencia.

En lo que refiere al punto 2, el Tribunal analizó la falta de medidas de protección disponibles en Rusia relativas a establecer mecanismos estatales de cuidado integral a las mujeres víctimas de violencia. El Tribunal no solo pone de relieve que no existen medidas tales como las ordenes de restricción, botones antipánico, custodias policiales, entre otras, sino que también resalta el hecho de que Rusia incumplió con sus obligaciones porque más allá de la falta de medidas, las adoptadas han sido insuficientes e ineficaces. Para los jueces, el Estado adoptó una posición pasiva frente a las medidas de riesgo ciertas a las que se enfrentaba de forma permanente la peticionaria, a quien su ex pareja acosaba física y psicológicamente de forma impune.

Con relación al punto 3, la normativa y jurisprudencia constante en materia de delitos sexuales y relacionados a la violencia machista entiende que es un deber estatal investigar los hechos que denuncian las mujeres víctimas. En este sentido, el TEDH repara en que al menos en siete oportunidades la Sra. Volodina acudió a los tribunales en búsqueda de justicia sin encontrar más que una mirada despreocupada por parte de las autoridades judiciales, policiales y médicas.

² TEDH, *Case of. A. v. Croatia*, Primera Sección, 14 de octubre de 2010.

Tan solo con las denuncias policiales, concluye el Tribunal, es posible considerar que se violaron los derechos de la denunciante a obtener una investigación seria y legítima, constituyendo una vulnerabilidad que cumple los requerimientos establecidos en el artículo 3 como trato cruel e inhumano.

En este sentido el Tribunal establece que

La prohibición de tratos crueles bajo el artículo 3 abarca todas las formas posibles de violencia doméstica, sin excepción, y esto incorpora la obligación de investigar. Un solo golpe puede implicar sentimientos de miedo y angustia en la víctima de quien se busca quebrar su resistencia física y moral. Los malos tratos son una forma de violencia psicológica y una forma de vulnerar a la víctima que puede experimentar miedos más allá del objetivo natural de tamaña conducta intimidatoria.³

En vista al análisis realizado, el Tribunal considera que no es necesario determinar si además ha habido o no una violación del artículo 13 y concluye que se ha violado el artículo 3 del CEDH.

Alegada violación al artículo 14 con relación al artículo 3

De acuerdo a la jurisprudencia constante del Tribunal, para que un caso pueda analizarse bajo el amparo del artículo 14 es necesario poder demostrar que hubo una diferencia de tratamiento entre personas en situaciones similares o análogas.

Asimismo, es jurisprudencia constante considerar que los casos de violencia basada en el género constituyen una forma exacerbada de discriminación hacia las mujeres. La falla estatal en proteger a las mujeres de toda forma de violencia basada en su condición de tales es una forma de impedir la igualdad en términos reales, más allá de la intencionalidad.⁴

Con preocupación observa el Tribunal que en Rusia no existen fuentes confiables que brinden estadísticas o datos analizados en torno a los crímenes que se cometen año a año hacia el interior de los hogares y que afectan especialmente a las mujeres.

Si bien la Constitución rusa establece en su artículo 19 el principio de igualdad de derechos y libertades entre mujeres y hombres, así como también establece que deberían poder tener oportunidades reales igualitarias, la crítica que aparece en este fallo no proviene de las fallas en el derecho, sino de los hechos.

Relacionándolo con el punto analizado en el apartado anterior, la conclusión del Tribunal es que la falta de adopción de una legislación penal que distinga los hechos de violencia machista de otro tipo de agresiones es una férrea demostración de que los hechos vertidos en este caso no son casuales o

³ TEDH, *Case of Volodina vs. Russia*, 9 de julio de 2019, párr. 98, traducción propia.

⁴ Ver entre otros Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Recomendación General N° 28, 2010.

una falla fuera de lo habitual, sino parte de una conducta constante del Estado. Por esto concluye que hubo una violación del artículo 14 en relación con el artículo 3 del CEDH.

Para el Tribunal,

al tolerar por años un clima propicio para la violencia doméstica, las autoridades rusas fueron incapaces de crear las condiciones necesarias para sostener la equidad de géneros que permitirían a las mujeres vivir libres del temor [de] tratos crueles, y ataques a su sistema físico integral así como gozar del beneficio de la protección igualitaria ante la ley.⁵

Análisis de lo resuelto

En este apartado se pondrá en discusión lo resuelto por el TEDH, haciendo especial hincapié en cuatro aspectos.

a) Falta de regulación de las acciones categorizadas como violencia machista.

De acuerdo con el artículo 2.b de la CEDAW,⁶ es obligación de los Estados adoptar medidas legislativas con las sanciones correspondientes para poder eliminar toda forma de discriminación contra la mujer.

La igualación de los casos de violencia de género a las agresiones comunes desconoce el factor de riesgo y vulnerabilidad en el que se encuentran las mujeres, negando el sistema patriarcal de dominación masculina que pone a las mujeres y cuerpos feminizados en una situación de desigualdad y desprotección,⁶ por lo que es fundamental que exista en la legislación un reconocimiento específico de mecanismos especiales de protección para las mujeres damnificadas.

Nos parece fundamental remarcar que la falta de adopción de medidas legislativas y policiales eficientes da lugar a una creencia de que la problemática no es importante para el Estado, impidiendo librar la batalla más importante que es la cultural, es decir, aquella que permite modificar las estructuras profundamente arraigadas que dan lugar a la dominación masculina con consecuencias peligrosas para las mujeres víctimas.⁷

b) La problemática del régimen de la acción en torno a los delitos domésticos.

En nuestra opinión, este es el punto más interesante del fallo. En todos los puntos restantes –si bien son importantes–, el Tribunal no hace más que reconocer y reiterar jurisprudencia constante propia y de otros tribunales internacionales. Sin embargo, en lo que refiere a este punto aparece una polémica que viene siendo discutida por los feminismos hace bastante tiempo sin acuerdo: la autonomía en la

5 TEDH, *Case of Volodina vs. Russia*, cit., párr. 132.

6 Ministerio Público Fiscal, Colección de dictámenes sobre derechos humanos. El derecho a la protección contra todas las formas de violencia de género. Cuadernillo N° 5. Introducción.

7 Ver entre otros Beauvoir de, S. (1999). Los hechos y los mitos, *El segundo sexo*. Volumen I. Madrid: Cátedra, p. 47-67.

denuncia y, por lo tanto, la discusión entre el régimen de la acción pública pero de instancia privada o la asunción más enfática de las obligaciones estatales que implique la adopción de un régimen de acción pública (esto en el marco de los sistemas penales que no tengan regulados criterios de oportunidad de la acción penal).⁸

Al respecto, se ha escrito muchísimo, por lo que buscaremos poner de resalto las opiniones más resonantes. La excepción al principio de oficialidad en los delitos sexuales o agresiones entre convivientes se ha justificado históricamente en la preservación de la víctima cuando ella misma no se considera tal.⁹

Algunas corrientes feministas han sostenido que la defensa de la autonomía de la víctima en la denuncia es utilizada como argumento para esconder los delitos en base al género debajo de la alfombra, privatizando el conflicto como si se tratara efectivamente de algo doméstico, pero no por suceder entre cuatro paredes, sino por pertenecer a un conflicto frente al cual el Estado no tiene injerencia.

La privatización de los conflictos machistas favorece la impunidad de los agresores y constituye uno de los cimientos más relevantes de la cultura patriarcal, al asumir que la violencia contra las mujeres es un asunto de índole privada.¹⁰ Natalia Gherardi, sin desconocer la importancia de respetar la autonomía de la víctima, pone de relieve la importancia de sostener la investigación penal en base a “la particular vulneración de la personalidad de las mujeres presente en algunas relaciones violentas, la cual demanda la intervención de la justicia, aun en contra de la voluntad de las propias víctimas”.¹¹

Piqué y Pzellinsky ponen de relieve una solución superadora. Al señalar que el régimen de la acción penal en estos supuestos no fue establecido para respetar el lugar de la víctima desde una perspectiva feminista, ya que el objetivo del legislador al momento de la redacción de las leyes distaba de tener una visión crítica respecto del sistema patriarcal, discuten y debaten el rol del derecho penal para resolver los conflictos entre personas convivientes o ex convivientes.¹² Estas autoras afirman que

el sistema penal, no está pensado para lidiar con situaciones en donde existe un vínculo entre el agresor y la víctima. En este sentido, esta problemática particular demanda que se tenga presente el vínculo entre víctima y agresor, la modalidad cíclica y crónica en que se produce la violencia.¹³

8 Ver entre otros: Peña Guzmán, G. (2013). La instancia privada, en E. Donna (dir.), *Derecho procesal penal. Doctrinas Esenciales 1936-2012*. Buenos Aires: La Ley, p. 109.

9 Ver entre otros: Fierro, G. (2010). Del ejercicio de las acciones, en G. R. Navarro y otros, *Código Procesal Penal de la Nación: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi.

10 Di Corleto, J. (2010). La construcción legal de la violencia contra las mujeres, en J. Di Corleto (comp.), *Justicia, género y violencia*, Buenos Aires: Librería.

11 Gherardi, N. (2012). La violencia contra las mujeres en la región. En D. Alméras y M. Coral Calderón (coords.), *Si no se cuenta, no cuenta: información sobre la violencia contra las mujeres*. Santiago de Chile: CEPAL.

12 Piqué, M. L. y Pzellinsky, R. (2015). Obstáculos en el acceso a la justicia de mujeres víctimas, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 14(2), noviembre, pp. 223-230.

13 *Ibíd.*

Entendemos que es necesario buscar otros canales para poder resolver estos conflictos más allá de la esfera penal. La violación de la autonomía de la damnificada puede dar lugar a un populismo punitivo que, desde nuestra visión, dista considerablemente de ser la solución real a la problemática respecto de los hechos de violencia que se producen en nuestra sociedad.

Por esto, si bien entendemos el porqué de la solución a la que arriba el Tribunal, en relación con el contexto de cifras escandalosas de mujeres víctimas en el Estado ruso, consideramos que el foco debió ubicarse en criticar prioritariamente la falta de un marco legal de acción, sanción y protección y el hecho de que aún ante las denuncias que la Sra. Volodina ratificó ante los tribunales, la respuesta fue nimia, incluso cuando ella demostró su voluntad de iniciar acciones legales. Es decir, el problema no era solo respecto del régimen de la acción penal sino respecto de la respuesta que los operadores del sistema dan frente a los hechos que se denuncian, algo que no se va a modificar por el mero hecho de cambiar el régimen de la acción penal. En este sentido, la respuesta de Piqué y Pzellinsky nos parece superadora, innovadora y más comprensiva de las vertientes de las peculiaridades de las situaciones de violencia de género.

c) Falta de investigación en el caso concreto. Dificultad en la recolección de pruebas y los protocolos para su procesamiento.

De acuerdo a Piqué,¹⁴ la intervención de la justicia penal suele dejar a las mujeres en una peor situación que en la que se encontraban. En este sentido, la obligación de debida diligencia y acceso a la justicia constituye una obligación prioritaria con “alcances adicionales” en el caso de las mujeres damnificadas. Esto se da principalmente en pos de revertir la histórica falta sufrida por las mujeres respecto de su posibilidad de reclamar ante los tribunales (y el Estado en su conjunto).

La impunidad facilita y promueve la repetición de los hechos y envía un mensaje de tolerancia y aceptación de la violencia, favoreciendo la perpetuación y la aprobación social del fenómeno, produciendo en las mujeres sentimientos de inseguridad y persistente desconfianza en el sistema de administración de justicia. Constituye en sí misma una forma de discriminación contra la mujer.¹⁵

Existe un deber estatal de investigar con seriedad y debida diligencia los hechos de violencia de género.¹⁶ Si bien se incrementa con particular interés en la protección que requieren las víctimas de la violencia por su condición de especial vulnerabilidad, esta obligación se desprende de la responsabilidad de los Estados de determinar la verdad frente a hechos delictivos, sin que ello pueda quedar librado a los esfuerzos propios de la víctima o de sus familiares.¹⁷

En relación con los medios de prueba en este tipo de investigación, muchos de los estándares se flexibilizan debiendo estudiarse en contexto y comprendiendo los ciclos de la violencia. Tiene dicho la

14 Piqué, M. L. (2017). Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional. En J. Di Corleto (coord.), *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot, pp. 309-349.

15 Ídem.

16 Conf. 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.

17 Conf. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte Suprema de Justicia de la Nación que la ausencia de signos de violencia debe ser ponderada junto a la totalidad del conjunto probatorio, ya que la mera ausencia de lesiones no descarta la situación de violencia generalizada.¹⁸

Uno de los puntos señalados por la policía rusa es la falta de medios de prueba que acrediten los hechos que se denunciaban. Este argumento fue utilizado para descartar las denuncias. Si bien el TEDH no lo resaltó, desde nuestra óptica constituye un eje fundamental, ya que jurisprudencia asentada tiene dicho que este tipo de agresiones, por sus características, se cometen en ámbitos privados, fuera del ojo de terceros, lo que de ninguna manera permite descartarlos en función de que no hay testigos directos del hecho, debiéndose valorar especialmente el testimonio de la víctima.¹⁹

Por lo tanto, coincidimos con el voto de la minoría del TEDH que considera que se debe valorar con mayor ahínco este punto y responsabilizar de forma directa a las autoridades rusas por incumplir con las convenciones internacionales en materia de protección de las mujeres ante la falta de investigación de los hechos donde se denuncian delitos de violencia machista.

d) La diferencia entre igualdad formal y material entre varones y mujeres.

Segato reconoce a la ley del estatus desigual de los géneros como anterior al contrato entre hombres.²⁰ Los estudios feministas demuestran que el sistema patriarcal está profundamente afianzado en las sociedades occidentales y orientales, en los sistemas comunistas y capitalistas, y que la desigualdad entre varones y mujeres es profundamente estructural. Las mujeres fueron consideradas como un anexo práctico y útil para el ejercicio de la autonomía y la libertad de otros históricamente y no como sujetos de derecho.²¹

Es por esto que el mero reconocimiento legal de sus derechos es sumamente insuficiente para poder transformar nuestras sociedades en espacios habitables para que las mujeres puedan vivir libremente y sin violencia. Las demandas del movimiento feminista a nivel mundial están enmarcadas por un avance más allá del reconocimiento legal de su estatus como iguales a los varones. Incluso el reconocimiento vago en la ley puede traer aparejadas críticas situaciones de cinismo legal, donde la circunstancia de que los derechos sean reconocidos por el legislador permita argumentar que no es preciso desprender otro tipo de medidas reales de acción por parte de los Estados.

La sentencia del TEDH, reacio en términos generales a imponer condenas en base al artículo 14, se refiere a la falta total de esfuerzos del Estado ruso en desprender acciones reales en pos del cumplimiento de medidas efectivas que reconozcan a la mujer su lugar de sujeto de derecho. En este sentido, traemos a colisión el voto de la minoría, en donde el juez Pinto de Albuquerque pone de resalto la necesidad de capacitar a los operadores policiales, jurídicos, médicos y estatales en general en cuestiones de género, a los fines de que todos los actos emanados del Estado tengan una perspectiva de género.

18 Conf. Fallos 335:197.

19 Ver, entre otros, CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 20/02/07, párrs. 127 y 128.

20 Segato, R. (2010). *Las estructuras elementales de la violencia*. Buenos Aires: Prometeo, p.28.

21 Conf. Lanutti, A. (2012). *Las mujeres indígenas frente al fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia*. En S. Rey (coord.). *Derechos humanos. Reflexiones desde el Sur*, Buenos Aires: Infojus.

El voto de la minoría

Es importante resaltar que el juez Pinto de Albuquerque en su voto separado considera que al analizarse la violación al artículo 3 debió categorizarse a los hechos no como tratos crueles e inhumanos, sino como tortura, por la humillación a la que fue sometida la Sra. Volodina producto de la repetición y constancia de los hechos sufridos. Este voto es acompañado por un juez más.

No coincidimos con esta categorización, ya que por más graves que hayan sido los hechos, en respeto a la valorización en escala de los hechos de violencia y teniendo en cuenta los parámetros precedentes por parte de este y otros tribunales internacionales de derechos humanos, parece excesiva.

Palabras finales

En el presente caso, el TEDH decide categorizar los hechos de violencia machista sufridos por una ciudadana rusa como un trato cruel e inhumano, condenando al Estado por incumplir con las obligaciones a su cargo de prevenir, investigar y sancionar.

Desde nuestra óptica, pese a algunas disidencias respecto de ciertos puntos de análisis, consideramos que es un fallo muy fructífero que permitirá repensar los estándares en materia de violación a los derechos de las mujeres en el continente europeo.

Lamentablemente en todos los países del mundo se violan de forma permanente y sistemática los derechos de las mujeres y los cuerpos feminizados (aun en aquellos que han realizado esfuerzos más palpables para amenorizar esta situación que los realizados por el Estado ruso).

El sistema patriarcal de dominación constituye la piedra fundante sobre la que se asienta la mayor parte de las relaciones humanas. Esto afecta a las mujeres en su desarrollo físico, psíquico, profesional e intelectual. Es dudoso que la mera condena pueda propugnar modificaciones en las legislaciones estatales y en el comportamiento de los agentes en pos de una transformación. Tampoco se ha probado que haya mecanismos que efectivamente puedan considerarse inequívocamente exitosos ante este tipo de situaciones de violencia.

Se deben buscar soluciones creativas y novedosas, donde no se trata de adaptar las estructuras conocidas agregándoles contenido con toques feministas, sino de crear nuevas bases institucionales que puedan mirar la película completa, analizando con especial hincapié todas las aristas de este tipo de conflictos, y generar diques de contención provistos de la flexibilidad suficiente para adaptarse a las peculiaridades de las situaciones excepcionales que puedan surgir. Para esto será fundamental una férrea convicción política de los gobernantes y una capacitación profunda de los agentes estatales.²²

22 Conf. Piqué y Pzellinsky (2015), *op. cit.*

Terrorismo. Extradición

TEDH, *Case of Romeo Castaño v. Belgium*, 9 de julio de 2019

por Sofía Josefina Danessa¹

1. Introducción

En el asunto de referencia, cinco nacionales españoles interpusieron un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como consecuencia de la negación de Bélgica a ejecutar una orden de detención europea² dictada por las autoridades españolas respecto de una persona presuntamente implicada en la muerte del padre de los demandantes. Precisamente, arguyen que la negativa belga impide el procedimiento penal en su contra.

1 Abogada, docente y directora de Proyecto de investigación (UCA). Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

2 La Orden de Detención Europea es un pedido que realiza un Estado miembro de la Unión Europea a otro Estado miembro, solicitándole la detención o entrega de una persona para el ejercicio de acciones penales (entrega para su enjuiciamiento), o para la ejecución de una pena o la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad (entrega para el cumplimiento de condena). Su procedimiento agiliza el trámite de la extradición tradicional. El Estado receptor de la Euroorden puede negarse a su procedencia si el delito atribuido está cubierto por una amnistía en el país donde se encuentra el acusado, o si la persona requerida ya está siendo juzgada por otro país, o si es considerada menor de edad, si la tipificación del delito es inexistente en el Estado requerido, o por otras razones más excepcionales. Ver Decisión Marco del Consejo, 13 de junio de 2002, Consejo de la Unión Europea, conforme artículos 31 a) y b), y artículo 34.2 del TUE.

2. Hechos

Los demandantes son hijos del teniente coronel Ramón Romeo, que fue asesinado en 1981 en Bilbao por un comando que afirmaba pertenecer a la organización terrorista ETA. Natividad Jáuregui Espina (N.J.E.), ciudadana española de origen vasco, es sospechosa de haber disparado a quemarropa contra el padre de los demandantes. En el año 2007 todos los miembros del comando resultaron condenados por tribunales españoles, a excepción de ella, quien luego de los hechos huyó a México, en primer lugar, para asentarse finalmente en Bélgica.

En los años 2004 y 2005, un juez de instrucción de la Audiencia Nacional española dictó dos órdenes de detención europeas (ODE) contra N.J.E., para proseguir el procedimiento penal por tentativa de asesinato y terrorismo cometidos en 1981, y enjuiciarla por participar en una organización criminal, por terrorismo, por homicidio doloso, asalto y agresión grave y asesinato.

En principio, N.J.E. fue detenida en Gante en el año 2013, y los tribunales de esa jurisdicción resolvieron que las órdenes de detención resultaban ejecutables. Dicha resolución fue recurrida por N.J.E., aduciendo que para el derecho belga la acción pública estaba prescripta y que los hechos estaban sujetos a la jurisdicción extraterritorial de los tribunales belgas. Asimismo, N.J.E. alegó que tenía motivos fundados para creer que la ejecución de dichas órdenes de detención podría infringir sus derechos fundamentales amparados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Consideró que los acusados por motivos terroristas en España se encontraban sometidos a un régimen de privación de la libertad disímil al común, y que podían ser sometidos a torturas, todo lo cual, según N.J.E., resultaba lesivo de sus derechos humanos.

La Sala Penal del Tribunal de Apelación de Gante dictaminó con sustento en el derecho local belga que N.J.E. no estaba sujeta a la jurisdicción penal belga toda vez que no tenía su residencia oficial en Bélgica y que no estaba siendo procesada en Bélgica por alguno de los delitos del artículo 6 del Código Penal belga que motivara la extradición. Sin embargo, también entendió que los actos punibles invocados por España debían ser analizados de manera conjunta, entendiendo que N.J.E. efectivamente había participado de manera activa en el movimiento armado de resistencia vasca entre sus 20 y 30 años de edad, pero que hoy ya era una mujer de 55, profesionalmente activa, con una vida normal en Gante. Estimó, así, que era probable la existencia de motivos fundados para creer que la ejecución de la orden importaría infringir derechos fundamentales de N.J.E. y que el régimen de privación de la libertad –considerablemente más restrictivo que el común– al que deben someterse en España los acusados por hechos punibles por motivos presuntamente terroristas, las condiciones degradantes a las que están sometidos (que podrían ir acompañadas de torturas), junto con el contacto muy limitado con el mundo exterior (incomunicación con la familia, abogados, etcétera) eran indicios para temer una posible violación a sus derechos humanos. En consecuencia, la Sala del Tribunal de Apelación dispuso la puesta en libertad de N.J.E.

La Fiscalía belga recurrió dicha sentencia en Casación, toda vez que consideró que –de conformidad con el principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea– la negativa

al cumplimiento de la ODE fundada en una probable violación de derechos fundamentales debía justificarse con elementos probatorios sólidos y contundentes que permitieran demostrar el riesgo manifiesto de los derechos de la persona a entregar. A su entender, la sentencia dictada por la Sala de Apelación carecía de pruebas específicas que permitieran demostrar la existencia de un riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de N.J.E. en el caso concreto.

En el año 2013 el Tribunal de Casación desestimó el recurso de la Fiscalía, al considerar que las razones para creer que la ejecución de las órdenes de detención europeas infringiría los derechos fundamentales de N.J.E. (art. 6 del Tratado de la Unión Europea. Derecho a un Proceso Equitativo) eran algo posible. La sospecha en cuanto a eventuales tratos crueles o inhumanos en las condiciones de detención y/o prisión se encontraban debidamente fundadas, a partir de los informes del año 2011, confeccionados por el Comité del Consejo de Europa para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. Más aún, especificó que el incumplimiento en la ejecución de una ODE no necesariamente implicaba la impunidad de la acusada, ya que existían procedimientos alternos que podía poner en marcha la autoridad competente.

En el año 2015 el juez de instrucción de la Audiencia Nacional de España volvió a emitir una orden de detención europea, resaltando que se aseguraba el refuerzo de las garantías procesales en materia penal vigentes en España por el delito de “asesinato terrorista” –de conformidad con la legislación española– contra N.J.E. En cuanto al supuesto “riesgo de tortura” en España argumentado por la Sala de Apelación belga, aclaró que el informe del CPT fue impugnado por el Gobierno español en marzo del año 2012, y que durante las visitas periódicas posteriores en los años 2012 y 2014, el CPT no volvió a mencionarse el tema.

Esta nueva ODE, tras recorrer las distintas instancias nacionales belgas, fue nuevamente denegada en julio del año 2016, por no encontrar la Sala de Gante elementos diferentes respecto de los expuestos y solicitados en el año 2013.

Ante estas negativas, los familiares del señor Romeo recurrieron al TEDH el 16 de enero de 2017.

3. Sentencia del TEDH

A los efectos oportunos para resolver el asunto, el Tribunal consideró la jurisdicción de los Estados para intervenir en el caso, la legitimidad de los familiares para ser parte, el agotamiento de los recursos internos, la cooperación entre los Estados para que pueda existir una tutela judicial efectiva y la aplicación del artículo 41 del Convenio, entre otros puntos.

En primer lugar, para determinar la admisibilidad del caso, el Tribunal analizó la excepción preliminar interpuesta de incompatibilidad *ratione loci* formulada por el Gobierno, evaluando la existencia, o no, de un vínculo de jurisdicción con Bélgica. Para ello, aplicó *mutatis mutandis* los estándares ya esgrimidos en el precedente “Güzelyurtlu y otros”, entendiendo que toda vez que N.J.E. –presunta autora del asesinato– se encontraba refugiada en Bélgica y que las autoridades españolas habían informado

a las autoridades belgas la intención de enjuiciarla exhortándoles a que procedan a su detención y entrega, efectivamente en el presente caso existía una relación de jurisdicción entre los demandantes y Bélgica con arreglo al artículo 1 del Convenio.

Más aún, el Tribunal resaltó que las presentes órdenes fueron dictadas en el marco de la existencia de compromisos de cooperación en materia penal que resultaban vinculantes para ambos Estados.

El Tribunal se remitió a su sentencia en *Pirozzi Vs. Belgium*, del año 2018, que se refiere a la Decisión Marco del Consejo del 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI). En este antecedente y en otros, se determina el alcance de la supervisión que debe llevar a cabo el Estado miembro de ejecución cuando disponga de elementos de prueba que pudieran fundar el temor de la existencia de fallos sistémicos o generalizados en las condiciones de detención en las instituciones penitenciarias del Estado del emisor. En esencia, la sentencia resuelve, por un lado, que la autoridad judicial de ejecución debe comprobar únicamente las condiciones “concretas y precisas de detención” de la persona interesada que son relevantes para determinar si corre “un riesgo real de sufrir” un trato inhumano o degradante y, por otro lado, que cuando la autoridad de emisión haya ofrecido garantías de que la persona interesada no será sometida a un trato inhumano o degradante, la autoridad de ejecución, teniendo en cuenta la confianza mutua entre Estados miembros, deberá confiar en ella, a falta de pruebas específicas que permitan suponer que las condiciones de detención son contrarias al artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En consecuencia, el Tribunal concluyó que debía desestimarse la excepción preliminar de incompatibilidad *ratione loci* formulada por el Gobierno.

Respecto de las alegaciones de las partes, el Tribunal analizó el nexo causal entre la negativa de los tribunales belgas a ejecutar la orden de detención europea, en presunta violación al artículo 2 del Convenio, y la falta de enjuiciamiento de la responsabilidad de N.J.E.

En este sentido, el Tribunal determinó que les asiste razón a los demandantes en lo que refiere a la imposibilidad de iniciar otros procedimientos en España, como lo sería en juicio *in absentia*, toda vez que el procedimiento penal español prohíbe la imposición de una condena en rebeldía.

Además, enfatizó que la cuestión planteada no consistía en determinar si Bélgica era responsable de actos u omisiones procesales en el marco de una investigación sobre el asunto, lo que es competencia exclusiva de las autoridades españolas, sino en resolver si la negativa de las autoridades belgas impedía el ejercicio del derecho a la investigación oficial por parte de España.

Sobre este punto, con cita en la jurisprudencia ya mencionada, el Tribunal recordó que el artículo 2 del Convenio impone a ambos Estados la obligación bilateral –meramente de medios– de cooperar entre sí, lo que implica al mismo tiempo una obligación de solicitar asistencia y de prestarla. En consecuencia, señaló –a mi modo de ver de manera atinada– que solo existe la posibilidad de incum-

plimiento de esta obligación de cooperar por parte del Estado requerido si existe un motivo legítimo para denegar la cooperación en virtud de tratados internacionales.

Así, si bien el Tribunal Europeo consideró que las autoridades belgas dieron una respuesta debidamente motivada a las autoridades españolas respecto de la denegación de entrega de N.J.E., por considerar –con sustento en informes internacionales– la existencia de motivos fundados para considerar que podría suscitarse una violación a los derechos humanos fundamentales, llegó a la conclusión de que Bélgica incumplió su obligación procesal de cooperar en el marco del aspecto procesal del artículo 2 del Convenio, provocando una violación de dicha disposición.

Pero esto no quiere decir que Bélgica tenga la obligación de entregar a N.J.E. a las autoridades españolas, según también expresaremos más adelante.

4. Conclusiones

Resulta interesante advertir que en el presente caso se encuentran en pugna los derechos, por un lado, a la tutela judicial efectiva que reclaman los demandantes desde la perspectiva del artículo 6 del Convenio y la vulneración del artículo 2 del mismo por la falta de cooperación de las autoridades belgas y, por otro lado, la protección de los derechos humanos fundamentales, amparados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, frente a una eventual ejecución de la orden de detención tras la que podrían realizarse tratos inhumanos, crueles o degradantes en una cárcel española.

La Corte profundiza la jurisprudencia que requiere la necesidad de que la denegación de entrega se encuentre debidamente justificada por pruebas pormenorizadas que indiquen un peligro claro y efectivo para los derechos fundamentales de la persona. En el caso, el Tribunal de Casación belga había avalado la decisión de la Sala de lo Penal del Tribunal de Apelaciones de Gante de denegar la ejecución de las órdenes de arresto por entender que el trato disímil del que eran objeto las personas enjuiciadas por presuntos delitos terroristas en el Estado español suponía el riesgo de que la detención de N.J.E. fuera contraria a las condiciones previstas por el artículo 3 del Convenio, en violación a sus derechos fundamentales.

No obstante, el Tribunal Europeo entendió que la decisión se había basado esencialmente en informes internacionales y en el contexto de la historia política contemporánea de España, y no en pruebas objetivas suficientes que habilitaran la identificación de un riesgo real e individualizado que permitiera denegar de manera fundada la ejecución de las órdenes.

Por eso, el TEDH consideró que las circunstancias del caso y los intereses en cuestión deberían haber llevado a las autoridades belgas, haciendo uso de la posibilidad que le ofrecía la legislación belga (artículo 15 de la Ley sobre la orden de detención europea, véase el apartado 25 supra) de solicitar información complementaria sobre la aplicación del régimen de detención en el caso de N.J.E., en especial en lo que se refiere al lugar y a las condiciones de detención, con el fin de verificar la existencia de un riesgo concreto y real de vulneración del Convenio en caso de entrega.

En lo que refiere a los daños, si bien los demandantes reclamaban un total de 150.000 euros por daños morales por la vulneración del artículo 2 del Convenio, el Tribunal Europeo señaló que Bélgica no era responsable por la muerte de su padre, pero sí por la falta de colaboración que produjo una imposibilidad de enjuiciar a la presunta autora del asesinato, por lo que se le concedió 5.000 euros a cada uno de los demandantes.

Reiteramos, como ya lo señaláramos antes, que la solución solo lo fue en materia de procedimiento, y no con respecto al fondo del asunto, ya que la constatación de una violación del artículo 2 del Convenio, como reconoce el Tribunal, no implica necesariamente que Bélgica tenga la obligación de entregar a N.J.E. a las autoridades españolas. Justamente la sentencia encuentra su fundamento en la insuficiencia de base fáctica para rechazar la entrega, lo cual no resta valor a la obligación de las autoridades belgas de garantizar que, en caso de entrega a las autoridades españolas, N.J.E. no corra el riesgo de recibir un trato contrario al artículo 3 del Convenio.

En términos más generales, el Tribunal llegó a una conclusión principalmente procesal, dejando asentado que la sentencia no debe ser interpretada en el sentido de reducir la obligación de los Estados de no extraditar a una persona a un país que solicita su extradición cuando hay razones fundadas para creer que, de ser extraditada a dicho país, la persona afectada correría un riesgo real de ser sometida a un trato contrario a lo dispuesto en el artículo 3.

Terrorismo. Libertad de expresión

TEDH, *Affaire Gürbüz et Bayar c. Turquie*, 23 de julio de 2019

por Sofía Josefina Danessa¹

1. Introducción

El caso de estudio comenzó en el año 2012 con una demanda que entablaron los señores Gurbuz² y Hasan Bayar³ contra Turquía, alegando que los procesos penales iniciados en su contra ante los tribunales turcos constituían una violación a su derecho de libre expresión, según les era reconocido en el artículo 10 del CEDH.

El Tribunal, que declaró inadmisibles otras de sus peticiones, resolvió admitir el planteo de los solicitantes y considerar la eventual violación de dicho derecho, a pesar de la oposición del Gobierno turco.

2. Los hechos

Addullah Ocalan, líder del PKK (Partido de los Trabajadores de Kurdistán) fue sentenciado a cadena perpetua en el año 2002. Actualmente cumple esta pena en la prisión de la isla de Imrali. El citado partido había llevado a cabo ataques armados, bombardeos, sabotajes y robos a mano armada

¹ Abogada, docente y directora de Proyecto de investigación (UCA). Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

² Propietario del diario *Ulkede Ozgur Gunden*.

³ Editor del diario *Ulkede Ozgur Gunden*.

en el territorio de Turquía, donde murieron civiles, soldados, policías y funcionarios públicos. Desde la cárcel, a través de instrucciones transmitidas por sus abogados, este líder continuó organizando la estructura del partido, la línea que el mismo debía seguir, abogando asimismo por el abandono de la lucha armada por parte de la agrupación, condicionado a que el gobierno terminara con las hostilidades y satisficiera sus demandas. Sus instrucciones, difundidas también por medios periodísticos, eran transmitidas a través de sus abogados, los que en el año 2002 fueron acusados de abusar de su posición de letrados utilizándola para otros fines, siendo posteriormente exculpados de estos cargos.

A fines de agosto de 2004 Kongra-Gel (una rama derivada del partido) hizo una propuesta de tregua, con un llamamiento al Estado turco acompañado de un pedido de cese de operaciones militares y mejora de las condiciones de vida en prisión de Ocalan. Todo en miras, aparentemente, a lograr la paz.

En este contexto, los señores Gurbuz y Hasan Bayar publicaron en el diario turco *Ülkede Özgür Gündem*, del cual eran editores responsables, un artículo titulado “Apoyo en cinco puntos: el líder del pueblo kurdo dio la bienvenida al enfoque de Kongra-Gel para un nuevo alto el fuego”. La publicación contiene manifestaciones del líder kurdo en las que hace un llamado a todos los que se dicen patriotas de tal nacionalidad para que se reúnan bajo el estandarte del Kongra-Gel. Asimismo, convocó a todas las entidades democráticas kurdas para encontrar un nuevo impulso en torno a la unidad. La parte más controvertida del artículo, que constaba de dos partes con declaraciones también de otro de los líderes partidarios, fue la que transcribe dichos del señor Öcalan en los que afirma que considera que la propuesta de cese al fuego de cinco puntos presentada por Kongra-Gel es apropiada, agregando que se trataba de reclamos mínimos inmediatamente exigibles, y que si no se desarrollaba un diálogo turco-kurdo razonable, “el año 2005 sería necesariamente el año de la transición (de la agrupación) a la guerra de guerrillas”.

A pesar de que Öcalan en el tramo final de su mensaje hizo un llamado a la concordia con motivo del Día Mundial de la Paz (el 1 de septiembre del año 2004), el Estado turco reaccionó ante la publicación. Mediante una acusación formal, el 3 de septiembre de 2004, el Fiscal de Estambul acusó al propietario y al editor del diario de no cumplir con la Ley N° 3713⁴ sobre combate al terrorismo, que establecía que si una persona imprime o publica declaraciones o folletos de organizaciones terroristas que legitiman, glorifican o fomentan métodos de coerción, violencia, amenaza, los editores y órganos de publicación también serían condenados.

4 El artículo 6 de la Ley Antiterrorista N° 3713, del 12 de abril de 1991 establecía antes de ser reformada, que una persona que imprime o publica declaraciones o folletos de organizaciones terroristas es castigada con una multa de cinco a diez millones de liras turcas. Luego de una modificación anterior introducida por la Ley N° 5532 de 29 de junio de 2006, este artículo 6 de la Ley N° 3713 fue nuevamente modificado por la Ley N° 6459 del 11 de abril de 2013, el que dice: “Una persona que imprime o publica declaraciones o folletos de organizaciones terroristas que legitiman, glorifican o fomentan métodos de [coerción, violencia] amenaza. [...] Cuando los hechos mencionados en los párrafos anteriores se cometen a través de la prensa y la publicación, los editores en jefe de la prensa y los órganos de publicación que no participaron en la comisión de los hechos también son condenados de mil a cinco mil días. Cuando los hechos mencionados en los párrafos anteriores se cometen a través de las publicaciones periódicas mencionadas en el Artículo 3 de la Ley de Prensa No. 5680, el editor también es multado con el 90% del promedio del ventas del mes anterior si la frecuencia de publicación de la publicación periódica es inferior a un mes, o el número de ventas realizadas en el último número de la publicación periódica si es mensual o aparece con menos frecuencia [...] Sin embargo, la multa no puede ser menos de cincuenta millones de liras turcas. El editor del periódico es sentenciado a la mitad de la pena impuesta al editor”.

Por otro lado, el Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo aboga para que los Estados parte tomen medidas para prevenir el terrorismo, reconociendo que no afectan las mismas los principios relativos a la libertad de expresión y de asociación.⁵ La Segunda Sección del Tribunal Europeo que entendió en el caso, tomó muy en cuenta lo que establece este tratado preventivo. Su artículo 5 prohíbe cualquier forma de poner a disposición del público un mensaje con la intención de incitar a la comisión de un delito terrorista. En tal sentido, las Altas Partes contratantes deben, respetando las obligaciones asumidas en materia de derechos humanos (cf. artículo 12), y sin afectar la libertad de expresión y de asociación, tomar medidas efectivas en sus jurisdicciones internas para prevenir el terrorismo, la provocación pública para cometer delitos terroristas, así como el reclutamiento y la capacitación para el terrorismo.

Esta “provocación pública para cometer un delito terrorista” significa la difusión o cualquier otra forma de poner a disposición del público un mensaje, con la intención de incitar a la comisión de un delito terrorista, cuando respalda directa o indirectamente la comisión de delitos terroristas o crea el peligro de que uno o más de estos delitos puedan ser cometidos.

En tal sentido, cada Parte tomará las medidas necesarias para establecer como delito penal, de conformidad con su legislación interna, la provocación pública para cometer un delito terrorista según se define en el párrafo 1, cuando se cometa ilegal e intencionalmente. Asimismo, establece que cada Parte deberá adoptar medidas para sancionar como delitos penales la provocación pública para cometer un delito terrorista, aun cuando no se cometa tal delito.⁶

Como adelantáramos, el TEDH entendió que debía analizar el fondo del asunto –que en el caso del proceso penal contra el primer demandante había durado siete años y siete meses, prescribiendo luego, y que respecto al segundo demandante culminó con una multa judicial que después fue suspendida– con el objeto de decidir si se había producido una interferencia de Turquía al derecho a la libertad de expresión.

3. Argumentos del TEDH

A diferencia del análisis que hicieron los tribunales turcos, que solo se ocuparon objetivamente de comprobar que la publicación había tenido origen en declaraciones vinculadas con una organización considerada terrorista, el TEDH decidió analizar los alcances y el contexto de la misma, la intencionalidad del acto y el peligro inminente creado.

Por ello, el Tribunal entendió que debía evaluarse la naturaleza de la publicación teniendo en cuenta al autor, el destinatario, el contenido del mensaje y el contexto en que se publicó. En su análisis, el TEDH observó que algunas declaraciones vertidas en el mensaje eran de carácter pacífico, por lo que no parecía probable que incitaran a la perpetración de actos violentos, pero también advirtió que

5 Cfr. artículos 3, 5 y 6 del Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo de 16 de mayo de 2005, firmado en Varsovia y ratificado por Turquía el 23 de marzo de 2012.

6 Cfr. artículo 7 del Convenio para la Prevención del Terrorismo.

otras sí podrían considerarse como una provocación pública con el fin de cometer delitos terroristas, e incluso, podrían interpretarse como un llamado a reclutar terroristas.

Estas manifestaciones fueron interpretadas por la Corte como una potencial incitación a la violencia, a la resistencia armada o al levantamiento, haciendo depender estas circunstancias a la condición de que no se desarrollara el diálogo turco-kurdo, por lo que, si no se solucionaban las cosas satisfactoriamente para este pueblo, la violencia sería necesaria y justificada.

Haciendo un análisis pormenorizado, y apoyándose en decisiones anteriores compatibles con su discurso, los jueces de la mayoría encontraron que si bien el texto publicado instaba a una solución pacífica concordada, también poseía palabras del señor Ocalam que podían entenderse, de no llegarse a un acuerdo, como una incitación a la violencia, por lo que podría dar lugar a la aplicación del artículo 5 del citado Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo, así como también el llamado a unificar fuerzas podría considerarse como violación del artículo 6 del mismo instrumento.

Si bien los peticionarios, editores responsables de la publicación, no habían hecho directamente las declaraciones, habían proporcionado el medio para difundirlas, por lo que el TEDH consideró que los solicitantes no podían ser absueltos de su responsabilidad, concluyendo en definitiva que no se había violado el derecho a la libertad de expresión.

4. Conclusión

Varios puntos de la sentencia se presentan como interesantes. Uno de ellos es el análisis que resuelve el potencial “conflicto de derecho” entre la libertad de expresión y el derecho de un Estado democrático a implementar medidas para combatir el terrorismo y preservar su seguridad nacional.

Si bien concuerdo con lo que resuelve en última instancia el TEDH, cabe realizar un análisis de los aportes de la sentencia en la materia. En Europa, la diatriba existente entre derechos humanos y la doctrina de la seguridad nacional muestra que entre ellos se llevan bastante mal. En este sentido, resulta relevante lo que expresa el Tribunal en cuanto a la necesidad de realizar un análisis integral contextual de una publicación para determinar si efectivamente constituye, o no, una incitación a la violencia.

La fina línea entre el derecho a la libertad de expresión y a impartir información, y la comisión del delito de difusión de declaraciones terroristas, actos tipificados en la legislación local e internacional, requieren de un análisis pormenorizado del carácter del autor, de los destinatarios de la publicación, del contenido del mensaje y del contexto en que se desarrolla. Ello así, toda vez que, en concordancia con lo dicho por el Tribunal en este caso y en precedentes anteriores, no puede alegarse el derecho a la libertad de expresión como coartada o pretexto para la difusión de declaración de grupos terroristas.

En el caso se encuentran en pugna un derecho fundamental, como lo es la libertad de expresión, por un lado, y la seguridad nacional estatal por el otro, en un contexto internacional marcado por el acaecimiento de diversos actos terroristas que llevaron al desarrollo de un miedo generalizado en la población mundial hacia el “terrorismo como fenómeno”.

Este caso ha tenido comentarios favorables y negativos: ¿Son relevantes y suficientes las razones aducidas por las autoridades turcas para limitar el derecho del artículo 10 del Convenio Europeo? Cabe aquí decir que los tribunales internos de Turquía no examinaron si el texto censurado podía interpretarse como alentador de la violencia, de la resistencia armada o de un levantamiento, o si poseía intencionalidad y virtualidad para incitar a la violencia, todas circunstancias esenciales a tener en cuenta para interferir en la libertad de expresión.⁷ El propio Tribunal Europeo, a pesar de que sí consideró el contexto y los alcances intencionales, tampoco hizo una digresión profunda para averiguar si el jefe del PKK quiso decir lo que infiere el Gobierno turco que intenta transmitir.

Sin perjuicio de que en el presente caso resultaba claro que los solicitantes no se asociaron personalmente con las declaraciones de Öcalan, lo determinante para arribar a la sentencia que esgrimió el TEDH fue el hecho de que la publicación de dichas declaraciones permitió su amplia difusión y proporcionó un foro de debate respecto de ellas.

De esta forma, si bien el Tribunal recalcó que castigar a un periodista sin razones particularmente graves por ayudar a difundir declaraciones de un tercero, por aplicación mecánica de la Ley N° 3713, implicaría la obstaculización de la contribución de la prensa a los debates sobre problemas de interés general, toda vez que la presión a los profesionales supone no tener en cuenta el objetivo de las personas involucradas, ni el derecho del público a ser informado desde otro punto de vista de una situación de conflicto, esto no deviene en la imposibilidad de condenar a quienes incurren en la comisión de alguno de los actos reprimidos por la ley penal esgrimida. Por el contrario, significa que se requiere de un análisis minucioso de los hechos y del contenido de la publicación para hacerlo.

Lo cierto es que la doctrina de este fallo varía, debido a sus circunstancias especiales, la posición del TEDH en otras decisiones similares.⁸ Esto fue señalado por el único voto discordante dentro de la Sala, perteneciente al juez albanés Pavli, quien concluyó que la opinión de la mayoría se basaba en una “pirueta triple” que “ignora los aspectos fundamentales de jurisprudencia bien establecida” del tribunal.

Sin embargo, dadas las circunstancias del presente caso, resulta claro que la publicación de las declaraciones impugnadas constituye una incitación a la violencia y al reclutamiento terrorista. Por lo tanto, estimo acertada la conclusión del Tribunal de que no ha habido violación del artículo 10 de la Convención en el caso, al considerar que la interferencia impugnada no supone un ejercicio desproporcionado a los objetivos legítimos que persigue la ley, como es el combate contra el terrorismo. Especialmente al tener en cuenta que los procedimientos penales iniciados se declararon extintos con respecto al primer demandante y se suspendió la ejecución de la multa judicial impuesta al segundo demandante.

Por último, otro aspecto sugestivo del fallo es la mención que hace sobre el margen discrecional de apreciación que tienen los Gobiernos nacionales para aplicar normativas internacionales y comunitarias.

7 Cumpăna y Mazăre v. Rumania; V sobre Hannover v Alemania (No. 2), Morice v. Francia; Delfi AS v. Estonia; y Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy v. Finlandia.

8 Cfr. Ali Gürbüz v. Turquía, también Gözel y Özer v. Turquía, y concretamente sobre la libertad de expresión lo dicho en Jersild c. Dinamarca.

Non refoulement. Derecho a la salud

TEDH, *Case of Savran v. Denmark*, 1 de octubre de 2019

por Ignacio Odriozola¹

Introducción

El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “CEDH”) establece que “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Por un lado, en términos normativos, este derecho absoluto se garantiza tanto porque no puede derogarse ni en circunstancias de guerra o de emergencia pública –artículo 15– como porque carece de excepciones: su prohibición siquiera puede obviarse ante situaciones del más alto interés público. Por otro lado, y en términos prácticos, el umbral para su aplicación fue cediendo para cubrir otros supuestos que pudieron no estar presentes al momento de redactar el instrumento regional, como ciertas formas intermedias de malos tratos.²

En este sentido, el caso *Savran Vs. Denmark* resulta el último eslabón en una cadena de sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH” o “el Tribunal”), en que se abordó la vinculación entre el artículo 3 CEDH y la expulsión de una persona migrante que sufre serios problemas de salud y requiere un tratamiento médico.

¹ Abogado y docente (UBA). Magíster (c) en Migration and Mobility Studies (University of Bristol). Abogado de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación. Investigador por la Red Sudamericana para las Migraciones Ambientales (RESAMA).

² Harris D. et al (2018). *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, p. 238.

La relevancia de este fallo radica tanto en la ratificación de su precedente más cercano –*Paposhvili Vs. Belgium*³– como en la incorporación de elementos que perfeccionan el examen que debe llevar a cabo el Estado expulsor previo a ejecutar la devolución de la persona migrante bajo tratamiento por una grave enfermedad a su país de origen.

Por lo tanto, en este artículo propongo inicialmente realizar un breve recorrido por la jurisprudencia del TEDH en lo concerniente a esta materia, para luego comentar el fallo que aquí interesa y, finalmente, realizar algunas reflexiones en torno a los puntos debatidos.

Jurisprudencia del TEDH

a) D. Vs. United Kingdom (1997)

El caso que inauguró la línea jurisprudencial del TEDH en torno a la violación del artículo 3 CEDH como consecuencia de la expulsión de una persona migrante que padecía una enfermedad grave fue *D. Vs. United Kingdom*.

En lo particular, el litigio abordó la situación de *D.*, ciudadano de San Cristóbal y Nieves, sobre el cual se había dispuesto su expulsión de manera accesoria a una condena recaída en su contra. De regresar a su país de origen, perdería el tratamiento médico que recibía contra el VIH. El peticionario sufrió daños graves e irreparables y su expectativa de vida era limitada.

Entre los puntos salientes del decisorio, el TEDH indicó que debía examinarse la existencia de un “riesgo real” de que la expulsión de *D.*, dado su estado de salud, contravenga el artículo 3 CEDH. A entender del Tribunal, su devolución y la finalización del tratamiento que realizaba en el Reino Unido le produciría “sufrimientos físicos y psicológicos extremos” que “constituiría un tratamiento inhumano”. Así, concluyó su razonamiento indicando que solo en “circunstancias muy excepcionales” como las del caso, y dadas las “consideraciones humanitarias” bajo estudio, la implementación de la medida de expulsión representaría una violación al artículo 3 CEDH.⁴

b) N. Vs. United Kingdom (2008)

Poco más de una década después, el TEDH ratificó la excepcionalidad con la cual la expulsión de un migrante tratado por una grave enfermedad vulneraría el artículo 3 CEDH, mientras incorporó otras pistas de interés.

La peticionaria, de nacionalidad ugandesa, fue diagnosticada VIH positivo. Días más tarde, sus representantes solicitaron se le otorgase la condición de refugiada. De poner fin al tratamiento antirretroviral y al monitoreo hospitalario, su expectativa de vida se vería reducida a menos de un año. El Reino

3 TEDH, *Case of Paposhvili Vs. Belgium*, Application No. 41738/10, 13 de diciembre de 2016.

4 TEDH, *Case of D. Vs. United Kingdom*, Application No. 3024/96, 2 de mayo de 1997, párrs. 51-53.

Unido dispuso su expulsión luego de rechazar tanto su solicitud de asilo, con base en la credibilidad de su testimonio, como la correspondiente aplicación del artículo 3 CEDH ya que, según la Organización Mundial para la Salud, Uganda estaba en condiciones de brindarle la asistencia médica necesaria.

Entre otros aspectos, el TEDH indicó que, al margen de que la peticionaria se encontraba enferma, estaba en condiciones de viajar a su país de origen, donde recibiría tratamiento. Agregó que la reducción significativa de la expectativa de vida no es *per se* suficiente para considerar una violación al artículo 3 CEDH. Luego, mantuvo el elevado umbral del fallo *D. Vs. United Kingdom* para “casos muy excepcionales”, donde existen motivos humanitarios considerables. Por último, destacó que el artículo 3 no obliga al Estado en que se encuentra la persona migrante a aliviar las disparidades entre Estados mediante la prestación de atención médica gratuita: una constatación en contrario supondría una carga demasiado pesada para los Estados parte del CEDH. Concluyó que la ejecución de la medida de expulsión no implicaría una violación del artículo 3 CEDH.⁵

c) Paposhvili Vs. Belgium (2016)

Por último, el TEDH flexibilizó su aproximación estricta proponiendo una guía de medidas –hoy conocida como *Test Paposhvili*– que, tanto el peticionario como el Estado, debían seguir. El nombrado, un ciudadano georgiano, fue condenado por diversos delitos y debido a ello se dispuso su expulsión de Bélgica. No obstante, al padecer de leucemia y tuberculosis recurrentes sufrió una enfermedad pulmonar. De regresar a Georgia no podría acceder a un tratamiento médico adecuado. Paposhvili murió durante el proceso ante el TEDH, pero la Gran Sala decidió resolver el litigio.

El Tribunal sostuvo que los casos de “situación médica excepcional”, en que podría vulnerarse el artículo 3, son aquellos en el que se han demostrado fundamentos sustanciales para creer que la persona, aunque no corre el riesgo inminente de morir: (1) correría un “riesgo real”, (2) debido a la “ausencia de un tratamiento adecuado” en el país receptor o la falta de acceso a dicho tratamiento, (3) de estar expuesto a una “disminución grave, rápida e irreversible” en su estado de salud, que (4) resultaría en un “sufrimiento intenso o una reducción significativa en la esperanza de vida”. El TEDH se refirió también a la carga de la prueba, indicando que (5) “corresponde al solicitante presentar pruebas capaces de demostrar que la expulsión conduciría a una violación del art. 3 CEDH”. Sin embargo, agregó que si el solicitante ha proporcionado tal evidencia, (6) corresponde al Estado expulsor “disipar cualquier duda” que refleje que su expulsión no conduciría a una violación del artículo 3 CEDH. Más aún, se debe considerar (7) “las consecuencias previsibles de la expulsión” a la luz de la situación general en el país de origen y de las circunstancias personales del individuo. Por último, si persisten las dudas sobre el impacto de la expulsión en el solicitante, el Estado expulsor (8) debe “obtener garantías individuales y suficientes del Estado receptor”.⁶ La muerte del Paposhvili impidió ver la practicidad de estos lineamientos.

⁵ TEDH, *Case of N. Vs. United Kingdom*, Application No. 26565/05, 27 de mayo de 2008, párrs. 42-44.

⁶ TEDH, *Case of Paposhvili Vs. Belgium*, cit., párrs. 183-191.

Comentario al caso *Savran Vs. Dinamarca*

Hechos del caso

a) Procedimiento penal

Arif Savran, de nacionalidad turca y nacido en 1985, se trasladó hacia Dinamarca en 1991 junto con su madre y sus cuatro hermanos con el objetivo de reunirse con su padre.

En el año 2007 se inició un procedimiento en su contra por la comisión del delito de asalto bajo circunstancias altamente agravadas que derivaron en la muerte de la víctima. Si bien inicialmente fue condenado a la pena de siete años de prisión y se ordenó su expulsión del país, diversos informes médicos presentados durante el procedimiento revelaron que padecía distintas alteraciones en su salud mental. Se aconsejó su internación en una unidad psiquiátrica para personas con discapacidad mental severa. En agosto de 2009, la Corte Suprema de Dinamarca confirmó su internación por tiempo indefinido como así también su orden de expulsión.⁷

b) Procedimiento de revocación

En el año 2012, amparado en el artículo 72.2 del Código Penal danés, el curador de Savran solicitó a la fiscalía interviniente que morigerara la sanción impuesta por un tratamiento bajo supervisión del Servicio Penitenciario y del Servicio de Probation, en conjunto con el departamento de psiquiatría. Luego de la incorporación de informes psiquiátricos y del Servicio de Inmigración, en diciembre de 2013 la fiscalía presentó el caso ante la Corte de la Ciudad de Copenhague. Allí, solicitó la modificación del tratamiento y una nueva revisión de la orden de expulsión, conforme con la Sección 50 de la Ley de Extranjería danesa que prevé que los tribunales deben examinar una expulsión cuando el estado de salud de la persona migrante es inapropiado para ejecutar la medida.

Durante este proceso, nuevos informes médicos revelaron que el paciente, pese a tener una psicosis aguda y conductas agresivas, respondía positivamente al tratamiento antipsicótico y a la medicación proporcionada. Agregaba que en el último tiempo Savran no había externalizado alteraciones en su conducta, que era consciente de la afectación que sufría y de la importancia de continuar el tratamiento. Por ello, se recomendó la modificación de la sanción por un tratamiento psiquiátrico ambulatorio únicamente a base de seguimiento y control médico.

Por su parte, el curador del peticionario fue oído en febrero y octubre de 2014. En sus intervenciones, entre otras cuestiones, resaltó que en su ciudad natal –Konya– carecía de vínculos familiares: todo su grupo familiar se encontraba junto a él en Dinamarca. Además, destacó que el peticionario no hablaba el idioma turco sino kurdo, situación que dificultaría la búsqueda de trabajo o apoyo, y que los me-

⁷ TEDH, *Case of Savran Vs. Denmark*, 1º de octubre de 2019, párrs. 8-13.

jores hospitales del país se encontraban en Ankara y Estambul. Las consultas en los nosocomios eran pagas y la medicación que tomaba debía ser controlada continuamente para evitar recaídas.

En este contexto, el Servicio de Inmigración obtuvo información sobre las opciones de tratamiento en Konya a través del Ministerio de Asuntos Exteriores danés. Al respecto, el servicio social turco indicó que Konya contaba con un hospital público y que la atención a pacientes se presta en igualdad de condiciones. No obstante, el Estado receptor señaló que aquella persona que pretenda ser asistida por el servicio de salud público debe previamente estar inscrita en el Registro Civil de Turquía y luego postularse en la oficina gubernamental que corresponda, pagando un cierto monto dinerario de acuerdo con sus ingresos. Con relación a la medicación prescrita, se informó que estaba disponible y que, excepcionalmente, cuando se encuentra cubierta por el servicio de salud pública, solo se debía abonar el veinte por ciento del precio final. Para ser eximido de este monto, debía presentarse una carta firmada por una junta médica que asegure la necesidad de tratamiento a largo plazo y sea irrazonable que el paciente corra con ese gasto. Por último, Turquía confirmó que el Hospital público de Konya cuenta con empleados que hablan el idioma kurdo.

El 14 de octubre de 2014, la Corte de la Ciudad, basándose en las constancias reseñadas, enmendó la sentencia impuesta a Arif Savran, disponiendo el cambio en su tratamiento psiquiátrico y resolviendo que resultaba inapropiado llevar a cabo su expulsión del país.

En desacuerdo con ello, la fiscalía apeló la decisión respecto de no expulsarlo y, el 13 de enero de 2015, la Alta Corte hizo lugar al requerimiento fiscal. A tal fin, relevó las pruebas incorporadas en la causa, concluyendo que el paciente podría continuar su tratamiento farmacológico en Turquía y resaltando la gravedad del delito cometido. El peticionario apeló la decisión ante la Corte Suprema, pero la misma fue rechazada el 20 de mayo de 2015.⁸

Procedimiento ante el TEDH

El peticionario alegó que su expulsión representaría una violación a los artículos 3 y 8 del CEDH. El artículo 8, que protege el respeto a la vida privada y familiar, no será examinado en el presente análisis, ya que el TEDH concluyó innecesario abordarlo debido a su resolución sobre el artículo 3.⁹

a) Admisibilidad

El Tribunal consideró que la demanda debía ser declarada admisible, ya que se encontraba suficientemente fundada, conforme con el artículo 35.3 (a) de la CEDH, y no encuadraba en ninguno de los supuestos de inadmisibilidad del mismo artículo.¹⁰

⁸ Ibid, párrs. 17-31.

⁹ Ibid, párrs. 68-74.

¹⁰ Ibid, párr. 36.

b) Méritos

El peticionario sostuvo que, de regresar a Turquía, no tendría la posibilidad real de recibir un tratamiento adecuado y necesario. Ello podría generar una recaída en su estado de salud, y los riesgos y el sufrimiento asociados a dicha recaída violarían las disposiciones del artículo 3. Para respaldar sus dichos, se refirió principalmente a los informes psiquiátricos detallados anteriormente pero destacando que además de la medicación resultaba fundamental el control asiduo para evitar el recrudecimiento de su situación y no representar un riesgo para su entorno. Por otra parte, alegó la ausencia de vínculos sociales o familiares en Turquía, esenciales según los médicos para progresar y superar su enfermedad.¹¹

El Gobierno de Dinamarca consideró que la expulsión de Savran no constituía una vulneración del artículo 3 CEDH. Al respecto, resaltó que durante el procedimiento de revocación los tribunales domésticos realizaron una evaluación exhaustiva del impacto de expulsar al migrante a Turquía. En abono a esto, el Gobierno también adujo que el TEDH, en *Bensaid Vs. United Kingdom* avaló la expulsión del migrante que padecía esquizofrenia, pese a que dejaría de recibir su medicación gratuita y que el hospital más cercano se encontraba a 80 km de la ciudad en la cual residía junto con su familia. En dicho fallo, el Tribunal consideró que el riesgo de recaídas continuaría aun si permaneciera, ya que su enfermedad era de larga data y requería constante control.¹²

c) Valoración general del artículo 3 CEDH

En este punto, el TEDH se basó integralmente en el precedente *Paposhvili*, reiterando que la expulsión de un extranjero puede implicar la violación al artículo 3 CEDH cuando existen razones fundadas para creer que la persona afectada podrá enfrentar un “riesgo real” de ser sometida a tortura o a un trato o penas inhumanas o degradantes en el país receptor. Sin embargo, aseveró que el umbral para examinar la vulneración de la norma mencionada en casos como este continúa siendo alto.

Así, recordó los cuatro ejes iniciales que permiten verificar que podría haber una violación al artículo 3 CEDH llegado el caso en que la persona seriamente enferma sea expulsada: (1) que enfrentará un riesgo real, (2) debido a la falta de tratamiento apropiado en el país receptor o la carencia de dicho tratamiento, (3) de ser expuesta a una recaída seria, rápida e irreversible en su estado de salud, que (4) resulte en un sufrimiento intenso o en una reducción significativa de su expectativa de vida.¹³

Para descartar ello, el Tribunal indicó que las autoridades del país expulsor deben examinar “caso por caso” si la atención disponible en el Estado receptor es “suficiente y apropiada en la práctica” para el tratamiento que la enfermedad del peticionario requiere. Además, deben cerciorarse de que la persona tendrá “acceso real” a dicho tratamiento y, a tal fin, deben examinar los costos de la medicación, la existencia de redes familiares o sociales, y la distancia que deberá recorrer para acceder y obtener la atención médica.¹⁴

11 Ibid, párrs. 37 y 38.

12 Ibid, párrs. 39-42.

13 Ibid, párr. 45.

14 Ibid, párrs. 46 y 47.

Más aún, si las dudas con relación al impacto de la expulsión persisten, el Estado expulsor deberá obtener “garantías individuales y suficientes” por parte del Estado receptor, como una precondition de expulsión, de que el tratamiento adecuado estará disponible y accesible para la persona afectada, de modo que no atraviese una situación contraria al artículo 3.¹⁵

Por último, no menos importante, el Estado debe examinar las consecuencias previsibles de la expulsión de la persona, y para ello puede valerse de información que haya surgido incluso luego de la decisión final que hayan tomado las autoridades nacionales.¹⁶

d) Aplicación de la valoración general al presente caso

El abordaje del Tribunal, en este punto, es pragmático, ya que contrasta los lineamientos generales reseñados previamente con los hechos vinculados a la expulsión de Savran, su tratamiento y la actuación del Estado al respecto, efectuando una evaluación punto por punto a modo de *checklist*.

El TEDH comenzó aclarando que Dinamarca examinó detenidamente si el tratamiento que requería el peticionario se encontraba disponible y si, *de facto*, tendría acceso a él. A su vez, destacó que los tribunales nacionales consultaron a diversos expertos tanto del propio país como de Turquía, y que encontraron satisfechas las exigencias para que el peticionario pudiera regresar.

No obstante, el Tribunal enfatizó la superficialidad de las partes. Hizo notar que ni el peticionario ni el Gobierno se refirieron o se apoyaron en información fáctica subsecuente respecto de la disponibilidad de tratamiento médico y psiquiátrico en Turquía, ni en el deterioro o en los cambios que padecería el peticionario llegado el caso en que no accediera al mismo.

Así, el TEDH comenzó un camino pormenorizado sobre los principios generales relativos al artículo 3, considerando la situación particular de Arif Savran. De esta forma, entendió que el Estado debió demostrar por qué, si el peticionario no accedía al tratamiento “adecuado”, no estaría expuesto a una recaída seria, rápida e irreversible en su estado de salud, que resultara en un sufrimiento intenso asimilable a un mal trato.

Asimismo, reiteró que la existencia de redes familiares o sociales es un elemento importante para ponderar y que, a nivel doméstico, no se evaluó que el peticionario carecía de estos en Turquía.

Entonces, recalcó que si bien en el caso particular no se arrojó información médica que resaltara la importancia de estos vínculos, tampoco podía ignorarse que el peticionario sufría una enfermedad mental seria y prolongada y que necesitaba un tratamiento médico psiquiátrico permanente. De allí, que regresarlo a Turquía, donde no tendría estos vínculos como en Dinamarca, irremediamente le causaría dificultades adicionales, haciendo aún más crucial la necesidad de proveerle un seguimiento y control acorde con su delicada situación.

¹⁵ Ibid, párr. 48 y *Case of Tarakhel Vs. Switzerland*, Application No. 29217/12, 4 de noviembre de 2014.

¹⁶ Ibid, párr. 49.

El TEDH recordó que el tratamiento del peticionario es complejo, ya que exige la administración diaria de medicación que, de no obtenerse, podría redundar en una desmejora en los síntomas psicóticos y en un agravamiento de su conducta agresiva. Por lo tanto, entendió que Savran requeriría, cuanto menos, de una persona de contacto que le provea asistencia regular y personal: las autoridades danesas debieron asegurarse de que el Estado turco ofreciera dicha persona de contacto, conforme a las necesidades del peticionario.¹⁷

Todo este contexto genera serias dudas en el Tribunal, que, implícitamente, parecería preguntarse cómo impactaría la expulsión de Savran en su estado de salud mental, si no cuenta con una persona que pueda asistirlo. Esta incertidumbre permite al Tribunal introducir un perfeccionamiento al umbral del fallo *Paposhvili*, por cuanto en este último decisorio, la muerte del peticionario previo a la sentencia impidió examinar los lineamientos en la práctica. Así, el Tribunal entendió que el Gobierno danés no logró disipar estas dudas y, en su defecto, tampoco obtuvo la “garantía individual y suficiente del Estado receptor”, como una “precondición para ejecutar la expulsión”, de que el “tratamiento apropiado estará disponible y accesible para la persona interesada”, de modo tal que no se encuentre en una situación contraria al artículo 3.¹⁸

De esta forma, el TEDH concluyó que si bien el Gobierno danés examinó en detalle la devolución del peticionario a su país de origen, sin la garantía individual y suficiente de parte de Turquía de que el tratamiento sería garantizado bajo un control asiduo, el Estado danés violaría el artículo 3 CEDH al expulsar a Arif Savran.

Reflexiones finales

De inicio, el fallo *Savran* permite extraer dos conclusiones. Por un lado, representa una continuidad de la interpretación amplia que debe hacerse del artículo 3 CEDH, al confirmar que su letra no se restringe a sus postulados básicos, sino a otros supuestos de malos tratos, como la expulsión de una persona migrante bajo tratamiento por una enfermedad severa. Por otro lado, reitera –si no ratifica– el *Test Paposhvili*, al llevar a la práctica los lineamientos que limitan el “margen de apreciación” del Estado, pero al mismo tiempo los perfecciona, al poner sobre el Estado no solo la obligación de probar que la persona podrá ser asistida en su país de origen, sino de tener garantías “individuales y suficientes” por parte del Estado receptor de que así será.

En otro orden, el fallo *Savran* resulta interesante desde el punto de vista probatorio. En este sentido, se presenta una circunstancia –me atrevo a decir– excepcional en el ámbito del litigio en derechos humanos: la actuación del Gobierno de Dinamarca. Tal como se refleja en el decisorio, con excepción de la mencionada “garantía individual y suficiente” del país receptor, que le significó un fallo adverso, en el ámbito doméstico el Estado danés tomó una serie de medidas exhaustivas para cerciorarse que

¹⁷ Ibid, párrs. 62-64.

¹⁸ Ibid, párr. 66.

Savran recibiría un tratamiento médico adecuado en su país de origen. Todo eso, lo hizo previo a que el TEDH dictara sentencia en *Paposhvili*, por lo que el Tribunal reconoce su labor.

Por último, el fallo *Savran* debe servir de base para invitar a la reflexión y consecuente acción de los operadores judiciales de nuestro país. La universalidad de los derechos humanos y el respeto por la dignidad humana no conocen fronteras continentales ni exigen una imposición regional y/o verticalista para ser reconocidas. Tal vez, con ello en mente, los lineamientos de esta sentencia puedan comenzar a implementarse en la Argentina con la esperanza de que más temprano que tarde sean una práctica común en la administración de justicia.

Derecho a la vida familiar

TEDH, *Case of Zelikha Magomadova v. Russia*, 8 de octubre de 2019

Por Marina Ditieri¹ y Magdalena Perillo²

1. Palabras introductorias

Como toda cuestión que se vincula con los derechos que emergen de las relaciones familiares, su análisis y profundización resulta, cuanto menos, intrincado. ¿Será ello porque entran en disputa derechos humanos fundamentales de la esfera privada de las personas que exigen de los Estados su observancia y cumplimiento?

En esta oportunidad comentaremos la sentencia dictada por el TEDH en el caso “Zelikha Magomadova v. Russia”, donde concluye que la interferencia arbitraria en el respeto y observancia de la vida familiar, uno de los derechos fundamentales del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), no debe tener lugar en un Estado de derecho, fallando en consonancia en que hubo violación del artículo que lo prevé.

1 Abogada (UBA). Maestranda en Derechos Humanos (UNLP). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Docente de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA, UNDAV y UNPAZ). Presidenta de la Comisión de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires (AABA). Coordinadora General de la revista online *Género y Derecho Actual*. Asesora Jurídica en la Secretaría de Derechos Humanos.

2 Abogada (UBA). Docente de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Maestranda en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Secretaria de Redacción de la revista online *Género y Derecho Actual*. Asesora legal del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. El caso *Zelikhha Magomadova Vs. Rusia*

2.1. Antecedentes fácticos

Los hechos del caso ocurren en la República de Chechenia –uno de los sujetos federales que conforman la Federación de Rusia– y se desencadenan luego del fallecimiento del Sr. M. B., quien tuvo cinco hijxs con su esposa, la Sra. Z. K. M. (en adelante, la demandante).

En virtud de la muerte del Sr. M. B., la demandante resultó beneficiaria de una pensión por fallecimiento de su marido, proveedor de las necesidades materiales del grupo familiar, y continuó viviendo con sus hijxs en el hogar que habitaban.

Así, la demandante denunció que el padre de M. B. la obligó a firmar un poder que lo habilitaba a cobrar la mencionada pensión, convirtiéndose de esa forma en el administrador del dinero con el que la demandante mantenía a sus hijxs. Posteriormente, revocó tal poder, despertando así un gran descontento en la familia de su difunto marido, a punto tal que relata haber mantenido una discusión con E. B., hermano de M. B., ocasión en la cual su cuñado le habría propinado reiterados golpes en la cabeza, ocasionándole una lesión craneoencefálica –que acreditó con un certificado médico–. Asimismo, manifiesta que, paralelamente, los familiares de M. B. le quitaron su documento de identidad, pasaporte y teléfono celular y se llevaron a sus hijxs a vivir con ellxs. A partir de ese momento la demandante no tuvo más contacto con sus hijxs.

Para una mejor contextualización, destacamos que los particulares implicados en el caso practican la religión islámica.

Transcurrido aproximadamente un mes del episodio antes relatado, la demandante realizó una denuncia formal de lo acontecido y solicitó protección del Estado, por temor a las amenazas de violencia física que recibió por parte de parte de la familia de su difunto marido. Casi tres meses después y luego de que E. B. fuera declarado guardador de lxs hijxs de la demandante, esta última formuló un reclamo ante el representante de Derechos Humanos de la República de Chechenia, pero no surtió efecto alguno.

Más aún, antes de formular tal denuncia, E. B. había solicitado la privación de la responsabilidad parental de la demandante con respecto a sus hijxs, alegando que aquella incumplió sus deberes como madre, los maltrató y no les proveyó alimentación ni condiciones adecuadas de vivienda, habiéndolos abandonado luego de mudarse con su madre. La demandante recurrió la decisión mediante la cual su cuñado había sido designado guardador de sus hijxs y denunció que los parientes de su difunto esposo fueron quienes le impidieron el contacto con estos.

El 10 de agosto de 2010, la justicia del Distrito de Naursky examinó el caso planteado y, en virtud de los hechos probados, anuló la decisión que había otorgado la guarda de lxs niñxs a E. B. y ordenó que estos permanecieran al cuidado de su madre y vivieran junto a ella. Esta decisión fue confirmada por la Suprema Corte de la República de Chechenia el 14 de septiembre de 2010.

Dado que E. B. se rehusó a cumplir con lo ordenado por la justicia y obstruyó cualquier tipo de contacto entre la demandante y sus hijxs, aquella recurrió a los oficiales que se encargan de hacer cumplir a nivel local las órdenes de ejecución que emite la justicia, pero en mayo de 2011 estos se negaron formalmente a prestar sus servicios tras evaluar que los documentos presentados incumplían con los requisitos que imponían las leyes domésticas.

Inmediatamente después, la demandante puso en conocimiento la mencionada desavenencia a la Corte del Distrito de Naursky, que se había pronunciado a su favor. Desde dicha instancia le respondieron que no existía motivo alguno por el cual la orden no pueda ser ejecutada y, por ende, se ordenó que el servicio local sea sancionado disciplinariamente –lo que finalmente no ocurrió por cuestiones administrativas–.

Así las cosas, la demandante no logró que E. B. cumpla con la sentencia del 10 de agosto de 2010 y por lo tanto no reanudó contacto alguno con sus hijxs.

Posteriormente, a solicitud de E. B., el 17 de junio de 2011, la Corte del Distrito de Naursky ordenó la reapertura del caso –decisión confirmada por la Alzada– por la presentación de hechos nuevos que evidenciarían que tras el fallecimiento de M. B., la demandante habría comenzado a convivir con un hombre desempleado en cuyo mantenimiento destinaba la pensión que cobraba para el sostenimiento de sus hijxs, lo que daría cuenta de una vida inmoral y un comportamiento inapropiado para cuidar de los niñxs. E. B. ofreció prueba testimonial para sustentar su pedido.

La demandante cuestionó tal decisión, explicando que, dado que no contaba con parientes de género masculino que la ayuden, efectivamente había pedido transporte a distintas personas para ir al barrio donde vivía E. B. con sus hijxs, y así intentar tomar contacto con ellxs, lo que nunca logró hacer por temor a que, al acercarse, la agredieran físicamente. No obstante la oposición de la demandante, la decisión fue convalidada por la Suprema Corte, por lo cual se reabrió la causa.

El 31 de enero de 2012 la Corte del Distrito de Naursky descartó que la demandante haya llevado o lleve una vida inmoral, considerando que los testimonios aportados en el sentido de que habría sido vista en el vehículo de distintos hombres en horas de la noche eran insuficientes para tener por acreditada dicha inmoralidad o que la demandante haya descuidado a sus hijxs durante el tiempo que permanecieron bajo su exclusivo cuidado.

La Corte escuchó a las tres hijas mayores de la demandante, que rechazaban la idea de regresar con su madre y solicitaron permanecer con su familia paterna. Por el paso del tiempo y considerando que los lazos afectivos entre lxs niñxs y la familia paterna se encontraban muy consolidados, la Corte: 1) rechazó el pedido de privación de la responsabilidad de la demandante; 2) ordenó que E. B. continúe siendo el guardador legal de sus sobrinxs; 3) dispuso que estos convivan con él, y 3) fijó un régimen de comunicación entre la demandante y sus hijxs. La sentencia no fue apelada por las partes.

Como era de esperar, el régimen de comunicación dispuesto por la justicia no fue respetado por E. B. por lo que, en el período comprendido entre el 2 de abril y el 30 de julio de 2012, la demandante intentó obtener una orden de ejecución de parte de la Corte del Distrito de Naursky pero esta no fue otorgada.

En julio de 2013, E. B. realizó una nueva solicitud para que se prive a la demandante de la responsabilidad parental con respecto a sus hijxs y logró su cometido, toda vez que, el 3 de octubre de 2013, la Corte del Distrito de Naursky hizo lugar a su pretensión luego de concluir que, desde el pronunciamiento del 31 de enero de 2012, la demandante se desentendió de sus hijxs, sin intentar acercarse, comunicarse o contribuir materialmente a su sostenimiento. También ordenó que debía pagar una cuota alimentaria a E. B. para sus hijxs. Esta decisión fue apelada y confirmada por la Suprema Corte de la República de Chechenia el 25 de febrero de 2014.

2.2. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Frente a la decisión de la Suprema Corte de la República de Chechenia, la demandante presentó su caso al TEDH por violación del artículo 8 del CEDH, referido al derecho al respeto a la vida privada y familiar.

El Tribunal encuentra necesario resolver si la demandante ha sido ilegítimamente privada de su autoridad parental conforme la sentencia dictada el 3 de octubre de 2013 y apelada en fecha 25 de febrero de 2014. Por su parte, considera que el vínculo entre la demandante y sus hijxs queda circunscripto en la noción de “vida familiar” conforme lo contempla el artículo 8 del tratado. Asimismo, determina que no hay dudas de que la privación de la responsabilidad parental constituye una interferencia al derecho de la demandante a su vida familiar y que ello, por tanto, constituye una violación, a menos que sea dispuesta acorde a las previsiones de la ley. Por su parte, y en ejercicio de su derecho de defensa, el Estado ruso alega que la medida dispuesta tiene basamento en el artículo 69 del Código de Familia de Rusia que busca proteger los derechos de lxs niñxs.³

Sin embargo, y pese a la alegación del Estado en cuestión, el TEDH tiene ciertas dudas de que, en las circunstancias del presente caso, la interpretación del artículo 69 del Código de Familia ruso que efectuó la justicia local respecto del fundamento de privación de autoridad parental de la demandante pueda ser considerada como previsible, o que la medida impugnada tuviera en miras el interés superior de lxs niñxs. Sin embargo, considera que estas cuestiones están íntimamente ligadas con la determinación de si la medida dictada fuera “necesaria en una sociedad democrática”, y entonces encuentra apropiado enfocar el caso desde esa perspectiva.⁴

El Tribunal afirma que el vínculo, contacto y/o comunicación entre progenitorxs e hijxs constituye un elemento fundamental de la “vida familiar”, dentro de la acepción del artículo 8 del CEDH. Agrega que, en la actualidad, hay un consenso amplio en el ámbito del derecho internacional en apoyo a la postura de que todas las decisiones que implican y/o involucran a niñxs deben resolverse acorde a su interés superior. Los intereses de un niñx dictan que los lazos de estos con su familia de origen y/o

3 TEDH, *Case of Zelikha Magomadova Vs. Russia*, párr. 96.

4 Ídem, párr. 97.

ampliada deben ser conservados, excepto en los casos donde se haya probado que tal familia es particularmente no apta y puede dañar su salud y/o desarrollo.⁵

Sin embargo, debe señalarse que la regla es el contacto y que su privación es excepcional y por tanto el análisis debe ser restrictivo. Asimismo, señala que el margen de apreciación que poseen las autoridades nacionales variará de acuerdo con la naturaleza de las problemáticas jurídicas y la importancia de los intereses en juego. En dicha línea, el Tribunal reconoce que las autoridades gozan de un amplio margen de apreciación cuando deben decidir respecto de temas de custodia y/o cuidado de lxs hijxs, pero que deben realizar un examen más riguroso para restringir el ejercicio de tal derecho en tanto, limitaciones adicionales suponen el peligro de que las relaciones familiares entre progenitorxs e hijxs puedan ser efectivamente interrumpidas.⁶ A la hora de valorar si las medidas dispuestas en el caso que nos ocupa fueron “necesarias en una sociedad democrática”, el TEDH tuvo que considerar si, a la luz de la totalidad de los hechos acaecidos, las razones dadas para justificar la medida impugnada fueron “relevantes y suficientes”.⁷

Pues bien, el TEDH estimó que privar a la demandante de su responsabilidad parental anuló el lazo entre esta y sus hijxs y eliminó todos los derechos parentales que tenía respecto de ellxs, incluyendo el derecho a mantener contacto fluido. Frente a estas circunstancias, ratificó que separar a los integrantes de un grupo familiar es una interferencia estatal muy seria. Asimismo, privar a una persona del ejercicio y/o titularidad de la responsabilidad parental es una medida particularmente trascendental, en tanto priva al progenitxr de su derecho a la vida familiar respecto de sus hijxs. Como se mencionó anteriormente, tales medidas deberían ser aplicadas únicamente en circunstancias excepcionales, y solo pueden ser justificadas si tienen como basamento una exigencia imperativa relacionada con los intereses de lxs niñxs en cuestión.⁸

Al respecto, el Tribunal remarca que las cortes nacionales consideraron, primeramente, que la denuncia en torno a que la demandante había sido vista en distintos vehículos de hombres desconocidos en varias ocasiones era suficiente evidencia para concluir que estaba cohabitando con un hombre y por consiguiente era “inmoral”; y en segundo lugar, y más importante aún, que su presunto estilo de vida “inmoral” –es decir, su supuesta convivencia con otro hombre– constituía causa suficiente para reabrir los procesos de parentalidad, basados ahora en las circunstancias recientemente descubiertas. En su opinión, la posición de las cortes nacionales apenas puede ser reconciliable con el núcleo de valores que forjan las sociedades democráticas modernas.⁹

El TEDH advierte con preocupación que la situación que motivó el giro en la decisión del 10 de agosto de 2010 fue provocada por la inacción de las autoridades en los procedimientos de ejecución respecto de esa sentencia.¹⁰ A su vez, sostiene que el artículo 8 del CEDH prevé dos aspectos: el derecho para los progenitorxs de exigir medidas tendientes a ser contactados y/o vinculados con sus hijxs, y una obligación

5 Ídem, párr. 98.

6 Ídem, párr. 99.

7 Ídem, párr. 100.

8 Ídem, párr. 101.

9 Ídem, párr. 105.

10 Ídem, párr. 106.

para las autoridades nacionales de tomar las medidas necesarias para facilitar ese reencuentro. Asimismo, afirma que tales medidas deberán ser implementadas con celeridad, dado que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediabiles para las relaciones entre el hijx y el progenitxr no conviviente.¹¹

El Tribunal observa que la sentencia del 31 de enero de 2012 tampoco fue ejecutada. Es notable que el 1° de marzo de 2012, fecha en la cual la sentencia quedaba firme y devenía ejecutable, la demandante no había tenido contacto con sus hijxs por dos años, con todas las consecuencias que ello pudo haber tenido para su relación, así como también para el bienestar psicológico y físico de lxs niñxs.¹² A pesar de los numerosos pedidos de la demandante para la ejecución de tal sentencia, los procedimientos de ejecución no comenzaron hasta el 6 de agosto de 2012, más de cinco meses después de que la sentencia estuviera firme.¹³ Durante toda la serie de procedimientos antes descriptos –tres procedimientos y dos ejecuciones–, la demandante sistemáticamente ratificó su intención de cuidar y vivir junto a sus hijxs, y buscó tener acceso a ellxs por todos los medios legales que tuvo a su disposición. Reiteradamente informó a las autoridades nacionales competentes –organismos de seguridad, cortes y agentes judiciales incluidos– de la muy tensa relación entre ella y los familiares de su difunto marido, de su actitud hostil, de las amenazas de violencia física, de sus temores en esa conexión y del hecho de que esos familiares habían obstruido todo contacto entre ella y sus hijxs, incluyendo la comunicación telefónica. También buscó la protección y ayuda de las autoridades competentes; en particular, en numerosas ocasiones intentó hacer cumplir la sentencia dictada a su favor. Como los hechos del caso revelan, sus esfuerzos resultaron inútiles, sus reclamos y/o demandas fueron en su mayoría rechazados bajo disímiles pretextos. Aun siendo plenamente consciente de la situación de la demandante, las autoridades permanecieron pasivas y no tomaron ninguna medida concreta y efectiva para asegurar y facilitar el encuentro con sus hijxs.¹⁴

Es también notorio que, en ausencia de cualquier acción significativa de parte de las autoridades, la demandante intentó aproximarse a sus hijas mayores, quienes se habían mudado a otra localidad –Grozny– para continuar sus estudios universitarios. Sin embargo, el intento falló ante la negativa de las jóvenes de tener contacto con su madre.¹⁵ Al Tribunal le preocupa que en la sentencia del 3 de octubre de 2013, ratificada en la apelación del 25 de febrero de 2014, las cortes nacionales hicieran responsable a la demandante del fracaso en el encuentro con sus hijas. El Tribunal sostiene que las autoridades judiciales nacionales no solo permanecieron inactivas durante años, sino que también lo fueron en llegar a una conclusión las cortes, pues fallaron deslindando responsabilidad en la demandante frente a su accionar inoperante.¹⁶

En relación con el argumento sobre la falta de asistencia económica de la demandante hacia sus hijxs, no resulta claro si ello estuvo basado en alguna otra evidencia probatoria aparte de la denuncia de E. B. El TEDH sostiene que no fue convincentemente demostrado en los procedimientos nacionales

11 Ídem, párr. 107.

12 Ídem, párr. 108.

13 Ídem, párr. 109.

14 Ídem, párr. 110.

15 Ibídem.

16 Ídem, párr. 111.

que la demandante hubiera tenido la oportunidad real de proveer asistencia financiera, comunicarse con los familiares de su difunto esposo y asegurarse que tal asistencia llegaría a sus hijxs. De hecho, la justicia local se refirió apenas brevemente al fracaso de la demandante de mantener a sus hijxs, sin elaborar esa conclusión.¹⁷

Adiciona el Tribunal que, en los procedimientos transcurridos, la opinión de ningún experto fue solicitada en ninguna oportunidad, frente a tan importantes dudas como el grado de apego de lxs niñxs con su madre, el efecto que la ruptura de todos los lazos con ella podría tener sobre ellxs, sus capacidades parentales, etc. Ninguna razón fue presentada para explicar por qué una medida tan drástica como privar a lxs niñxs del vínculo con su madre o a la demandante del ejercicio y titularidad de la responsabilidad parental tendría como fundamento los intereses de lxs niñxs, como así tampoco si alguna consideración de peso relacionada a la salud y/o desarrollo de los niñxs podría justificar esa medida. Aún más, ningún intento de las autoridades judiciales nacionales fue llevado a cabo con el objetivo de explorar la efectividad de medidas tan excesivas.¹⁸ De hecho, en la primera instancia, la sentencia se basó en la opinión de las dos hijas mayores de la demandante, quienes habían declarado que no deseaban ver a su madre, argumentando que “ella las había deshonrado” con su vida inmoral, ignorando los argumentos de la demandante de que ella no había tenido contacto con sus hijxs en absoluto, de que los familiares de su difunto esposo habían influenciado a sus hijxs en su contra y de que sus hijas habían rechazado hablarle.¹⁹

El TEDH remarca que el derecho de lxs niñxs a expresar su propia opinión no debe ser interpretado dando un poder de veto incondicional sin considerar otros factores y sin llevar a cabo un análisis general para determinar sus propios intereses. Es más, si un tribunal basara una decisión solo en los puntos de vista de niñxs involucrados, siendo estos incapaces de formar y expresar una opinión con respecto a sus deseos –por ejemplo, por un conflicto de lealtad y/o su exposición hacia el comportamiento alienante de uno de sus progenitores–, tal decisión podría ir en contra de las previsiones del artículo 8 del CEDH.²⁰ Por lo expuesto, el Tribunal observa que ninguno de lxs otrxs hijxs de la demandante fueron escuchadxs. A la luz de los hechos, se observa que el proceso de toma de decisiones fue deficiente y por lo tanto no permitió garantizar el interés superior de lxs niñxs en cuestión.²¹

En síntesis, el TEDH concluye que las autoridades nacionales traspasaron el margen de apreciación permitido privando a la demandante del ejercicio de la responsabilidad parental. La decisión adoptada fue arbitraria y extremadamente desproporcionada al objetivo legítimo invocado. Por consiguiente, tal interferencia frente al respeto del derecho a su vida familiar no puede ser considerada como un justificativo necesario para los principios y estándares de una sociedad democrática. La interferencia arbitraria de uno de los derechos fundamentales de la CEDH no debe tener lugar en un Estado de derecho. En este sentido, el Alto Tribunal consideró que hubo violación del artículo 8 de la CEDH.²²

17 *Ibíd.*

18 *Ídem*, párr. 113.

19 *Ídem*, párr. 114.

20 *Ídem*, párr. 115.

21 *Ídem*, párr. 116.

22 *Ídem*, párrs. 118 y 119.

3. Doctrina del fallo. Algunas reflexiones

a) Debido proceso legal

De los antecedentes del caso se detectan fácilmente al menos dos cuestiones; la primera es la punzante batalla judicial entre las partes, y la segunda, la falta de cumplimiento de las garantías procesales de la demandante.

A propósito de esto último, del relato de los hechos surge que la demandante recurrió a distintos organismos del Estado y alzó su voz en distintas instancias judiciales con la finalidad de recuperar a sus hijos, intentando proactivamente sortear las continuas dificultades con las que se enfrentaba al pretender hacer valer sus derechos.

No obstante, pese a las sentencias que obtuvo a su favor, nunca logró que dichos pronunciamientos se cumplan.

Con relación a ello, el TEDH advierte que el derecho a la vida familiar y privada contemplado en el artículo 8 del CEDH implica también la obligación de las autoridades nacionales de tomar las medidas que sean necesarias para facilitar la reunión entre lxs niñxs y sus progenitorxs. En otras palabras, el respeto por la vida familiar de lxs ciudadanxs requiere que el Estado no solo provea un marco legal que resguarde sus derechos, sino que también brinde los mecanismos de ejecución necesarios para que esos derechos puedan ser efectivos. Notoriamente, en el caso bajo análisis, el Estado fracasó en este último aspecto.

En este sentido, advertimos que la Federación de Rusia también incumplió lo dispuesto en el artículo 6.1 del CEDH en lo que respecta al debido proceso legal toda vez que, naturalmente, tal principio no se agota con el desarrollo de un proceso equitativo que culmine con la obtención de una sentencia fundada en derecho, emitida en un plazo razonable y por un juez imparcial y competente, sino que también comprende la garantía de que esa sentencia podrá ser ejecutada frente a su incumplimiento. Interpretar lo contrario implicaría vaciar de contenido la norma porque entonces ningún sentido tendría para los particulares recurrir al poder estatal para la búsqueda de soluciones a sus conflictos.

A propósito, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que

La efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. [...] Para satisfacer el derecho de acceso a la justicia, no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva, en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del

derecho de acceso a la justicia, entendido este en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho.²³

Así pues, destacamos que, sin dudas, la posibilidad de ejecutar una sentencia es uno de los pilares fundamentales del derecho, en tanto es la medida en la que efectivamente el Estado brinda justicia al reparar a la persona cuyos derechos fueron vulnerados.

Como corolario de lo expuesto, es evidente que la Federación de Rusia incumplió con su obligación de garantizar un debido proceso legal a la demandante, generando un círculo perverso en el cual indirectamente apañó la conducta reticente y violenta de E. B. mientras se consolidaba una situación fáctica que dio pie a la sanción más extrema para una madre con respecto a sus hijxs: la privación de la responsabilidad parental. Es decir, se observa un indebido accionar del Estado que facilitó a los parientes del cónyuge fallecido de la demandante llevar a cabo estrategias procesales a lo largo de la contienda judicial tendientes a obstaculizar los procesos de ejecución de las sentencias, generando así la condena final hacia la demandante, con una gran desprotección hacia esta última. Desde esta perspectiva, el proceder de la Federación de Rusia en el caso analizado es absolutamente reprochable.

Pues bien, el TEDH se encarga de poner blanco sobre negro e identificar cómo el Estado, en vez de administrar justicia, termina por deteriorar la relación entre la demandante y sus hijxs para luego responsabilizarla de ello y justificar así la privación de la responsabilidad parental.

b) El tiempo y los afectos. El rol de la justicia

En materia de derecho de las familias se presentan cotidianamente distintas situaciones fácticas que se originan a partir de una situación irregular y que luego, por los intereses en juego, son difíciles de desarmar. En esos casos la dificultad principal viene dada por el prolongado transcurso del tiempo y la consecuente consolidación de los lazos afectivos o el arraigo y sentimiento de pertenencia desarrollado por lxs niñxs o adolescentes a un determinado ámbito.

En esta línea, donde más frecuentemente se vislumbra cómo el paso del tiempo hace que las nuevas circunstancias se impongan al momento de resolver sobre la contienda, son principalmente los juicios de adopción y los juicios de restitución internacional de niñxs y adolescentes.

Con respecto a los primeros, señalamos aquellas solicitudes de adopción precedidas de las llamadas “guardas de hecho” o “guardas puestas”, en particular, cuando, como en la mayor parte de los casos ocurre, ellas son comunicadas luego del transcurso de un excesivo tiempo y donde será este factor

23 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párrs. 73 y 82.

tiempo –crucial al contexto adoptivo– el que condicionará la resolución judicial, en razón de su innegable impacto en la consolidación de vínculos a partir de la socioafectividad gestada.²⁴

Cabe advertir que el artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) prohíbe la consideración de las guardas de hecho para una futura adopción, habilitando al juez que toma conocimiento de dicha situación decidir la separación transitoria o permanente del niñx –excepto si existe un vínculo de parentesco entre guardadaxr y progenitxr–.

Pues bien, la entrega directa del niñx o adolescente pudo haber tenido como puntapié inicial un genuino vínculo de confianza o de conocimiento previo entre progenitores de origen y guardadores, o una situación ajena a la afectividad, relacionada con la cosificación del hijx, acompañada de maniobras fraudulentas y negocios ilícitos.²⁵ En ambas hipótesis, se encuentran en pugna, por un lado, la prohibición impuesta por el artículo 611 del CCCN y la dudosa validez del consentimiento informado de lxs progenitores que entregaron a su hijx, y por otro, el respeto de un vínculo afectivo que se fortaleció con el paso del tiempo y el resguardo de la identidad dinámica del niñx.

Al respecto, en la doctrina y la jurisprudencia no se observa un criterio uniforme, y es tarea de la justicia resolver el caso particular ponderando las circunstancias fácticas a la luz del principio rector en materia de niñez: el interés superior del niñx. Lo que indudablemente advertimos es que este es uno de los supuestos en los que el transcurso del tiempo y la consolidación de los afectos es una circunstancia de peso a la hora de decidir sobre la separación del niñx o adolescente de sus guardadores.

Asimismo, traemos a colación los casos de restitución internacional de niñas, niños o adolescentes en donde la dilación irrazonable en el dictado de sentencia en las distintas instancias judiciales –en algunos casos varios años–, demora la restitución del niñx al Estado de residencia habitual, generando como consecuencia su integración al nuevo ámbito, el que termina tornándose en su nuevo centro de vida.

De ello se deduce que en los juicios de esta índole también lxs magistradxs se topan con la difícil tarea de evaluar los efectos de la consolidación de tal situación fáctica y, por ende, decidir si ordenan la restitución del niñx u optan por la decisión contraria bajo el argumento de respetar su autonomía progresiva e identidad dinámica.

Es preciso señalar que el criterio sostenido por la doctrina de nuestro máximo tribunal es la restitución inmediata del niñx. Sin embargo, el tiempo transcurrido, la nueva vida de este y sus deseos son cuestiones que ciertamente influyen a la hora de tomar una decisión en sede judicial.

Con relación al obrar retardado del Estado a través de su sistema de justicia, es dable resaltar que una de las nociones importantes que comprende el principio del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva es que los casos sean tratados y resueltos en un plazo razonable. Tanto el sistema europeo como el sistema interamericano de derechos humanos contemplan específicamente tal derecho en

24 Herrera, M.; De la Torre, N. y Fernández, S. (2018). *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*. Buenos Aires: La Ley, p. 843.

25 Ídem, pp. 844 y 845.

el artículo 6 del CEDH y el artículo 8 de la CADH. Por lo tanto, el respeto de los plazos procesales integra el concepto de tutela efectiva.

Incluso, la obligación de garantizar un debido proceso legal no alcanza únicamente al poder judicial. Según la jurisprudencia de la Corte IDH, en cualquier materia, inclusive en la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos, e indefectiblemente es un derecho humano el obtener todas las garantías del debido proceso que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber.²⁶

De acuerdo a los antecedentes del caso en comentario, el fortalecimiento del lazo afectivo entre lxs niñxs y su familia paterna y el correlativo quebrantamiento de la relación de aquellxs con su madre —que el tiempo se encargó de afianzar— estuvieron dados inicialmente por la imposibilidad de la demandante de ejecutar el primer pronunciamiento a su favor —que lxs niñxs vuelvan a vivir con ella—.

Si bien la Corte del Distrito de Naursky se expidió en un plazo razonable, el derecho de la demandante se vio truncado por la imposibilidad de ejecutar la sentencia y, por lo tanto, no logró que sus hijxs les sean restituidxs. Tal situación fue el comienzo del deterioro de los vínculos materno-filiales y, paralelamente, del robustecimiento de la relación familiar entre lxs niñxs y E. B. Todo ello condujo a la eventual decisión de que este último se constituya en guardador legal de aquellxs y se disponga simplemente un régimen de comunicación entre la demandante y sus hijxs.

Como se desprende del relato de los hechos, esta es la única sentencia que la demandante no recurrió, pues fue tal el efecto nocivo que tuvo el devenir temporal y el abandono que lxs niñxs sintieron de parte de su madre que la demandante aceptó esa derrota, conformándose con el régimen de comunicación impuesto. A pesar de ello, sabemos que ese no fue el final de la historia, toda vez que el asunto concluye a nivel local con la privación de la responsabilidad parental de la misma.

En suma, no poder ejecutar una sentencia es igual de nocivo para lxs ciudadanxs a que la justicia no se pronuncie en un plazo razonable, ya que en ambos casos, y como detallamos *supra*, la vida no se detiene ni se suspende como un plazo procesal; los afectos y los rencores continúan desarrollándose, generando nuevas realidades que habilitan revisiones controversiales y para nada sencillas.

Lo lamentable del caso analizado redundaba en la ineficiencia estatal que termina por vulnerar las garantías del debido proceso legal, premiando al autor de una conducta indebida en detrimento de los derechos de grupos poblacionales que históricamente se encuentran en situación de vulnerabilidad, como los son las mujeres y los niñxs.

26 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 126 y 127.

c) Sobre la violencia de género perpetrada hacia la demandante

En otro orden de ideas, es preciso señalar que estamos frente a un caso atravesado desde su origen por actos discriminatorios y violentos hacia la demandante. Los golpes, amenazas y demás actos vejatorios que la demandante sufrió por parte de E. B. y sus familiares no fueron los únicos hechos que configuraron violencia hacia su persona. No podemos pasar por alto que la Federación de Rusia incurrió reiteradamente en conductas de tipo discriminatorio, ya sea por acción u omisión, que configuraron evidentes situaciones de violencia de género hacia la demandante.

El artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW), de la cual la Federación de Rusia es parte, explica lo que se entiende por “discriminación contra la mujer”. Esta definición señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional.²⁷

Asimismo, el artículo 2 de la CEDAW establece que los Estados partes tienen la obligación de condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas, y seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer tiene dicho que los “medios apropiados” incluyen medidas que aseguren que un Estado parte: a) se abstenga de realizar, patrocinar o condonar toda práctica, política o medida que infrinja la CEDAW –obligación de respetar–; y b) adopte medidas para evitar, prohibir y castigar las violaciones de la CEDAW por terceros, incluidas las cometidas en el hogar y la comunidad, y proporcione resarcimiento a las víctimas de esas violaciones –obligación de proteger–.²⁸

Por su parte, nuestro sistema regional ha adoptado en el año 1994 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará–. La misma define con gran claridad la violencia contra las mujeres, establece como central el derecho de las mismas a vivir una vida libre de violencia y destaca a la violencia como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Asimismo, propone el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado, y su necesaria reivindicación dentro de la sociedad.

En relación con las previsiones de ambos instrumentos internacionales, es imperioso señalar que la violencia contra las mujeres se constituye en una forma más de discriminación hacia las mismas.

En consideración de ello, y atento la falta de tratamiento y profundización por parte del TEDH respecto de la violencia de género consumada hacia la demandante por parte del Estado demandado,

²⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “Proyecto de Recomendación general Nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, 16/12/2010, párr. 5.

²⁸ Ídem, párr. 37.

procedemos a detallar las conductas que calificamos como violentas y, por tanto, discriminatorias que tuvieron lugar en perjuicio de la Sra. Z. K. M.

En primer lugar, el Estado ejerció violencia institucional hacia aquella al fracasar en darle una respuesta –y brindarle la consecuente protección– luego de que la demandante formule dos denuncias por violencia de género: la primera, ante las autoridades locales, y la segunda, ante el representante de derechos humanos de la República de Chechenia.

Al respecto, el Comité de la CEDAW ha manifestado que la eliminación efectiva de la discriminación contra la mujer implica también que el Estado adopte medidas que aseguren que las mujeres puedan presentar denuncias en caso de violaciones de los derechos consagrados en la nombrada Convención y tengan acceso a recursos efectivos.²⁹ Sumado a ello, cuando la discriminación contra la mujer también viole otros derechos humanos, como el derecho a la vida y la integridad física, por ejemplo en los casos de violencia doméstica y otras formas de violencia, el precitado Comité refiere que los Estados parte están obligados a iniciar acciones penales, llevar a los infractores a juicio e imponer las sanciones penales correspondientes.³⁰ Todo ello fue incumplido por la Federación de Rusia.

En segundo lugar, la Federación de Rusia también incurrió en violencia institucional al no permitir que la demandante ejecute las sentencias a su favor. Mencionamos anteriormente que tal conducta vulneraba el derecho al debido proceso legal, pero no puede dejarse de lado que también resulta contraria a las disposiciones de la CEDAW en tanto con su actitud pasiva, el Estado incumple simultáneamente su obligación de facilitar la plena efectividad de los derechos de la mujer y tomar medidas para ello.³¹ En el caso, el derecho de la demandante de vivir con sus hijxs, cuidarlx, y vivir una vida libre de violencias.

Por último, el Estado vuelve a ejercer violencia hacia la demandante, esta vez de tipo simbólica, al admitir que se reabra el caso ante la presentación de hechos nuevos que darían cuenta de un obrar inmoral de la demandada.

De los antecedentes del caso surge que E. B. solicitó la reapertura del juicio que había culminado con el rechazo de la privación de la responsabilidad parental de la demandante y la orden de que lxs niñxs regresen con su madre, para que, en virtud de los hechos nuevos alegados –desconocidos durante el pronunciamiento anterior–, se revea la decisión adoptada. Pues bien, los hechos nuevos se basaban en la acusación de E. B. sobre el supuesto comportamiento inmoral de la demandante. Aquel manifestó que esta había mantenido una relación con otro hombre luego del fallecimiento de su marido, en cuyo mantenimiento destinaba el dinero que recibía como pensión para mantener a sus hijxs. A su vez, presentó testigos que manifestaron haber visto a la demandante en vehículos de distintos hombres. E. B. concluye que ello da cuenta de la inmoralidad de la demandante y su consecuente ineptitud para ejercer un rol parental en forma apropiada.

29 Ídem, párr. 36.

30 Ídem, párr. 34.

31 Ídem, párr. 20.

Si bien la Corte del Distrito de Naursky en oportunidad de decidir sobre el fondo de la cuestión —el 31 de enero de 2012—, descartó que la demandante lleve una vida inmoral o haya descuidado a sus hijxs durante el tiempo que permanecieron bajo su exclusivo cuidado, lo cierto es que previamente la misma Corte hizo lugar a la revisión de la cosa juzgada, por considerar fundado el pedido de E. B.

Es allí donde surge con notoria evidencia que la justicia avaló un razonamiento de tipo discriminatorio con contenido de violencia simbólica y, por ende, también incurrió en ella, ya que, basándose en estereotipos de comportamiento de las mujeres-madres, hizo lugar a la reapertura del caso. Es decir, se deduce que el análisis de la Corte fue el siguiente: ante los hechos nuevos denunciados es factible que la demandante efectivamente sea una mujer inmoral e inepta para ejercer un rol materno apropiado, por consiguiente, de mínima, resulta procedente reabrir la causa para profundizar sobre la cuestión.

A propósito, en el año 2017, el mencionado Comité dictaminó, en una comunicación individual presentada contra la Federación de Rusia, que los Estados y, por ende, las autoridades judiciales se encuentran obligados a adoptar todas las medidas para modificar y transformar los estereotipos de género y evitar la creación de estereotipos injustos, que constituyen una de las causas fundamentales y una de las consecuencias de la discriminación contra la mujer.³²

Para clarificar sobre esta discriminación basta preguntarse si la justicia de la República de Chechenia hubiera reabierto el caso de haber sido un varón el acusado de tal comportamiento. En esa hipótesis, presumiblemente los hechos nuevos no hubiesen sido acogidos *prima facie* y la decisión no hubiese sido revisada. Así las cosas, queda de manifiesto que la demandante una vez más fue víctima de violencia por parte de quien tiene la responsabilidad de protegerla, especialmente por su condición de mujer. Y no siendo ello suficiente, tampoco el TEDH juzgó con perspectiva de género omitiendo evidenciar tales prácticas discriminatorias en su sentencia y, por ende, responsabilizar al Estado demandado a esos efectos, en tanto también ha vulnerado los derechos humanos de la demandante en ese sentido.

c) Los derechos del niñx

Por último, consideramos indicado efectuar algunas reflexiones en cuanto a los derechos de lxs niñxs en cuestión. Puntualmente, nos preguntamos, ¿se les ha garantizado su derecho a ser oídxs?

En primer término, debemos señalar que la Federación Rusa en el año 1990 ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN). Es relevante recordar que el *corpus juris* internacional de derechos de niñxs y adolescentes (en adelante, NyA) se encuentra presidido por la CDN, tratado internacional del sistema universal que reconoce los derechos humanos básicos de los NyA.

32 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *OG Vs. Federación de Rusia*, C/68/D/91/2015, 20 de noviembre de 2017.

Por su parte, son cuatro los cimientos o pilares que guían la interpretación y aplicación de este instrumento internacional clave para la infancia. Ellos son: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el derecho a ser oído.

El último de ellos se encuentra receptado en el artículo 12, del que nace la obligación para los Estados de escuchar a los NyA en todos los asuntos de sus vidas que los afecten y en todas las instancias o procedimientos que lo requieran, conforme su edad y grado de madurez.

Ahondando más, el Comité sobre los Derechos del Niño, en la Observación General N° 12 ha señalado que

El artículo 12 se relaciona con el derecho a expresar opiniones concretamente acerca de asuntos que afectan al niño y su derecho a participar en las medidas y decisiones que afecten su vida. El artículo 12 impone a los Estados partes la obligación de introducir el marco jurídico y los mecanismos necesarios para facilitar la participación activa del niño en todas las medidas que lo afecten y en la adopción de decisiones y de tener debidamente en cuenta esas opiniones una vez expresadas.³³

Volviendo a la pregunta inicial, en este proceso la respuesta resulta clara: lxs niños no fueron escuchados y cuando lo fueron las dos hijas mayores, la contundencia de los hechos y el avance del tiempo volvieron dicha escucha un mero formalismo.

De forma sintética podemos afirmar que el Estado no garantizó el derecho de lxs niños en cuestión a ser oídos en un asunto tan trascendental para su vida como lo era el vínculo con su progenitora tras la muerte de su padre. El reconocimiento de los NyA como sujetos de derecho no puede ser escindido de la facultad de ejercicio de determinados derechos básicos como los son el de ser oídos en los asuntos que les conciernen.

4. Palabras de cierre

El interesante caso analizado evidencia cómo aun contemporáneamente algunos Estados continúan vulnerando los derechos humanos fundamentales de sus ciudadanxs, haciendo caso omiso a los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que se encuentran obligados a cumplir.

Particularmente en el asunto en comentario queda de manifiesto cómo una mujer viuda no encuentra la protección estatal que merece siendo víctima, tanto ella como sus hijxs, de la violencia ejercida por los parientes de su difunto esposo y finalmente por parte del propio Estado.

33 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, CR/C/GC/12CRC, 20 de julio de 2009, párr. 81.

Se trata de un caso que denota una flagrante vulneración a los derechos humanos de la demandante en lo que respecta al debido proceso legal y al respeto por su vida familiar, además de la tutela especial de la que es destinataria por su condición de mujer. Por su parte, las agresiones, amenazas y, si se nos permite el término coloquial, la “bicicleta judicial” de la que fue víctima la demandante son harto lamentables en un Estado de derecho que debería propugnar por el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y, sobre todo, por el derecho de las mujeres de vivir una vida libre de violencias.

Con estas líneas les invitamos a reflexionar y cuestionar los estereotipos que aún imperan en el moderno derecho de las familias. En última instancia, poner blanco sobre negro y repensar estructuras tan arraigadas ha de ser una de las tantas finalidades de la reflexión académica.

Derecho a la privacidad. Videovigilancia de trabajadores

TEDH, *Case of López Ribalda and others v. Spain*, 17 de octubre de 2019

Por Vanina Dolores Sciolla¹

(i) Introducción

El caso bajo análisis agrupa dos demandas dirigidas contra el Reino de España, mediante las cuales cinco ciudadanas de dicho Estado se presentan ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o Tribunal de Estrasburgo) en razón del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sostienen que la decisión por la que habían sido despedidas por su empleador se basaba en una videovigilancia efectuada vulnerando su derecho al respeto de la vida privada, garantizado por el artículo 8 del tratado. Asimismo, afirman que los órganos jurisdiccionales internos habían incumplido su obligación de garantizar una protección efectiva de dicho derecho.

Al amparo del artículo 6 del Convenio se quejaron de la admisión como prueba en el procedimiento de grabaciones obtenidas mediante videovigilancia. Las demandantes tercera, cuarta y quinta denunciaban, asimismo, la validez otorgada por los órganos jurisdiccionales a los acuerdos transaccionales firmados por ellas.

¹ Abogada, Especialista en Derecho Administrativo, Doctoranda en Derecho y Docente de Derecho Internacional Público (UNL). Asesora letrada profesional senior en la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe.

La sección tercera del TEDH dictó sentencia el 9 de enero de 2018, en la que acumuló las demandas, las declaró admisibles y concluyó que se había violado el artículo 6 del Convenio, condenando al Estado a abonar una suma de dinero en concepto de indemnización por daño moral, desestimando las demás pretensiones de las actoras.

La sentencia declaró la vulneración de la privacidad por grabación con cámara oculta, aunque avalaba la procedencia del despido por haberse utilizado otras pruebas. La condena se fundó en que no habían sido previamente avisadas de la grabación de las cámaras ocultas. Aconsejo la lectura de esta sentencia, que no logró solidificar ni consolidar algún derecho posible, sino que a los pocos meses fue revisada y desestimada por la Gran Sala.

El Gobierno de España solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala en virtud del artículo 43 del Convenio. El fallo que a continuación se analiza es el de la Gran Sala, que en octubre de 2019 resolvió –por catorce votos a favor y tres en contra– que grabar a empleados con cámara oculta no vulnera la intimidad, cuando se trata de una medida proporcionada y legítima en determinadas circunstancias.

(ii) Los hechos y el derecho

Las cinco demandantes prestaban servicios en una cadena de supermercados de España. Tres de ellas desempeñaban funciones en la caja, y las otras dos hacían la labor de asistente de ventas tras el mostrador. En el mes de marzo de 2009 el sector financiero del supermercado anunció faltantes de dinero y de mercadería, sumas cuyos valores ascendían en los meses de abril a 13.936 euros, mayo 18.009 euros, y junio 24.614 euros. Ante esta circunstancia, la empleadora, en una reunión, informó al personal la instalación de cámaras de vigilancia y/o de seguridad, con motivo de la sospecha de robos, que se efectivizó el 15 de junio de 2009, cuando se instalaron cámaras de circuito cerrado de televisión (CCTV), algunas de manera visibles –e informadas en la citada reunión– y otras ocultas. Las cámaras visibles estaban dirigidas hacia la entrada y salida del supermercado, mientras que las otras se focalizaron en los mostradores de pago o cajas, y estaban colocadas a cierta altura para impedir que fueran detectadas a simple vista.²

La empleadora informó al sindicato que las cámaras del CCTV habían revelado el robo de las cajas por algunos empleados. El 25 y 29 de junio de ese año la empresa decidió mostrar las grabaciones a los representantes gremiales y realizó entrevistas individuales con todos los que estaban sospechados de robo, en las que estuvieron presentes el gerente, el representante legal de la empresa y el representante sindical. Varios empleados admitieron estar involucrados junto a otros de sus compañeros y aquellos afectados fueron notificados de su despido por motivos disciplinarios con efecto inmediato.³

2 TEDH, *Case of López Ribalda and others vs. Spain*, Great Chamber, Application nº 1874/13 y 8567/13 de 17 de octubre de 2019, párrs. 12 y 13.

3 Ídem, nota 2, párrs. 14 y 15.

En las notificaciones de despido se indicaba que las cámaras ocultas de CCTV habían grabado a los trabajadores en varias ocasiones entre el 15 y el 18 de junio de 2009, ayudando a clientes u otros empleados del supermercado a sustraer bienes y a robar ellos mismos. Entre los hechos, las cartas de despido mencionaron que tres demandantes, que trabajaban en las cajas, habían permitido a los clientes y colegas salir de la tienda con productos que no habían pagado. Estas trabajadoras habían escaneado artículos presentados en la caja por clientes o propios compañeros y luego habían cancelado las compras, con el resultado de que los bienes no habían sido pagados. Los bienes no pagados habían podido ser descubiertos del estudio de los recibos de ventas, así como sus cancelaciones. Respecto de las otras dos trabajadoras demandantes, las cámaras las habrían sorprendido robando productos con la ayuda de sus compañeras de caja. Según el empresario, estos actos constituían un incumplimiento grave de las obligaciones de buena fe y lealtad requeridas en la relación laboral, y justificaban la terminación del contrato con efecto inmediato.⁴

Tres de las cinco demandantes, junto a la representación sindical, firmaron un acuerdo en el que las partes (trabajadores y empresa) confirmaban la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador. En los acuerdos, las trabajadoras despedidas reconocían los robos de los bienes, según lo establecido en las cartas de despido, y respaldaban al empleador en su decisión de rescindir sus contratos de trabajo. A cambio, la empleadora se comprometió a no iniciar acciones penales contra ellas. Se adjuntó al acuerdo una liquidación final de las cuentas pendientes y las partes declararon que renunciaron a cualquier reclamo entre sí en virtud del contrato de trabajo.⁵

En ningún momento antes de su despido, ya sea durante la reunión con el representante sindical o durante sus entrevistas individuales, las trabajadoras pudieron ver las grabaciones de las cámaras de CCTV.⁶

Relatada sucintamente la cuestión fáctica, corresponde revisar cuáles fueron las posiciones de las partes: las demandantes insisten en que la decisión de despido estuvo originada en la videovigilancia por CCTV, en violación al derecho al respeto de su vida privada, y que los tribunales nacionales habían incumplido su obligación de garantizar la protección efectiva de ese derecho. Tres de las cinco demandantes se quejaron, además, de la validación por parte del tribunal nacional a los acuerdos de solución que habían arribado y firmado con su empleador.

El juez de lo social había rechazado el planteo de nulidad de dichos acuerdos transaccionales en razón de que no se había probado la existencia de ninguna forma de coacción o intención dolosa por parte del empresario. Incluso, el acuerdo fue presenciado y convalidado por la representante sindical, que fue citada a testimoniar.

El Estado alegó que los solicitantes podrían haber presentado una queja ante la Agencia Española de Protección de Datos alegando un incumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales. Asimismo, afirmó que los solicitantes también podrían haber interpuesto una acción ante los tri-

4 Ídem, nota 2, párr. 16.

5 Ídem, nota 2, párr. 17.

6 Ídem, nota 2, párr. 18.

bunales civiles ordinarios para reclamar una indemnización por los daños causados por la presunta infracción de la mencionada norma.

En su presentación, España llegó a la conclusión de que había cumplido con sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del Convenio y que su responsabilidad no debería ser asumida a causa de las infracciones cometidas por una empresa privada o por un incumplimiento por parte de los solicitantes de quejarse de tales infracciones a las autoridades nacionales competentes.

En cuanto a los acuerdos firmados por los trabajadores, el Gobierno alegó que, tal como lo determinaron los tribunales nacionales, se habían firmado sin ninguna presión del empleador. Sostuvieron que las trabajadoras demandantes fueron quienes incumplieron estos acuerdos al presentar el asunto ante los tribunales nacionales, a pesar del compromiso asumido, y que, aun así, sus apelaciones habían sido debidamente examinadas. El Estado argumentó que los tribunales habían tenido en cuenta otras pruebas para proceder al despido de las trabajadoras.⁷

Es en la tensión entre el derecho a la privacidad e intimidad de algunas personas (en este caso, en su calidad de trabajadores) y la protección a la propiedad privada de otras (empresa empleadora), que en su labor judicial los jueces internos de lo social, primero, y de alzada, luego, se encontraron en la tarea de realizar juicios o valoraciones de necesidad y proporcionalidad sobre la grabación o sistema de vigilancia de la empresa a sus empleados, donde las variables contempladas fueron: información, temporalidad, enfoque acotado y/o restrictivo, proporcionalidad de la detección y sospecha fundada.

Tal enfoque y resultado no es novedoso, ya que había sido receptado por el TEDH en los casos Köpke⁸ y Barbulescu.⁹ Quizás, si se omite tener en cuenta (atento su revisión) la sentencia del 9 enero del 2018 de la Sala del TEDH, podría pensarse que estamos ante una solidificación de un criterio en lo que respecta a la vigilancia por videocámaras. La modernidad sólida se identifica con un tiempo de grandes fábricas empleando a miles de trabajadores para toda la vida en enormes edificios de ladrillos, fortalezas que iban a durar tanto como las catedrales góticas. Hoy la mayor preocupación de nuestra vida social e individual es cómo prevenir que las cosas se queden fijas. No creemos que haya soluciones definitivas y no solo eso; no nos gustan.¹⁰

7 Ídem, nota 2, párr. 146.

8 TEDH, *Caso K. Köpke vs. Germany*, Quinta Sección, Application nº 420/07 de 05 de octubre del 2010.

9 TEDH, *Caso Barbulescu vs Rumania*, Gran Sala, Application nº 61496/08, de 05 de septiembre del 2017. A partir de este fallo la labor de la doctrina expresa los seis criterios básicos acerca de las comunicaciones electrónicas en el centro de trabajo, que han sido denominados como el “test Barbulescu”. Tales criterios se fundamentan en la idea de proporcionalidad y en la existencia de garantías procedimentales contra los abusos y las decisiones arbitrarias. En este sentido, puede verse Cabeza Pereiro, J. (2018). El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre video vigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (141), pp.13-36.

10 Cf. Bauman, Z. (2007). *Vida Líquida*. Buenos Aires: Paidós.

(iii) La sentencia

En opinión del TEDH, los tribunales nacionales, primero, encontraron, de conformidad con los requisitos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la instalación de la videovigilancia había sido justificada por razones legítimas; a saber, la sospecha, presentada por el gerente del supermercado, a cuenta de las pérdidas significativas registradas durante varios meses, que deducía que se habían cometido robos. También tuvieron en cuenta el interés legítimo del empleador en tomar medidas con el fin de descubrir y castigar a los responsables de las pérdidas y asegurar la protección de sus bienes y el buen funcionamiento de la empresa.¹¹

Los tribunales examinaron el alcance de la vigilancia y el grado de intrusión en la privacidad de las solicitantes, constatando que la medida estaba limitada en lo que respecta a las áreas y al personal supervisado, ya que las cámaras solo cubrían el área de salida, y que su duración no había excedido lo necesario para confirmar las sospechas de robo. Por otra parte, es preciso señalar que las tareas de las trabajadoras demandantes se llevaron a cabo en un lugar que estaba abierto al público y en contacto permanente con los clientes involucrados.

Al respecto, el TEDH consideró que es necesario distinguir, en el análisis de la proporcionalidad de una medida de videovigilancia, los diversos lugares en los que se llevó a cabo la supervisión, a la luz de la protección de la privacidad que un empleado razonablemente podría esperar —se sostiene que la expectativa es muy alta en lugares privados por naturaleza, como baños o guardarrobas, donde se justifica una mayor protección o, incluso, una prohibición total de la videovigilancia—. ¹²

Sigue siendo alta en áreas de trabajo cerradas, como oficinas privadas o compartidas. Es manifiestamente menor en lugares visibles o accesibles para trabajadores o, como en el presente caso, para el público en general. Respecto del alcance de la medida a lo largo del tiempo, el TEDH observa que, si bien, como argumentaron los demandantes, el empleador no había establecido de antemano la duración de la videovigilancia, duró diez días y cesó tan pronto como los empleados responsables habían sido identificados. Por lo tanto, la duración de la monitorización no parece excesiva en sí misma —compárese, por ejemplo, con el asunto Köpke, donde no se encontró que una duración de catorce días fuera desproporcionada—. Por último, el gerente del supermercado, los representantes legales y el representante de sindicato habían sido informados.¹³

Teniendo en cuenta estos factores, el TEDH consideró que la intrusión en la privacidad de las trabajadoras no alcanzó un alto grado de seriedad. En cuanto a si, por último, se informó a las trabajadoras de la instalación de la videovigilancia, el tribunal dijo que no se discute que se instalaron dos tipos de cámaras en el supermercado donde trabajaban: por un lado, cámaras visibles dirigidas hacia la entrada y salida de la tienda, de las cuales el empleador había informado al personal; y, por

¹¹ Ídem, nota 2, párr. 123.

¹² Ídem, nota 2, párrs. 92 y 124.

¹³ Ídem, nota 2, párr. 93.

otro, cámaras ocultas dirigidas a las áreas de pago, de las cuales ni los trabajadores despedidos ni los demás miembros del personal habían sido informados.

El TEDH observó que, si bien tanto la legislación española como las normas internacionales y europeas pertinentes no parecen requerir el consentimiento previo de las personas que se someten a videovigilancia o, en general, que tienen sus datos personales recopilados, esas normas establecen que, en principio, es necesario informar a las personas interesadas, de forma clara y previa a la implementación, de la existencia y las condiciones de dicha recopilación de datos, aunque solo sea de manera general.¹⁴

Consideró que el requisito de transparencia y el consiguiente derecho a la información son de naturaleza fundamental, particularmente en el contexto de las relaciones laborales, donde el empleador tiene poderes significativos respecto de los empleados, debiéndose evitar cualquier abuso de esos poderes. Sin embargo, la provisión de información al individuo que se está monitorizando y su alcance constituyen solo uno de los criterios a tener en cuenta para evaluar la proporcionalidad de una medida de este tipo en un caso. Por tanto, si falta dicha información, las salvaguardas derivadas de los otros criterios serán aún más importantes.¹⁵

En el caso que aquí se comenta, el TEDH observó que los tribunales de trabajo que examinaron las reclamaciones de los trabajadores llevaron a cabo un ejercicio de equilibrio detallado entre, por un lado, su derecho al respeto de su vida privada, y, por el otro, el interés del empleador en garantizar la protección de su propiedad y el buen funcionamiento de la empresa. Los tribunales nacionales verificaron si la videovigilancia estaba justificada por un objetivo legítimo y si las medidas adoptadas con ese fin eran apropiadas y proporcionadas, observando en particular que el objetivo legítimo perseguido por el empleador no podía lograrse con medidas que fueran menos intrusivas para los derechos de los trabajadores.¹⁶

Mientras no se puede aceptar la proposición de que, en términos generales, una mínima sospecha de apropiación indebida o cualquier otro delito por parte de los empleados podría justificar la instalación de videovigilancia encubierta por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se ha cometido una mala conducta grave y el alcance de las pérdidas identificadas en el presente caso sí parece ser una justificación importante. Esto es aún más cierto en una situación en la que el buen funcionamiento de una empresa está en peligro, no solo por la sospecha del mal comportamiento de un solo empleado, sino más bien por la sospecha de una acción concertada por parte de varios empleados, ya que esto crea una atmósfera general de desconfianza en el lugar de trabajo.

En virtud del artículo 6 del Convenio, las trabajadoras se quejaron de que las grabaciones obtenidas en violación de su derecho al respeto de su vida privada habían sido admitidas y utilizadas como prueba por los tribunales españoles. Además, tres de las cinco trabajadoras despedidas alegaron que el reconocimiento de la validez de los acuerdos de solución que habían firmado, supuestamente tras una manipulación engañosa por parte del empleador, también había violado su derecho a un proceso justo o equitativo.

14 Ídem, nota 2, párr. 116.

15 Íbidem.

16 Ídem, nota 2, párr. 124.

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, la videovigilancia no se había aplicado transgrediendo el derecho de los trabajadores. Además, el TEDH observa que las grabaciones en cuestión no fueron la única evidencia en la que los tribunales nacionales basaron sus conclusiones: también se tuvieron en cuenta declaraciones, el testimonio del gerente del supermercado, los representantes y del personal, e informes de expertos en las que se acompañan las imágenes grabadas y los recibos de la caja de la empresa. En estos últimos recibos se evidencian que un número significativo de compras habían sido canceladas sin pago.¹⁷ A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que el uso como prueba de las imágenes obtenidas por videovigilancia no socava la imparcialidad del proceso en el presente caso.¹⁸

Respecto de la validez de los acuerdos de extinción de las relaciones laborales firmado por tres de las cinco trabajadoras, el TEDH señala que los tribunales nacionales aceptaron la validez de tales acuerdos firmados por no encontrarse el consentimiento viciado. Se señala a este respecto que los tribunales nacionales analizaron todos los argumentos presentados por los trabajadores despedidos y consideraron que las circunstancias del presente caso no indicaban ninguna intimidación o engaño por parte del empleador. Examinaron las circunstancias en que se habían firmado los acuerdos y encontraron que la presencia del representante sindical en el momento de la firma, el reconocimiento previo de los actos por parte de los solicitantes durante una reunión con ese representante, y el hecho de que otros empleados que estaban despedidos no habían firmado el acuerdo con el empresario descartaban cualquier indicio de coacción.¹⁹

En la parte dispositiva el TEDH concluyó que las autoridades nacionales no incumplieron sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 de la Convención. En consecuencia, no hubo violación de esa disposición. Tampoco hubo razón para que el TEDH cuestionara las conclusiones de los tribunales nacionales en cuanto a la validez y el peso de los acuerdos firmados por tres de los demandantes. Por lo tanto, tampoco hubo violación del artículo 6 CEDH.

(iv) Colofón

El fallo califica, a mi entender, como una sentencia del hecho, pruebista. Creo, además, que nos brinda la oportunidad de volver a la premisa, un repaso por cuestiones de la teoría social, o nuestra prima hermana, la sociología, tan cercanas a nuestra ciencia jurídica. Nos saca de paseo por la duda existencial acerca de qué entrega el trabajador cuando se emplea. ¿Cuál es la valoración social de quien pone a disposición de otro sus fuerzas físicas, mentales, morales, con sus horas y sus días, para la producción de riquezas o servicios? ¿Qué despliega la persona a cambio de algo, llamado estipendio, salario, jor-

17 Ídem, nota 2, párr.157.

18 Cf. Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G. (2019). Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, (8).

19 TEDH, *Case of López Ribalda and others vs. Spain*, Great Chamber, Application nº 1874/13 y 8567/13 de 17 de octubre de 2019, párr. 160.

nal? Allí en el campo de batalla, sentado en tu escritorio, en la cancha, en la caja del supermercado, en la fosa del taller o al volante de alguna línea pública o privada, ¿cuál es la entrega a cambio de algo?

Concluyo, al releer la sentencia y sus antecedentes, que la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo, en su rol de protector y garante de los derechos humanos y libertades fundamentales de los ciudadanos europeos, se inclinó por la valoración de una prueba en salvaguarda de la propiedad privada, otorgó preeminencia a la validez de los medios de pruebas, como excepción, cuando provienen de circuitos de vigilancia con cámaras ocultas de CCTV, ello cuando estén acreditadas ciertas circunstancias de necesidad y proporcionalidad.

Creo inoportuno, tal como lo hace alguna doctrina²⁰ poner el foco de atención en las medidas probatorias como excepciones a la regla. Confío en el vigor de la norma y en su defensa. A los abogados laboristas se les allana el camino y puede verse desde “Köpke” hasta “López Ribalda” cómo el contenido de las sentencias transmuta en un decálogo práctico acerca de cuáles son las estrategias a fin de instalar cámaras de vigilancia de manera que sean “humano-lógicamente” correctas en su intromisión a la intimidad. Para así después aprueben el testeado de “intrusión”, a fin de que el mismo no alcance un alto grado de seriedad.

20 Cf. Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., *op. cit.*, p. 18.

Violencia institucional. Derechos de la niña

TEDH, *Case of A v. Russia*, 12 de noviembre de 2019

Por Marisa Graham¹

Introducción

El caso que analizaremos se origina en la petición realizada el 14 de abril de 2009 por la niña A –nacida en el año 1998–, a quien se le concediera el anonimato en base al reglamento del TEDH. En primer lugar y en atención a su temprana edad al momento de la solicitud, fue representada por su madre.

El reclamo se fundamenta en la violación de sus derechos fundamentales con motivo de haber presenciado el arresto violento de su padre por parte de las fuerzas de seguridad.

Los hechos

El 31 de mayo de 2008, el padre de A, a quien llamaremos B, oficial de la Policía de Apsheronsk en el momento de los hechos, fue detenido por personal del Servicio Federal de Control de Drogas (FSKN), después de una supuesta venta de drogas, en el marco de una operación encubierta programada con anticipación.

¹ Abogada (UBA). Profesora adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones (Facultad de Derecho, UBA). Ex Subsecretaria de Derechos para la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Defensora de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Nación.

El arresto se llevó a cabo en presencia de A, a las 8:45 aproximadamente, cuando B y su hija salían de la escuela.

La niña A resultó ser testigo involuntario de la detención de su padre, quien fue golpeado por la espalda primero por uno y luego por varios agentes y derribado por esa acción, siendo sometido a golpes de puño y patadas.

En ese momento A salta del auto y grita a los fines de que cese la golpiza hacia su padre. Uno de los hombres de la fuerza de seguridad le dice: “¡Cierra la boca y entra al auto!”. La niña obedece presa del temor. Desde el interior del automóvil sigue viendo cómo continúan golpeando a su padre y lo arrestan. A intenta salir del auto, pero los oficiales le impiden hacerlo, sosteniendo las puertas desde afuera.

Finalizada la detención, A logra abrir la puerta del auto y huye hacia su casa. Al acercarse a su hogar vio hombres que no reconocía y, aterrorizada, corrió hacia la casa de su abuela. Mientras corría, comenzó a sentirse mareada y pensó que se caería. Su tío la vio en la calle y la llevó a su casa. Estaba en estado de shock y no podía explicar bien lo que había sucedido.

El estado de salud de A luego de los acontecimientos denunciados

Poco tiempo después de sucedidos los hechos sucintamente reseñados, la niña A fue diagnosticada con una serie de consecuencias en su salud, incluyendo un trastorno neurológico, enuresis y estrés postraumático, que fueron causados por su exposición a una escena de violencia contra su padre.

Según surge del fallo, la peticionante describió su estado de salud, después del incidente del 31 de mayo de 2008, de la siguiente manera:

Comenzó a gritar por la noche, mojándose y sufriendo ataques de pánico cuando la dejaban sola. Dejó de comunicarse con otros niños, se volvió reservada, perdió su vivacidad, tuvo dificultades para hablar y desarrolló un temblor que le afectaba la cara y las extremidades. Ella perdió su interés por la música, a pesar de haber sido una exitosa estudiante de violín.²

El 3 de junio de 2008, un neurólogo examinó a la solicitante y le diagnosticaron un trastorno neurológico y enuresis. El 6 de junio de 2008 fue examinada por un psicólogo, ante quien se quejó de que el estrés había causado gritos por la noche, temores e insociabilidad.

La niña fue diagnosticada con postrastorno por estrés postraumático, altos niveles de ansiedad. También el servicio de neurología de hospital regional le diagnosticó enuresis neurogénica –vejiga urinaria reflectante–. Un cardiólogo del mismo hospital confirmó su diagnóstico previamente co-

² TEDH, *Case of A v. Russia*, N° de Application, 7075/10, 5ta sección. del 18 de abril de 2013. párr. 18.

nocido de prolapso de la válvula mitral. Recibió tratamiento ambulatorio y fue supervisada en el hospital del distrito central de Apsheronsk.

Según fue informado en el expediente, el estado de salud de la niña mejoró después de que su padre fuera liberado. Su enuresis casi cesó, pero sus pesadillas continuaron durante unos dos años más. Ella confirmó que actualmente no estaba sufriendo ningún problema de salud.

Según una conclusión preliminar de la psicóloga DS de Independent Expert Examination Bureau Versia, podría haber habido una relación de causa y efecto entre el evento del 31 de mayo de 2008 y la afección médica que se desarrolló inmediatamente después, que duró más de dos años.

Investigación de los hechos por las autoridades rusas

El 10 de julio de 2008 la solicitante y su madre efectuaron una solicitud frente al fiscal de distrito Apsheronsk, quejándose de que los agentes de FSKN habían golpeado a B en presencia de su hija, que B no se había resistido al arresto, su ropa había sido rasgada durante las palizas y A había sido mantenida en un automóvil y, por lo tanto, privada de su libertad.

El 14 de julio de 2008, el investigador MV se negó a iniciar un proceso penal debido a que las acciones carecían de los elementos de un delito en virtud del artículo 286 del Código Penal (abuso de poder). Es decir, las escasas investigaciones realizadas no tomaron en cuenta las pruebas que apoyaban el pedido de la madre de A ni analizaron las contradicciones entre las declaraciones de los agentes de la policía y los testigos y mucho menos las declaraciones de la niña.

En efecto, el 1° de septiembre de 2008, basándose en el material anterior y utilizando el mismo razonamiento que en su decisión anterior, el investigador MV se negó a iniciar un proceso penal contra los oficiales de la FSKN SK, VD, AO, VE, EN y SS, sosteniendo el no uso de la fuerza en la detención de B, la ausencia de intención de ocasionar un daño a, que nunca estuvo privada de su libertad, y que las acciones de las fuerzas de seguridad estaban justificadas en la necesidad de detención de B.³

El 12 de septiembre de 2008, el Tribunal de Distrito Apsheronsk desestimó un recurso presentado por la madre de la solicitante contra la resolución del investigador, sosteniendo que la decisión había sido legal y fundada, ya que fue apoyada por una amplia y objetiva preconsulta. El mismo resultado tuvieron las posteriores apelaciones.

De las afectaciones jurídicas

La demandante se quejó de que el uso injustificado de la fuerza física contra su padre durante su arresto en su presencia y su tratamiento por parte de los agentes de FSKN habían violado su derecho

³ *Ibidem*, párrs. 33-41.

a no ser sometida a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, en virtud del artículo 3 del CEDH. Además, se quejó en virtud del artículo 13 del Convenio de que no hubo una investigación exhaustiva e independiente sobre ese incidente. Finalmente, alegó que el uso de la fuerza injustificada contra su padre en su presencia había ignorado sus sentimientos hacia su amado padre, en violación del artículo 8 del Convenio.

El Gobierno sostiene que no previeron la presencia de la solicitante en el momento del arresto de su padre. Los oficiales que lo arrestaron no pudieron predecir la hora y el lugar del delito cometido por B. Si B no hubiera sido arrestado, la evidencia del delito se habría perdido. Por último, alegó que no se probó que hubieran utilizado fuerza sobre la solicitante.

A afirmó que, como testigo involuntario de los tratos crueles y golpes a su padre al momento de su detención, no había recibido ningún apoyo o protección de un representante del Estado. El incidente tuvo graves consecuencias para su salud y desarrollo. Diez años después de los hechos se quejó de que ella todavía sufría sus consecuencias. Dado que ella tenía nueve años en ese momento y, por lo tanto, era más susceptible que un adulto a las consecuencias negativas del trato cruel, y teniendo en cuenta los efectos adversos y duraderos que había tenido sobre ella, el nivel de sufrimiento había sido muy grande, requiriendo que su trato por parte de los agentes de policía se clasifique como tortura.

Argumentó, además, que las autoridades debieron haber previsto su posible presencia en el lugar del arresto, ya que el mismo se había llevado a cabo cerca de la escuela donde su padre la había llevado. Podrían haber comunicado, por ejemplo, a la administración de la escuela para evitar que saliera del establecimiento en el momento del arresto o para garantizar la presencia de un miembro del personal de la escuela que le brindara apoyo psicológico durante la aprehensión. También, podrían haberla llevado de regreso a la escuela para acortar su presencia en el lugar del arresto o para evitar que se fuera a su casa sin compañía. Las autoridades tuvieron el tiempo necesario, pero no tomaron ninguna medida para prevenir o minimizar el daño a su salud.

La sentencia del TEDH

El Tribunal señala que su artículo 3 consagra uno de los valores más fundamentales de la sociedad democrática: el que prohíbe la tortura o los tratos o penas inhumanos o degradantes, *independientemente* de las circunstancias y de la víctima.

Hace lugar asimismo a que la invocación de la vulneración de derechos encuadrados en el artículo 8 de la Convención, en el caso particular se encontraba subsumido en las causales que invocan como violatorias del ya mencionado artículo 3.

Lo primero que nos gustaría resaltar es que llama la atención la ausencia de la alusión al menos de algunas de las normas de derechos humanos que establece la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), atento que la afectada es una niña de 9 años que, claramente, vio vulnerados varios de sus derechos e incluso la aplicación de principios esenciales del *corpus iuris* internacional.

Hay una mención tangencial al principio del interés superior de las y los niños, al citar el fallo *Söderman v. Suecia*. Tampoco hace referencia al derecho de las y los niños a ser escuchados, y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, principio rector de la CDN, y derecho que, entre otras cosas, garantiza el acceso a la tutela efectiva de sus derechos humanos.

Sin perjuicio de lo dicho, el presente trabajo intenta analizar la situación que plantea el fallo en relación con la identificación de actos sumamente violentos, como son la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes, en la conducta desplegada por oficiales de la policía del Estado ruso. No es nuestro interés analizar las cuestiones procesales que surgen del evento puesto en crisis con relación a la legalidad y legitimidad de la medida y las acciones encubiertas desplegadas para lograr el arresto de B, sino el impacto que dicha detención tuvo respecto de la niña y los recaudos de cuidado que omitieron los funcionarios antes, durante y después de la detención.

Con respecto a los niños, que son particularmente vulnerables, las medidas aplicadas por el Estado para protegerlos contra los actos de violencia que entran en el ámbito de aplicación de los artículos 3 y 8 deben ser efectivas e incluir pasos razonables para prevenir los malos tratos. Dichas medidas deben tener como objetivo garantizar el respeto de la dignidad humana.

La Corte ha encontrado previamente en el caso de *Gutsanovi* que la posible presencia de niños, cuya corta edad los hace psicológicamente vulnerables, en el lugar de un arresto es un factor a tener en cuenta al planificar y llevar a cabo este tipo de operación (*Gutsanovi contra Bulgaria*, n. 34529/10, § 132). En este caso, el Tribunal determinó que el hecho de que la operación policial se hubiera llevado a cabo en las primeras horas de la mañana y que hubiera involucrado a agentes especiales con máscaras había servido para aumentar los sentimientos de miedo y ansiedad experimentados por los niños que presenciaron el arresto de su padre, en la medida en que el tratamiento al que fueron sometidos excedió el umbral de severidad requerido para que se aplique el artículo 3, lo que equivale a un trato degradante.

Por otra parte, en el apartado 67 del fallo subexamen resalta que

Los intereses de la demandante, que tenía nueve años de edad en el momento, no se han tenido en cuenta en cualquier etapa *de la planificación* y realización por parte de las autoridades responsables de la operación contra su padre. Los agentes de la ley *no prestaron atención a su presencia* de la cual estaban muy al tanto, procedieron con la operación y la expusieron a una escena de violencia contra su padre en ausencia de resistencia por su parte.

Ha dicho el Tribunal que

Cuando una persona hace una afirmación creíble de que él o ella ha sufrido un trato que infringe el artículo 3 a manos de la policía u otros agentes similares del Estado, dicha disposición, implica un deber para el Estado de *impulsar una investigación oficial efectiva*.

Esa investigación debería ser capaz de conducir a la identificación y el castigo de los responsables (véase *Labita v. Italia* [GC], nº 26772/95, § 131). De lo contrario, la prohibición legal general de la tortura y los tratos y penas inhumanas y degradantes sería, a pesar de su importancia fundamental, ineficaz en la práctica y, en algunos casos, sería posible que los agentes del Estado abusen de los derechos de quienes están bajo su control.

Del mismo modo concluye el Tribunal en el fallo que “También se ha producido una violación del artículo 13 en el marco de su procedimiento, ya que no se llevó a cabo una investigación efectiva al respecto”.⁴

Niñas, niños y adolescentes: testigos invisibles y objeto de violencias invisibles

Aunque las formas de violencia contra las infancias actualmente están visibilizándose, persisten aún algunas formas de violencia que pareciera que son aceptadas por el Estado a pesar del daño que ocasionan a niños, niñas y adolescentes. Muchas veces esas violencias son ejercidas por las instituciones o personas que las integran en el ejercicio de sus funciones negando en los hechos y prácticas más aberrantes la protección especial de la cual son titulares, por el solo hecho de ser personas menores de edad.

El informe mundial sobre la violencia y la salud del año 2002 define a la violencia como

El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.

⁴ Ídem, nota 2, párr. 69.

También se reconoce en la presentación del informe que la

La violencia es un problema complejo, relacionado con esquemas de pensamiento y comportamiento conformados por multitud de fuerzas en el seno de nuestras familias y comunidades, fuerzas que pueden también traspasar las fronteras nacionales. El informe nos insta a trabajar con colaboradores diversos y a adoptar una estrategia preventiva, científica e integral.

Las distintas modalidades de violencia que sufren las niñas, niños y adolescentes se van identificando y definiéndose. Sin embargo, hay situaciones en la que las acciones dañosas a los niños pasan desapercibidas. La definición transcrita alcanza a situaciones como las que lamentablemente vivió la niña A y que, seguramente, vivencian muchas niñas, niños y adolescentes cuando son testigos de la detención de familiares o cuidadores.

Es que la definición comprende el fenómeno de la utilización de la violencia sin miramientos en las acciones represivas del Estado, a través de las distintas fuerzas de seguridad cuando se somete a la misma a terceros ajenos a los hechos delictivos que se persiguen. Lo que implica que cuando se llevan a cabo estas acciones se ponen en peligro derechos que hacen a la persona humana que parecieran ser desestimados como valiosos, lo que implica romper una escala de valores que el Estado es el primer responsable en preservar.

La situación se agrava cuando se ven afectados los derechos de niños, niñas y adolescentes, toda vez que su presencia pasiva en operativos policiales o de fuerzas de seguridad los transforma no solo en meros testigos, sino en víctimas de esa violencia institucional que, como en el caso en estudio, ocasiona distintos daños en su psiquis, con secuelas no siempre reparables.

Cuando una niña o niño es testigo de violencia de los adultos, ellas y ellos mismos padecen violencia y trato abusivo y degradante hacia sus personas. Es muy común arribar a esta conclusión en situaciones de violencia intrafamiliar. ¿Por qué no podemos concluir que lo mismo ocurre cuando el accionar del Estado pone a las y los niños en igual situación?

Cuando una niña o niño es testigo de violencia ejercida por quienes lo tienen que cuidar –la familia, el Estado–, la vulneración de derechos hacia su persona es más gravosa, dado que, si la violencia proviene de los responsables del cuidado y protección de sus derechos, *la sensación de vulnerabilidad se instala en esa niña o niño, y afecta en algunos casos inevitablemente su psiquismo y su desarrollo.*

En el caso de A, la vulnerabilidad se acrecienta pues el Estado no reparó en su existencia y mucho menos en sus derechos al momento de los hechos, tampoco lo hizo luego, al momento de instar acciones para que las autoridades rusas investiguen los hechos que la tuvieron como involuntaria protagonista y víctima invisible de la violencia de las prácticas policiales.

La falta de juicio crítico por parte de las autoridades policiales y judiciales, que debieron investigar los hechos denunciados por la niña y no lo hicieron, implicó un accionar lesivo por parte del Estado ruso que continuó sucediéndose en el tiempo, hasta llegar al fallo del TEDH. Esta actitud de menosprecio del mejor interés y de la voz de la niña A es una nueva alerta sobre la violencia institucional y debe convocarnos a trabajar para que ello no suceda a otras niñas, niños y adolescentes que atraviesan estas situaciones.

Este es el mayor interés de este trabajo, visibilizar un tipo de violencia que se encuentra naturalizada o *mínimamente aceptada como necesaria o inevitable*.

La importancia del fallo debe repercutir en todos los Estados y revisar las prácticas en el accionar represivo, atendiendo los derechos de los niños y niñas cuando estos pueden verse alcanzados por ese accionar. Este fallo contribuye a este interés por visibilizar un tipo de violencia específica disimulada hasta ahora en el hecho de la detención de presuntos criminales, poniendo el derecho de reprimir por sobre los derechos del niño. Siendo que no deberían ser incompatibles, si se actúa preventivamente al momento de la planificación de las operaciones de este tipo o similares y, además, dotando a las fuerzas de recursos humanos complementarios que contengan a las niñas y niños y resguarden sus derechos, sin que ello impida las acciones necesarias para la persecución del crimen.

El derecho a la protección especial

La Convención sobre los Derechos del Niño señala tres ejes fundamentales para la construcción del sistema de garantías que asegure a los niños, niñas y adolescentes el pleno goce de sus derechos en su condición de personas y su calidad de ciudadanas y ciudadanos: el interés superior del niño, el derecho a la convivencia familiar y el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Todos ellos obviamente tienen como presupuesto el derecho intrínseco a la vida y al desarrollo.

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación 14 señala que el interés superior tiene como objetivo el garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la misma. Y subraya que es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte al niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés del niño. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños en concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

Nada de esto se tuvo en cuenta en el accionar policial que dispuso y ejecutó la detención violenta de B sin tener en cuenta la presencia de A y el derecho a su protección especial.

Ahora bien, el interés superior del niño nos conduce, asimismo, a la necesidad de contemplar sus derechos en su integralidad y complementariedad, sobre todo en lo que hace a los cuidados que requiere su persona y sus derechos en todas las circunstancias que atraviesan, más aún cuando pueden estar expuestas/os a acciones de cualquiera de los poderes del Estado (en particular, las fuerzas de seguridad), que se encuadran dentro de procedimientos locales, pero que de todos modos, siendo legales deben adecuarse a la necesidad de protección especial que los Estados deben a niñas y niños.

Debemos aplicar la Convención sobre los Derechos de Niño como un todo articulado. Recordando que las niñas, niños y adolescentes no pueden padecer injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, que la separación de los padres debe tener cuidados procesales que garanticen sus derechos y que los Estados parte deben adoptar las medidas necesarias para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente y malos tratos. Debiendo, además, asegurar formas de prevención, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos de malos tratos y, según corresponda, la intervención judicial (CDN, arts. 9, 16 y 19).

Derecho de la niña a ser oída

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12, les garantiza su derecho a ser oídos y a expresar su opinión en todos los asuntos que los afecten, y cuando una niña expresa estar siendo afectada como en el caso de autos, es obligación de las autoridades atender a su interés particular, que en este caso es superior al resto de los intereses en juego, debiendo darse la importancia que la situación amerita.

La niña fue avasallada en sus derechos, desde el primer intento de reclamar tratando de que sea escuchada su voz. Sin embargo, fue acallada, obligada a mantenerse privada de libertad en el vehículo de su padre, obligada a ver toda la situación de fuerza física desplegada hacia su progenitor, sin contención alguna, hasta que lograra por sus propios medios salir del vehículo en busca de ayuda. Estos hechos son definidos por el TEDH como un trato cruel, inhumano y degradante.

Como dijimos, la sentencia hace visible un tema que la mayoría de las veces está invisibilizado, como son los tratos crueles, inhumanos y degradantes proferidos contra un niño/a en el marco de una acción coercitiva de parte de las fuerzas policiales. Dicho accionar fue la causa directa de los efectos psicológicos que la niña presentara inmediatamente después de lo sucedido, como también de la violencia sufrida en forma directa contra su persona por parte de los agentes policiales al intentar presentar alguna defensa a la actitud desplegada contra su padre.

En el caso de la niña A, ella ha sido expuesta a una situación de violencia directa hacia su persona más allá de la legitimidad o no de la acción del personal de las fuerzas de seguridad. No se tuvo nunca en cuenta que una niña de 9 años estaría presente al momento del procedimiento de detención. La primera medida de su accionar debió prevenir esa situación y proteger a la niña ante la medida de arresto

buscando los canales necesarios para dar efectividad a la medida de persecución iniciada y no dejándola abandonada a su suerte, sola, en medio de la calle en una situación de crisis emocional evidente.

Pero más aún, hace visible que estas víctimas silenciosas, cuando elevan su voz ante los organismos competentes, tampoco son escuchadas, lo que implica su revictimización. Las autoridades administrativas y judiciales silenciaron el reclamo posterior a los hechos, minimizando los derechos afectados y sobrevalorando la intervención de los agentes policiales. Un corporativismo policial y judicial amordazó una vez más a A. Tal vez de una manera más reprochable que las que usaron los policías encerrándola en el auto diciéndole que callara la boca.

En casos como el analizado, la omisión de denunciar estos hechos la mayoría de las veces está directamente relacionada con el temor ante el sistema de justicia, ante posibles represalias de la institución policial, la estigmatización que puede sufrir la víctima del hecho en cuanto a la desconsideración o no creencia en sus propios dichos.

Necesidad de prevenir la violencia sobre los niños en los procedimientos policiales

En el presente caso surge a las claras que, tratándose de una operación planificada llevada a cabo por las fuerzas de seguridad, bien pudieron tomar los recaudos para evitar la exposición y sometimiento de A a la violenta detención de su padre. Más aún cuando fueron interceptados al salir de la escuela a la que asistía la niña.

Las acciones de las fuerzas de seguridad, que muchas veces se caracterizan por ejercer violencias como la aquí expuesta, deben planificarse teniendo expresamente en cuenta la posibilidad de que en el terreno de operaciones haya niñas y niños presentes, procurando evitar la intervención si ello es así o haciendo participar personal especializado que pueda atender concomitantemente e inmediatamente la situación de esas niñas y niños, con un accionar y lenguajes adecuados a su condición y a la comprensión de los hechos.

Pero a la protección debe anteceder la prevención, a fin de evitar situaciones dañosas como las atravesadas por A. Para ello es necesario que las fuerzas de seguridad, y también el poder judicial cuando solicita el auxilio de la fuerza pública, incorporen a sus procedimientos y a su formación los conceptos y garantías que ellos están obligados a respetar e incluso garantizar a toda niña, niño y adolescentes ante la eventualidad de situaciones traumáticas como las descriptas.

Conclusiones

Podríamos concluir que es hora de que los Estados comiencen a poner en práctica prestaciones positivas que garanticen a niñas, niños y adolescentes una vida libre de violencias.

La formación de las fuerzas de seguridad en derechos humanos y, en particular, en derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, la formación de los operadores de la justicia, aun la no especializada (Oficiales de justicia, por ejemplo), parece ser una tarea que no admite más demoras.

Avanzar en la elaboración y aplicación de protocolos que resuelvan la tensión entre el cumplimiento de órdenes judiciales, incluida la persecución eficaz del delito, y los derechos de niñas y niños en procedimientos donde estén presentes, donde deberán atenderse las necesidades de niñas y niños, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, como así también atender al derecho a su integridad física, psicológica y emocional, y su intimidad y privacidad, es una herramienta eficaz a los fines de la prevención y protección de derechos, siempre teniendo en cuenta que no son meros testigos directos sino también víctimas de tortura, tratos crueles, inhumanos, degradantes y malos tratos.

Finalmente, y sin pretender agotar las políticas que deben garantizar los Estados, es fundamental asegurar mecanismos seguros, accesibles, rápidos, sencillos para canalizar denuncias y que puedan tener una respuesta rápida a sus demandas con la protección especial que merece su situación de menor de edad.

Motiva este comentario el hecho de que en nuestro continente y en nuestro país, las niñas, niños y adolescentes suelen ser testigos de estos procedimientos violentos; es decir, ellos también padecen la violencia que afecta a las y los adultos a cargo de ellos. Las detenciones de padres, madres, hermanos, cuidadoras, sean en la vía pública o en el domicilio de las y los niños; los desalojos compulsivos; los mandamientos de secuestro productos de un embargo, en general con el auxilio de la fuerza pública, son actos violentos que dejan secuelas.

Y se la denomina violencia institucional; ninguna forma de violencia contra los niños y niñas es justificable y toda la violencia es prevenible.

Control migratorio en aeropuertos

TEDH, *Case of Z.A. and others v. Russia*, 21 de noviembre de 2019

Por Pablo Asa¹

Introducción

En el presente comentario espero poder contribuir a enriquecer la mirada sobre el tema y plantear los puntos que, a mi entender, resultan de relevancia para la cuestión de la migración y el asilo desde un enfoque de derechos humanos, tomando como base mi experiencia como docente.

Como aproximación al tema, el caso “Z.A. y otros” trata sobre las condiciones, prácticas y procedimientos que deberían ser garantizados a las personas que solicitan asilo en zonas de frontera. Resulta de interés particular tanto por ser una cuestión recurrente en los ámbitos de los aeropuertos internacionales de todo el mundo como por su vinculación con las políticas establecidas como contrapartida a la llegada –muchas veces masiva– de personas que solicitan asilo en los puntos de ingreso a un Estado. Me enfocaré principalmente en el análisis del tema de la vigencia de los derechos humanos en un espacio específico de los Estados que, con fines didácticos, he decidido llamar “prefrontera”.

¹ Abogado (UBA). Docente del Práctico Profesional (CAREF/CELS/UBA), de Derechos Humanos (UNDAV) y de la Especialización en Migración y Asilo desde una Perspectiva de Derechos Humanos (UNLa/ACNUR/CELS).

Hechos del caso y decisión del TEDH

Cuatro personas que han sufrido diferentes violaciones a sus derechos humanos presentaron entre abril y septiembre de 2015 sus solicitudes de asilo en el aeropuerto internacional Sheremétievo, en la ciudad de Moscú. Allí tuvieron que permanecer durante meses hasta que la “autoridad competente”² tomó intervención y realizó la primera entrevista para darle curso a su solicitud de asilo.

Luego tuvieron que esperar otros tres meses para que dicha solicitud fuera rechazada, a lo que se suman otros tantos meses de espera para que las apelaciones fueran también rechazadas. Mientras tanto, sus pasaportes fueron retenidos por la policía aeroportuaria;³ no les fueron expedidos certificados de “solicitud en trámite”;⁴ no tuvieron siquiera una cama donde dormir, sino que lo hacían en el suelo, en sectores donde no había circulación de gente; y no tenían duchas, ni salidas al aire libre, entre otras cuestiones graves. Asimismo, sufrieron varias violaciones al derecho de defensa y a contar con representación legal, y carecieron de intérprete, entre muchas otras serias vulneraciones a sus derechos elementales.⁵

En los hechos, el Estado estableció una zona dentro de su territorio donde prácticamente no existen derechos humanos. Esta zona estaría comprendida entre el lugar donde aterriza un avión y el punto de control de ingreso al territorio. Según el Estado ruso, mientras las personas intentan ingresar al territorio o mientras se resuelve dar curso o no a su petición de asilo, las personas carecen de protección legal.

La posible justificación de tal noción radica en que una persona bajo la jurisdicción de un Estado no está necesariamente “en manos de las autoridades”,⁶ por cuanto supuestamente se encuentran en libertad, ya que no han sido detenidas, y tienen la “libertad” de retirarse del Estado, por ejemplo, y comprar un boleto hacia otro país—luego veremos que la situación era distinta, más allá de la falacia argumental que discutiré más abajo—. Es decir, según el Estado existe la posibilidad de tomarse el tiempo necesario para determinar si una persona ingresa o no al territorio, aunque estemos hablando de años.

Para el ACNUR, que también intervino en el caso, “la tramitación y el posterior examen judicial de los casos respectivos de las demandantes fue *cualquier cosa menos rápido*” y, por ello, la situación de los peticionarios “se vio muy gravemente influenciada por retrasos e inacciones de las autoridades rusas que eran claramente atribuibles a ellas y no fueron justificadas por razones legítimas”.⁷

2 Destaco “autoridad competente” porque, como se verá más abajo, es a causa de la organización interna del Estado en torno a la recepción de las solicitudes de asilo que se produce la principal vulneración a los derechos. Por supuesto que no es posible alegar normas de derecho interno para justificar una violación a un derecho humano.

3 Guardia Fronteriza o Servicio de Control de Fronteras (Border Guard Service-BGS).

4 Lo que en Argentina se conoce como “certificado de Residencia Precaria”.

5 Según la presentación de la Agencia de la ONU para los Refugiados, ACNUR, “Los solicitantes de asilo varados en zonas de tránsito se vieron privados del acceso al aire fresco, la privacidad, los alimentos y el acceso a la atención médica y social. El período durante el cual un solicitante de asilo tuvo que someterse a una vulneración tan grave en las normas básicas podría prolongarse, ya que, en promedio, el procedimiento completo de asilo, incluidas las apelaciones, podría durar entre uno y dos años” (TEDH, *Case of Z.A. and others v. Russia*, 21 de noviembre de 2019, párr. 80). En igual sentido TEDH, *Case of A.Z. and others v. Russia*, Application n° 61411/15, 61420/15, 61427/15 y 3028/16, 28 de marzo de 2017, párr. 122.

6 TEDH, *Case of Z.A. and others v. Russia*, 21 de noviembre de 2019, nota 5, párr. 115

7 Ídem, nota 5, párr. 148. “el Sr. Z.A. pasó siete meses y diecinueve días en la zona de tránsito a la espera del resultado de su procedimiento de asilo (véanse los párrs. 46 a 55); Sr. M.B. cinco meses y un día (véanse los párrs. 57 a 64); Sr. A.M. un año, nueve meses y al menos veintiocho días (véanse los párrs. 66 a 82); y el Sr. Yasién siete meses y veintidós días (véanse los párrs. 83 a 95)”, traducción propia.

En este punto quiero que reflexionemos acerca de la creación de esta “prefrontera”, concepto que sirve de base para ejercer el poder estatal. En el ordenamiento ruso, el Servicio de Control de Fronteras –en adelante SCF–⁸ es un organismo policial distinto de la oficina que recibe las solicitudes de refugio.⁹ Según se comprobó a lo largo del caso, la legislación rusa no prevé ningún tipo de protección específica para las personas que se encuentran en esa situación de “limbo” jurídico. Este limbo no es casual, sino claramente político. En especial, porque se desprende del hecho de sostener este tipo de prácticas en la llamada “zona de tránsito del aeropuerto”, ya sea por tolerar, por omitir el dictado de normas acordes a los compromisos internacionales, o bien por aceptar espacios dentro de los Estados donde no existen canales de denuncia ni posibilidad material de ejercer derechos.

El peligro de este tipo de argumentos y prácticas tiene que ver con aceptar –o incluso validar– que dentro de los Estados existan espacios donde prácticamente *no hay ninguna regla*. Desde ya que el factor psicológico en las condiciones de detención juega un papel fundamental para quebrar la voluntad de las personas. Otro rasgo distintivo de este concepto es la invisibilidad para el resto de la población, que casi nunca tiene conocimiento de lo que sucede en estos puntos de acceso al territorio.

En este sentido, viene a nuestra mente el recuerdo de la película *La Terminal*, donde Tom Hanks encarna la historia real de Mehran Karimi Nasseri, un refugiado iraní que vivió en el Aeropuerto de París-Charles de Gaulle entre 1988 y 2006, luego de que había resultado apátrida a partir de un proceso de división y secesión de Estados por el cual quedó sin nacionalidad. Si bien esta situación particular resulta poco frecuente, lo cierto es que muchas veces en gran cantidad de aeropuertos internacionales del mundo –incluso en Argentina– existen personas que tienen que permanecer detenidas durante meses, careciendo de los más mínimos derechos.

Volviendo al caso bajo análisis, otro punto debatido es que las solicitudes de asilo de las personas finalmente fueron rechazadas. De este dato se toma el Gobierno para afirmar que había una intención original de engañar o defraudar a las normas locales; es decir, para el Estado estamos en presencia de lo que podríamos llamar “sospecha de migración”, ya que los peticionarios no “eran verdaderos refugiados”.

En este sentido, la defensa estatal afirmó que “los solicitantes deberían haber tenido plenamente conocimiento de que no habían tenido los documentos necesarios y no habían tenido motivos válidos para entrar en Rusia. Al intentar deliberadamente entrar en Rusia sin visados válidos y motivos para ser considerados refugiados, habían infringido la legislación rusa y habían consentido válidamente ser privados de la libertad. El hecho de que las autoridades rusas hubieran examinado las solicitudes de asilo de los solicitantes no significaba que hubieran tenido que permanecer en la zona de tránsito del aeropuerto, ya que las perspectivas de éxito de esas solicitudes habían sido escasas”.¹⁰

Llama la atención este argumento, que encuentro análogo al del consentimiento de la víctima en los casos de abuso sexual. Desde ya que nadie puede válidamente consentir que sus derechos sean violados

8 En Argentina sería la Policía de Seguridad Aeroportuaria.

9 Nuestra CONARE o Comisión Nacional para los Refugiados.

10 Ídem, nota 5, párr. 115.

y, por supuesto, que el grado de éxito de la solicitud de asilo/refugio depende de una multiplicidad de variables, dentro de las cuales se encuentra la posibilidad de ofrecer y producir pruebas y contar con asistencia letrada durante todo el proceso, entre otros derechos que fueron sistemáticamente negados o —cuanto menos— seriamente limitados. Por supuesto que estas condiciones llevaron a que las personas finalmente abandonaran el territorio, ante la desesperación y la incertidumbre generadas por el encierro.

Entre otras justificaciones, el Estado señaló que existe un “derecho soberano inherente de un Estado a controlar la entrada y la residencia de extranjeros en su territorio”, al tiempo que sostuvo que “los solicitantes no habían sido objeto de procedimientos de expulsión, deportación o extradición. Por lo tanto, no ha habido privación de la libertad, ya que habían sido libres de abandonar Rusia en cualquier momento, lo que finalmente ocurrió”.¹¹ El Estado pone en cuestión que la situación de los peticionarios sea una privación de la libertad, aunque se haya probado en el caso que las personas no habían tenido la opción de entrar en un Estado distinto al que habían huido y que durante su larga estancia en el aeropuerto no pudieron pasar el puesto de control, ni recibir visitas de médicos y abogados —más bien, el acceso de los letrados había sido condicional y ocasionalmente negado—. Además, el SCF había incautado sus pasaportes. Por consiguiente, no habían “optado” por permanecer en la “zona de tránsito” y, por lo tanto, no podía decirse que hubieran consentido válidamente ser privadas de libertad.¹²

También surge la siguiente cuestión. Si aceptamos que la situación de los peticionarios no está comprendida en el Estatuto para los Refugiados de 1951, ¿qué sucede con el resto de las personas para las que sí aplicaría? ¿También tendrían que pasar por esta penuria? Del caso y las pruebas aportadas por el Estado no surge que exista un mejor trato para quienes sí están amparados por la Convención. En efecto, la autoridad de aplicación en materia de asilo dio curso a la solicitud, pero nunca les fueron entregados los certificados, de modo tal que tampoco pudieron ingresar al territorio y tener un trato igualitario y acceso a derechos. Aplica aquí la regla del derecho procesal “a confesión de parte, relevo de pruebas”.

En efecto, el Gobierno afirmó que era “vital establecer una distinción entre los verdaderos refugiados y los migrantes”, quienes se trasladan a un tercer país principalmente por razones económicas. En opinión del Gobierno, los solicitantes no habían cumplido los criterios de refugiado establecidos en la Convención, ya que no habían llegado a Rusia directamente desde los países de donde provenía el riesgo para sus vidas, no lo habían elegido como primer país seguro a los efectos de solicitar asilo, no habían solicitado asilo en Rusia inmediatamente a su llegada a ese país, y no habían solicitado asilo en otros países de antemano.

En el curso de las entrevistas de las autoridades migratorias rusas, los solicitantes no justificaron que sus vidas estaban en peligro en los países de origen, sino que se refirieron a una situación económica deficiente. Por su parte, las denuncias sobre posibles riesgos para su integridad solo se habían planteado después de que los solicitantes hubieran tomado contacto con abogados especializados en casos de asilo.

11 *Ibidem*, párr. 116.

12 *Ídem*, nota 5, párr. 109.

En consecuencia, los solicitantes no eran “auténticos solicitantes de asilo”, sino “migrantes ordinarios” cuyas solicitudes de asilo habían sido “creadas artificialmente y tenían pocas perspectivas de éxito”.¹³

Desanudar todas las cuestiones que plantea el Estado en torno a este punto sería demasiado extenso y excedería los límites de este comentario. Solo voy a referirme al tema de la distinción entre migrantes y refugiados, argumento repetidamente sostenido por los Estados para establecer prácticas violatorias de los derechos humanos a lo largo del globo.¹⁴ Como primera aclaración, cabe señalar que aun aceptando la validez de tal distinción, tanto en un caso como en el otro, las personas migran como consecuencia de violaciones a sus derechos humanos. En el asilo la cuestión principal radica en el peligro para la vida y libertad, para “migrantes económicos” se trata del problema general de la falta de empleo digno. Para ambas situaciones existen normas internacionales que brindan mecanismos de protección. Sin embargo, llama la atención que la Federación Rusa se escude en la falta de responsabilidad sobre tal tema, cuando es parte e incluso antaño impulsora del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, en situaciones de asilo en sentido estricto, también existen motivos económicos o laborales concomitantes, siendo que las causas que fuerzan a las personas a salir de sus hogares son múltiples y variadas.

Según mi modo de ver, la cuestión de fondo radica en trazar un límite a la potestad de los Estados de generar políticas de control migratorio, quienes normalmente se limitan a poner trabas y generar daños psicofísicos a personas que intentan ingresar a su territorio, bajo la excusa de permitir que las personas abandonen el lugar y se dirijan a un tercer Estado. Lo que se encuentra en juego es el tipo de política migratoria y cómo esta influye en la posibilidad o no de pedir asilo en los términos de la Convención para el Estatuto de los Refugiados de 1951.

En este y otros casos observamos con frecuencia una práctica tendiente a degradar la dignidad humana, estableciendo una pauta de sometimiento a la voluntad de los agentes de turno. Resulta claro que la “prefrontera” se utiliza como un mecanismo de escarmiento a fin de “ablandar” a las personas que llegan al territorio y forzar su partida.

Pensemos cuál sería el riesgo de permitir que esas personas ingresen al territorio. Ninguna de las personas que llevaron el caso ante el TEDH tenían un pedido de captura internacional, ni “alertas rojas”, etc. O sea que no tenían ningún conflicto con la ley penal, pero sí con la “seguridad”. Digo esto porque, para la vertiente más “securitista” de las políticas migratorias, si dejamos que esas personas ingresen al territorio de un Estado “no las encontramos más”. Esta afirmación resulta una falacia e incluso significa que el Estado evidencia su propia torpeza. Primero, porque si no se puede hallar a una persona dentro del territorio es –principalmente– por la falta de documentación. Es bastante sencillo observar que si la persona posee documentación local comienza a realizar diferentes tipos de actos de los cuales van quedando registros, como contratar bienes y servicios o alquilar una habitación,

¹³ Ídem, nota 5, párr. 113.

¹⁴ Por ejemplo, se plantea el mismo argumento en el caso de las “pateras” que llegan a la costa de España, Italia, Francia y Grecia, como asimismo en la frontera sur de Estados Unidos de América o en la del sur de México, por nombrar solo unos pocos ejemplos.

una vivienda, etc. Además, habría que contextualizar el caso en el marco de un Estado –Rusia– que desarrolla y comercializa variadas tecnologías de reconocimiento facial y entrecruzamiento de datos. Digamos que se trata de un gigante informático en términos de “seguridad”, con lo cual me pregunto cuál es el gran temor a que ingresen personas al territorio para tramitar su solicitud de asilo. El poder se ejerce en este caso como supuesto ejemplo para el resto de la comunidad, como si ello fuera efectivo para evitar la migración humana en la actualidad.

En este punto, como en el pasado, vuelven a repetirse escenas como las que señalaba Arendt al referirse a la situación de las personas apátridas en la posguerra. Según ella,

el mejor criterio por el que decidir si alguien se ha visto expulsado del recinto de la ley es preguntarle si se beneficiará de la realización de un delito. Si un pequeño robo puede mejorar, al menos temporalmente, su posición legal, se puede tener la seguridad de que ese individuo ha sido privado de sus derechos humanos. Porque entonces un delito ofrece la mejor oportunidad de recobrar algún tipo de igualdad humana, aunque sea como reconocida excepción a la norma. El único factor importante es que esta excepción es proporcionada por la ley. Como delincuente, incluso un apátrida no será peor tratado que otro delincuente, es decir, será tratado como cualquier otro. Sólo como violador de la ley puede obtener la protección de ésta. Mientras que dure su proceso y su sentencia estará a salvo de la norma policial arbitraria, contra la que no existen abogados ni recursos.¹⁵

En el caso en cuestión, las personas se veían también en la misma disyuntiva, ya que si cometían un delito leve podrían acceder a un estatus diferente y gozar de más derechos, lo cual pone en evidencia la incoherencia de la política pública.

Ahora, me pregunto ¿por qué sucede esto con tanta frecuencia? Porque estamos frente a una crisis global de migración, donde las brechas sociales cada vez son más grandes y las diferencias de goce de derechos humanos entre los diferentes Estados son realmente abismales. Esto lleva, por un lado, a la desesperación de quienes necesitan migrar y también –a causa de las trabas establecidas por los gobiernos– a fomentar el tráfico y la trata de personas, ya que la respuesta inevitable ante estos mecanismos es que las personas “confíen” en organizaciones criminales, que se dedican a promover y facilitar la migración irregular.

En efecto, una serie de derechos humanos y garantías básicas, entre ellas, el derecho a la libertad, está en juego cuando analizamos la problemática de la detención por razones migratorias. La detención de migrantes y solicitantes de asilo como “medida cautelar” en el marco de un procedimiento relativo al ingreso consiste en una auténtica criminalización de la migración irregular.¹⁶

15 Arendt, H. (1974). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Santillana, p. 239.

16 Como señala Ceriani Cernadas, “otra cuestión medular en materia de control migratorio es la privación de libertad de migrantes, ya no como pena, sino como medida cautelar en el marco de procedimientos de expulsión del país. En este sentido, son numerosos los países que prevén la detención de migrantes durante la tramitación de dichos procesos. Al respecto, se evidencian diversos problemas que pueden conducir a detenciones arbitrarias. Así, en la mayoría de los casos no se estipula ninguna causa adicional a la falta de residencia para justificar una privación de libertad (lo cual sí es exigido en el ámbito de la justicia penal),

Según la opinión de expertos/as de los sistemas universales y regionales de derechos humanos

el respeto del derecho a la libertad y a la seguridad personal implica que la libertad es la regla y la detención la excepción [...] los Estados tienen la obligación de establecer una presunción a favor de la libertad en su derecho interno. El uso automático, obligatorio o punitivo de la detención de migrantes no sólo viola el derecho de los migrantes a la libertad personal, sino que también afecta otros de sus derechos humanos.¹⁷

De la misma manera, el principio *pro persona o pro homine* cobra especial importancia al analizar la detención por motivos migratorios. El principio *favor libertatis* sería una suerte de corolario del mismo principio, pero aplicado específicamente a la protección de uno de los derechos más antiguamente reconocidos, no solo por el derecho internacional, sino también por el derecho interno de los Estados: el derecho a la libertad ambulatoria.

Así lo ha enfatizado también el Relator de Trabajadores Migrantes al decir que “los gobiernos están obligados a establecer en su legislación nacional una presunción en favor de la libertad, considerar primero medidas alternativas no privativas de la libertad, evaluar cada caso y elegir la medida menos rigurosa o restrictiva”.¹⁸ Por su parte, a nivel regional, la Corte IDH ha determinado que los Estados deben establecer de manera precisa las razones por las cuales se apartan del principio en determinados supuestos excepcionales.¹⁹

En este punto cabe recordar que tiene particular relevancia el principio de proporcionalidad, a través de una medida basada en un análisis individual, y luego de considerar todos los medios menos lesivos que permitan alcanzar el mismo objetivo, en especial si estamos en presencia de una situación de asilo o de personas con necesidades especiales de protección, quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad social.

Al final de cuentas, el TEDH tuvo una resolución ajustada al contenido de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Por un lado, aclaró que: “el derecho a restringir la libertad únicamente puede suceder de conformidad con la ley y el derecho a que sea respetada la dignidad humana” y “si se encuentran bajo control estatal, son garantías mínimas que deberían estar a disposi-

no se prevé un plazo máximo ni se regulan las condiciones y el lugar de detención. Consecuentemente, en ocasiones se producen detenciones prolongadas y en establecimientos penitenciarios pese a que se trata de privaciones de libertad por infracciones de índole administrativa”. Ceriani Cernadas, P. (mayo-junio de 2011). Luces y sobras en la legislación migratoria latinoamericana. *Revista Nueva Sociedad*, 233, 68-86. Recuperado de <https://nuso.org/articulo/luces-y-sobras-en-la-legislacion-migratoria-latinoamericana/>

17 Declaración conjunta No. 148/12, *Los migrantes merecen pleno reconocimiento como sujetos de derecho*, de Expertos de las Naciones Unidas, el Relator sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH, y la Relatora Especial sobre los Refugiados, los Solicitantes de Asilo, los Desplazados Internos y los Migrantes de la CADHP (Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos) de 18 de diciembre de 2012.

18 CIDH *Informe del Relator Especial para los Derechos de los Migrantes*, A/HRC/20/24, del 2 de abril de 2012, p. 68.

19 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, párr. 118.

ción de los que están bajo la jurisdicción de todos los Estados miembros, a pesar de la creciente ‘crisis migratoria’ en Europa”.²⁰ A su vez, remarcó que

para determinar si alguien ha sido “privado de su libertad” [...] el punto de partida debe ser su situación específica en realidad y debe tenerse en cuenta una amplia gama de factores como el tipo, duración, efectos y forma de aplicación de la medida en cuestión [...] La diferencia entre la privación y la restricción de la libertad es de grado o intensidad y no de naturaleza o sustancia.²¹

Por su parte, argumentó que

al establecer la distinción entre una restricción a la libertad de circulación y la privación de libertad en el contexto del confinamiento de solicitantes de asilo, su enfoque debe ser práctico y realista, habida cuenta de las condiciones y desafíos actuales. Es importante, en particular, reconocer el derecho de los Estados, con sujeción a sus obligaciones internacionales, a controlar sus fronteras y a tomar medidas contra los extranjeros que eluden las restricciones a la inmigración.²²

En este sentido, también brindó una pauta para los Estados a la hora de ejercer su potestad de control sobre las fronteras. En principio, el hecho de

mantener a los extranjeros en la zona internacional implica efectivamente una restricción a la libertad, pero que no es en todos los aspectos comparable a la que se obtiene en centros para la detención de extranjeros en espera de deportación. Este confinamiento, acompañado de salvaguardias adecuadas para las personas afectadas, sólo es aceptable para permitir a los Estados prevenir la inmigración ilegal, cumpliendo al mismo tiempo sus obligaciones internacionales, en particular en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 relativa al Estatuto de los Refugiados y a la Convención Europea de Derechos Humanos. La legítima preocupación de los Estados por frustrar los intentos cada vez más frecuentes de eludir las restricciones migratorias no debe privar a los solicitantes de asilo de la protección que ofrecen estos convenios.²³

20 Ídem, nota 5, párr. 127

21 Ibídem, párr. 134.

22 Ídem, nota 5, párr. 135.

23 Ídem, nota 5, párr. 143.

Con todo, el Tribunal consideró que,

habida cuenta, en particular, de la falta de disposiciones jurídicas nacionales que fijen la duración máxima de la estancia de las demandantes, el carácter en gran medida irregular de la estancia de las demandantes en la zona de tránsito del aeropuerto de Sheremétievo, la duración excesiva de dicha estancia, y los considerables retrasos en el examen interno de las solicitudes de asilo de los solicitantes, las características de la zona en la que se encontraban y el control al que fueron sometidas durante el período pertinente de tiempo; y el hecho de que no tenían posibilidad práctica de abandonar la zona, las demandantes se vieron privadas de libertad.²⁴

Como vemos, se exige que la autoridad pública, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopten tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Este derecho debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad.

En el ámbito internacional, la gran mayoría de los Estados colocan a la persona que se acerca a sus fronteras como eje de posibles conflictos con sus intereses, lo cual argumentan para sostener diversos mecanismos de control de ingresos y egresos. La frontera es un espacio donde el Poder Ejecutivo controla y previene hechos tales como narcotráfico, tráfico de personas, de bienes, etc. Sin embargo, existen también los casos grises, donde la conducta desplegada por funcionarios y agentes del Estado está destinada a fiscalizar conductas que pueden ser consideradas graves o no según la mirada que de ellas se tenga.

Palabras finales

A modo de cierre, quería traer a colación un importante antecedente relacionado con el “rechazo en frontera” a nivel nacional, que se da en el caso “Ch. R. L.”. Se trata de una persona de nacionalidad china que se hallaba retenida en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza, Buenos Aires. Las condiciones de privación de libertad resultaban también preocupantes: en una sala pequeña dentro del aeropuerto, aislada del exterior, con escasa ventilación y careciendo de lecho. La privación de libertad no ha sido resultado de una “orden escrita emanada de autoridad judicial competente”, sino que era resultado de un procedimiento administrativo irregular llevado a cabo por la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), que ordenó que fuera conducida de inmediato a su país, luego de haber intentado ingresar para visitar a sus familiares radicados en Argentina.

²⁴ Ídem, nota 5, párr. 144.

El representante de la DNM también alegó

que en ningún momento estuvo alojado incomunicado, y que desde que se encuentra en la DUIA²⁵ tuvo la visita de sus familiares. [...] aclara que el accionante no se encuentra ingresado al país, que si bien físicamente se encuentra aquí, en realidad estaría en una zona de “frontera virtual”, por la especial situación en la que se halla, debiendo realizarse operaciones de check in o check out de sus familiares para poder acceder a él.

Ante semejantes manifestaciones, la Cámara consideró que el acto emanado de la DNM carecía de motivación y resolvió acceder al pedido de la persona de ingresar por siete días para reencontrarse con sus familiares. En lo sustancial, afirmó que

es decisión política el establecimiento de determinada política migratoria, pero no es una decisión política discrecional permitir el ingreso de determinado ciudadano extranjero. En consecuencia, la decisión de política migratoria, en tanto su aplicación no se traduzca en afectación de derechos, no está sometida a decisión de los jueces ni puede, en principio, ser sometida a discusión en un proceso, mientras que la decisión puntual de permitir o rechazar el ingreso de determinado ciudadano extranjero, en la medida que es una actividad reglada por el legislador y por la decisión política general, puede y debe ser sometida a revisión, no sólo en función de la posibilidad de afectación concreta de derechos recién referida, sino también a efectos de controlar que se hayan seguido los procedimientos y demás requisitos sustanciales establecidos en las normas generales. Es indiscutible la potestad de los Estados de determinar qué personas extranjeras pueden ser admitidas en su territorio, expulsar algunas bajo ciertas circunstancias, controlar sus fronteras y adoptar las medidas necesarias para proteger su seguridad cuando se considera amenazado. Al mismo tiempo, nadie duda que este poder que administra y regula la migración internacional tiene que ejercerse en el pleno respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, conferidos en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de las normas consuetudinarias de derecho internacional.²⁶

²⁵ Departamento Unidad de Investigación Antiterrorista.

²⁶ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, “Ch. R. L. s/ Habeas Corpus”, Sala II. Expte. N° 6691, 23 de febrero de 2012. Luego, la Cámara Federal de Casación Penal falló en agosto de 2016 y resolvió a favor de la liberación de otros cuatro ciudadanos chinos. En el marco de un habeas corpus presentado por la Defensoría General de la Nación, el tribunal declaró que la protección de los derechos de los migrantes detenidos por cuestiones administrativas debe estar asegurada a través de vías judiciales adecuadas, oportunas y efectivas. Por eso, las condiciones que establece la ley de migraciones para que la autoridad migratoria pueda retener migrantes son ineludibles para que la decisión sea considerada legítima: “La Dirección Nacional de Migraciones al momento de solicitar la retención [...] al magistrado federal, no fundó debidamente las razones por las cuales se consideró necesaria, razonable, idónea y proporcional la privación de la libertad de L., Z. C., T. L. y Q. S. para cumplir con la orden de expulsión que, ya desde entonces, no se encontraba ni firme ni consentida”. En tal oportunidad, la autoridad de aplicación solo invocó un supuesto peligro de fuga sin fundamento alguno (Sala 4 Foro 27459/2016/Cfc1 Registro N° 1065/16.4).

Como vimos a lo largo de este comentario, la idea de la “prefrontera” es un espacio verdaderamente siniestro, donde las personas son libradas a su suerte y sometidas a un poder excesivo y violatorio de los derechos humanos. Cabe remarcar que los problemas sociales solo pueden ser resueltos con políticas inclusivas y en especial a partir de la cooperación internacional. Este caso, como tanto otros, da cuenta de la inercia de los Estados en brindar soluciones a las causas de las migraciones y, por supuesto, terminan agravando las condiciones y generando oportunidades para que las redes delictuales actúen con mayor facilidad y frecuencia. La manera de mejorar los sistemas de seguridad y control es siempre garantizando más derechos. Cuanto menor sea su reconocimiento, más compleja será la situación y más lejos estaremos de encontrar cómo resolver a los que nos enfrentamos como humanidad, siendo la migración y el asilo la consecuencia y no la causa de un problema estructural.

Vida privada. Derecho a la salud. Adicciones

TEDH, *Affaire Abdyusheva et autres c. Russie*, 26 de noviembre de 2019

Por Juan Ignacio Lozano¹

Introducción

En el fallo que comentaré se analiza la prohibición del tratamiento de sustitución con metadona y buprenorfina por parte de la Federación de Rusia a ciudadanos con consumos problemáticos de heroína. El planteo radicaba en si esta negación de tratamiento violaba el derecho a la intimidad y equivalía a un trato discriminatorio.

I. Hechos de caso

La causa se originó en tres solicitudes contra la Federación de Rusia de personas adictas a la heroína. Informan sobre períodos alternados de consumo de drogas y remisión. Afirman que han sido hospitalizados varias veces en centros médicos para curas de desintoxicación y que sufrieron una recaída inmediata al salir de esos centros.

¹ Doctor en Ciencias Sociales (IDES-UNGS). Licenciado y Magíster en Trabajo Social (UNLP). Profesor Adjunto regular (UNLP). Jefe de Trabajos Prácticos regular y Profesor Adjunto interino (UNLu) Integrante de RESET, Políticas de Drogas y Derechos Humanos.

La historia de los demandantes es muy interesante. El primero de ellos, informa que es consumidor de drogas, incluidos estimulantes y heroína, desde 1994. Ya desde 1997 hay intervención en dispositivos de salud, en una institución médica estatal para el tratamiento de las personas que sufren de drogadicción. Acudió allí desde 1996 al 2000, en tratamiento de desintoxicación. En 2010, presentó a la clínica su solicitud de tratamiento de sustitución de opioides con metadona, manifestando que el tratamiento de sustitución de opioides era recomendado por la OMS como un método eficaz para combatir la drogadicción y el SIDA. Sin embargo, el planteo fue rechazado porque no está contemplado en los protocolos de política pública sanitaria del país.

Ante los rechazos, el demandante fue apelando a tribunales que fueron denegando el tratamiento. Es de destacar que se le diagnosticó hepatitis C y VIH, presuntamente por contaminación como resultado del uso de jeringas usadas.

La historia de la segunda demandante es similar al anterior: ha estado usando opiáceos desde 1984, con varios tratamientos en diferentes centros de toxicología entre 1984 y 2009. De los datos médicos surge que ha sido diagnosticada bajo un “síndrome de adicción a los opiáceos de nivel medio”. Solicitó el acceso al tratamiento de sustitución de opiáceos con metadona y buprenorfina, que le fue negado en varias oportunidades. También se le detectó hepatitis C y VIH. Había estado utilizando opiáceos desde los 17 años, había hecho por lo menos 12 intentos de tratar su adicción, sus períodos de abstinencia habían durado solo dos o tres semanas y había reanudado el uso de opiáceos después de esos períodos. Por un viaje de trabajo, en otro país conoció el tratamiento de sustitución. Con ello pudo estar en remisión en un período de tiempo como nunca antes había experimentado. Sin embargo, esta experiencia tampoco fue contemplada por los tribunales rusos.

El último demandante ha estado usando opiáceos desde 1994. Entre 1996 y 2012, ha tratado de combatir su adicción visitando regularmente una institución médica estatal para el tratamiento de desintoxicación. El solicitante afirma estar infectado con el VIH y el virus de la hepatitis C. De la historia clínica surge que consumía drogas desde los 16 años, había dejado de consumirlas mientras estaba detenido y después de haber completado un programa de rehabilitación titulado “las 12 etapas”. Había reanudado el uso de opiáceos, había desarrollado una mayor tolerancia a los opiáceos, mostraba una reacción de abstinencia si dejaba de usarlos, daba prioridad al uso de drogas en detrimento de su vida familiar y profesional y seguía usando drogas a pesar de las consecuencias.

Los tres demandantes presentaron informes profesionales particulares que sugieren tratamiento de reemplazo, y también han tenido problemas legales, imputaciones de delitos leves, por contravenciones, multas, por deambular, lo que los estimuló a apelar y pedir en una instancia mayor que sean reconocidos en sus problemas de consumo problemático, las consecuencias asociadas en la salud y el aumento de criminalización y judicialización de sus vidas cotidianas.

II. El marco legal interno

La Orden del Gobierno de Rusia No. 681, de 30 de junio de 1998, sobre estupefacientes y sustancias sicotrópicas y sus precursores sometidos a fiscalización, contiene tres listas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. La lista I contiene sustancias cuyo uso está prohibido. La metadona está en esta lista. La lista II contiene sustancias cuyo uso está restringido y prevé la introducción de medidas de fiscalización para ellas. La buprenorfina está en esta lista.

La Ley Federal N° 3-FZ sobre estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 8 de enero de 1998, permite el uso de los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas de la lista II para fines médicos. Sin embargo, se prohíbe el uso de estupefacientes y sustancias sicotrópicas incluidas en la lista II para el tratamiento médico de la drogadicción. La misma ley prohíbe la circulación de estupefacientes y sustancias sicotrópicas incluidas en la lista I, salvo para fines de investigación científica, investigación forense e investigación policial.

En la Resolución N° 40 del año 2004 la Organización Mundial de la Salud presentó las “Directrices para el tratamiento con asistencia farmacológica y psicosocial de las personas dependientes de opiáceos”; el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas invitó a la OMS a que estableciera y publicara requisitos mínimos y directrices internacionales para el tratamiento con asistencia farmacológica y psicosocial de las personas dependientes de opiáceos.

En el documento de la OMS titulado “Lista modelo de medicamentos esenciales de la OMS”, en la sección 24.5, la metadona y la buprenorfina son medicamentos de la lista suplementaria de medicamentos para el tratamiento de la adicción. En la lista suplementaria se especifica que la metadona y la buprenorfina solo deben utilizarse en el marco de un programa de gestión codificado.

III. La demanda ante el TEDH

Los demandantes alegan que la falta de tratamiento de sustitución con metadona y buprenorfina para su dependencia de los opiáceos equivale a una violación de su derecho a la intimidad, reconocido en el artículo 8 del CEDH.

La respuesta del gobierno ruso es que la metadona y la buprenorfina pertenecen a la familia de los opiáceos, siendo adictivas y similares a otros opiáceos. Indican que la metadona es una sustancia altamente tóxica, que causa complicaciones para los órganos internos, y que su eliminación del cuerpo es más lenta que la de la heroína, lo que aumentaría el riesgo de sobredosis si se toman conjuntamente la metadona y la heroína. Ponen como ejemplo a los Estados Unidos de América, donde la tasa de muertes relacionadas con los opiáceos recetados por los médicos ha aumentado en dos tercios, por lo que la metadona representa un mayor riesgo para la salud pública.

El Gobierno indicó, además que la metadona y la buprenorfina no curan la drogadicción, sino que, por el contrario, la causan y la agravan. De hecho, según el Gobierno, la metadona y la buprenorfina

no tienen un efecto eufórico, por lo que los pacientes las utilizan junto con la heroína para obtener ese efecto. El uso concomitante de esas dos sustancias y de otras drogas agravaría los trastornos mentales y del comportamiento y aumentaría el riesgo de una sobredosis mortal. Por consiguiente, la metadona no llevaría a una remisión duradera, sino al policonsumo.

Tampoco observan que dichos tratamientos de sustitución de opioides tengan un efecto positivo en la prevención del VIH. Cita trabajos científicos que, según cree, prueban que la metadona causa la replicación del VIH e inhibe la inmunidad humoral y celular. Sin embargo, considera que el tratamiento convencional de drogas que se ofrece en Rusia, basado en la abstinencia, excluye completamente el riesgo de transmisión del VIH.

Levantar la prohibición del uso de metadona y buprenorfina para las personas dependientes de opiáceos debe considerarse una solicitud de legalización de drogas, medida que queda a su discreción en materia de salud pública.

IV. La sentencia del TEDH

La Corte evaluó que el artículo 3 de la Convención consagra uno de los derechos más fundamental para las sociedades democráticas: prohíbe en términos absolutos la tortura y tratos o penas inhumanos o degradantes. Sin embargo, para caer bajo esta disposición, los malos tratos deben llegar un mínimo de gravedad.

Para el TEDH no hay evidencia de que la negación de tratamientos de sustitución se base en una actitud dirigida a humillar a los adictos.

Tampoco la Corte encuentra alegatos de sufrimiento infligido por agentes estatales. Señala además que otras denuncias de malos tratos, presuntamente contrarias en el artículo 3 de la Convención, son completamente infundadas. Para la Corte no hay diferencia en el tratamiento de las personas dependientes de opiáceos en comparación con personas con otras enfermedades mencionadas por los solicitantes.

Por lo expuesto anteriormente, en principio solo acepta tratar la solicitud de una de las personas demandantes, y posteriormente por seis votos contra uno concluye que no ha habido violación del artículo 8 de la Convención.

V. Consideraciones a partir del fallo analizado

Resulta de interés el voto en disidencia, que afirma que, en síntesis, las autoridades nacionales se inmiscuyeron en la elección de los solicitantes de tratamiento de sustitución de opioides, que es crucial ya que les permitiría sobrevivir.

La elección toca el núcleo duro del artículo 8 de la Convención y se inscribe en la noción de autonomía personal. En su opinión, el Tribunal evaluó erróneamente el margen de apreciación del que goza

el Gobierno para regular tratamientos de sustitución de opioides. Además, incluso considerando que la Corte entendió acertadamente que este margen de maniobra es amplio, la naturaleza absoluta de la prohibición de buprenorfina y metadona constituye, para el voto disidente, una violación del artículo 8 de la Convención. La sentencia dictada por la Corte impacta, así, las vidas de miles de consumidores de opiáceos para obtener tal tratamiento en Rusia, más allá de una falta de consenso real sobre la eficacia de los tratamientos de sustitución de opiáceos.

IV. Conclusión

Solo en nuestro país, 1 de cada 11 pacientes con consumo problemático tiene acceso al sistema sanitario. De igual manera, esa sola persona que llega a una guardia, a un consultorio externo o a alguna institución de salud mental recibe una atención con demora y de manera discontinua.

En este sentido, una de las claves a pensar es la accesibilidad. Es un gran desafío además porque del universo de personas que usan drogas, alrededor del 10% presenta consumos problemáticos, y de los mismos, no todos ni en todo momento ponen en riesgo a su persona o a un tercero. Esto implica trabajar sobre el total en políticas de reducción de riesgos y daños, y ofrecer y acercar a ese porcentaje de población tratamientos, siempre que exista obviamente un consentimiento.

Dentro de los padecimientos de salud mental, el de los consumos problemáticos es uno de los más estigmatizados, operando discursos sobre la responsabilización individual, y una serie de prejuicios que los ubican como mentirosos, manipuladores, peligrosos, que no quieren cambiar, principalmente.

Como correlato a ello se afianza y consolida una lógica tutelar, con una infantilización y por momentos demonización de los usuarios de drogas. El prohibicionismo, encarnado en una propuesta de carácter abstencionista, es la moneda corriente en las instituciones. Las mismas funcionan mayoritariamente como islas, sin establecer lazos más allá de la red primaria que presenten los usuarios de los dispositivos, dejando de lado la importancia de trabajar intersectorialmente y mucho menos favoreciendo la participación comunitaria en salud.

Existe entonces una baja accesibilidad a los tratamientos, además de diversos estigmas hacia las personas usuarias y una ley de drogas que persigue y criminaliza a aquellos que posean estupefacientes para uso personal. Si bien las instituciones sanitarias no tienden a la inclusión y el sistema penal castiga, muchas veces los profesionales tampoco consiguen la adherencia al tratamiento de estos usuarios en situación problemática con sustancias, dado que generalmente se realizan intervenciones cargadas de sesgos estigmatizantes vulnerando la autonomía de los pacientes, conociendo la vulnerabilidad de esta población.

En el caso analizado, se observa la similitud de trayectorias de vida de los demandantes, donde los distintos efectores, primero de salud, luego de justicia, deniegan pensar en la centralidad de las per-

sonas a la hora de elaborar respuestas a sus problemas. Como intentaron probar, existe evidencia y conocimiento científico sobre respuestas positivas en sustitución de drogas.

Resulta indispensable proponer rondas de debate entre profesionales de distintas disciplinas, como también usuarios para coconstruir nuevos discursos y cogestionar abordajes a los consumos problemáticos integrales, incluyendo la demanda del paciente. Repensar las respuestas de abordaje para pasar de ajustar a las personas a los tratamientos estandarizados a tratamientos acordes a las particularidades de las personas.

Condiciones de detención. Hacinamiento. Recursos eficaces

TEDH, *Affaire Petrescu c. Portugal*, 3 de diciembre de 2019, y *Affaire J. M. B. et autres c. France*, 30 de enero de 2020

Por Brenda Pascual¹

I. Hechos del caso

En los fallos que aquí se comentan, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) abordó dos temas fundamentales tendientes a dilucidar si las condiciones de detención de los solicitantes en los establecimientos carcelarios, en estos casos de Portugal y Francia, eran contrarias al precepto contenido en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, por otra parte, si los detenidos disponían de algún remedio preventivo o compensatorio suficientemente accesible a tales efectos, en los términos del artículo 13 del citado cuerpo normativo.

Sin perjuicio de haberse pronunciado en numerosas ocasiones sobre estas cuestiones, lo cierto es que los efectos de las decisiones del Tribunal en estos casos, donde existe un problema estructural y de hacinamiento persistente, adquieren una particular relevancia, en la medida en que desempeñarán un papel fundamental como catalizadores de los cambios que deberán llevar a cabo los Estados denunciados tendientes a la adopción de medidas generales.²

1 Abogada (UCA). Se desempeña laboralmente en el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 24. Forma parte del Centro de Derechos Humanos de la UCA.

2 Como ocurre en las sentencias pilotos –mecanismo creado por el Tribunal Europeo para hacer frente a problemas sistémicos o estructurales–, estos casos pueden ser un instrumento útil para reforzar los principios habituales de la política penitenciaria europea, principalmente por dos razones: las sentencias del TEDH, a diferencia de los instrumentos de *soft law*, son vinculantes para los Estados miembros y, además, a través de estas sentencias el Estado condenado puede establecer un diálogo con el TEDH, el Comité de Ministros y otros órganos del Consejo de Europa con la intención de recibir información sobre las medidas más adecuadas para poner fin al problema de la sobrepoblación carcelaria.

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

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

La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal –por ejemplo, pueden verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar–. Esta restricción de derechos, derivada de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano solo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática.³

La restricción de otros derechos, por el contrario –como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso–, no solo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el Derecho Internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad.⁴

En el caso contra Portugal, el solicitante –ciudadano rumano– fue condenado por la comisión del delito de robo y conspiración criminal. El 9 de marzo de 2012 fue arrestado y puesto en detención en la Prisión Judicial de Lisboa hasta el 17 de octubre de 2014, cuando lo trasladaron a la prisión de Pinheiro da Cruz, permaneciendo allí hasta el 19 de diciembre de 2016, fecha en la que ha sido concedida su libertad.

Durante todo ese tiempo, alegó que fue alojado en varias celdas compartidas de gran ocupación, con importantes problemas de hacinamiento. En general, manifestó que se le asignaron menos de tres metros cuadrados de espacio personal y que las instalaciones penitenciarias estaban mal cuidadas, húmedas, sucias e insuficientemente equipadas. Asimismo, indicó que las instalaciones sanitarias estaban separadas

3 Como señala la jurisprudencia internacional y constitucional más avanzada, los reclusos son titulares de todos los derechos humanos, salvo de aquellos que se vean expresamente suspendidos por la pena o limitados por el sentido de la misma o por los requerimientos propios del sistema penitenciario, en estos dos últimos casos siempre con respeto al principio de proporcionalidad. Conf. V Informe sobre Derechos Humanos “Sistema Penitenciario”, Director Guillermo Escobar, Trama Editorial, p. 17.

4 Conf. Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 02 de septiembre de 2004. Serie C No. 1128, párrafos 152/155.

parcialmente por un muro y las condiciones de higiene eran inadecuadas y que tampoco se le había garantizado la oportunidad de participar en trabajo penitenciario, actividades recreativas o educativas. En consecuencia, sostuvo que durante su estancia en ambas prisiones de Portugal fue detenido en condiciones inhumanas y degradantes en violación a lo dispuesto por el artículo 3 del Convenio.

Por su parte, en el caso contra Francia, los solicitantes –veintinueve nacionales de Francia, un ciudadano de Cabo Verde y otros de nacionalidad polaca y marroquí– alegaron en particular que las condiciones de detención en las que están o habían estado en los establecimientos penitenciarios de ultramar –Martinica, Polinesia Francesa y Guadalupe– y en los centros de detención preventiva en Nîmes, Niza y Fresnes son o eran inhumanas y degradantes y que no tenían ningún recurso eficaz en este sentido.

En general, todos los solicitantes indicaron que las instalaciones sanitarias se disponían en la misma habitación que la sala de estar, que la nutrición era pobre, las condiciones de higiene inadecuadas y en reiteradas oportunidades se quejaron de la presencia de plagas en los distintos establecimientos indicados. A su vez, manifestaron que pese a haber sido reconocidas por el Tribunal Administrativo las condiciones de detención como “degradantes”, en violación a lo dispuesto por el artículo 3 del Convenio, no mejoraron.

Cabe resaltar que es difícil calcular el número de casos relativos al mal estado de las cárceles que llega cada año al TEDH por ser uno de los problemas que origina más demandas. Ello, teniendo en consideración que el artículo 3 del CEDH es uno de los que más se ha violado a lo largo de la historia del Tribunal Europeo y que el problema estructural de hacinamiento carcelario se acentúa con el pasar de los años.

II. Las sentencias del TEDH

En ambos casos, el TEDH consideró que los Estados habían violado el artículo 3 del CEDH, relativo a la prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes, y en el caso contra Francia también el artículo 13 del tratado, referido al derecho a un recurso preventivo o compensatorio suficientemente accesible y efectivo ante una instancia nacional, a tales efectos.

En primer lugar, vale mencionar que el TEDH ha reiterado en numerosos fallos que el precepto comprendido en el artículo 3 del CEDH recoge uno de los valores fundamentales de toda sociedad democrática, goza de valor absoluto, es inderogable y se aplica a multitud de situaciones y lugares con una fuerza expansiva importante, es decir, a cualquier tipo de detención, traslado, custodia policial, así como a la situación del recluso en cualquier lugar, ya sea en comisarías, cuarteles, cárceles, centros de internamiento psiquiátricos/extranjeros, entre otros.⁵

En esta línea, a fin de sentenciar una vulneración material del artículo 3 del CEDH, el Tribunal estableció una serie de criterios mínimos que examina a conciencia, bajo la premisa de que superen ese “umbral mínimo de gravedad” y atendiendo detenidamente a las circunstancias del caso. Con el

⁵ Conf. López Guerra, L. (2013). El diálogo entre el Tribunal Europeo de derechos humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias. *Teoría y Realidad Constitucional* (32), p. 149.

paso del tiempo, también ha ido estableciendo diversos factores de valoración, tales como la intencionalidad del autor, la duración e intensidad del trato, los efectos físicos y psíquicos en el presunto maltratado, su vulnerabilidad y/o su sexo y edad, entre otros muchos.⁶

Asimismo, sostuvo que cuando el hacinamiento alcanza un cierto nivel, la falta de espacio en un establecimiento puede constituir el elemento central a tener en cuenta a la hora de evaluar si las condiciones de detención en cuestión pueden ser consideradas como “degradantes” en el sentido del artículo 3 del citado cuerpo normativo.⁷

En los casos que aquí se comentan, el TEDH confirmó lo expuesto en resoluciones precedentes sobre la materia, en el sentido de que el requisito de tres metros cuadrados de espacio personal en el piso por detenido (incluido el espacio ocupado por muebles, pero no por instalaciones sanitarias) en una celda colectiva debe seguir siendo el estándar mínimo relevante para los fines de evaluación de las condiciones de detención en virtud del artículo 3 del CEDH.⁸ Aclaró que un espacio personal menor al indicado en una celda colectiva da lugar a una presunción fuerte –pero no irrefutable– de violación a esta disposición.⁹

A este respecto, vale recordar que una cuestión fundamental es la carga de la prueba que, como es sabido, corresponde con carácter general a la víctima. Sin perjuicio de ello, ante la imposibilidad de que este tipo de malos tratos se lleguen a probar, el TEDH ha invertido la misma, creando una presunción de imputabilidad debiendo el Estado demandado aportar explicaciones convincentes y suficientes sobre los hechos acaecidos, dado que es responsable de las personas bajo su tutela. Por ello, si las lesiones que ha sufrido una persona no existían antes de pasar por dependencias policiales, entendidas estas

6 Conf. Casadevall, J. (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant Lo Blanche, p. 217.

7 Conf. TEDH, *Caso Muršić c. Croacia*, Sentencia de 20 de octubre de 2016.

8 El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) –encargado de visitar los lugares en donde haya personas privadas de libertad por las autoridades públicas, de conformidad con las competencias atribuidas por el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes– recomienda, para el caso de celdas individuales, un espacio de 6 metros cuadrados de espacio vital mínimo –EVM14– por persona; y de 4 metros cuadrados para celdas de “ocupación múltiple”, es decir, cuando hay más de dos detenidos. Este estándar mínimo de espacio vital debe excluir las instalaciones sanitarias que se encuentran dentro de la celda. Consecuentemente, una celda individual deberá medir 6 m² más el espacio requerido para el anexo sanitario –usualmente entre 1 y 2 metros cuadrados–; de igual modo que debe ser excluido de los 4 m² establecidos por persona para las celdas de ocupación múltiple. Además, el CPT considera que las celdas usadas para alojamiento deben contar al menos con 2 metros entre las paredes de la celda y 2,5 metros entre el piso y el techo (Conf. Estándares del CPT establecidos en los informes generales N° 11 de 2001 y N° 44 de 2015). A su vez, los estándares del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) recomiendan 5,4 metros cuadrados por persona como superficie mínima de alojamiento en una celda. Asimismo, indica que la distancia mínima entre las paredes de las celdas debe ser de 2,15 metros y el techo debe estar a por lo menos 2,45 metros de alto. La CICR, además, establece que la capacidad real de alojamiento consiste en la cantidad de espacio con que cuenta cada persona en la celda en la que se la mantiene encerrada. La medida de este espacio resulta de la división del área total del dormitorio o celda por el número de sus ocupantes. En este sentido, como mínimo, cada persona debe contar con espacio suficiente para dormir acostado, caminar libremente dentro de la celda o dormitorio y para acomodar sus efectos personales [Conf. CICR, “*Agua, Saneamiento, Higiene y Hábitat en las Cárcels*” (2005), págs. 16, 17, 19 y 20]. Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando la jurisprudencia europea y otros documentos del ámbito europeo, observó que siete metros cuadrados por cada persona privada de libertad es una guía aproximada y deseable para una celda de detención. Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

9 Cf. TEDH, *Affaire Petrescu c. Portugal*, párr. 100.

en sentido amplio, existe una fuerte presunción de hecho a favor del denunciante y en contra de los demandados, es decir, corresponde al Estado enervarla.¹⁰

En particular, la fuerte presunción en cuestión solo puede ser refutada si se cumplen todos estos factores:

- Las reducciones en el espacio personal en comparación con el mínimo requerido de tres metros cuadrados son cortas, ocasionales y menores.
- Están acompañados de suficiente libertad de movimiento fuera de la celda y actividades adecuadas fuera de ella.
- El solicitante está encarcelado en un establecimiento que generalmente ofrece condiciones dignas de detención y no está sujeto a otros factores considerados como circunstancias agravantes de malas condiciones de detención.¹¹

Además, se debe tener en cuenta la capacidad que tiene el detenido de usar el inodoro en forma privada, la ventilación disponible, el acceso a la luz y al aire natural, la calidad de la calefacción y el cumplimiento de los requisitos sanitarios básicos.¹²

En segundo lugar, en cuanto a la alegada violación al artículo 13 del CEDH, el Tribunal recordó los principios establecidos en los casos *Ananyev y otros contra Rusia*¹³ y *Neshkov y otros contra Bulgaria* referidos al agotamiento de los recursos internos y señaló las características que debe tener el remedio preventivo para que sea eficaz, a saber:

10 Cf. TEDH, *Bouyid c. Bélgica*, 28 de septiembre de 2015; *Rahmi Sahin c. Turquía*, 5 de julio de 2016; y *Tiziana Pennino c. Italia*, 12 de octubre de 2017. En el mismo sentido, la Corte IDH ha señalado que siempre que una persona es privada de la libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación satisfactoria y convincente de esa situación. En consecuencia, existe una presunción por la cual el Estado es responsable por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales. En dicho supuesto, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados. Conf. Corte IDH. *Caso Espinoza González Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 177.

11 TEDH, *Affaire J. M. B. et autres c. France*, párr. 255.

12 Con respecto a las instalaciones sanitarias y la higiene, el TEDH reiteró que el libre acceso a baños adecuados y el mantenimiento de buenas condiciones higiénicas son elementos esenciales de un entorno humano y que los reclusos deben disfrutar del acceso a este tipo de instalaciones, que deben garantizar su privacidad. A este respecto, el Tribunal recordó que ya ha sostenido que un anexo sanitario que está parcialmente aislado por una partición no es aceptable en una celda ocupada por más de un detenido. Además, la presencia de animales nocivos como cucarachas, ratas, piojos, chinches u otros parásitos debe ser combatida por las autoridades penitenciarias mediante medios efectivos de desinfección, productos de limpieza, fumigaciones y controles periódicos de las celdas, en particular la verificación del estado de las sábanas y lugares destinados al almacenamiento de alimentos. Conf. TEDH, *Affaire J. M. B. et autres c. France*, párr. 257, y Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, en particular, Reglas 9 a 16.

13 Aquí el Tribunal consideró que las apelaciones al director de una prisión, al fiscal o al defensor del Pueblo, no son en principio remedios preventivos efectivos debido a la ausencia de independencia de estas autoridades, ya sea por la falta de participación del prisionero en el proceso o por la naturaleza vinculante de las decisiones tomadas. En las referidas sentencias piloto relacionadas con el hacinamiento en las cárceles también examinó los recursos judiciales disponibles para los detenidos y descubrieron que no eran efectivos, ya que no examinaron su situación a la luz del artículo 3 y los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal o no demostraron su eficacia en un hacinamiento en la prisión. Con respecto a este último punto, el Tribunal señaló que, a pesar del desarrollo positivo de la jurisprudencia interna, la posibilidad de que los presos hayan obtenido una decisión favorable para rectificar su situación no será suficiente si la situación de hacinamiento persiste. En tal sentido, la mejora de la situación de un preso sería en detrimento de los demás y no se ha demostrado la capacidad del remedio para producir un efecto preventivo.

- El remedio preventivo debe ser adecuado y efectivo, de manera tal que evite la continuación de la presunta violación o permita una mejora en las condiciones materiales de detención.¹⁴
- El organismo mencionado en el artículo 13 puede no ser necesariamente un organismo judicial en sentido estricto. Sin embargo, los poderes y garantías procesales que presenta son relevantes para determinar si el remedio es efectivo.¹⁵
- La autoridad incautada debe pronunciarse de conformidad con los principios generales establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 3 del Convenio.
- Las autoridades internas que encuentran una violación del artículo 3, debido a las condiciones de detención de la persona aún apresada, deben garantizarle la reparación adecuada.¹⁶
- Los presos deben poder ejercer el remedio sin temor a represalias.¹⁷

A su vez, el Tribunal indicó que la cuestión decisiva consiste en determinar si la persona interesada puede obtener una reparación directa y apropiada de los tribunales nacionales y no simplemente una protección indirecta de sus derechos garantizados por el artículo 3 del Convenio.

En esta línea, sostuvo que era necesario abordar de forma diferenciada dos supuestos, según si el solicitante se encuentre o no privado de su libertad en las condiciones denunciadas al momento de remitirse a la Corte. En el primer caso, el mejor remedio posible es el cese inmediato de las condiciones denunciadas en violación a la norma indicada, mientras que en el segundo supuesto –si ha abandonado el establecimiento penal donde alega que fue detenido en violación de su dignidad–, el solicitante debe poder obtener una indemnización por la violación sufrida.¹⁸

14 Una vez que la situación denunciada haya cesado, la persona debe presentar un reclamo de indemnización y si no se cuenta con dicho mecanismo, la posibilidad de una probable compensación podría arriesgar la legitimación del sufrimiento incompatible con el art. 3 de la Convención y debilitar seriamente la obligación de los Estados de alinear sus estándares con los requisitos de la Convención. Conf. TEDH, Caso Ananyev y otros contra Rusia. 10 de enero de 2012, párr. 98, y Caso Neshkov y otros contra Bulgaria. 27 de enero de 2015, párr. 181.

15 Según el Tribunal, si se presenta un recurso, por ejemplo, ante un órgano administrativo, es necesario: a) ser independiente de las autoridades encargadas del sistema penitenciario; b) garantizar la participación efectiva de los detenidos en el examen de su reclamo; c) asegurar que el reclamo sea tratado de manera rápida y diligente; d) tener una amplia gama de instrumentos legales que permitan resolver los problemas que dan lugar a los reclamos; e) poder tomar decisiones vinculantes y exigibles. Conf. TEDH, *Affaire Petrescu c. Portugal*, párr. 77. Siguiendo los lineamientos expuestos, en los casos bajo estudio el TEDH sostuvo que las autoridades en cuestión no tenían la independencia requerida para pronunciarse sobre el asunto, ya que estaban bajo la autoridad directa de la administración penitenciaria.

16 Dependiendo de la naturaleza del problema en cuestión, la reparación –que debe ser directa y apropiada a las condiciones denunciadas– puede consistir en medidas que afectan solo al detenido en cuestión o, cuando hay hacinamiento, en medidas generales capaces de resolver problemas de violación masiva y simultánea de los derechos de los detenidos resultantes de malas condiciones.

17 Según los informes del CPT en los casos bajo estudio, los detenidos generalmente no tenían confianza para presentar quejas dentro del sistema penitenciario, por lo que si bien era cierto que algunos de los solicitantes no hicieron uso de ninguno de los recursos sugeridos por el gobierno, la legislación nacional no les había proporcionado, cuando estaban detenidos, un recurso preventivo suficientemente accesible y efectivo para evitar la continuación de la presunta violación u obtener una mejora.

18 Para un solicitante detenido en condiciones inhumanas o degradantes, lo más útil es un remedio capaz de poner fin rápidamente a la violación continua de la cual él es la víctima; además, es esencial en vista de la importancia particular del derecho consagrado en el artículo 3 del Convenio. En cambio, cuando ya no está sujeto a las condiciones inhumanas o degradantes porque ha sido liberado o colocado bajo las condiciones que satisfacen los requisitos del artículo 3, el interesado debe tener derecho a obtener una compensación

Siguiendo los lineamientos expuestos, en el caso contra Portugal el Tribunal resolvió que hubo violación al artículo 3 del CEDH en los períodos en los que el Sr. Petrescu estuvo en la PJ de Lisboa y entre el 17 de octubre de 2014 y el 5 de noviembre de 2014 en la prisión de Pinheiro da Cruz y, consecuentemente, condenó al Estado demandado a abonar la suma de quince mil euros. En el caso contra Francia, consideró que también hubo violación al artículo 13 del CEDH, a la vez que condenó a Francia a indemnizar a cada uno de los solicitantes.¹⁹

Por último, teniendo en cuenta que el problema estructural y de hacinamiento en las cárceles afecta no solo a los solicitantes sino a todos los detenidos, el Tribunal recomendó a los Estados demandados que consideren la adopción de medidas generales tendientes, por un lado, a garantizar las condiciones de detención de conformidad con el artículo 3 del CEDH y, por otro lado, a la disponibilidad de un remedio preventivo para evitar la continuación de una presunta violación a los derechos consagrados por el Convenio o bien para permitir que la persona en cuestión obtenga una mejora en sus condiciones de detención.²⁰

III. Conclusiones

En ambos casos se demuestran situaciones que hoy estamos viviendo a nivel mundial, toda vez que la crisis penitenciaria ocupa un lugar central en las discusiones políticas, jurídicas y académicas, siendo las cárceles espacios de violencia, corrupción y violación sistemática de los derechos humanos, caracterizados por el hacinamiento.

El hacinamiento constituye una de las principales violaciones a los derechos de las personas privadas de libertad y del sistema penitenciario, siendo uno de los mayores desafíos que los Estados deben asumir, controlar y resolver para asegurar el respeto a los derechos humanos y el seguro y eficiente funcionamiento de los centros penales. De hecho, ha sido reconocido como uno de los principales

por cualquier incumplimiento previo. En otras palabras, los remedios preventivos y compensatorios deben coexistir de manera complementaria para que un sistema de protección sea efectivo en esta área. Conf. TEDH, caso "Ananyev y otros contra Rusia", cit. Por otra parte, teniendo en cuenta la complementariedad de los recursos, el Tribunal sostuvo que el hecho de que ciertos solicitantes no se encontraran privados de la libertad al momento de presentar su solicitud no los priva del derecho a quejarse por la falta de un recurso preventivo efectivo, en los términos del art. 13 del Convenio; siempre que lo hagan dentro del plazo de seis meses establecido en el art. 35, inc. 1 del Convenio. Según el Tribunal, este plazo tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica a fin de que los casos que plantean cuestiones en virtud del Convenio se examinen en un plazo razonable y que las decisiones que se adopten no sean indefinidamente susceptibles de ser cuestionadas.

¹⁹ Conf. TEDH, caso "J. M. B. y otros contra Francia", Anexo II.

²⁰ Las Reglas Penitenciarias Europeas establecen que los reclusos "deben poder presentar peticiones y quejas, individuales o colectivas, al director de la prisión u a otra autoridad competente" y si fueran desestimadas deben poder tener la posibilidad "de interponer el correspondiente recurso ante una autoridad independiente". En todo caso la queja puede ser presentada directamente por el recluso o por un miembro de su familia, incluso por terceras personas (representante jurídico o por una organización en defensa del bienestar de la población penitenciaria), aunque en este último supuesto siempre que se lleve a efectos con el consentimiento del recluso. Además, los reclusos "no pueden ser sancionados por el hecho de haber presentado una petición o una queja" y "deben de tener derecho [...] a los servicios de un abogado cuando el interés de la justicia lo exija" (regla 70).

problemas de los sistemas penitenciarios, por los organismos regionales²¹ e internacionales,²² los tribunales nacionales,²³ las administraciones penitenciarias y los Estados.²⁴

La mayoría de los sistemas penitenciarios a nivel mundial tienen superada su capacidad de alojamiento, registrándose casos de sobrepoblación muy graves, lo que configura una flagrante violación a los derechos humanos de las personas privadas de libertad, un riesgo para la seguridad e integridad del personal penitenciario y un grave problema que afecta negativamente a todas las funciones esenciales que deben prestarse en el ámbito penitenciario (salud, educación, seguridad, alimentación, clasificación, entre otras).²⁵ Es decir, a este problema de hacinamiento, se añaden otros como son las estructuras penitenciarias anticuadas, la ausencia de cuidados y de seguimiento médico, la violencia tanto entre los reclusos como entre estos y el personal penitenciario, personal a menudo insuficiente y con falta de consideración.²⁶ En general, no se tienen en cuenta los medios destinados a la preparación de la reinserción intramuros y al seguimiento sociojudicial, hasta el punto de que, en la mayoría de los países, el porcentaje de reincidencia y de reencarcelación puede ser superior al cincuenta por ciento en los cinco años siguientes a la salida del establecimiento penitenciario, puesto que es conveniente fomentar el desarrollo de un acompañamiento educativo y social preparatorio para la liberación de los reclusos, así como un seguimiento sociojudicial posterior a la reclusión para mejorar la gestión de la pena, lograr la reinserción social y reducir el riesgo de reincidencia.

Por ello, resulta necesario apoyar las buenas prácticas existentes en diferentes países, en particular en aquellos que privilegian las penas alternativas, la atención médico-social de los reclusos y la preparación a la reinserción a través de sistemas penitenciarios abiertos. La nueva concepción que deberíamos

21 En el ámbito del Sistema Interamericano de Protección a los DDHH se destacan casos como el de Carandirú, Retén de Catia, las cárceles de Mendoza, la cárcel de Comayagua y San Pedro Sula, Pachito López, entre otros.

22 Informes del Relator sobre la Tortura, del Comité contra la Tortura, del Subcomité para la Prevención de la Tortura, del Comité de DDHH, entre otros.

23 A modo de ejemplo, vale destacar el emblemático caso "Verbitsky", donde la CSJN introdujo los lineamientos centrales para dar solución a un contexto de sobrepoblación carcelaria en la provincia de Buenos Aires. Allí especificó con claridad cuáles eran los estándares de las condiciones de detención que resultaban compatibles con la dignidad de la persona, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En esa misma línea, con posterioridad, la CSJN y tribunales de diferentes jurisdicciones se expidieron sobre una gran cantidad de aspectos que dan cuenta de la situación en la que se encuentran las personas privadas de la libertad. CSJN, Fallos 318:1894, 325:524, 310:2412; 311:313; 315:2202; 316:155.

24 Varios Estados latinoamericanos han reconocido, tanto en el ámbito regional como en el internacional, la gravedad del fenómeno del hacinamiento (informes EPU, casos ante la Comisión y la Corte Interamericana de DDHH, informes a comités y relatores, etc.).

25 Carranza, E. (coord.) (2001). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*. México: Siglo XXI.

26 Esta realidad se tornó dramática con la pandemia del coronavirus, que pone en riesgo a millones de reclusos, movilizando esfuerzos y recursos en todo el mundo para responder a la emergencia sanitaria. Pero como suele suceder, hay sectores de la población que son olvidados hasta que deciden protestar, como ya sucedió en distintos países. Por su parte, la CIDH manifestó su preocupación por la situación de las personas privadas de su libertad en el actual contexto de pandemia y urgió a los Estados de la región que evalúen de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas para personas privadas de libertad consideradas en grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes están prontas a cumplir condena. A modo de ejemplo, en Argentina, debido a esta situación de hacinamiento, el Ministerio de Justicia de la Nación declaró en marzo de 2019 la emergencia penitenciaria por tres años y además creó la Comisión de Emergencia en Materia Penitenciaria, bajo la órbita de la Secretaría de Justicia.

tener de la política penitenciaria debería dejar más lugar a las medidas que limitan la privación de la libertad como opción alternativa a la reclusión.

Dicho esto, cabe tener presente que, más allá de la privación de la libertad y de la ejecución de la pena, las cárceles han de servir para conseguir la reinserción de los reclusos. Probablemente, a través de un mejor seguimiento de ellos –mediante la individualización de las penas impuestas, la atención a los enfermos psiquiátricos que imperativamente deben ser ingresados en establecimientos ad hoc, la atención especial a los reclusos más frágiles para limitar el riesgo de suicidio, sin dejar de prestar atención al fenómeno de la radicalización– lograremos crecer y proteger mejor a nuestras sociedades del efecto boomerang de las cárceles.

La protección de los derechos fundamentales de los reclusos y la preservación de la dignidad humana deben hallarse bien presentes y, por desgracia, cada año el CPT y el TEDH constatan violaciones frecuentes de aquellos, en particular, del artículo 3 del CEDH, como ocurrió en los casos que aquí se comentan.

Acceso a la información

TEDH, *Case of Studio Monitori v. Georgia*, 30 de enero de 2020

Por *Damián Loreti*¹ y *Luis Lozano*²

En el caso “Studio Monitori y otros”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido una vez más que el derecho a la libertad de expresión e información garantizado por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) solo puede invocarse para ejercer el derecho de acceso a la información para los documentos públicos, en tanto ciertas condiciones se vean cumplidas. La relevancia del análisis del caso aparece, para nosotros, en razón de las diferencias resultantes de esta jurisprudencia con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (casos “Claude Reyes”³ y “Gómes Lund”⁴ y la Ley Modelo Interamericana⁵, entre otras referencias).

1 Abogado (UBA). Doctor en Ciencias de la Información (Universidad Complutense de Madrid). Profesor de grado y posgrado en libertad de expresión desde 1988. Profesor titular de Derecho a la Información (Facultad de Ciencias Sociales de la UBA). Ha sido perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y desde 1990 asesora a organizaciones nacionales y regionales en materia de libertad de expresión, radiodifusión y entornos digitales.

2 Licenciado en Ciencias de la Comunicación (UBA). Candidato a Doctor en Ciencias Sociales (UBA). Trabajó como periodista en medios gráficos y digitales y en la agencia nacional de noticias Télam. Dirigió el área de Comunicación del CELS y estuvo a cargo de la Dirección de Prensa y Difusión de la Defensoría General de la Nación. En la actualidad se desempeña como Director de Relaciones Institucionales de la Procuración General de la Nación y como docente e investigador en la Universidad de Buenos Aires.

3 Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006.

4 Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros -'Guerrilha do Araguaia'- vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2010.

5 OEA, Departamento de Derecho Internacional, Ley Modelo Interamericana, Texto de Ley aprobado por la AG - AG/RES. 2607 (XL-O/10).

Esta diferencia resulta evidente cuando por efectos del caso “Studio Monitori” las ONG, los periodistas u otras entidades que solicitan acceso a documentos públicos tienen que fundar las razones por las cuales requieren acceso a dichos documentos. Además, se les exige demostrar que la petición es instrumental, e inclusive necesaria, para elaborar sus informes o reportajes periodísticos, y que los documentos solicitados contienen información de interés público. Todas estas cuestiones resultan, cuando menos, contradictorias con el marco interamericano y de hecho algunas de ellas están expresamente prohibidas en regulaciones nacionales, como la Ley N° 27275 en Argentina. El objetivo de este artículo es, precisamente, indagar respecto de esas diferencias entre ambos sistemas, a partir del caso “Studio Monitori”.

1. Hechos

El primer peticionante en este caso fue la ONG Studio Monitori, creada para desarrollar investigaciones periodísticas sobre asuntos de interés público. La segunda requirente fue la periodista Nino Zuriashvili, quien, a su vez, es una de las fundadoras de la ONG. El tercero fue el abogado Mamuka Nozadze, quien se encontraba detenido al momento de realizar las peticiones de acceso a la información cuestionadas en el caso.

Invocando la representación de la ONG Studio Monitori, a causa de un proyecto de investigación periodística, Zuriashvili solicitó acceso a un expediente de una causa penal en la que una persona de iniciales T.E. había sido condenada. El tribunal informó que el expediente penal contenía información de investigación clasificada, cuya divulgación pública estaba estrictamente prohibida. Además, alegó que la causa contenía datos personales sobre T. E., así como de otras personas sometidas al proceso en cuestión, por lo que la divulgación pública de esa información solo era posible con el consentimiento explícito de los involucrados.

No obstante, el TEDH hace constar que el tribunal doméstico también invitó a la periodista a que especificara exactamente qué información y/o documentos deseaba consultar y con qué fin, indicando que revisaría su decisión una vez que recibiera la información solicitada. La periodista nunca proporcionó las aclaraciones adicionales solicitadas por la secretaría del tribunal y, en cambio, presentó una demanda judicial contra la negativa.

Ante el Tribunal de Apelación de Tbilisi, Zuriashvili argumentó que quería crear un precedente jurídico que reconociera la importancia del derecho a acceder sin restricciones a la información de interés público y el reconocimiento de que toda persona tiene derecho a acceder a los expedientes de las causas penales como información pública en el sentido del Código Administrativo General. El Tribunal de Apelación confirmó que la información solicitada no era accesible en virtud de la legislación georgiana sobre el acceso a los documentos públicos. La apelación ante el Tribunal Supremo fue rechazada por ser considerada inadmisibile.

Por su parte, el tercer peticionante ante el TEDH, Nozadze, es un abogado que solicitó al Tribunal de la Ciudad de Tbilisi que le enviara una copia de todas las órdenes judiciales relativas a la imposición

de medidas preventivas previas al juicio en seis casos penales distintos y no relacionados entre sí. En el requerimiento no indicó el destino del uso de la información, ni las razones por las cuales la solicitaba.

El abogado solo recibió una copia de la parte dispositiva de las órdenes judiciales pertinentes, ya que, de conformidad con el Código de Procedimiento Penal, solo se podían revelar las partes dispositivas de las órdenes de detención. Nozadze inició entonces una acción judicial para obtener una copia completa de las órdenes judiciales pertinentes, que fue rechazada. Los tribunales internos sostuvieron que el derecho de acceso a los documentos administrativos no se aplicaba al poder judicial en el marco de su labor de administración de justicia. Además, argumentaron que ese momento seguían en curso las seis causas penales sobre las que el abogado había tratado de obtener información. También se rechazó la apelación ante el Tribunal Supremo.

La presentación ante el TEDH se conformó a partir de dos peticiones distintas (*Studio Monitori* y *Zuriashvili*, por una parte, y *Nozadze*, por otra). Ambos fundaron sus requerimientos en que las autoridades judiciales nacionales, por vía de la denegatoria de acceso a información de casos penales específicos y de las decisiones de los tribunales, habían violado el artículo 10 del Convenio Europeo.

2. La sentencia del TEDH

En términos generales, el TEDH reiteró que el artículo 10 del CEDH

no confiere al individuo un derecho de acceso a la información en poder de una autoridad pública, ni obliga al Gobierno a proporcionar dicha información al individuo. Sin embargo, tal derecho u obligación puede surgir [...] en circunstancias en las que el acceso a la información es instrumental para el ejercicio del individuo de su derecho a la libertad de expresión.⁶

Tomando en cuenta su propio precedente de 2016 en “*Magyar Helsinki Bizottság v. Hungría*”,⁷ el TEDH aclaró que era necesario determinar si la negación de acceso a la información efectivamente era –y hasta qué punto– una interferencia con los derechos de libertad de expresión de un solicitante, de conformidad con el artículo 10 del CEDH. Para tal fin “debe evaluarse en cada caso individual y a la luz de sus circunstancias particulares”.⁸

Como se decidió en “*Magyar Helsinki Bizottság*”, esta evaluación incluirá los siguientes criterios:

a) el propósito de la solicitud de información; b) la naturaleza de la información solicitada; c) la

6 TEDH, *Case of Studio Monitori and others v. Georgia*, Applications n° 44920/09 and 8942/10, Grand Chamber, 30 de enero de 2020, párr. 39. Traducción propia.

7 TEDH, *Case of Magyar Helsinki Bizottság v. Hungría*, Application n° 18030/11, Grand Chamber, 8 de noviembre de 2016.

8 TEDH, *Case of Studio Monitori and others v. Georgia*, Application n° 44920/09 cit., párr. 39. Traducción propia.

función particular del solicitante de la información en su recepción y difusión al público; y d) si la información estaba producida y disponible.⁹

Sobre la petición de la ONG y la periodista, el TEDH confirmó que su función periodística era “innegablemente compatible con el alcance del derecho a solicitar el acceso a la información en poder del Estado”, pero cuestionó la falta de acreditación de las razones y la finalidad, al plantear que “no puede decirse que el propósito de su solicitud de información haya satisfecho el criterio pertinente del artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.¹⁰

Agregó el TEDH la relevancia de que no habían especificado, en los procedimientos internos pertinentes, el propósito de su solicitud de permiso para consultar el expediente de la causa penal, ni dado razón de por qué la información era necesaria para el ejercicio de sus derechos. También consideró el Tribunal Europeo que ambos publicaron su informe aún sin esa información, por lo cual no resultaba una afectación del derecho a investigar y publicar, previsto en el artículo 10.¹¹

En cuanto a la solicitud de Nozadze, la sentencia sostuvo que el peticionante no explicó el propósito de su solicitud de obtener una copia completa de las decisiones judiciales pertinentes. Por lo tanto, el TEDH no podía aceptar que la información requerida fuera decisiva para el ejercicio de los derechos de libertad de expresión del abogado, dado que solo le atribuye al derecho de acceso un rol instrumental. Además, sostuvo el fallo, tampoco estaba claro cómo se suponía que la función del abogado en la sociedad satisfacía el criterio pertinente en virtud del artículo 10 del CEDH, ya que no era ni periodista, ni representante de un “organismo de control público”. No había indicios de cómo el abogado podía mejorar, mediante la recepción de una copia de las órdenes de detención en seis causas penales totalmente ajenas a él, el acceso del público a las noticias o facilitar la difusión de información en interés de la gobernanza pública.¹²

Finalmente, el TEDH tampoco da por acreditado que la información solicitada a la autoridad judicial nacional satisficiera la prueba de interés público pertinente. El peticionante había limitado sus razones a que las decisiones judiciales solicitadas se referían a casos de causas criminales iniciadas contra altos funcionarios del Estado por delitos de corrupción, pero el Tribunal no consideró suficiente ese argumento para dar por cumplido el requisito del interés público. Al respecto sostuvo que “el interés público difícilmente es lo mismo que la curiosidad de un público”¹³.

Por tales razones el TEDH concluye que no hubo en ninguna de las dos peticiones violación del derecho de los solicitantes a la libertad de expresión e información bajo el artículo 10 de la CEDH.

9 TEDH, *Case of Magyar Helsinki Bizottság v. Hungría*, cit., párr. 157 a 168. Traducción propia.

10 Ídem, nota 6, párr. 40. Traducción propia.

11 Ídem, nota 6, párr. 41. Traducción propia.

12 Ídem, nota 6, párr. 42. Traducción propia.

13 Ibídem.

3. Apuntes para el debate

Para quienes siguen o trabajan con los estándares interamericanos de acceso a la información y libertad de expresión, resulta llamativo que se avale el requerimiento de las explicaciones a las autoridades nacionales sobre el “propósito” de la búsqueda de los documentos o dieran cuenta sobre que eran necesarios para otro fin ulterior. En rigor, si se considera que los antecedentes de los órganos de gobierno de la Unión Europea, tales como el Comité de Ministros del Consejo de Europa, o las convenciones del Consejo de Europa indican que no son necesarios esos requisitos para acceder a documentos oficiales, tampoco parece fundado adecuadamente el fallo.

Pero el caso tributa en un antecedente de la *Grand Chambre* que fue importante para el reconocimiento de la aplicabilidad del artículo 10 como garantía del derecho de acceso a los documentos públicos, pero con condicionalidades. Desde esa perspectiva, no se da por hecho que el artículo 10 garantice el derecho de requerir documentación a los Estados. Sin embargo, para una interpretación más favorable a las reglas de derechos humanos, lo consideran aceptable si se dan los mencionados requisitos, que en este caso —a criterio del TEDH— no se cumplen.

Al mismo tiempo, el TEDH ha profundizado en un criterio ya establecido en su jurisprudencia de los últimos años: el escrutinio pormenorizado del propósito para el cual se solicita la información y su vínculo con el ejercicio del derecho de libertad de expresión, en relación con cuestiones de probado interés público.

Tal como afirma el TEDH en el mencionado precedente “Magyar Helsinki Bizottság”:

Una consecuencia lógica de los dos criterios establecidos anteriormente —uno con respecto al propósito de la solicitud de información y el otro con respecto a la naturaleza de la información solicitada—, es que el papel particular del buscador de la información para ‘recibirla e impartirla’ al público adquiere especial importancia. Por lo tanto, al evaluar si el Estado demandado había interferido con los derechos del artículo 10 de los demandantes al denegar el acceso a ciertos documentos, el Tribunal ha otorgado previamente un peso particular al papel del demandante como periodista o como un organismo de control social u organización no gubernamental cuyas actividades se relacionan con asuntos de interés público.¹⁴

El propio Tribunal Europeo aclara en el mismo fallo que “esto no significa que el derecho de acceso a la información deba aplicarse exclusivamente a las ONG y la prensa”¹⁵ y sostiene que un alto nivel de protección también debe extenderse a los “investigadores académicos [...] y autores de literatura sobre asuntos de interés público”.¹⁶ Del mismo modo asegura que “la función de los blogueros y los usuarios populares de las redes sociales también puede asimilarse a la de los ‘perros guardianes públicos’ en lo

¹⁴ Ídem, nota 7, párr. 164. Traducción propia.

¹⁵ Ídem, nota 7, párr. 168. Traducción propia.

¹⁶ *Ibidem*.

que respecta a la protección que brinda el artículo 10”.¹⁷ Estas excepciones, claramente enumeradas en el fallo, no hacen más que confirmar lo dicho respecto de la evaluación cada vez más pormenorizada que el TEDH realiza sobre quién solicita información pública y con qué finalidad.

La sentencia en “Studio Monitori” ha aclarado que esa condición del “propósito” y el “carácter instrumental” de la solicitud de acceso a la información de interés público incluye la obligación de que el solicitante integre en su pedido la justificación de que el propósito es divulgar la información solicitada. Sin embargo, se puede argumentar que el TEDH, en este caso, no solo exigió que el acceso sea “instrumental”, sino que también destacó una condición adicional de “necesario” para el reportaje periodístico, sugiriendo que los documentos deben ser indispensables. Es decir, un umbral más exigente, sin hacer diferencias sobre si la información judicial tiene o no un régimen diferente.

Al iniciar el análisis indicamos las diferencias con los estándares del sistema interamericano. Con el afán de ser sintéticos, pero sin dejar de dar cuenta de tales cuestiones, recordamos lo dicho por la Corte IDH y la CIDH.

El artículo 13 de la CADH comprende la obligación positiva en cabeza del Estado de permitir a los ciudadanos acceder a la información que está en su poder, tal como lo expresó la Corte IDH en el caso “Claude Reyes”.¹⁸ En idéntica inteligencia se reiteró este estándar en el caso “Gomes Lund”.¹⁹

Al respecto, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH, del año 2000, establece en el principio 2 que “toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, y que “todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información”.²⁰ El principio 3 prescribe que

toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.²¹

Así también el principio 4 señala que “el acceso a la información [...] es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho”.²²

Del mismo modo, el punto 24 apartado 2 del texto de la Ley Modelo Interamericana de acceso a la información pública sostiene: “Comentario: El solicitante no necesita dar su nombre en la solicitud de información. Sin embargo, en la medida en que la solicitud se refiera a información personal, será

17 *Ibidem*.

18 *Ídem*, nota 3, párrs. 58 a y b y 77.

19 *Ídem*, nota 4, párr. 197

20 Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/1.4.rev.11, 2000, párr. 5 pág. 2.

21 *Ídem*, nota 20, párr. 6.

22 *Ídem*, nota 20, párr. 7.

necesario incluir el nombre del solicitante”. Es decir, en el ámbito interamericano ya no solo es innecesario el motivo, sino también la identificación, salvo excepciones.

Como vimos en el caso aquí analizado, la jurisprudencia del TEDH se encamina cada vez más en un sentido divergente respecto de los estándares interamericanos. Las diferencias históricas se profundizan y ambos modelos recorren trayectorias diferentes. Mientras América Latina aún brega por dejar atrás el secretismo en torno a la información en poder de los Estados –alzando barreras y removiendo requisitos–, en el corazón de Europa –donde se gestaron las más antiguas herramientas jurídicas destinadas al escrutinio de la información pública–, vuelven a aparecer criterios restrictivos y estándares de reserva.

Ciberacoso. Violencia de género

TEDH, *Case of Buturuga v. Romania*, 11 de febrero de 2020

Por Javier Teodoro Álvarez¹

I. Introducción

Desde hace ya un tiempo la fluctuación de la frontera entre la vida digital y la analógica modificó todos los aspectos de la conducta humana, de modo tal que se transformó la manera de leer, estudiar, entretener, comunicar e informar, entre otros comportamientos habituales. A su vez, se generaron cambios en los vínculos sociales. En efecto, no es ninguna novedad que en la actualidad es hábito común, por ejemplo, en el inicio de cualquier tipo de relación, que una persona *googlee* a otra y revise sus perfiles en las redes sociales, analice sus comportamientos *on line*, gustos y preferencias. En otras palabras: investigue su identidad digital.

Se trata de conductas que, por lo general, se encuentran socialmente aceptadas. Sin embargo, cuando esta práctica se convierte en una actividad obsesiva o cruza los límites de la privacidad, se transforma en un verdadero acoso que puede provocar un sinnúmero de afectaciones y daños, principalmente, en la libertad e intimidad. Es que el anonimato que muchas veces proporciona Internet es un facilitador para provocar temor en la víctima que, a través del hostigamiento proveniente de medios informáticos mediante expresiones de carácter sexual o mensajes y comentarios sobre su vida privada, es condicionada en su libertad, alterando su bienestar general y autodeterminación.

¹ Abogado (UBA). Especialista y Magíster en Derecho Penal (UTDT). Máster en Razonamiento Probatorio (Universidad de Girona/ Universidad de Génova). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA y UAI). Profesor de Criminología (UP). Funcionario de la Procuración General de la Nación.

Los estudios estadísticos han revelado que se trata de un fenómeno que afecta principalmente a las mujeres y que los perpetradores son, en su gran mayoría, hombres a quienes conocían o con quienes habían mantenido una relación íntima.²

De allí que puede concluirse que el ciberacoso es, en realidad, una forma de violencia de género a través de la cual el acosador demuestra cierta jerarquía de poder sobre la víctima.

En ese sentido, varios documentos internacionales han comenzado a reconocer el uso de la tecnología como medio para ejercer violencia contra mujeres y niñas. Así, en la 57^a reunión de la Comisión de la Condición de la Mujer en el año 2013 se urgió a los gobiernos y a otros sectores interesados a desarrollar mecanismos para combatir el uso de las TIC y las redes sociales para perpetrar actos de violencia contra aquellas. Entre estos hechos se incluyó el uso delictivo de la tecnología para el acoso y la explotación sexual, la producción de imágenes de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes, y el tráfico de mujeres y niñas, como también a las diversas formas emergentes de violaciones a la privacidad que ponen en riesgo la seguridad de las víctimas, como el ciberacoso.³

En el mismo año la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 68/181, que expresa que los abusos y la violencia contra las mujeres relacionadas con las tecnologías de la información son de creciente preocupación y una manifestación de la discriminación sistémica basada en el género. Por tal motivo, expresó que se requieren respuestas compatibles con los derechos humanos.

A su vez, la resolución indicó que entre aquellos hechos de violencia se incluyen al ciberacoso, las violaciones a la privacidad, la censura y el *hackeo* de mails, teléfonos móviles y otros dispositivos electrónicos, con el objetivo de desacreditar y/o incitar a otras violaciones y abusos contra mujeres y niñas.⁴

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) tuvo oportunidad de resolver por primera vez un caso de violencia digital contra una mujer en el caso *Buturuga v. Romania*, del 11 de febrero de 2020. Allí definió que se trata de una forma de violencia contra las mujeres, aunque con argumentaciones no tan sólidas como las que se esperaban.

2 En efecto, un estudio realizado por la organización National Intimate Partner and Sexual Violence Survey arrojó como resultado que aproximadamente un 60.8% de las mujeres encuestadas fueron acosadas por una pareja íntima actual o anterior, casi una cuarta parte fueron acosadas por un conocido, un 16.2% fueron acechadas por un extraño, y un 6.2% lo fueron por un miembro de la familia. Cf. NISVS (2011). *Prevalence and Characteristics of Sexual Violence, Stalking, and Intimate Partner Violence Victimization*, Estados Unidos, citado en Álvarez, J. T. (2019). *El derecho penal como última ratio y la discusión acerca de la creación de nuevos tipos penales en materia de criminalidad informática*, en "V encuentro de jóvenes penalistas. Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal". Buenos Aires: Ediar, pp. 617-628.

3 Vargas de Brea, P. (2015). *La regulación de la pornografía no consentida en Argentina*. Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), p. 10.

4 UN, 2013, A/RES68/181, *Promoción de la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos: protección de las defensoras de los derechos humanos y los defensores de los derechos de la mujer*.

II. Antecedentes del caso

Los hechos

Gina Aurelia Buturuga, ciudadana rumana, denunció en diciembre del año 2013 a su ex marido por reiterados hechos de violencia física y amenazas de muerte. En su acusación expresó que la había querido tirar por el balcón “para que parezca un suicidio” y que la amenazó con que la mataría con un hacha. En enero de 2014 presentó una nueva denuncia por haber sido golpeada, pero las autoridades policiales la persuadieron de que no prosiguiera, ya que se trataban de heridas leves y, por tal razón, le dijeron que no eran relevantes.

El Tribunal de Primera Instancia de la justicia local, recién en marzo de 2014, resolvió otorgarle una medida de protección por el término de seis meses por los hechos denunciados en diciembre de 2013. Sin embargo, esta medida no fue cumplida por el denunciado y, pese haber sido ello puesto en conocimiento a las autoridades, no se tomó ninguna acción al respecto. En septiembre de aquel año, la Sra. Buturuga volvió a formular una denuncia, en la que afirmó que su ex marido había ingresado sin su autorización a sus cuentas de correo electrónico y a sus redes sociales para copiar sus conversaciones privadas, documentos y fotografías.

El 17 de febrero de 2015 la fiscalía desestimó las denuncias efectuadas por la denunciante, bajo el argumento de que el comportamiento de su ex marido no había sido lo suficientemente grave para calificarlo como delito, pese a contar con un certificado forense que acreditaba una serie de lesiones físicas. A su vez, rechazó las acusaciones por la violación de la confidencialidad de la correspondencia digital, porque consideró que había sido interpuesta de manera extemporánea. En relación con este hecho, la fiscalía expresó que la información que podría haberse obtenido del *hackeo* de sus cuentas de correos y redes sociales no estaba relacionada con las amenazas y los cargos de violencia formulados contra el acusado.

Gina Buturuga recurrió la decisión ante el tribunal de impugnaciones rumano, pero este órgano decisor confirmó las conclusiones de la fiscalía y también dictaminó que el material obtenido por su ex marido de sus cuentas de redes sociales ya era público cuando aquel accedió a las mismas. De tal manera que el caso se cerró sin siquiera realizarse una audiencia.

El reclamo ante el TEDH

Agotada la vía recursiva local, la Sra. Buturuga denunció al Estado rumano ante el TEDH en noviembre de 2015 por la falta de eficacia de la investigación penal y por cuanto su seguridad personal no había sido debidamente garantizada. A su vez, acusó a Rumania por la negativa de las autoridades a examinar su denuncia sobre la violación de su correspondencia e información personal de sus redes sociales y correos electrónicos.

Basó su reclamo en la violación de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), referidos a la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, y el derecho al respeto a la vida privada, familiar y la correspondencia, respectivamente.

El TEDH dictó sentencia el 11 de febrero de 2020, por la cual hizo lugar a la demanda y condenó a Rumania a pagar a la Sra. Buturuga la suma de € 10.000 en concepto de daño moral y € 457 por las costas y gastos.

III. Los principales argumentos de la decisión del TEDH

El Tribunal consideró que las autoridades locales no habían abordado los hechos denunciados como integrantes de los episodios de violencia doméstica denunciados. En ese sentido, afirmó que las decisiones de la justicia rumana fueron basadas en las disposiciones del código penal que sancionan la violencia entre particulares, sin considerar aquella circunstancia.⁵

En relación con ello, indicó que las características propias de la violencia contra las mujeres reconocidas en el Convenio de Estambul debían ser consideradas en los procedimientos internos de los Estados, pero que, sin embargo, la investigación por los hechos denunciados por la Sra. Buturuga no las tuvo en cuenta.

A su vez, se cuestionó la intervención de la fiscalía y la decisión del órgano decisor de primera instancia, que consideró que las amenazas no eran lo suficientemente graves, como también el hecho de haber afirmado que no existían elementos probatorios que permitieran concluir que las lesiones presentadas por la víctima hubieran sido causadas por su ex marido. Frente a ello, el TEDH fustigó a la justicia local, por cuanto tampoco inició una investigación para identificar quién fue la persona responsable de aquellas lesiones.

De igual forma, afirmó que la medida de restricción otorgada a favor de la víctima para evitar que su ex marido se acercara a ella se había dictado por un período posterior a los hechos denunciados y que, por tal razón, se había tratado de una medida ineficiente para la protección de la Sra. Buturuga.⁶

Más allá de estas deficiencias que el TEDH marcó con relación a la investigación sin perspectiva de género y en incumplimiento de las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, cobra particular relevancia lo enunciado sobre los hechos de ciberacoso.

En efecto, 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

5 TEDH, *Case of Buturuga v. Romania*, Application n° 56867/15, de 11 de febrero de 2020, párrs. 66 y 67.

6 Ídem, nota 5 párr. 71.

y manipulación de datos e imágenes, entre otros.⁷ 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.⁸

Sobre la base de tales consideraciones, el TEDH aceptó el reclamo de la Sra. Buturuga vinculado a que las autoridades nacionales debieron tener en cuenta, al investigar los hechos denunciados, los actos de vigilancia ilícita, el acceso y almacenamiento de la correspondencia digital.

Por su parte, rechazó el argumento de las autoridades locales, por el cual desestimaron la denuncia interpuesta por la violación de la confidencialidad de la correspondencia por considerarla extemporánea. Frente a ello, el Tribunal afirmó que la justicia rumana había sido demasiado formalista al adoptar esa postura, en particular porque en su legislación las acciones penales por la interceptación indebida de una conversación eran perseguibles de oficio.⁹

En esa misma línea, también rechazó la tesis por la cual se había declinado aquella acusación sobre la base de que la información revelada en las redes sociales era pública. Así, el Tribunal afirmó que las autoridades locales debieron realizar un examen de fondo a fin de abordar de manera integral el fenómeno de la violencia intrafamiliar en todas sus formas. De tal manera que la denuncia efectuada por la Sra. Buturuga no se limitaba exclusivamente a datos publicados en redes sociales, sino a todo un conjunto de documentos electrónicos vinculados a conversaciones privadas que hacían a su intimidad.¹⁰

En función de ello, el TEDH concluyó que el Estado había incumplido sus obligaciones positivas en virtud de los artículos 3 y 8 del CEDH. Sobre el primero expresó que aquella norma impone a los Estados miembros el deber de tomar todas las medidas para evitar que las personas, en particular niños y adultos vulnerables, sean sometidos a tortura, tratos o penas inhumanas o degradantes administradas por otras personas. De allí que es obligación estatal tomar todas las medidas razonables para prevenir aquellos malos tratos de los que tenían o deberían haber tenido conocimiento y llevar a cabo una investigación efectiva sobre las denuncias.

En relación con el artículo 8, el TEDH sostuvo que se trataba de una disposición que exigía a las autoridades no solo que protegieran a la persona contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, sino también que debía operar como un sistema para proteger los derechos individuales.

IV. Breves palabras finales

Un aspecto relevante de la sentencia es que el TEDH reconoció por primera vez en su jurisprudencia que el ciberacoso es una forma de la violencia contra la mujer y que puede adoptar múltiples maneras en relación con la violación a la privacidad vinculada al uso de las TIC. También es digno

7 Ídem, párr. 74.

8 Íbidem.

9 Ídem, nota 5, párr. 78.

10 Ídem, nota 2 párr. 79.

de destacar que haya afirmado que el abordaje y tratamiento de estos casos debe realizarse como integrales a la violencia doméstica.

Sin embargo, un punto cuestionable de la decisión es que haya estructurado su razonamiento de manera separada. Así, por un lado, examinó las cuestiones vinculadas a los malos tratos y la violencia física sufrida por la víctima en virtud del artículo 3 mientras que, por el otro, analizó los hechos relativos a la violación de la privacidad de acuerdo al artículo 8 del CEDH. De tal manera, se infiere que el ciberacoso es una cuestión de intimidad y no de malos tratos. Dicho de otro modo: el razonamiento del Tribunal no encuadró a la violencia digital como una forma especial de maltrato.

Otra omisión que se destaca en la argumentación del TEDH en la sentencia bajo comentario es aquella vinculada al análisis del contexto discriminatorio contra las mujeres, que se pone de manifiesto en los hechos que dieron base a la demanda contra el Estado rumano. En efecto, las acusaciones que realizó la Sra. Buturga respecto de que fue persuadida por las autoridades locales a desistir de su denuncia en razón de que las lesiones no eran tan graves, o bien la demora en la respuesta a brindar medidas específicas de protección, entre otros, son claros supuestos de hechos que debían ser analizados de conformidad con el artículo 14 de la CEDH.

El TEDH ya había tenido oportunidad de manifestarse al respecto en el precedente *Volodina vs. Rusia*¹¹ en julio de 2019, en el que reconoció a la violencia de género como una forma de discriminación contra las mujeres. Esta ausencia implica que el Tribunal trató al caso como un incidente aislado y no como parte de un fenómeno concreto dentro de una sociedad machista y patriarcal como la rumana. Esta circunstancia, además, cobra especial atención ya que en el año 2017 el TEDH había anunciado en la sentencia *Balsan vs. Rumania*¹² que las estadísticas oficiales en aquel país ponían de manifiesto que la violencia contra las mujeres era algo tolerado y percibido como normal por la mayor parte de la sociedad.

En suma, se trata de una decisión importante por cuanto reconoce al ciberacoso como un caso de violencia en el medio digital contra las mujeres. Empero, es una sentencia que pone de manifiesto que aún el enfoque o la perspectiva de género continúa siendo una deuda en la agenda que el Tribunal debe abordar con mayor profundidad.

11 TEDH, *Case of Volodina v. Russia*, Application no. 41261/17, de 9 de julio de 2019.

12 TEDH, *Case of Bălșan v. Romania*, Application no. 49645/09, de 23 de mayo de 2017.

Prescripción de las acciones indemnizatorias. Enfermedades progresivas

TEDH, *Affaire Sanofi Pasteur c. France*, 13 de febrero de 2020

Por Gustavo Caramelo¹

1. Introducción

El 13 de febrero de 2010 la Sección V del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sentencia en un caso promovido por la empresa Sanofi Pasteur contra Francia (demanda N° 25137/16), con la finalidad de obtener el reembolso de gastos en los que debió incurrir para su defensa en la acción entablada por una particular damnificada.

El objeto central de debate estuvo constituido por la cuestión relativa a si, para sentenciar el caso, los tribunales franceses debieron haber aplicado una directiva comunitaria –la 85/374/CEE– a la interpretación de sus normas internas, cuando ella no había sido transpuesta al ordenamiento jurídico nacional, lo que involucró una cuestión sobre la aplicación de la ley con relación al tiempo, que proyectó efectos en los demás temas tratados: el plazo de prescripción a considerar cuando se trata de reclamos por indemnización de daños generados por enfermedades de evolución progresiva y la prueba requerida para fundar una atribución de responsabilidad en tales casos.

¹ Profesor Titular Interino de Contratos (UNDAV) y Profesor Adjunto de Contratos Civiles y Comerciales (UBA). Juez Nacional en lo Civil.

Si bien la decisión no puede considerarse constitutiva de un estándar en la materia, pues el debate sobre la aplicación temporal de las normas le otorgó una especificidad notoria, la discusión generada permite extraer apuntes útiles para pensar las soluciones que deben adoptarse en conflictos en los que se debate sobre los efectos jurídicos de la causa de enfermedades de evolución progresiva, cuestión de suma importancia cuando ellas encuentran su origen en el consumo de productos elaborados, el contagio de patógenos, la contaminación y el daño al medio ambiente, entre otros factores.

En los siguientes apartados evaluaremos el caso planteado ante el TEDH y los que constituyeron su antecedente; efectuaremos una particular referencia al conflicto sobre la aplicación de las normas convencionales con relación al tiempo; y enunciaremos algunas consideraciones sobre notas relevantes para tener en cuenta en este tipo de casos.

2. El caso

La sentencia del TEDH tuvo por objeto resolver una demanda dirigida por la empresa Sanofi Pasteur contra la República Francesa, con fundamento en la supuesta violación por los tribunales franceses del artículo 6.1 del CEDH en los procedimientos para fijar el punto de partida del plazo de prescripción de una acción de indemnización interpuesta contra la firma cuya defensa afirmó que se habría establecido una interpretación que determinaría una suerte de imprescriptibilidad de la acción.²

El antecedente de la demanda estuvo dado por la condena a la empresa a indemnizar los daños por agravación de la enfermedad sufrida por una estudiante de enfermería nacida en el año 1972 quien, en razón de su actividad, estuvo sujeta a vacunación obligatoria contra la hepatitis B, por lo que entre 1992 y 1994 recibió varias dosis de vacunas fabricadas por Sanofi Pasteur, y a quien en 1993 se le diagnosticó esclerosis múltiple; en 1999, enfermedad de Crohn y en 2004, polimiositis, patologías cuya aparición y desarrollo atribuyó a la vacuna.

En el año 2002 la damnificada había planteado una demanda contra el Estado francés ante la justicia con competencia en asuntos administrativos,³ con fundamento en el Código de Salud Pública,⁴ por la que se determinó que se le debía pagar la suma de 656.803,83 €, en concepto de indemnización, y una pensión anual vitalicia de 10.050 €.

2 La Corte de Casación francesa había desestimado el planteo formulado por Sanofi Pasteur para que se requiriera al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la resolución de unas cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 85/374, elaborada para aproximar las normas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

3 En Francia existen dos grandes estructuras jurisdiccionales, la de los tribunales judiciales, cuya cabeza es la Corte de Casación, y la de los juzgados administrativos, cuya más alta jerarquía es el Consejo de Estado. Se trata de una división establecida en 1799 por Napoleón Bonaparte y consolidada en el tiempo.

4 Esa norma dispone que, sin perjuicio de las acciones que pudieran plantearse con fundamento en el derecho común, la indemnización de los daños directamente imputables a la vacunación obligatoria estará en Francia a cargo de la Oficina Nacional de Indemnización por Accidentes Médicos, Afecciones Iatrogénicas e Infecciones Nosocomiales, la que según la norma queda subrogada en los derechos y acciones de la víctima frente a los responsables del daño. El fundamento de esa indemnización a cargo del Estado será la solidaridad. Tal subrogación determinaría en el caso que Sanofi Pasteur no se viera solo expuesta a la condena dictada a favor de la persona humana damnificada, sino también a la acción que contra ella podría plantear el Estado francés para obtener el reembolso de las sumas que tuvo que pagar por la sentencia administrativa.

Tras ello, en 2005 la damnificada inició una demanda judicial contra Sanofi Pasteur, empresa productora de la vacuna a la que atribuyó ser la causa de la aparición y desarrollo de las graves patologías que padecía, esta vez para obtener una indemnización por la agravación de los daños, que habían sido objeto de consideración en sede administrativa. Su fundamento jurídico fue la violación de la obligación de seguridad establecida en los artículos 1135 y 1147 del Código Civil francés, según los alcances que correspondía darle por la Directiva 85/374; acción que fue declarada admisible y en la que se dictó condena a favor de la demandante, por considerar el tribunal que ante la presencia de lesiones corporales el plazo de prescripción de diez años debía computarse a partir de la consolidación del daño, la que no se había producido.

El Tribunal de Gran Instancia de Toulouse –primera instancia de discusión del caso– entendió que bajo el régimen de las normas mencionadas correspondía la condena con fundamento en la falta de seguridad del producto, por no haber acreditado la firma demandada la existencia de una causa exonerante, totalmente imprevisible e irresistible para ella. El fabricante debía entregar un producto libre de cualquier defecto que pudiera crear un peligro para las personas.

Para fundar la atribución de responsabilidad, el Tribunal de Gran Instancia de Toulouse –con criterio sostenido por el tribunal de apelación– dijo que la esclerosis múltiple sufrida por la demandante tenía como causa más probable una alteración inmunológica, causada por una combinación de factores genéticos y ambientales y que, dado que la vacuna actuaba sobre el sistema inmunológico, no podía descartarse que fuera, sobre determinadas bases genéticas, la causa de esa patología, lo que habilitaba a sostener una presunción seria, precisa y consistente sobre la existencia de un nexo causal entre la vacuna y la enfermedad desarrollada y que la alteración en el sistema inmunológico sería la causante de la enfermedad de Crohn y de la polimiositis.

Tuvo en cuenta que la paciente, quien no presentaba signos de patología neurológica incipiente, tuvo síntomas característicos de un brote de esclerosis múltiple en los días posteriores a las inyecciones por las que le fue aplicada la vacuna, que produjo una fuerte estimulación de su sistema inmunológico y llevaba un marcador sanguíneo (DOCTEUR 15), así como que en el peritaje realizado en el procedimiento administrativo los peritos no habían fijado una fecha de consolidación de los daños producidos por la enfermedad, si bien sostuvieron que no se discutía que la condición de la damnificada estaba cambiando.

Esa sentencia fue objetada por la empresa ante la Corte de Casación por vía de un recurso, en el que cuestionó que se hubiera tomado como punto de partida del cómputo de la prescripción la fecha de consolidación del daño, pues se trataba de una patología que no era susceptible de ella, lo que determinaba en la práctica la declaración de imprescriptibilidad de un planteo de tal naturaleza. También cuestionó que el fallo se hubiera basado en una presunción de vinculación causal de la vacuna con la enfermedad desmielinizante, pues la responsabilidad de un fabricante por un producto defectuoso estaba sujeta a la prueba de un defecto de seguridad, sin que pueda considerarse suficiente para ello su empleo. Finalmente, afirmó que bien pudo haber ocurrido que no se hubiera dado a la paciente información adecuada sobre los efectos adversos de la vacuna en el momento de su aplicación, cuestión que no conllevaría responsabilidad de la firma.

La empresa pidió a la Corte de Casación que se invitara al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a aclarar cuestiones prejudiciales: si el artículo 4 de la Directiva, que establece que la víctima está obligada a probar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño, admite que la prueba esté constituida por la presunción acerca de la existencia de relación de causalidad entre el producto y el daño; y si el artículo 6 de la Directiva, que indica que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que legítimamente cabría esperar teniendo en cuenta todas las circunstancias, excluía el defecto de seguridad de una vacuna cuando se verificaba un efecto adverso desconocido por el fabricante en el momento del lanzamiento, cuando no se cuestiona el uso que se puede esperar razonablemente.

El 12 de noviembre de 2015 la Sala Civil de la Corte de Casación desestimó los recursos. Consideró adecuado computar el plazo de prescripción desde el momento de consolidación del daño, no alcanzado, así como que la atribución de responsabilidad se basara en presunciones graves, precisas y consistentes de la vinculación entre la vacunación y la aparición de la esclerosis múltiple. También dijo que no era necesario el planteo de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuestión que era de su exclusivo resorte.⁵

Tras la decisión de la Corte de Casación, el Tribunal de Gran Instancia de Toulouse condenó a la empresa demandada a pagar a la damnificada la suma de 8050 € por déficit funcional; 1500 € por el sufrimiento padecido y por el daño estético; una pensión anual de 5475 € por la necesidad de contar con asistencia para su vida cotidiana, y 2000 € por costas procesales.

3. Los argumentos de la empresa demandante

Sanofi Pasteur sostuvo ante el TEDH que la fijación del punto de partida del plazo de prescripción de la acción de la estudiante de enfermería damnificada en la fecha de consolidación del daño determinaba que, de hecho, ella se tornará imprescriptible, pues la enfermedad por aquella padecida era de carácter progresivo y, por lo tanto, no susceptible de consolidación. Afirmó que de ello se derivaba una vulneración al principio de seguridad jurídica y a su derecho al goce pacífico de sus posesiones.

Con relación a la enfermedad concreta sufrida por la damnificada –la esclerosis múltiple–, afirmó que no se trata de una patología progresiva con daños de manifestación tardía, sino que tan pronto se hace el diagnóstico, tras los primeros síntomas, el paciente sabe que padece una enfermedad que se agravará, y en el caso concreto la demandante tuvo conocimiento de su daño antes de que transcurrieran diez años desde la vacunación, pues fue dentro de ese plazo que inició la acción administrativa contra el Estado. Consideró que cada agravamiento generaba un derecho de acción independiente, frente al que correspondía computar también en forma independiente el plazo de

5 En el caso "*György Katz v. István Roland Sós*" (C-404/07, del 9 de octubre de 2008, ECLI:EU:C:2008:553, § 37) el TJUE había establecido que correspondía al órgano jurisdiccional y no a las partes del procedimiento principal remitir el asunto al Tribunal de Justicia y determinar las cuestiones a tratar, criterio que ratificó en sus Recomendaciones a la Atención de los Tribunales Nacionales sobre la Incoación de Resolución Preliminares (2016/C439/01).

prescripción; especialmente porque cada recaída de la enfermedad suele traer aparejada la necesidad de hospitalización, lo que permite fecharlas con certeza.

La empresa se agravió de la desestimación infundada de las cuestiones prejudiciales que había planteado ante la Corte de Casación, afirmó que la declaración de la existencia de una violación del Convenio por parte del tribunal constituiría para ella una satisfacción justa y suficiente y que en tal caso no habría motivos para otorgarle una indemnización pecuniaria y reclamó el pago de las costas y gastos que le había irrogado su defensa.

4. La defensa del gobierno francés

El gobierno francés sostuvo que no existía en el caso tal imprescriptibilidad, pues la acción prescribiría, en todo caso, diez años después de la muerte de la víctima, a quien no podía exigírsele el inicio de acciones legales por cada agravamiento de su daño, especialmente cuando no siempre tal situación se puede fechar con claridad.

Afirmó que la Directiva 85/374 no resultaba aplicable al caso, pues la vacuna había sido comercializada antes de la fecha límite para la transposición de ella a la legislación francesa y que era solo en la fecha de consolidación que la demandante podía conocer el alcance de su daño. Sostuvo que debía tenerse presente el objetivo de permitir que las personas con patologías progresivas tuvieran acceso efectivo a un tribunal, de lo que se verían privadas si se tomara la fecha de venta de la vacuna como punto de partida para el período de prescripción, cuando su patología se manifieste tardíamente.

Entendió que, siguiendo la jurisprudencia de la Corte de Casación, durante el período intermedio entre la finalización del plazo de transposición de una directiva y la entrada en vigor de la ley de transposición, el juez nacional debe aplicar las normas resultantes del derecho consuetudinario cuando una interpretación conforme de la directiva hubiera llevado a una interpretación contraria a la ley nacional.

Agregó que la empresa demandante tuvo oportunidad de defenderse ante los tribunales internos, de impugnar los dos peritajes realizados, que permitieron establecer un vínculo causal entre la inyección y la aparición de las patologías y el defecto del producto y pudo también buscar nuevos conocimientos especializados, por lo que no hubo violación del principio de igualdad de armas.

El gobierno consideró que la fijación del día para el inicio del cómputo del plazo de prescripción en la fecha de consolidación permitió encontrar un justo equilibrio entre el derecho a la igualdad de armas y la seguridad jurídica de la empresa demandante con el derecho de acceso a la corte para la víctima.

5. Los argumentos de la decisión del TEDH

El TEDH consideró que los plazos legales de caducidad o prescripción tienen varios propósitos importantes, como son los de garantizar la seguridad jurídica y proteger a las personas de las quejas tar-

días, difíciles de contrarrestar, previniendo la injusticia que podría generar que los tribunales tuvieran que fallar sobre eventos que tuvieron lugar en el pasado, con base en pruebas en las que no se puede confiar por incompletas. Dijo que el principio de seguridad jurídica tiene como objetivo garantizar cierta estabilidad en las situaciones jurídicas.⁶

Estableció que, en los casos de lesiones corporales, las víctimas deben tener derecho a iniciar acciones legales cuando puedan evaluar el daño sufrido, por lo que imponerles tener que hacerlo antes de la fecha de su determinación podría vulnerar su derecho a un tribunal. En este caso, dada la naturaleza progresiva de la enfermedad, y en ausencia de consolidación, la víctima no podía evaluar completamente su daño y por ello no estaba en condiciones de iniciar acciones legales en procura de una reparación integral contra la empresa fabricante de la vacuna.⁷

Afirmó que ambas partes sostuvieron que los asistían derechos derivados del Convenio, por un lado, el derecho a la seguridad jurídica de la empresa y, por el otro, el derecho de acceso a la justicia de la damnificada, situación en la que es razonable reconocer un margen de apreciación significativo en beneficio del Estado, cuyos tribunales internos deben evitar tanto el formalismo excesivo, que socavaría la equidad del proceso, como la flexibilidad excesiva, que daría lugar a la abolición de las condiciones procesales establecidas por los tribunales. Por ello estableció que no tenía intención de interferir en las decisiones tomadas por el Estado.⁸

Entendió que la decisión adoptada por el sistema jurídico francés en este caso fue dar más peso al derecho de acceso a justicia de una víctima de lesiones corporales que a la seguridad jurídica de la proveedora.⁹ Tuvo en cuenta que las necesidades de las personas con esclerosis múltiple aumentan a medida que avanza su afección y que, dado que todo cómputo de prescripción debería al menos partir del momento de la muerte de la víctima, no se verifica un supuesto de imprescriptibilidad de la acción.¹⁰

En cambio, sí consideró acreditado que el Estado francés había violado el artículo 6.1 del CEDH por falta de motivación adecuada de la decisión de rechazar la solicitud de preguntas prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea,¹¹ por cuanto si bien esa norma no garantiza el deber de los jueces nacionales de someter el caso al TJUE para una decisión preliminar, sí les impone justificar la negativa, lo que no hizo la Corte de Casación francesa.¹²

Por lo expuesto, consideró razonable que el gobierno francés pagara a la empresa la suma de 5000 €.

6 TEDH, *Affaire Sanofi Pasteur c. France*, Application n° 2537/16, de 13 de febrero de 2020, párr. 50.

7 Ídem, nota 6, párr. 53.

8 Ídem, nota 6, párr. 57.

9 Ídem, nota 6, párr. 59.

10 Ídem, nota 6, párr. 60.

11 Que en principio se impone cuando la interpretación de la Convención o de los actos adoptados por las instituciones de la Unión Europea se plantea en el contexto de un procedimiento ante un tribunal nacional cuyas decisiones no están sujetas a otros recursos judiciales en el orden interno (art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

12 Ídem, nota 6, párr. 79-81.

6. Las normas aplicables con relación al tiempo

Una discusión que atravesó el caso fue si las normas del Código Civil francés debían ser interpretadas según lo dispuesto en la Directiva europea, de la que se hizo tardía transposición al ordenamiento jurídico francés (en 1998), cuando el plazo dado para ello a los Estados miembros en la disposición comunitaria había vencido diez años atrás.

Esa directiva estuvo orientada a “aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el estado defectuoso de sus productos” y estableció por los daños producidos por los productos elaborados industrialmente responsabilidad objetiva, sin perjuicio de tomarse “en consideración la culpa concomitante del perjudicado para reducir o suprimir tal responsabilidad”.

En el artículo 6 se determinó que “Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: “b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto”, y en el artículo 11 se estableció que

Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que los derechos conferidos al perjudicado en aplicación de la presente Directiva se extinguirán transcurrido el plazo de diez años a partir de la fecha en que el productor hubiera puesto en circulación el producto mismo que causó el daño, a no que ser que el perjudicado hubiera ejercitado una acción judicial contra el productor.

Se estableció así un plazo notoriamente más extenso que el que en nuestro país consideramos para reclamos derivados de acciones de tal naturaleza.

En el artículo 19 se había dado a los Estados el plazo máximo de tres años para cumplir con la Directiva, determinación relevante en el caso, pues el Tribunal de Apelaciones de Toulouse había tenido en cuenta que la vacuna había sido puesta en el mercado antes del 30 de julio de 1988, que era la fecha límite para la transposición normativa exigida por la norma comunitaria y en el artículo 21 de la Ley N° 98-389 del 19 de mayo de 1998, por la que se hizo efectiva la transposición, se había establecido que las disposiciones de la directiva eran aplicables a los productos cuyo lanzamiento al mercado hubiera sido posterior a la fecha de su entrada en vigor (21 de mayo de 1998), aunque hubieran sido objeto de un contrato anterior.

En materia de prescripción, la Directiva establecía en su artículo 11 la

extinción de los derechos conferidos al perjudicado [...] transcurrido el plazo de diez años a partir de la fecha en que el productor hubiera puesto en circulación el producto mismo que causó el daño, a no ser que el perjudicado hubiera ejercido una acción judicial contra el productor,

mientras que en el artículo 2270-1 del Código Civil francés, vigente al tiempo de los hechos del caso, se establecía que “Las acciones de responsabilidad civil extracontractual se prescriben a los diez años desde la manifestación del daño o su agravación”.

Tras la transposición de 1998, se incorporó al Código como artículo 1386-16, que

Salvo culpa del fabricante, su responsabilidad, fundada en las disposiciones del presente título, se extingue a los diez años de la puesta en circulación del producto causante del daño, a menos que, durante ese periodo, la víctima hubiese entablado reclamación judicial,

que, como vemos, se ajusta básicamente a lo requerido por la directiva.

En el caso se decidió no hacer prevalecer la aplicación de la Directiva 85/374, pues se mantuvo el criterio adoptado por la Corte de Casación, según el cual durante el período intermedio entre la finalización del plazo de transposición y la entrada en vigor de esta, los jueces nacionales debían aplicar las normas resultantes del derecho consuetudinario cuando una interpretación conforme a la directiva hubiera llevado a una solución contraria a las normas del derecho nacional.

7. Cuestiones involucradas en este tipo de casos

Toda comercialización de productos elaborados trae aparejados graves y grandes riesgos, por lo que habitualmente los Estados cuentan con agencias u órganos destinados a controlar el cumplimiento de las reglas y protocolos cuyo seguimiento es necesario para minimizarlos, especialmente en lo relativo a las normas de bioseguridad.¹³ Lo vemos en este momento con el desarrollo de las distintas vacunas por las que se busca proteger a la población frente al COVID-19 y las etapas que deben atravesar antes de ser declaradas aptas para su aplicación a las personas.

Frente a ello, los intereses económicos en juego son formidables. La industria farmacéutica y biomédica genera movimientos millonarios en todo el planeta que, naturalmente, convierten a los grandes conglomerados empresarios del área en jugadores fuertes de la economía. Por ello, y porque tratan con una materia tan sensible como es la salud de la población, se trata de actores fuertes en la puja de intereses con los distintos gobiernos.

En los países que adoptan calendarios de vacunación obligatoria —como el nuestro o como Francia—, el desarrollo de alguna patología por quienes reciben las vacunas puede generar no solo un problema de salud pública, sino también responsabilidad para el Estado, por lo que la regulación de la materia

¹³ En la Unión Europea existe la Agencia Europea de Medicamentos, con sede en Ámsterdam, que garantiza la evaluación científica, la supervisión y el seguimiento de la seguridad de los medicamentos de uso humano y veterinario en los países miembros.

es especialmente delicada. En el caso francés, hemos señalado que se encuentra prevista la indemnización por la Oficina Nacional de Indemnización por Accidentes Médico, Afecciones Iatrogénicas e Infecciones Nosocomiales, lo que da una pauta de un notorio avance en lo que hace a la protección de los eventuales damnificados.

Las decisiones administrativas o judiciales que se adoptan en cuestiones como la que constituyó objeto del caso evaluado proyectan efectos importantes en el sistema de salud y en el mercado; pero hay una diferencia notoria en la situación de los proveedores y en la de quienes pueden verse perjudicados por alguna enfermedad cursada por la administración de un vector terapéutico, pues mientras las empresas pueden adoptar normas de seguridad en su producción y contratar seguros que les permitan absorber los impactos económicos de eventuales condenas en su contra, y así encarar los riesgos inherentes a su actividad, los particulares, las personas humanas, son consumidores altamente expuestos a los riesgos, hipervulnerables en la relación sanitaria, como claramente lo es alguien que sufre patologías como las padecidas por la estudiante de enfermería del caso.

Mientras las empresas saben qué se ha hecho y cómo se ha hecho, lo que autoriza a la aplicación de criterios de distribución de la carga probatoria que tengan en cuenta tal circunstancia, los damnificados se encuentran prácticamente en oscuridad frente a ello y, a menudo, más preocupados por atender su salud afectada que por reunir la información necesaria para poder formular un reclamo indemnizatorio. Las enfermedades progresivas suelen ser devastadoras tanto para la persona que las padece como para su entorno familiar.

Desde tal perspectiva, es claro que los tribunales deben adoptar las decisiones que de mejor modo propendan a facilitar el acceso a justicia de estas personas y a proteger sus derechos, que también deben contemplar sus restricciones objetivas en materia de acceso a la información y pruebas relevantes. Cuando la realidad presenta desigualdades notorias, el proceso debe ser el territorio en el que se procure eliminarlas.

8. Conclusión

El TEDH respaldó en el caso la decisión del sistema de justicia francés de privilegiar los intereses de una persona humana hipervulnerable frente a los de una de las cinco empresas farmacéuticas más grandes del mundo. Esa decisión se apoyó en criterios técnicamente discutibles, pero comprensibles desde el punto de vista del desarrollo de políticas en materia sanitaria, como los de exigir a la firma productora la acreditación de la existencia de otros factores etiológicos idóneos para el desarrollo de una enfermedad de carácter progresivo, cuestión de notoria dificultad probatoria.

También fue claramente tuitiva la decisión en tanto admitió que se aplicara un criterio de evaluación de la prescripción favorable a la damnificada, cuando del criterio emanado de las normas de la Unión Europea podrían haber determinado la solución contraria. Buscó la solución más justa para el caso.

No estamos ante un precedente que vaya a dejar establecido un estándar de decisión. Se trata de un caso en el que son tantas las peculiaridades, que se lo puede considerar excepcional; pero sí cabe tomar

nota entre nosotros del criterio de evaluación del cómputo del plazo de prescripción en el caso de enfermedades de desarrollo progresivo, relevante, dado el incremento de la aparición de patologías de tal naturaleza, vinculadas con casos de contagio o contaminación, entre otros factores causales.

Las decisiones de los tribunales en estas materias proyectan efectos en los sistemas prestacionales y en el ámbito sanitario deben ser adoptadas con criterio de arbitrio, no arbitrario, para asegurar la adecuada protección de quienes en la relación jurídica, económica y social se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad.

Protección de datos personales. Investigación penal

TEDH, *Case of Gaughran v. United Kingdom*, 13 de febrero de 2020

Por Juan Agustín Otero¹ y Mauro Meloni²

I. Introducción

Es innegable que existe una tensión activa entre el derecho a la privacidad y el deber que tiene todo Estado de prevenir, perseguir y, eventualmente, castigar los delitos tipificados por ley. La puja entre privacidad y seguridad permea debates jurídicos y éticos en todo el mundo e incide en regulaciones tanto locales como internacionales. Pero los resultados de esa puja no siempre han sido equilibrados. Como señala Solove (2011),

con frecuencia, la privacidad es injustamente vencida por la seguridad. Las personas entienden los intereses asociados a la seguridad sin mayores dificultades porque la vida y el cuerpo están en juego. En cambio, los derechos vinculados a la privacidad resultan más difusos y abstractos. Muchos piensan que deben ceder su privacidad para estar más seguros.³

¹ Abogado (UDES). Profesor de Ética (UDES). Asesor Legal en la Agencia de Acceso a la Información Pública.

² Abogado (UDES). Asesor Legal en la Agencia de Acceso a la Información Pública.

³ Véase Solove, D. J. (2011). *Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security*. Londres: Yale University Press, p. 2. La traducción de la cita es nuestra.

Afortunadamente, la balanza se ha ido inclinando hacia el centro en los últimos años. El uso cotidiano de nuevas tecnologías que extraen y procesan información ha colocado a los ciudadanos de todo el mundo en una situación de vulnerabilidad sin precedentes, pero también ha obligado a los reguladores a desarrollar soluciones legales que se adapten a los nuevos tiempos. En este contexto, el derecho a la privacidad ha ganado mayor visibilidad, sobre todo a través de una de sus vertientes más modernas: el derecho a la protección de los datos personales.

Desde que la Directiva de Protección de Datos de la Unión Europea⁴ entró en vigor en 1998, el peso específico del derecho a la privacidad en su ya histórica pugna con la seguridad solo ha ido en aumento. Prueba de ello es que, actualmente, los Estados miembros del Convenio de Ciberdelito –entre los que se encuentra la Argentina– se encuentran discutiendo un Segundo Protocolo Adicional en el que establecerían salvaguardas de protección de datos personales que condicionarían el libre intercambio de información entre las autoridades de aplicación de la ley penal de los distintos países.⁵

Otro ejemplo, no menos notable, es el caso “Gaughran c. Reino Unido” que aquí comentamos, en el que el TEDH declaró que la política de retención de datos personales del Servicio de Policía de Irlanda del Norte violaba el derecho a la privacidad contemplado en el artículo 8 del Convenio para Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). En particular, el Tribunal destacó la necesidad de equilibrar las políticas de seguridad con salvaguardas que aseguren a los individuos un plazo determinado en la conservación de sus datos por parte de las autoridades policiales. Asimismo, consideró que era imperativo tomar otros recaudos, tal como la posibilidad de ejercer una acción de revisión real y efectiva.

Entendemos que el análisis de esta sentencia es relevante para la Argentina por dos razones. En primer lugar, a diferencia de los países de la Unión Europea, que han discutido y aprobado normativas específicas sobre el uso de datos personales por parte de autoridades públicas con fines de aplicación de la ley penal, Argentina solo cuenta con reglas generales de protección de datos personales, con las garantías genéricas de los Códigos Procesales Penales y con la antigua Ley N° 22117 que regula el Registro Nacional de Reincidencia. Por el momento, la Agencia de Acceso a la Información Pública –Autoridad de Control de la Ley N° 25326 de Protección de Datos Personales– no se ha expedido en profundidad sobre la puja entre privacidad y seguridad. Tampoco lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En segundo lugar, el TEDH es el máximo órgano jurisdiccional del CEDH. Si bien la jurisprudencia emanada del TEDH no es vinculante para Argentina, entendemos que sus decisiones deberían orientar la interpretación local de las garantías de datos personales que surgen del convenio firmado por Argentina, en particular, la futura versión del Convenio de Ciberdelito y el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (Convenio 108).⁶

4 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

5 Convenio de Ciberdelito, adoptado en Budapest, Hungría, el 23 de noviembre de 2001 (comúnmente denominado “Convenio de Budapest”), ratificado por Argentina en 2017 mediante la Ley N° 27411.

6 A través de la Ley N° 27483, Argentina aprobó la ratificación del Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, instrumento adoptado por los Estados miembro del Consejo de Europa en 1981. Junto con el Protocolo Adicional al Convenio para

A la luz del debate entre el derecho a la privacidad y el deber que tiene el Estado de prevenir el delito, en este artículo procuraremos: (i) describir la sentencia del TEDH en el caso “Gaughran *c/* Reino Unido”; (ii) considerar cómo el caso podría haber sido resuelto bajo el derecho argentino de protección de datos personales, estableciendo una comparación con la solución del TEDH; y (iii) relevar los problemas que existen en las políticas argentinas de conservación de datos con el fin de prevenir, perseguir y castigar delitos. En particular, a lo largo del artículo, veremos cómo la colisión entre la privacidad y la seguridad, en ocasiones, puede ser resuelta equilibrando los derechos en juego, por medio de una solución intermedia.

Pensamos que un correcto entendimiento de este fallo puede resultar útil para informar futuras políticas públicas sobre el tratamiento de datos personales con fines de aplicación de la ley penal en Argentina.

II. Hechos del caso

El Sr. Fergus Gaughran fue arrestado en octubre de 2008 por conducir alcoholizado, delito considerado como “registrable”⁷ bajo la legislación del Reino Unido. Según surge de la sentencia, los “delitos registrables” son aquellos que producen un antecedente penal. En otras palabras, la policía debe mantener un registro de los “delitos registrables” en los que incurrió cada ciudadano; en su gran mayoría, estos delitos son punibles con pena de prisión.

Después de ser arrestado, el Sr. Gaughran fue llevado a una comisaría, donde proporcionó una muestra de aliento (que resultó positivo), su fotografía, huellas dactilares y una muestra de ADN. En noviembre de 2008 se declaró culpable, recibió una multa y se le prohibió conducir por doce meses. Conforme a lo dispuesto por la legislación relevante, cumplió su condena formalmente luego de cinco años, en noviembre de 2013.

En enero de 2009, dos meses después de declararse culpable, el Sr. Gaughran solicitó al Servicio de Policía de Irlanda del Norte (PSNI) que o bien le devolviera o bien destruyera los datos personales que en su momento había recolectado. En febrero de 2009 el PSNI denegó el requerimiento del Sr. Gaughran.

En el año 2015 el PSNI destruyó la muestra de ADN del Sr. Gaughran. Hasta la fecha del dictado de la sentencia del TEDH, el PSNI continuaba reteniendo de forma indefinida el perfil de ADN de forma digital extraído de su muestra de ADN, sus huellas dactilares y su fotografía.

En consecuencia, el Sr. Gaughran cuestionó la retención indefinida de sus datos por parte del PSNI en los tribunales nacionales. Alegó que constituía una interferencia injustificada a su derecho al respeto de su vida privada y familiar, consagrado en el artículo 8 del CEDH.

la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal adoptado en Estrasburgo en 2001, ambos instrumentos son comúnmente denominados conjuntamente “Convenio 108”. Asimismo, recientemente Argentina firmó otro instrumento del Consejo de Europa, el Protocolo Adicional que modifica el Convenio 108 (que resulta en el denominado “Convenio 108+” o “Convenio 108 Modernizado”).

⁷ TEDH, *Case of Gaughran v. United Kingdom*, Application no. 45245/15, 13 de febrero de 2020, párr. 6.

De este modo, solicitó a la Alta Corte de Justicia de Irlanda del Norte: (a) una declaración de que la retención indefinida de los datos era ilegal y constituía una interferencia injustificable con su derecho a la privacidad; y (b) una orden de prohibición que impida al demandado hacer uso de los datos relevantes.

En noviembre de 2012, la Alta Corte estableció que, si bien la retención indefinida de los datos biométricos del solicitante constituía una interferencia bajo el artículo 8 del CEDH, estaba justificada y no era desproporcionada. Frente a un recurso del Sr. Gaughran, la Corte Suprema de Reino Unido se expidió en 2015, concluyendo que la política de retención de datos del PSNI era proporcional. Así, ratificó la sentencia previa de la Alta Corte.

III. Decisión y argumentos del TEDH

En esta instancia, el Sr. Gaughran reiteró los argumentos expuestos en sede interna y sostuvo que la retención indefinida de sus datos biométricos y fotografía constituía una medida desproporcionada que no podía justificarse bajo el presupuesto de que no afectaba a la mayor parte de los ciudadanos.

El Gobierno de Reino Unido aceptó que la retención indefinida de los datos del Sr. Gaughran constituía una interferencia con sus derechos, pero argumentó que era una interferencia “de muy baja intensidad”.⁸ Así, el Gobierno sostuvo que estaba amparada en la ley doméstica y que dicha ley era accesible y sus consecuencias podían ser previstas por los ciudadanos. Adicionalmente, argumentó que la retención de los datos biométricos y la fotografía del Sr. Gaughran tenía el fin legítimo de mejorar la “prevención de las infracciones penales”, previsto específicamente en el artículo 8, inciso 2 del CEDH como una excepción al derecho a la privacidad.

Asimismo, argumentó que constituía una medida razonable y proporcional, ya que el Reino Unido goza de un amplio margen de apreciación para regular internamente el derecho consagrado en el artículo 8 del CEDH. Ello así, en primer lugar, porque no existía un consenso fuerte entre los Estados sobre cómo regular la retención de datos biométricos de personas condenadas por cometer un delito. En segundo lugar, porque el régimen de retención de datos de Irlanda del Norte no es inusualmente intrusivo a la privacidad comparado con otros Estados de jurisdicciones europeas que también prevén la retención de datos biométricos, y en algunos casos, de muestras de ADN, por períodos de tiempo indefinidos o a veces muy extensos, como, por ejemplo, durante la vida de la persona que haya cometido el delito. En tercer lugar, el régimen previsto en Irlanda del Norte únicamente prevé la recolección de esos datos en casos de delitos registrables, es decir, delitos cuya pena implica el encarcelamiento de la persona condenada. Por último, el Gobierno sostuvo que la retención de datos biométricos y fotografías constituye una herramienta muy valiosa para combatir el crimen, particularmente teniendo en cuenta que las estadísticas de Irlanda del Norte demuestran que existe un alto porcentaje de reincidencia dentro de los primeros dos años de haberse cometido el primer delito.

⁸ Ídem, nota 7, párr. 61.

Vistos los argumentos de las partes, el TEDH consideró que la retención de datos personales del Sr. Gaughran constituía una interferencia en su vida privada, no solo por la doctrina previamente sentada en “S. y Marper *c/* Reino Unido” (2008),⁹ sino también porque –como se expuso antes– ese hecho había sido pacíficamente aceptado por las partes de la controversia.

En particular, el TEDH consideró oportuno aclarar que la retención de la fotografía del Sr. Gaughran era tan intrusiva como la de su perfil de ADN y sus huellas dactilares. El Tribunal precisó que la retención indefinida de la fotografía, sumada a la posibilidad eventual de aplicarle una tecnología de reconocimiento facial (aun cuando dicha aplicación se efectuase por fuera de la base de datos original), configuraba una vulneración del artículo 8 del CEDH.

Ahora bien, determinar la existencia de una interferencia con la vida privada del Sr. Gaughran no es equivalente a demostrar que es injustificada. Por eso, en un segundo término, el Tribunal procuró demostrar que el accionar del PSNI configuraba una infracción infundada del tratado. Si bien acordó con el Gobierno que la retención de datos de personas que hayan cometido “delitos registrables” era una medida amparada en la legislación doméstica y que perseguía un fin legítimo, también consideró que no podía realizarse sin tomar ciertos recaudos y salvaguardas para proteger la privacidad de las personas.

Así, el TEDH estableció que, aun cuando existe un margen de apreciación del que dispone cada Estado miembro para reglamentar las excepciones al artículo 8 del CEDH, la extensión de dicho margen depende de dos factores. Por un lado, cuando una dimensión importante de la vida o la identidad de un individuo se encuentra afectada, el margen de apreciación es más bien estrecho. Por el otro, cuando no haya un consenso entre los Estados miembros sobre qué peso asignarle al derecho afectado o cómo protegerlo, el margen es más amplio.

Como se narró antes, el Reino Unido arguyó que la retención indefinida efectuada por el PSNI estaba justificada porque no había consenso entre los Estados miembros sobre cómo y en qué circunstancias conservar los datos biométricos de una persona condenada por un delito. Esa afirmación, de acuerdo al TEDH, se basó en la suposición del Gobierno de que un régimen que prevé la retención de datos durante la vida biológica o la vida biológica más un cierto número de años es comparable a un régimen de retención indefinida. Sin embargo, el Tribunal expresó que, para determinar si ambos regímenes eran equiparables, debía evaluarse la naturaleza de los datos recolectados y el impacto de retenerlos después de la muerte de su titular.

En relación con las huellas dactilares, el Tribunal expresó que esta categoría de datos no revela tanta información como los perfiles de ADN. Además, hasta el momento, no se ha sugerido que sea posible identificar relaciones entre individuos a partir de datos de huellas dactilares o fotografías. Por lo tanto, el Tribunal aceptó que, en relación con las huellas dactilares y las fotografías, los períodos de retención que terminan poco después de la muerte podrían considerarse comparables a la retención indefinida.

⁹ TEDH, *Case of S. and Marper V. The United Kingdom*, Applications nos. 30562/04 and 30566/04, 4 de diciembre de 2008. Allí el TEDH determinó que la retención de huellas dactilares, celulares, muestras y perfiles de ADN de personas sospechosas, pero no condenadas, constituía una interferencia desproporcionada con el derecho a la privacidad de las personas.

Ahora bien, el Tribunal explicó que la situación es diferente con respecto a los perfiles de ADN. Hay una distinción entre retener estos perfiles indefinidamente y establecer un límite al período de retención vinculado a la vida biológica de la persona en cuestión. Esto se debe a que la retención de datos genéticos después de la muerte del titular de los datos continúa afectando a los individuos biológicamente relacionados con el interesado, es decir, a sus parientes cercanos.

Adicionalmente, el TEDH precisó que solo hay un pequeño número de Estados miembro que operan regímenes de retención indefinidos. La mayoría tienen plazos determinados de conservación de la información biométrica.

Sin perjuicio de lo anterior, concluyó que, con respecto a los regímenes de retención de los datos biométricos de las personas condenadas, la duración del período de retención es un factor entre otros para evaluar si un Estado ha sobrepasado margen de apreciación aceptable. También es importante que el régimen de retención tenga en cuenta la gravedad del delito y establezca un *test* respecto de la necesidad de conservar los datos, disponiendo de acciones disponibles para el individuo. Cuando un Estado pretende reglamentar y, de ese modo, limitar el alcance de los derechos establecidos en el CEDH, la existencia y el funcionamiento de ciertas salvaguardas se vuelven decisivos.

En cuanto a si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificar la medida de retención indefinida fueron “relevantes y suficientes”, el Tribunal señaló que el Reino Unido afirmó que cuantos más datos se conserven, más se evitará el delito, proporcionando pruebas para apoyar esa afirmación general.¹⁰ El Tribunal juzgó que aceptar dicho argumento en el contexto de un esquema de retención indefinida equivaldría en la práctica a justificar el almacenamiento de información sobre toda la población y sus familiares fallecidos, lo que definitivamente sería excesivo.

Habiendo optado por establecer un régimen de retención indefinida, el Tribunal consideró que era necesario que Reino Unido garantizara acciones y salvaguardas reales y efectivas para los individuos. Sin embargo, los datos biométricos y las fotografías del Sr. Gaughran se conservaron sin referencia a la gravedad de su delito y sin tener en cuenta la necesidad real de conservar esos datos indefinidamente. La policía solo tenía la potestad de eliminar datos biométricos y fotografías en circunstancias excepcionales. Además, no existía ninguna disposición que permitiese al Sr. Gaughran solicitar que se eliminasen sus datos si la conservación ya no parecía necesaria en vista de la naturaleza del delito, la edad, el período de tiempo transcurrido o el estado actual de la persona en cuestión.

Por las razones expuestas, el Tribunal consideró que la petición era procedente en razón de la naturaleza indiscriminada de la retención del perfil de ADN, las huellas dactilares y la fotografía del Sr. Gaughran. El TEDH estimó que el régimen cuestionado no había tenido en cuenta la gravedad del delito ni la necesidad real de efectuar una retención indefinida y, en ausencia de una posibilidad real de revisión, no había logrado un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados en juego.

¹⁰ Ídem, nota 7, párr. 89.

En consecuencia, juzgó que el Estado demandado había sobrepasado el margen de apreciación aceptable a este respecto y la retención en cuestión constituía una interferencia desproporcionada con el derecho a la privacidad del Sr. Gaughran.

IV. El caso “Gaughran c/ Reino Unido” en Argentina

Creemos que, en la Argentina, una interpretación razonable de la Ley N° 25326 de Protección de Datos Personales (LPDP) habría ofrecido una solución similar a la del TEDH. Es indudable que la solicitud del Sr. Gaughran habría sido tramitada como el ejercicio de un derecho de supresión bajo el artículo 16, inciso 1 de la LPDP, que establece que “[t]oda persona tiene derecho a que [cuando corresponda] sean suprimidos [...] los datos personales de los que sea titular, que estén incluidos en un banco de datos”.

Por su parte, bajo el derecho local, el PSNI habría opuesto las excepciones contenidas en los artículos 16, inciso 5, y 17, inciso 1 de la LPDP para negarse a borrar la información retenida. La primera norma sostiene que “[l]a supresión no procede cuando pudiese causar perjuicios a derechos o intereses legítimos de terceros, o cuando existiera una obligación legal de conservar los datos”. La segunda que

[l]os responsables o usuarios de bancos de datos públicos pueden, mediante decisión fundada, denegar el acceso, rectificación o la supresión en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros.

A su turno, con respecto a las huellas dactilares y los datos identificatorios del Sr. Gaughran, el PSNI habría invocado el artículo 7 de la Ley N° 22117 que regula el Registro Nacional de Reincidencia y que establece que

[l]as comunicaciones y fichas dactiloscópicas [de las personas que cometan delitos] integrarán los legajos personales, que bajo ningún concepto podrán ser retirados del Registro. Estos sólo serán dados de baja en los siguientes casos: (a) Por fallecimiento del causante; (b) Por haber transcurrido cien (100) años desde la fecha de nacimiento del mismo.

Como se expresó en las Resoluciones N° 1/2020 y N° 191 de la Agencia de Acceso a la Información Pública, las excepciones al derecho de supresión previstas en el artículo 16, inciso 5 y artículo 17, inciso 1 de la LPDP suponen la necesidad “de realizar una ponderación de los intereses y derechos que están en juego”. En este caso, del derecho a la privacidad del Sr. Gaughran junto con la finalidad legítima de prevenir, perseguir y castigar delitos en cabeza del PSNI.

Un adecuado equilibrio entre los dos valores en pugna indica que es razonable que las autoridades de aplicación de la ley penal conserven los datos de las personas que hayan cometido delitos para optimizar la identificación en caso de reincidencia. Ello así en la medida en que la conservación de los datos cumpla con el artículo 4, incisos 1 y 7 de la LPDP, que establecen respectivamente que “[l]os datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido” y que “[l]os datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados”. Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que el artículo 23 de la LPDP especifica que “[l]os datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento”.

De las normas precedentes, que establecen principios de carácter general, es necesario extraer, por medio de la interpretación, salvaguardas concretas. En este caso, estimamos que el plazo de conservación debe estar limitado en el tiempo; que su duración debe ser razonable; que debe tenerse en cuenta la gravedad del delito para ver si es necesario registrarlo y por cuánto tiempo; y, por último, que se tiene que garantizar que el ciudadano tendrá una instancia de revisión real cuando ejerza su derecho de supresión ante las autoridades penales.

Sin embargo, en relación con las huellas dactilares y la identidad de los criminales registrados, la ley argentina, por un lado, no discrimina entre delitos registrables y no registrables, por lo que no hace diferencias en razón de la gravedad del ilícito; y, por otro, establece un plazo determinado, pero excesivo, que dura cien años o la totalidad de la vida biológica del titular de los datos. En relación con el perfil de ADN, el derecho local no prevé plazos de duración para la conservación de esta información, por lo que el accionar del PSNI es más bien discrecional.

Por todo lo expuesto, consideramos que el derecho de supresión del Sr. Gaughran sería procedente y que el derecho de protección de datos personales vigente es apto para resolver el caso en términos similares a los expresados por el TEDH. No obstante, la situación legal argentina está lejos de ser la ideal. En primer lugar, el derecho vigente carece actualmente de disposiciones específicas sobre la retención de datos personales por parte de autoridades de aplicación de la ley penal. En segundo lugar, con respecto a las huellas dactilares y los datos identificatorios del titular, el plazo establecido por el artículo 7 de la Ley N° 22117 es excesivo y no guarda un equilibrio entre la privacidad de las personas y el interés en prevenir, perseguir y castigar delitos. En tercer lugar, no se encuentra establecido el plazo de conservación de las muestras y perfiles de ADN –entre otros datos que podrían ser considerados sensibles–. En cuarto y último lugar, debería modificarse la Ley N° 22117 de modo que establezca una diferencia entre delitos registrables y no registrables en orden a su gravedad.

V. Conclusión

Si bien el derecho argentino cuenta con reglas generales de protección de datos personales, no existen normas específicas y modernas en el ámbito de las autoridades de prevención y aplicación de la ley penal. La Ley N° 22117 resulta obsoleta y los Códigos Procesales Penales vigentes no establecen normas claras sobre la retención y tratamiento ulterior de datos derivados de las investigaciones penales.

El caso “Gaughran c/ Reino Unido” es un antecedente internacional que indica que sería conveniente que se legislaran salvaguardas concretas relativas a: (i) los plazos por los cuales la información puede ser guardada por las autoridades; (ii) las razones por las cuales dicha información debe ser guardada, discriminando los delitos por su gravedad; y (iii) distintos regímenes de almacenamiento para distintas categorías de datos, según el grado de intrusión en la privacidad de las personas.

No obstante, a nuestro juicio, el fallo del TEDH no desarrolla en profundidad el *quid* del caso. Esto es, no examina en detalle las consecuencias gravosas que la existencia y la eventual divulgación de un registro de delitos puede tener sobre las personas registradas, en particular, sobre su vida profesional y familiar. Tampoco tiene en cuenta que existe un derecho de acceso a la información pública que puede justificar que se instaure un plazo de conservación extenso para asegurar el control de las instituciones y de los funcionarios encargados de aplicar la ley penal. En futuros trabajos, sería interesante evaluar este aspecto en los fallos del TEDH y en la jurisprudencia argentina.

Privación de responsabilidad parental. Adicciones

TEDH, *Case of Y.I. v. Russia*,
25 de febrero de 2020

Por Giuliana Miller¹

1. Introducción: los hechos del caso

El caso que aquí se comenta se enmarca en la privación de la responsabilidad parental de la Sra. Y.I. respecto de sus tres hijos, principalmente por causas de drogadicción y descuido de sus obligaciones parentales respecto a sus tres hijos.

La Sra. Y.I. convivía con sus hijos I. (nacido en 1999), A. (nacido en 2011) y AL. (nacido en 2012) y su madre (P.), en el Distrito de Khovrino, Moscú. En octubre de 2013, luego de una supervisión realizada por la comisión del distrito para asuntos infantiles, la autoridad señaló que Y.I. descuidó sus obligaciones parentales al no proporcionar a sus hijos una atención y apoyo financiero adecuados. Asimismo, indicó que había tomado drogas durante un período prolongado, que estaba desempleada, y que se encontraban en trámite procesos penales en relación con su presunta participación en el tráfico de drogas.

El 8 de octubre de 2013 la policía arrestó a Y.I., junto a su pareja K. (progenitor de A. y AL.), en su domicilio, bajo sospecha de haber estado involucrados en tráfico de drogas. Estuvo detenida en la comisaría, donde fue entrevistada, y reconoció que consumió drogas desde 2004 hasta 2012, antes de dar a luz a sus hijos. Manifestó que tuvo una recaída luego de dar a luz y que regularmente dejaba que sus conocidos consumieran drogas en su casa.

¹ Abogada (UBA). Maestranda en Derecho de Familia (UBA). Ayudante de segunda de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA).

Un policía de asuntos juveniles elaboró un informe indicando que la solicitante había cometido una ofensa administrativa, y que no había cumplido sus obligaciones parentales respecto de sus tres hijos, quedando estos desatendidos. Como consecuencia de ello, I. fue trasladado a un orfanato, y los niños A. y Al. a un hospital infantil. Asimismo, la peticionante fue sometida a un examen médico, que dio como resultado que se encontraba en estado de intoxicación por morfina y codeína. El informe fue enviado a la Autoridad del distrito de Khovrino junto con la solicitud de iniciar los procedimientos correspondientes a efectos de privar a Y.I. de su responsabilidad parental.

El 18 de octubre de 2013 I. fue otorgado al cuidado de su progenitor, y el 25 de octubre de 2013, los niños A. y Al. fueron trasladados a un orfanato. El 1° de noviembre de 2013 la Autoridad del distrito de Khovrino interpuso una demanda contra la Sra. Y.I., solicitando la privación de la responsabilidad parental. Finalmente, el 17 de enero de 2014, el Tribunal de Distrito de Moscú resolvió la privación de la responsabilidad parental de Y.I. respecto de sus tres hijos, decisión que fue confirmada el 14 de abril de 2014 por la Cámara de Apelación.

Asimismo, el 28 de abril de 2014 el Tribunal del Distrito la declaró culpable del delito de tráfico de drogas y la sentenció a 6 años de prisión, siendo arrestada luego del dictado de la sentencia. Antes de confirmada su condena, la actora estuvo en contacto con sus hijos A. y Al., una vez por semana, y de los informes realizados por el personal del hospital infantil y por el orfanato, surge que extrañaban a su madre. En particular, Al. despertaba en el medio de la noche llorando y pidiendo por su mamá y A. preguntaba en forma reiterada dónde estaba su madre y cuándo lo llevarían a casa. El 10 de junio de 2014, A. y Al. fueron asignados a una familia adoptiva, donde han permanecido hasta la fecha.

2. Proceso ante la justicia rusa

En las audiencias realizadas en el proceso ante el Tribunal de Distrito de Moscú, Y.I. declaró que amaba a sus hijos, que estaba dispuesta a cuidarlos, que nunca había tomado drogas delante de ellos y que estaba dispuesta a someterse a un tratamiento de rehabilitación para su adicción.

La progenitora de Y.I., la Sra. P, participó del proceso como un tercero, y se opuso en todo momento a la privación de la responsabilidad parental de su hija; declaró que Y.I. amaba a sus hijos y que siempre los cuidó. Asimismo, mencionó que anteriormente había tomado drogas, pero que había dejado de consumir durante su embarazo.

Un representante del hogar de niños en el que estaban A. y Al. declaró que la abuela de los niños comenzó a visitarlos desde que fueron trasladados, y que la progenitora los visitó a partir de diciembre de 2013, pues antes de esa fecha había estado en tratamiento por su adicción. Tanto la madre como la abuela los visitaban regularmente; y los niños tenían un fuerte vínculo con su abuela.

Por otro lado, una oficial de policía de asuntos juveniles declaró que Y.I. consumió drogas desde 2004 hasta 2010, momento en que quedó embarazada; pero que luego tuvo una recaída. Sin perjuicio de ello, la oficial hizo hincapié en que Y.I. siempre hizo esfuerzos para dejar de consumir y rehabilitarse.

En el contexto de los procesos penales relacionados con el tráfico de drogas, se llevó a cabo un registro en la vivienda de Y.I., donde se encontraron paquetes de heroína.

El Tribunal también escuchó a I., el mayor de los tres niños, quien declaró que hasta los acontecimientos del 8 de octubre de 2013 vivió con su madre, su pareja, sus hermanos y su abuela. Refirió que su vida había sido normal y que no hubo irregularidades en el comportamiento de su progenitora. También mencionó que le gustaba vivir con su progenitor y que tenía buena relación con su familia paterna. De hecho, manifestó que le gustaría vivir con sus dos progenitores, pero que no podía elegir. Principalmente, hizo hincapié en que no quería que su madre fuera privada de su responsabilidad parental. Asimismo, el progenitor de I., el Sr. Is., y su esposa, declararon que les gustaría que I. viviera con ellos.

En esta instancia, Y.I. solicitó al Tribunal la suspensión de la audiencia, toda vez que se encontraba internada en una clínica en tratamiento por su adicción, pero su solicitud fue rechazada por el Tribunal. El Tribunal de Distrito examinó los antecedentes del caso: informes administrativos, informes médicos de Y.I., y una carta de un maestro de la escuela de I. que mencionaba que el niño asistió a la escuela desde el 1 de septiembre de 2008, y que durante ese período había demostrado falta de capacidad, motivación, y que había faltado a clases sin una razón válida.

Así las cosas, el Tribunal admitió las declaraciones de la oficial de policía, afirmando que eran consistentes, coherentes y corroboradas por el material aportado al caso. Asimismo, examinó un informe sobre la inspección de las condiciones de vida en la vivienda del Sr. Is., que confirmó que eran buenas, y otra carta de un profesor de la escuela de I. que decía que desde que había comenzado a vivir con su progenitor, su comportamiento había mejorado, había dejado de faltar a clases y había progresado en sus estudios.

Con relación a las pruebas y declaraciones de testigos, el Tribunal señaló que Y.I. había estado tomando drogas durante un período prolongado, estaba desempleada y no había brindado a sus hijos una atención o apoyo financiero adecuados, concluyendo que dejar a los niños bajo su cuidado pondría en riesgo su salud y sus vidas, y que, por lo tanto, debería ser privada de su responsabilidad parental. Asimismo, consideró irrelevantes los argumentos presentados por la peticionante. Tampoco tuvo en cuenta que la progenitora estaba en tratamiento médico para recuperarse de su adicción, y que tenía referencias positivas de sus vecinos.

Con fundamento en el artículo 69 del Código de Familia Ruso,² el 17 de enero de 2014 resolvió la privación de la responsabilidad parental de la actora con respecto a sus tres hijos y ordenó que I. fuera trasladado al domicilio de su progenitor; y A. y Al. a una institución.

La peticionante presentó un recurso de apelación ante el Tribunal de la Ciudad de Moscú. Fundamentó su petición en que el Tribunal de Distrito había adoptado un enfoque demasiado formalista,

2 El artículo 69 del Código establece que un padre puede ser privado de la autoridad parental si evita los deberes parentales, como la obligación de pagar la manutención de los hijos; se niega a recoger a su hijo de un hospital de maternidad o de cualquier otra institución médica, educativa, social o similar; abusa de su autoridad parental; maltrata a su hijo recurriendo a violencia física o psicológica o abuso sexual; sufre de abuso crónico de alcohol o drogas; o ha cometido un delito penal premeditado contra la vida o la salud de sus hijos o cónyuge.

sin evaluar las circunstancias particulares del caso, y que simplemente había aplicado el artículo 69 del Código de Familia ruso sin realizar un profundo análisis de las circunstancias del caso.

Además, sostuvo que el solo hecho de ser adicta no representa ningún peligro para sus hijos y, por lo tanto, resultaba insuficiente para privarla de su autoridad parental, y manifestó que se encontraba en rehabilitación, circunstancia que nunca fue tenida en cuenta por el Tribunal de Distrito. Se quejó también de no haber tenido oportunidad de participar en la instancia anterior, ya que el Tribunal rechazó su solicitud de suspender la audiencia, afectando su derecho de defensa.

Por último, solicitó la citación del médico que la había tratado en la clínica especializada por su adicción. El tribunal de apelaciones desestimó esa solicitud, declarando que las pruebas en cuestión se habían recibido después de que el tribunal de primera instancia dictó su fallo.

En su decisorio, el tribunal de apelaciones sostuvo que la adicción de Y.I. no fue el único motivo que se tuvo en cuenta, pues consideró que a sus hijos los trasladaron porque había descuidado sus deberes parentales. También refirió que la progenitora se encontraba desempleada, como una característica negativa en su ejercicio de la autoridad parental.

El Órgano Judicial hizo hincapié en que la peticionante, tiempo atrás, declaró que estuvo en abstinencia, e hizo referencia a otras pruebas que indicaban que había tomado y traficado drogas en su departamento, sin indicar con precisión cuáles eran esas pruebas. También sostuvo que el hecho de que haya comenzado un tratamiento de rehabilitación no podía, por sí solo, ser la base para rechazar la acción, ya que la sentencia del tribunal de primera instancia se había basado en una evaluación de evidencia disponible y circunstancias en el momento en que se decidió el caso. La peticionante oportunamente tendría la ocasión de solicitar la restitución de su autoridad parental una vez que se modifiquen las circunstancias del caso.

Con relación a la negativa del Tribunal a suspender la audiencia, el Tribunal de Apelaciones señaló que tal situación no constituía motivo suficiente para anular la sentencia, ya que la demandante había estado representada ante el tribunal de primera instancia, y su representante había expuesto su posición.

Por los fundamentos expuestos, el 14 de abril de 2014 confirmó la sentencia, que fue recurrida en casación ante el Presidium del Tribunal de la Ciudad de Moscú. Entre los argumentos, indicó que los tribunales no tuvieron en cuenta el derecho de sus hijos a vivir y ser criados en su familia, tal como lo garantiza el artículo 54 del Código de Familia ruso,³ ni lograron demostrar que la separación forzada de los niños de su madre, y su traslado a un orfanato, había sido lo más beneficioso para ellos. También argumentó que las decisiones impugnadas habían violado su derecho al respeto de su vida privada y familiar, tal como lo garantiza el artículo 8 del CEDH.

Empero, el 29 de octubre de 2014 el Tribunal confirmó la sentencia recurrida.

³ El artículo 54 del Código de Familia ruso establece que todo niño, que sea una persona menor de dieciocho años, tiene derecho a vivir y ser criado en una familia, en la medida de lo posible. Él o ella tiene derecho a conocer a sus padres, a ser atendido y a vivir con sus padres, excepto cuando esto sea contrario a sus intereses. Un niño también tiene derecho a ser criado por sus padres y a la protección de sus padres.

3. Procedimiento ante el TEDH

El Tribunal Europeo realizó un análisis de las circunstancias particulares del caso y de la procedencia de la medida de privación de la responsabilidad parental de Y.I. respecto de sus hijos.

La demandante sostuvo que los tribunales deberían haber evaluado la aplicación de medidas menos restrictivas, pues la privación de la responsabilidad parental implica una medida de último recurso. De hecho, el artículo 73 del Código de Familia⁴ ruso prevé la restricción de la autoridad parental como una medida de alcance temporal. Sin embargo, a pesar del contexto particular, las autoridades nacionales nunca evaluaron la aplicación de esa medida.⁵

Tampoco consideraron brindarle asistencia social a Y.I. En contrario, las autoridades rusas responsabilizaron a la peticionante por no cumplir con sus deberes parentales. Cabe destacar que no ofrecieron ningún tipo de apoyo social o médico a la peticionante y su familia, a pesar su situación de extrema vulnerabilidad. Las evaluaciones realizadas por la autoridad de protección infantil se centraron en privarla de la autoridad parental, interrumpiendo los vínculos familiares, en lugar de identificar las verdaderas necesidades de la familia y, en consecuencia, proporcionarle el apoyo necesario.⁶

Los tribunales nacionales tampoco lograron alcanzar un equilibrio justo entre los intereses en juego, y no proporcionaron razones suficientes que justifiquen la decisión. En particular, no tuvieron en cuenta los cambios positivos en la conducta de Y.I. y el hecho que ella había comenzado el tratamiento de rehabilitación. Tampoco evaluaron la posibilidad de dejar a los niños al cuidado de su abuela materna, a pesar de sus reiterados pedidos en todas las instancias procesales.⁷

Para la Sra. Y.I., la justicia rusa no evaluó las declaraciones de los testigos que indicaron que antes del traslado de los niños, la peticionante y sus hijos habían disfrutado de condiciones de vida dignas, que su progenitor había estado viviendo con ellos y que los había cuidado, y el fuerte vínculo que unía a los niños con su progenitora y con su abuela. Atribuyeron el riesgo para la salud y el desarrollo de los niños al mero hecho que la peticionante había estado tomando drogas, y que las drogas habían estado presentes y vendidas en su departamento. Por último, refirieron la mala situación financiera de la peticionante, como un fundamento de peso para resolver la privación de la responsabilidad parental.

4 El artículo 73 establece que un tribunal puede decidir, en interés del niño, retirarlo de sus padres (o uno de ellos) sin privarlos de su autoridad parental. La autoridad de los padres está restringida cuando dejar al niño con sus padres (o uno de ellos) se considera peligroso para el niño debido a circunstancias fuera del control de los padres (o uno de ellos), como una enfermedad mental u otra enfermedad crónica, o una combinación de circunstancias difíciles. También es posible restringir la autoridad parental en los casos en que dejar a un niño con sus padres (o uno de ellos) sería peligroso para el niño debido a su comportamiento, pero motivos suficientes para privar a los padres (o uno de ellos) de su patria potestad no se han establecido. Si los padres (o uno de ellos) no cambian su comportamiento, la autoridad de custodia y tutela tiene la obligación de solicitar que los padres sean privados de su autoridad parental dentro de los seis meses de la decisión judicial que restringe la autoridad parental. Actuando en interés del niño, la autoridad puede presentar la solicitud antes de ese plazo.

5 TEDH, *Case of Y.I. v. Russia*, Application nº 68868/14, Section third, párr. 63., 25 de febrero de 2020.

6 *Ibidem*, nota 5, párr. 64.

7 *Ibidem*, nota 5, párr. 65.

Bajo tales parámetros, advirtió que las autoridades rusas ejercieron una intervención más punitiva que solidaria, pues los tribunales rechazaron por irrelevante las pruebas que había presentado, incluidas las referencias positivas de sus vecinos y de la escuela de su hijo, así como también las pruebas que confirmaban que había comenzado un tratamiento de rehabilitación y sus intenciones por recuperar el vínculo familiar con sus hijos. A pesar de su situación de vulnerabilidad, no se le había brindado asistencia legal gratuita.

Por último, Y.I. subrayó que, como consecuencia de la decisión de privarla de la autoridad parental, había perdido todos los derechos con respecto a sus hijos, incluidos los derechos de contacto. Por lo tanto, la medida impugnada había violado su derecho al respeto de su vida privada y familiar.

Por su parte, el Gobierno de Rusia reconoció que privar a la solicitante de su autoridad parental había constituido una injerencia en su derecho al respeto de su vida familiar, garantizado por el artículo 8.1 del CEDH, pero que la medida se encontraba justificada en el artículo 69 del Código de Familia ruso. En opinión del Gobierno, la medida denunciada había sido “necesaria en una sociedad democrática”; había sido proporcionada y había tenido en cuenta el interés superior de los niños. Los tribunales nacionales habían considerado que mantener los lazos familiares entre la demandante y sus tres hijos sería perjudicial para su salud y desarrollo, y que sería en el mejor interés de los niños garantizar su desarrollo en un entorno seguro. El Gobierno también se refirió a los antecedentes penales anteriores de la peticionante, sin proporcionar ningún documento de respaldo. En opinión del Gobierno, lo anterior demostró que la retirada de la autoridad parental del solicitante no había sido automática, sino que se había basado en consideraciones pertinentes y suficientes.⁸

El TEDH sostiene que el disfrute mutuo entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la “vida familiar” en el sentido del artículo 8 de la CEDH. Actualmente existe un amplio consenso, incluido el derecho internacional, en apoyo de la idea de que en todas las decisiones relacionadas con los niños, su interés superior debe ser primordial. Los intereses de los niños indican que se deben mantener los lazos con su familia, excepto en los casos puntuales en que la familia haya demostrado ser particularmente inadecuada y que pueda dañar la salud y desarrollo.⁹

En efecto, el TEDH sostiene que cercenar esos lazos implica separar a un niño de sus raíces, lo que solo se puede hacer en circunstancias muy excepcionales, pues toda medida debe dictarse en pos de la preservación de los vínculos familiares. En ese contexto, el Tribunal indica que existe una obligación del Estado de adoptar medidas para preservar el vínculo entre progenitores e hijos en la medida de lo posible. Asimismo, las resoluciones deben orientarse a asegurar el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes en un ambiente sano; y un progenitor no puede tener derecho bajo el artículo 8 del CEDH a que se tomen medidas que perjudiquen la salud y el desarrollo del niño.¹⁰

8 *Ibídem*, nota 5, párr. 71.

9 TEDH, *Case KB y otros v. Croacia*, Application 36216/13, de 14 de marzo de 2017.

10 *Ídem*, nota 5, párr. 75.

El Tribunal menciona que las autoridades nacionales tienen el beneficio del contacto directo con todas las personas involucradas en el presente caso. Como consecuencia de ello, no es tarea de la Corte sustituir a las autoridades nacionales, sino revisar, a la luz del CEDH, las decisiones tomadas por esas autoridades en el ejercicio de su poder de apreciación. Si bien reconoce que las autoridades disfrutaban de un amplio margen de apreciación al decidir sobre este tipo de procesos, se requiere de un análisis más estricto con respecto a cualquier otra limitación, y de cualquier garantía legal diseñada para asegurar la protección efectiva del derecho de progenitores e hijos al respeto de su vida familiar. Dichas limitaciones adicionales conllevan el peligro de que las relaciones familiares entre progenitores e hijos se reduzcan.¹¹

Al evaluar si la medida impugnada era “necesaria en una sociedad democrática”, el Tribunal debe considerar si, a la luz del caso en su conjunto, las razones dadas para justificar la medida impugnada fueron “relevantes y suficientes” para el propósito del artículo 8.2 del CEDH. Con ese fin, debe determinar si los tribunales nacionales realizaron un examen en profundidad de toda la situación familiar y de factores de carácter fáctico, emocional, psicológico, material y médico, e hicieron un balance y una evaluación razonable de los intereses respectivos de cada persona, con una preocupación constante por determinar cuál sería la mejor solución para el contexto familiar.¹²

Luego de analizar los principios que regulan el caso bajo análisis, el TEDH sostuvo que el vínculo entre la demandante y sus hijos se inscribe en la noción de “vida familiar” a los efectos del artículo 8 del CEDH; que se ha evidenciado que la privación de autoridad parental de Y.I. con respecto a sus hijos había constituido una injerencia en su derecho al respeto de la vida familiar y que dicha interferencia constituye una violación de esa disposición a menos que sea “de conformidad con la ley”, persiga uno de los objetivos legítimos del artículo 8.2 y pueda considerarse necesaria en la sociedad democrática.¹³

Bajo tales parámetros, el Tribunal advirtió que privar a la solicitante de su autoridad parental interrumpió su vínculo con sus tres hijos, y extinguió todos los derechos parentales que tenía sobre ellos, incluido el derecho de contacto. Ante esta situación, el TEDH reafirma que dividir a una familia es una interferencia muy grave, y privar a una persona de sus derechos parentales es una medida de gran alcance que priva a la progenitora de su vida familiar con el niño y es incompatible con el objetivo de reunirlos.¹⁴

Con respecto al proceso de toma de decisiones, el Tribunal analizó si las conclusiones de las autoridades nacionales que implicaron la separación de la familia se basaron en evidencia adecuada. En relación a ello, observa que los tribunales nacionales basaron la medida impugnada en las conclusiones que Y.I. había descuidado sus responsabilidades parentales, al no proporcionar a sus hijos atención y apoyo financiero adecuados por un período prolongado de tiempo, que había estado tomando drogas y había estado desempleada. Esos hechos fueron “relevantes”, pero no “suficientes” para justificar la medida impugnada en las circunstancias del presente caso.¹⁵

11 Ídem, nota 5, párr. 77.

12 Ídem, nota 5, párr. 78.

13 Ídem, nota 5, párr. 79.

14 Ídem, nota 5, párr. 82.

15 Ídem, nota 5, párr. 83.

Respecto de la situación de los niños, el Tribunal sostiene que el traslado y su colocación inicial en la institución pública estaban justificados, dado que Y.I. había estado intoxicada en la fecha en cuestión, había sufrido síntomas de abstinencia en los días siguientes y claramente no había podido cuidar a sus hijos en ese momento. Sin embargo, ese hecho no constituye motivo suficiente para resolver una medida de tan largo alcance como lo es la privación de la responsabilidad parental. El Tribunal reitera que, una orden de atención debe considerarse como una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como las circunstancias lo permitan, y que cualquier medida que implemente la atención temporal debe ser coherente con el objetivo final de reunir a los progenitores y a sus hijos.¹⁶

El Tribunal sostuvo, además, que las autoridades de cuidado de niños comenzaron a monitorear a la familia de Y.I. en relación con el desempeño supuestamente negligente de sus deberes parentales en una fecha no especificada en octubre de 2013, y que iniciaron procedimientos para privar a la solicitante de su autoridad parental desde el 1 de noviembre de 2013. Antes de los procedimientos en cuestión, no fue supervisada en ningún momento por ninguna autoridad estatal, ni advertida sobre su comportamiento y las consecuencias que podría conllevar. Conforme a ello, y en relación al contexto familiar en concreto, el Tribunal reafirma que el papel de las autoridades en el campo del bienestar social es, precisamente, ayudar a las personas vulnerables, brindarles orientación y aconsejarlas sobre cómo superar sus dificultades.¹⁷

Si bien sostuvieron que la peticionante había incumplido sus obligaciones parentales y que no había brindado a sus hijos una atención adecuada, los tribunales nacionales no dieron más detalles sobre esas conclusiones. En particular, no se refirieron a situaciones concretas en las que Y.I. había dejado a sus hijos desatendidos, simplemente se basaron en la propia declaración de la peticionante realizada en el contexto de los procedimientos penales en su contra, y en la declaración de una policía oficial de asuntos juveniles.¹⁸

En relación con lo anterior, el TEDH observa, en primer lugar, que no se comprobó que la peticionante o sus conocidos hayan tomado drogas delante de sus hijos. En segundo lugar, Y.I., su hijo mayor, y su madre afirmaron que Y.I. no había demostrado su adicción a los miembros de su familia; y que no existieron irregularidades en su comportamiento cotidiano. También el Tribunal consideró relevante que la peticionante reafirmara constantemente su intención de resolver su problema de adicción y que, además, tomó todas las medidas necesarias a tal fin. Sin embargo, no hay indicios de que las autoridades nacionales hayan buscado evidencia que demuestre tal situación, como, por ejemplo, una evaluación realizada por un psicólogo para evaluar la madurez emocional y la motivación de Y.I. para actuar como una madre responsable y resolver su problema de adicción a las drogas. Además, los argumentos de la peticionante y las pruebas de que había comenzado el tratamiento de rehabilitación fueron rechazados por el tribunal de primera instancia por irrelevantes. Por lo expuesto, el TEDH considera que la adicción de Y.I. fue el principal y único motivo para privarla de la autoridad parental.

16 Ídem, nota 5, párr. 85.

17 Ídem, nota 5, párr. 86.

18 Ídem, nota 5, párr. 88.

De hecho, los tribunales nacionales optaron por ignorar la evidencia presentada por la peticionante, en lugar de evaluarla e incorporarla al proceso.¹⁹

En relación con el contexto socioeconómico de la peticionante, el Tribunal considera que su situación económica no puede considerarse motivo suficiente para privarla de la responsabilidad parental. Además, las decisiones judiciales no justificaron cómo el desempleo de Y.I. afectó su capacidad para cuidar a sus hijos.²⁰

De conformidad con las disposiciones pertinentes de la legislación interna, las autoridades podrían haber aplicado una medida menos drástica y ordenar la restricción, en lugar de la privación de su autoridad parental. El Tribunal considera desacertado que las autoridades nacionales no hayan considerado esa alternativa, a pesar que la demandante no tenía antecedentes en relación al descuido de sus hijos. Tampoco la peticionante fue advertida sobre las posibles consecuencias de su comportamiento supuestamente negligente con respecto a sus hijos.²¹

Resulta relevante en el caso bajo análisis que la progenitora expresó en todo momento su apego sus hijos y su deseo de mantener la relación con ellos. También se demostró que los niños estaban profundamente apegados a su progenitora y a su abuela materna, y que su abuela había estado dispuesta a mantener a los niños bajo su cuidado. Sin embargo, los tribunales nacionales no tuvieron en cuenta ninguno de estos aspectos. En particular, no evaluaron el impacto negativo que ocasionó en los niños la separación respecto a su progenitora y a su abuela. Esta circunstancia resulta fundamental, toda vez que la eliminación de la autoridad parental de la solicitante puso fin a su condición parental y, como consecuencia, la privó de cualquier motivo legal para solicitar la reanudación del contacto con sus hijos.²²

Los niños no solo se separaron de su progenitora, sino que además interrumpieron su vínculo entre hermanos, dado que el niño mayor fue transferido al cuidado de su padre, mientras que los dos niños más pequeños fueron colocados en cuidado público.²³

De este modo, los motivos invocados por los tribunales nacionales fueron insuficientes para justificar la privación de la autoridad parental de la peticionante sobre sus tres hijos y colocar a los dos menores en una institución. Las autoridades nacionales no lograron demostrar que, a pesar de la disponibilidad de soluciones menos radicales, la medida impugnada constituía la opción más apropiada al interés superior de los niños. En consecuencia, la interferencia con la vida familiar de la peticionante no era proporcional al objetivo legítimo perseguido.²⁴

Como reparación de los daños inmateriales, el TEDH recomendó otorgar a la peticionante el monto de 20.000 EUR, más cualquier impuesto que pueda ser imputable sobre ese monto.

19 Ídem, nota 5, párr. 90.

20 Ídem, nota 5, párr. 91.

21 Ídem, nota 5, párr. 92.

22 Ídem, nota 5, párr. 93.

23 Ídem, nota 5, párr. 94.

24 Ídem, nota 5, párr. 95.

4. Reflexiones finales

En este caso resulta evidente que los tribunales nacionales incurrieron en graves irregularidades al resolver la privación de la responsabilidad parental de Y.I.

En primer lugar, el trabajo desplegado por las autoridades locales no resultó ser el adecuado con relación al contexto de vulnerabilidad en el que se encontraba la peticionante, así como tampoco se realizó una intervención adecuada en el contexto intrafamiliar a efectos de preservar la integridad familiar.

En lo que respecta a los niños, niñas y adolescentes, en las cuestiones en que se encuentren involucrados, los órganos administrativos y judiciales deben aplicar todas las medidas de protección tendientes a preservar y fortalecer los vínculos familiares y orientar las decisiones a efectos que permanezcan en su familia de origen. Pues, en el caso concreto, en el contexto de vulnerabilidad en el que se encontraba Y.I., los tribunales podrían haber analizado el dictado medidas excepcionales y temporales proporcionales tendientes a recomponer el vínculo familiar.

Respecto del decisorio de los Tribunales de Moscú, me detendré a realizar las siguientes aclaraciones. En primer lugar, la sentencia refiere a la adicción de la peticionante como un obstáculo para ejercer su autoridad parental, sin considerar que se encontraba en tratamiento de rehabilitación para revertir su situación, y sin incorporar las declaraciones de los testigos como un elemento de prueba. En segundo lugar, la sentencia impugnada enfatiza en reiteradas oportunidades que la peticionante se encontraba desempleada como una condición negativa para ejercer sus deberes parentales. En relación a este punto, cabe advertir que en ningún caso la adopción de una medida excepcional puede fundarse en la falta de recursos económicos de la progenitora, pues el factor socioeconómico no encuentra relación alguna con el correcto o incorrecto ejercicio de la autoridad parental. Tampoco los tribunales nacionales consideraron que la resolución dictada implicaba la inmediata separación de los hermanos asignándolos en viviendas distintas y disociando los vínculos familiares, pues los órganos judiciales no advirtieron que tal decisión afecta gravemente el derecho a vivir en familia y el interés superior de los niños. Lo cierto es que la separación de los hermanos entre sí y respecto a su progenitora debe ser una medida excepcional y debe proceder solo cuando existan razones graves y determinantes que así lo justifiquen.

A mayor abundamiento, en relación con los estándares internacionales que abordan el tema, el derecho a la vida familiar resulta ser un principio rector al momento de adoptar una medida que atañe directamente a la persona de un niño o adolescente. El Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; que el niño permanezca en él, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. La excepcionalidad de la separación familiar encuentra su razón de ser en el hecho de que el disfrute mutuo de la convivencia entre progenitores e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia, siendo una de las interferencias más graves la que tiene por resultado la división de la misma.²⁵

25 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 72 y 77.

A la luz de los hechos suscitados, las medidas dictadas por los tribunales inferiores no guardan relación con el real contexto de la situación familiar. Lejos está de darse la situación de estricta excepcionalidad justificante de la separación definitiva de los tres niños de su madre –con la consiguiente pérdida de la responsabilidad parental– y su traslado a una institución. Sin perjuicio de las dificultades que ha tenido la progenitora con su adicción a las drogas, se desprende de los hechos que no se encuentra presente la situación de estricta excepcionalidad justificante de la separación definitiva de los niños respecto a su progenitora –con la consiguiente pérdida de la responsabilidad parental– y de su familia de origen.

Resulta a todas luces evidente que la sentencia de los tribunales nacionales implicó la declaración de una situación de desamparo y/o abandono por causas puramente económicas, de pobreza extrema, de situación de vulnerabilidad, lo cual no solo se encuentra vedado por la legislación vigente, sino que además es absolutamente contraria a la legislación que regula la materia; máxime cuando se evidencian las fallas del sistema para preservar los vínculos familiares de niñas, niños y/o adolescentes cuya progenitora padece de una pobreza estructural.

Las razones socioeconómicas y la carencia de recursos materiales no pueden constituir un fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación de un niño, niña o adolescente respecto a su familia. En contrario de ello, ante tal situación el Estado debe ejercer un rol de acompañamiento en pos de superar dichas dificultades.

No resulta ocioso destacar que, en todo momento, la peticionante ha expresado su voluntad de afrontar la crianza de sus hijos y reasumir su rol materno ante la superación de las dificultades originariamente presentadas, deseo que ha mantenido a lo largo de todo el proceso. Sumado a ello, sus hijos también han expresado en las instancias judiciales su deseo de mantener su vínculo con su progenitora y con su abuela.

Por otro lado, tampoco existió una situación de gravedad tal que justifique despojar a la madre de sus funciones maternas y separar a los niños de su núcleo familiar biológico, con todo lo que ello implica. El prolongado período durante el cual los niños permanecieron separados de su madre, sumado a sus condiciones socioeconómicas, requería una urgente intervención de las autoridades locales, a efectos de procurar asistencia psicológica, social, y recomponer la dinámica familiar. Pues nada de eso ocurrió.

En conclusión, el TEDH acertadamente resolvió que los motivos invocados por los tribunales nacionales fueron insuficientes para justificar la privación de la autoridad parental de la peticionante sobre sus tres hijos y colocar a los dos menores en la atención pública, y que las autoridades nacionales no demostraron de manera convincente que, a pesar de la disponibilidad de soluciones menos radicales, la medida impugnada constituía la opción más apropiada correspondiente al interés superior de los niños.

Violación a la vida privada. Cancelación de títulos universitarios

TEDH, *Affaire Convertito et autres c. Roumanie*, 3 de marzo de 2020

Por Guillermo E. Cony¹

En el fallo que comentaré de la Cuarta Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se analizó la violación del derecho a la vida privada de los demandantes, que vieron cancelados sus títulos universitarios por irregularidades administrativas atribuibles a la Universidad que los expidió y al Ministerio de Educación de ese país.

I. Hechos del caso

El caso trata sobre cinco ciudadanos italianos que realizaron sus estudios de odontología en la Universidad de Oradea, Rumania, y que, una vez recibidos, sus títulos fueron cancelados por la propia Universidad ante un planteo del Ministerio de Educación de que se habían cometido irregularidades administrativas al momento de sus inscripciones.

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad Nacional de Moreno). Profesor Adjunto Derechos Humanos y Garantías (UBA). Secretario Legal y Técnico de la Universidad Nacional de Moreno.

Los demandantes se inscribieron en la Facultad de Medicina y Farmacia para cursar la carrera de Especialización en Medicina Dental (Odontología) entre los años 2003 y 2004. Sus formularios de inscripción fueron aceptados por el decano de la Universidad que, en la columna reservada para indicar el número de aprobación asignado por el Ministerio de Educación, consignó las palabras “en proceso”. Esta observación permite suponer que las inscripciones eran provisorias, pues se encontraban pendientes de aprobación por el Ministerio de Educación. No obstante ello, los demandantes comenzaron sus estudios.

En el año 2005 el Ministerio de Educación emitió las cartas de aceptación a cuatro de ellos, aclarando que las inscripciones serían válidas a partir del año académico siguiente (2005-2006). Los demandantes, que ya habían comenzado a cursar, continuaron sus estudios por los que abonaban cuotas mensuales de alrededor de 300 euros.

En el año 2008 el presidente de la Universidad² advirtió al Ministerio de Educación sobre la necesidad de enviar la carta de aceptación al estudiante restante lo antes posible para evitar posibles consecuencias negativas al momento de la culminación de sus estudios. Dicha aceptación fue emitida en el año 2009.

Entre 2008 y 2009 los estudiantes debieron rendir por exigencia de la Universidad, pruebas de dominio del idioma rumano, que aprobaron, y se les expidieron certificados de competencia lingüística. Los cinco certificados fueron emitidos por el decano de la Facultad de Letras de la misma Universidad.

A principios de 2009 tuvo lugar un intercambio entre el presidente de la Universidad y el Ministerio de Educación sobre las cartas de aceptación de 39 estudiantes extranjeros, entre los que estaban incluidos los cinco demandantes. Este intercambio reveló que uno de los cinco estudiantes no había recibido su carta de aceptación y que las otras cuatro se habían emitido no para el año académico de su registro sino para el siguiente.

En este contexto, el presidente de la Universidad solicitó dos veces la opinión del Ministerio de Educación sobre la conveniencia de que todos estos estudiantes rindieran los exámenes finales de la carrera, ante las irregularidades señaladas. Además, le pidió al decano de la Facultad de Medicina y Farmacia que no autorizara la inscripción de los estudiantes para sus exámenes finales hasta obtener la confirmación oficial de la regularidad de la situación.

En febrero de 2009 el departamento legal del Ministerio de Educación envió una nota informativa al presidente de la Universidad, en la que consignó que

La universidad está obligada a emitir diplomas estatales a los ciudadanos extranjeros que hayan aprobado sus exámenes finales. Las eventuales consecuencias negativas derivadas de la situación presentada correrán a cargo de quienes no hayan cumplido con sus obligaciones, especialmente porque el principio de autonomía universitaria está directamente relacionado con el principio de responsabilidad personal y pública por la calidad de la actividad educativa y de la investigación científica.³

² Cargo equivalente al Rector en nuestro país.

³ TEDH, *Affaire Convertito et autres c. Roumanie*, Application n° 30547/14, de 3 de marzo de 2020, párr. 8.

Entre septiembre de 2009 y septiembre de 2010, el Senado Universitario⁴ decidió aceptar la propuesta del decano de la Facultad de Medicina y Farmacia, que consistía en autorizar a los cinco demandantes a participar en los exámenes finales de la carrera.

Después de seis años de estudio, los primeros cuatro demandantes rindieron y aprobaron los exámenes que daban derecho al diploma estatal en medicina dental organizado para la sesión de febrero de 2010 y fueron emitidos sus diplomas. El quinto estudiante lo hizo en septiembre de 2010 y recibió el diploma dos meses más tarde.

Después de obtener sus diplomas, los solicitantes tomaron medidas para que estos documentos fueran reconocidos por las autoridades italianas a fin de comenzar a ejercer como especialistas en odontología en su país de origen.

En el contexto de una investigación llevada a cabo por el Ministerio de Educación rumano en 2011 a solicitud de las autoridades italianas, se procedió a verificar la autenticidad de los diplomas de 54 estudiantes extranjeros de diferentes universidades, entre los que estaban incluidos los demandantes. El organismo emitió un informe en el que verificó irregularidades en la entrega tardía de los formularios de admisión. Como consecuencia de ello, el Ministerio de Educación solicitó al presidente de la Universidad de Oradea que cancelara los diplomas de los demandantes. Por dos decisiones del año 2011, el Senado y el presidente de la Universidad anularon los diplomas.

Ante tal situación los demandantes impugnaron administrativamente la decisión, aunque sus planteos fueron desestimados por las autoridades de la Universidad. Frente a ello, interpusieron una acción judicial.

II. Agotamiento de la jurisdicción interna

En primera instancia, el tribunal interviniente dio la razón a los demandantes y ordenó dejar sin efecto las decisiones administrativas cancelatorias de los diplomas emitidos.

Esta sentencia fue revocada por el tribunal de apelación, que desestimó los planteos de los demandantes al considerar que no habían cumplido las regulaciones vigentes en materia de inscripciones a las universidades, al haber comenzado sus estudios antes de lo que consignaran las cartas de aceptación y no haber cumplido en debido tiempo con la certificación del dominio del idioma rumano.

⁴ Máxima autoridad colegiada de la Universidad.

III. El marco legal interno

Las normas internas referidas a las cuestiones debatidas, en lo pertinente establecen las siguientes obligaciones para los extranjeros que quieran cursar estudios universitarios en Rumania:

- 1) Los aspirantes extranjeros deben presentar ante la universidad a la que quieren asistir su respectivo diploma de bachillerato, así como la certificación que acredite la finalización exitosa del año preparatorio con el certificado de dominio del idioma, para que sea autorizada por el Ministerio de Educación;
- 2) La decisión final de inscribir a estudiantes extranjeros será emitida por la administración de la respectiva universidad solo después de haber obtenido la aprobación por escrito del Ministerio de Educación a la solicitud remitida;
- 3) La Universidad debe solicitar al departamento con competencia específica del Ministerio de Educación el reconocimiento y equivalencia de los diplomas de estudios proporcionados por los candidatos. Este departamento especializado está obligado a responder a esta solicitud, por escrito, dentro de los 30 días posteriores a su recepción;
- 4) Una vez recibida la aprobación por escrito por parte del Ministerio, la autoridad universitaria puede emitir la aceptación formal de la inscripción;
- 5) El presidente de la universidad puede cancelar, después de la aprobación del Senado de la Universidad, un certificado o un diploma de estudios si existe evidencia de que el documento en cuestión se obtuvo por medios fraudulentos o en violación a los reglamentos universitarios.

IV. La demanda ante el TEDH

Así planteada la situación, los demandantes interpusieron su demanda ante el TEDH e invocaron la violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por considerar que la cancelación imprevisible de sus diplomas universitarios, después de seis años de educación superior exitosa, infringía el derecho al respeto de su vida privada, ya que las irregularidades administrativas alegadas en su contra eran atribuibles a la administración universitaria y al Ministerio de Educación, de manera exclusiva.

El Estado, por su parte, consideró que los solicitantes no habían demostrado la afectación a su vida privada porque no acreditaron que durante sus estudios hubiesen establecido vínculos con la comunidad fuera de las relaciones administrativas específicas de cualquier curso universitario. Sumado a ello, la decisión de los demandantes de ejercer sus profesiones en territorio italiano, confirmaría que no tenían relaciones personales y profesionales suficientemente desarrolladas en el sentido del artículo 8 de la Convención.

V. La sentencia

El TEDH observó que era obvio que los solicitantes tenían planes de obtener un diploma oficial en medicina dental para poder ejercer una profesión en ese campo. Con ese fin, habían completado los seis años de estudio y obtenido sus diplomas, condición necesaria para acceder a la profesión.

En este contexto, la cancelación de sus diplomas tuvo consecuencias no solo en la forma en que habían forjado su identidad social a través del desarrollo de relaciones con otros, sino también en su vida profesional en la medida en que se cuestionó su nivel de calificación y su intención de embarcarse en la carrera que imaginaban que se vio repentinamente frustrada. Consideró que la medida impugnada impactó sobre el derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 de la Convención, por lo que declaró admisible la demanda.⁵

En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal reafirmó que, conforme lo señalado en el punto precedente, en las circunstancias del caso la anulación de los diplomas estatales de los demandantes constituyó una interferencia con el ejercicio por parte de los solicitantes del derecho al respeto de su vida privada.

Pasó luego a examinar si la interferencia con la vida privada de los demandantes podía encontrar justificación en el punto 2 del artículo 8 de la Convención, esto es, si fue realizada “de conformidad con la ley”, o si fue una acción “necesaria en una sociedad democrática” para lograr uno u otro de los “objetivos legítimos” enumerados en este texto.

Para ello analizó los argumentos esgrimidos en la sentencia del tribunal local que rechazó el planteo de los demandantes. El rechazo a la pretensión de los demandantes se fundamentó en tres argumentos: a) la demora en la emisión de cartas de aceptación; b) la demora en la obtención de los certificados de competencia lingüística; y c) la ausencia de la firma del presidente de la Universidad en los formularios de inscripción de los demandantes. Aunque el tribunal nacional señaló que el motivo decisivo para fundar la decisión de cancelación de los diplomas fue la demora en la emisión de las cartas de aceptación de los formularios de inscripción.

Al analizar estos argumentos, el TEDH entendió que las demoras incurridas en la presentación de los formularios de inscripción al Ministerio de Educación, así como la demora en la obtención de los certificados de aptitudes lingüísticas no pueden ser atribuidas a los demandantes.⁶

En cuanto a los objetivos legítimos para interferir con la vida privada de los demandantes, el Estado justificó la cancelación de los diplomas por la necesidad de garantizar la protección de la salud de la población y la educación superior de calidad. A criterio del Tribunal Europeo esta finalidad puede considerarse comprendida dentro de los conceptos de “orden” y “protección de los derechos de los demás”, es decir, los de las personas que buscan la atención que los demandantes en tanto profesionales de la salud, podrían haberles brindado. Por ello, consideró necesario verificar si la injerencia en

⁵ Ídem, nota 3, párr. 28.

⁶ Íbidem, párr. 44.

cuestión puede ser considerada “necesaria en una sociedad democrática” y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla eran pertinentes y suficientes.

Sobre ese punto, el TEDH consideró que, al ser los formularios de inscripción emitidos y firmados por una autoridad universitaria, antes de obtener las cartas de aceptación y los certificados de competencia lingüística, los demandantes pudieron sentirse habilitados para cursar la carrera universitaria de odontología. Y no solo eso, sino que también las autoridades universitarias les habían permitido participar en los exámenes finales. Ello significa que los demandantes en ningún caso hubiesen cursado los seis años de estudios si la universidad hubiera rechazado *ab initio* su registro administrativo. Además, debe considerarse que el Senado Universitario, a propuesta del decano de la Facultad de Medicina y Farmacia y de acuerdo con el principio de autonomía universitaria, confirmó la legalidad de la situación administrativa de los solicitantes y validó su participación en exámenes de fin de estudio en 2009 y 2010.

Es por ello que debía analizar las decisiones que se justificaban en una diferencia de criterios entre la administración de la Universidad y el Ministerio de Educación sobre la emisión tardía de cartas de aceptación de los solicitantes. Para el Tribunal, esta situación de incertidumbre e inconsistencia no es responsabilidad en modo alguno de los demandantes.⁷

Adicionalmente, el TEDH observó que, al cancelar los diplomas estatales de los demandantes, las autoridades universitarias habían cambiado abruptamente su situación profesional, cuando los demandantes habían cumplido con todos los requisitos propios de la vida académica: certificaron sus estudios secundarios, cursaron la carrera, aprobaron los exámenes de competencia lingüística, y aprobaron el examen final. Por tanto, no había razón para considerar que no obtuvieron la capacitación suficiente para obtener el título que habilita al ejercicio profesional.⁸

Por tales razones, el TEDH consideró que las medidas denunciadas no podían satisfacer una necesidad social apremiante y que, en cualquier caso, no eran proporcionales a los objetivos legítimos perseguidos. Por lo tanto, no eran necesarias en una sociedad democrática.

VI. Consideraciones a partir del fallo analizado

El TEDH realiza una interpretación amplia respecto de la protección a la vida privada a partir de criterios que fue delineando en distintos precedentes.

Por ejemplo, en el caso *Niemetz c. Alemania*⁹ puntualizó que no resulta posible ni necesario intentar una definición exhaustiva del concepto de vida privada. Y agregó que sería demasiado restrictivo limitar la noción a un círculo íntimo en el que el individuo puede vivir su propia vida personal a su elección y excluir de ella por completo el mundo exterior no incluido dentro de ese círculo. El respeto a la vida privada también debe comprender en cierta medida el derecho a establecer y desarrollar

⁷ Ídem, nota 3, párr. 51.

⁸ Ídem, nota 3, párr. 52.

⁹ TEDH, *Case of Niemetz v. Germany*, Application n°. 13710/88, de 16 de diciembre de 1992.

relaciones con otros seres humanos. Por último, tampoco debe excluirse de la noción de vida privada las actividades de carácter profesional o empresarial, ya que, después de todo, es en el curso de su vida laboral donde la mayoría de las personas tienen una oportunidad significativa de desarrollar relaciones con el mundo exterior.

Al respecto, me interesa vincular ese concepto de vida privada con otra construcción que intentó elaborar la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculada con la afectación al *proyecto de vida*. Me refiero al proyecto de vida no como rubro indemnizatorio, sino como el reconocimiento de un límite al poder estatal para no interferir con las elecciones de sus habitantes.

En la sentencia de reparaciones del caso Loayza Tamayo V. Perú la Corte IDH sostuvo:

El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Dificilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. *Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.*¹⁰

Entiendo que esta consideración es perfectamente aplicable a los cinco graduados italianos del caso que aquí comento. No obstante, debo aclarar que la Corte IDH ha dejado de emplear el concepto del proyecto de vida “debido a las complejidades conlleva su implementación”.¹¹

También me permito señalar la particularidad con la que es presentado ante el TEDH el concepto de autonomía universitaria. Debo recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado que la noción de autonomía universitaria implica la libertad académica y de cátedra en las instituciones universitarias, así como la facultad que se les concede de redactar por sí mismas sus estatutos y la designación de su claustro docente y autoridades. La autonomía conlleva la libertad académica referente a la organización y el gobierno de los claustros que represente una independencia tal que le permita alcanzar los objetivos para los que fueron creadas; y una libertad doctrinal o de cátedra, que posibilite a los docentes poner en cuestión la ciencia recibida, para investigar nuevas fronteras de lo cognoscible, para transmitir versiones propias de la ciencia, no reproductivas de versiones establecidas.¹²

Por su parte, en el fallo comentado la autonomía universitaria se esboza como una obligación de las instituciones universitarias de responder por la calidad de la actividad educativa y de la investigación científica:

10 Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 147.

11 Cf. Ayala Corao, C. y Rivero M. D. (2014). Comentario al artículo 4. Derecho a la vida. En Ch. Steiner y P. Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Comentario*. Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

12 Véase al respecto, Ylarri, J. S. (2012). La Autonomía y Autarquía de las Universidades Nacionales. *Administración & Derecho. Revista de doctrina y jurisprudencia*, 3, 145-169.

La universidad tiene la obligación de expedir diplomas estatales a los ciudadanos extranjeros que hayan superado los exámenes de graduación. Las consecuencias negativas que se deriven de la situación presentada serán soportadas por quienes no hayan cumplido con sus obligaciones, especialmente porque el principio de autonomía universitaria está directamente vinculado al principio de responsabilidad personal y pública por la calidad de la actividad educativa e investigación científica.¹³

VII. Conclusión

Entiendo que la doctrina sentada en el caso analizado permite destacar la importante labor de los órganos de los sistemas de protección a los derechos humanos, actuando como límite frente a las desviaciones de los organismos estatales, aun cuando dicha situación se genere en órganos autónomos como son las universidades.

¹³ Ídem, nota 3, párr. 8.

Derecho a la vida. Uso excesivo de la fuerza letal

TEDH, *Case of Kukhalashvili and others v. Georgia*, 2 de abril de 2020

Por Juan Manuel Carreño Martínez¹

Las cárceles como espacios de violación a los derechos humanos

*Admitamos que la ley esté destinada a definir infracciones,
que el aparato penal tenga como fin reducirlas
y que la prisión sea el instrumento de esta represión.
Entonces hay que levantar un acta de fracaso o más bien [...] hay que asombrarse de que desde hace 150 años,
la proclamación del fracaso de la prisión
haya ido siempre acompañada de su mantenimiento.*

Michel Foucault ²

Uno de los más graves problemas que afrontan hoy en día muchos Estados es la crisis de sus sistemas carcelarios y penitenciarios. De hecho, las noticias al respecto son cada vez más preocupantes.³ Aunque no se pueden desconocer los esfuerzos realizados para mejorar esta situación, las soluciones que

¹ Politólogo (Universidad del Rosario de Bogotá). Maestrando en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Fue parte del *Comité de Solidaridad con los Presos Políticos (CSPP)* en Colombia. Cuenta con experiencia en el seguimiento de violaciones a los DDHH en el marco del conflicto social y armado colombiano, política penitenciaria, carcelaria y paz.

² Foucault, M. (2005 [1975]). *Vigilar y Castigar*. México: Siglo XXI, p. 268.

³ Lucas, A. (2020). El Explosivo Reto De Gestionar La Crisis En Las Cárceles, El País. Recuperado de <https://elpais.com/internacional/2020-05-10/el-explosivo-reto-de-gestionar-la-crisis-en-las-carceles.html>

han sido planteadas no han dado los resultados buscados y requeridos; no necesariamente porque se hubieran tomado decisiones inadecuadas, sino porque el desarrollo de este sistema depende no solo de sus elementos internos, sino también de todas las actuaciones que se realicen en diferentes materias, tales como el derecho penal, las políticas gubernamentales, la transformación del enfoque en la política criminal y los problemas sociales y económicos, entre otras.

Por esto es relevante una revisión de la situación de uno de los sectores sociales que con mayor frecuencia ven transgredidos sus derechos fundamentales: las personas privadas de la libertad. Esto es así, en primera medida, porque la frecuencia de violaciones de estos derechos es muy alta, casi que permanente; y en segundo lugar, porque esta violación sistemática a los derechos fundamentales de los reclusos⁴ es producto del uso indiscriminado y excesivo de fuerza, lo que a su vez se configura como tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Así entonces, este comentario busca analizar el reciente fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Kukhalashvili y otros”, en el que se encontraron graves actuaciones por parte de los agentes de custodia, faltando así al derecho a la vida (art. 2 CEDH); haciendo consideraciones importantes sobre la garantía al debido proceso (art. 13 CEDH), el uso proporcional de la fuerza, y el acceso a servicios médicos para las personas privadas de la libertad.⁵

Caso Kukhalashvili y otros vs. Georgia

Los principales demandantes, Sofio Kukhalashvili, Marina Gordadze y Rusudan Chitashvili son la hermana y la madre de Z.K, y la madre de A.B, dos hombres que estaban presos en la prisión número 5 de Tiflis, capital de Georgia, y murieron durante una operación policial antidisturbios dentro de la prisión, en marzo de 2006. Z.K. y A.B. tenían 23 y 29 años, respectivamente.

El operativo antidisturbios se llevó a cabo en respuesta a unos disturbios ocasionados al interior de la prisión, luego de que seis supuestos jefes criminales de alto perfil y sus asociados más cercanos fueran trasladados hacia un hospital de prisiones. Con esa decisión las autoridades tenían como objetivo reducir la supuesta influencia de esos jefes criminales dentro de las penitenciarías, pero el rechazo que generó la medida terminó con fuertes disturbios en dos cárceles cercanas, la Prisión número 1 y número 5.⁶

Las autoridades utilizaron un escuadrón policial para la activación de los protocolos necesarios para controlar y disolver los disturbios en la prisión número 5, donde fueron particularmente más fuertes,

4 Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (2005). *Colapso del sistema carcelario*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 152.

5 OHCHR, *Reglas Mínimas Para El Tratamiento De Los Reclusos*, 13 de mayo de 1977, párr. 22: “Todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado”.

6 TEDH, *Case of Kukhalashvili and others v. Georgia*, Application n° 8938/07 y 41891/07, de 2 de abril de 2020, párr. 3.

y lograron hacerlo. El incidente provocó la muerte de siete reclusos y dejó como saldo veintidós reclusos y dos funcionarios de la prisión heridos.

Los demandantes obtuvieron de los fiscales documentos relacionados con la muerte de sus familiares, en los que se mostraba que ambos habían sufrido heridas de bala. Los fiscales declararon por separado a cada familia que se había usado fuerza letal contra Z.K. y A.B. “en un momento de extrema urgencia”.⁷ La Fiscalía se negó a otorgarles a los demandantes la condición de parte civil en los procesos por la muerte de sus familiares.

Por otro lado, la información facilitada por el Gobierno al Tribunal de Estrasburgo muestra que, entre otras cosas, las autoridades llevaron a cabo investigaciones sobre el motín y el uso de la fuerza por parte de la Policía. Seis prisioneros, los presuntos jefes criminales y sus asociados cercanos fueron finalmente acusados de instigadores del motín y condenados a prisión. El tribunal de primera instancia estableció que los presos de la prisión número 5 habían arrojado pedazos de ladrillo y hierros a los oficiales de la prisión y que el escuadrón antidisturbios había respondido con balas de goma. Los reclusos, entonces, habían disparado armas de fuego y pistolas de gas, resistiendo hasta la intervención final de los funcionarios de prisiones y las fuerzas antidisturbios.

Los fiscales también iniciaron actuaciones sobre un posible abuso de la fuerza por parte de la policía y oficiales de la prisión al abrir fuego durante los disturbios y por posible homicidio por las muertes de Z.K. y A.B. Algunas medidas de investigación fueron tomadas en el primer caso, pero no está claro si también se tomaron con respecto a Z.K. y A.B.

Basándose en los artículos 2 y 13 de la CEDH, los solicitantes denunciaron que el Estado era responsable de la muerte de sus familiares y que las autoridades habían llevado a cabo una investigación ineficaz. Las demandas fueron presentadas ante el TEDH el 26 de enero y el 14 agosto de 2007.

Análisis y Decisión de la Corte

Sobre el artículo 2 y artículo 13

Frente a la obligación de investigar, el TEDH examinó primero las denuncias de los demandantes desde el punto de vista del deber del Estado de llevar a cabo una investigación efectiva sobre muertes ilegales o sospechosas (el aspecto procesal del artículo 2), reiterando su jurisprudencia al respecto.⁸

Según información proporcionada por el Gobierno, solo existió una investigación sobre el uso desproporcionado de la fuerza por parte de los funcionarios de la prisión, que además no comenzó sino hasta junio de 2006, lo que para el Tribunal fue una demora demasiado larga, teniendo en cuenta

⁷ Ídem, nota 6, párr. 5.

⁸ TEDH, *Case of Kontrová v Eslovaquia*, Application n° 7510/04 de 31 de mayo de 2007.

la escala del incidente y la perspectiva de que no sería posible, después de tanto tiempo, recuperar información probatoria importante.

Como es bien sabido, y lo recalca de nuevo en este caso el TEDH, la protección de los derechos de los ciudadanos es un pilar fundamental del Estado que no solo requiere de un sistema orgánico y procedimental público destinado a hacer efectiva la justicia, para que de esa manera sea de fácil acceso para las personas, sino también de un personal de jueces y tribunales capacitados e idóneos para la protección de esos derechos.⁹

Como encontró probado el Tribunal, las autoridades inicialmente se habían negado a abrir una investigación separada sobre el presunto uso desproporcionado de la fuerza letal, con el argumento de que esa disposición ya había sido resuelta en el desarrollo de la investigación por la causa penal contra los seis presuntos organizadores de los disturbios. Sumado a esto, la investigación había sido realizada por el mismo organismo que había llevado a cabo el accionar antidisturbios —el departamento de Seguridad de Prisiones— y tampoco se examinó la planificación de la operación o el uso de la fuerza letal o física que provocó la muerte y las lesiones de los prisioneros.

Incluso se supo que en junio de 2006, cuando las autoridades abrieron una investigación penal sobre el uso de la fuerza letal, los demandantes no habían sido involucrados como víctimas, privándolos de importantes derechos procesales. El TEDH concluyó que la investigación penal sobre el uso de la fuerza por parte de las fuerzas del orden pareció ser ineficaz o virtualmente inexistente, no solo por su inicio tardío y su falta de independencia y parcialidad, sino también por la falta de participación de los familiares y las demoras prohibitivas de la parte procesal del artículo 2 de la CEDH.¹⁰ Ante tal conclusión, determinó que no era una cuestión menor pensar en la necesidad de realizar una investigación separada y que, al no hacerlo, surgió una violación a los familiares en virtud del artículo 13 de la CEDH, de acuerdo a lo afirmado en anteriores fallos.¹¹

Uso de la fuerza

A continuación, el Tribunal examinó si el uso de fuerza letal había sido legítimo —aspecto sustantivo del artículo 2.2 del CEDH—.

El TEDH no tenía información directa sobre los hechos ocurridos en la prisión, por lo que tuvo que depender de observaciones externas de las dependencias judiciales. Sin embargo, los tribunales georgianos todavía estaban examinando si había existido o no una violación en el uso de la fuerza, además de que no se había realizado aún una investigación judicial pertinente. Ello llevó a que el TEDH considerara lamentable el actuar del Estado, dada la magnitud del incidente.¹²

9 TEDH, *Case of Kukhalashvili and others v. Georgia*, Application n° 8938/07 y 41891/07 cit., párr. 4.

10 Ídem, nota 9, párr. 18.

11 TEDH, *Case of A. v. Croatia*, Application n° 55164/08, primera sección, de 14 de octubre de 2010.

12 Para profundizar en jurisprudencia interamericana sobre este aspecto, ver Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, Serie C No. 150, 5 de julio de 2006.

Por lo tanto, era tarea del gobierno demandado explicar de manera honesta y convincente la secuencia de los hechos y confrontar y refutar con pruebas sólidas las alegaciones de los solicitantes sobre el uso desproporcionado de la fuerza por parte de agentes del Estado. A pesar de todo, el Gobierno no logró persuadir al Tribunal, que además aprovechó las pruebas que se encontraban a su disposición, como los informes de organizaciones de derechos humanos como Amnistía Internacional y Human Rights Watch. Las conclusiones fácticas a las que llegó el TEDH debían basarse en el estándar de prueba “más allá de duda razonable”.¹³

El Convenio Europeo no se limita a obligar a las más altas autoridades del Estado a que respeten los derechos que ampara, sino que también tienen que impedir y sancionar la violación por los niveles inferiores, a través de la capacitación y la realización del correcto seguimiento de las situaciones que se consideran violatorias de los derechos humanos.

Al examinar la evidencia disponible, el Tribunal concluyó que la conducta de los internos que se habían atrincherado en la prisión y que habían disparado contra los agentes del orden durante los disturbios mostró ciertos signos de intento de levantamiento. El Estado demandado, confrontado con la violencia ilícita y el riesgo de una insurrección, podría por tanto recurrir a medidas que implicaran fuerza potencialmente letal, que podría conciliarse con los objetivos establecidos en el artículo 2, incisos (a) y (c) del CEDH.

Sin embargo, quedaba pendiente la cuestión de si el recurso de la fuerza letal era “absolutamente necesario”,¹⁴ especialmente a la luz del número de personas muertas o heridas. Al evaluar la proporcionalidad del uso de fuerza letal, el Tribunal señaló que las autoridades habían sido conscientes de la posibilidad de que durante el traslado de los seis presuntos jefes criminales y sus asociados instigaran o iniciaran problemas dentro de la prisión. Sin embargo, el escuadrón antidisturbios nunca recibió instrucciones u órdenes específicas sobre la forma, intensidad o posibilidad en el uso de la fuerza letal con el objetivo de reducir las víctimas al mínimo.

El Gobierno tampoco demostró que la brigada antidisturbios hubiera actuado de forma controlada y sistemática o con una clara cadena de mando. Según la evidencia recopilada por Human Rights Watch, las autoridades ni siquiera sabían exactamente quién estaba a cargo del operativo antidisturbios, lo que a toda luz viola los estándares frente al uso de armas de fuego por parte de efectivos policiales.¹⁵ El Tribunal, además, observó que existían informes fidedignos, documentados tanto por autoridades nacionales, como por observadores internacionales, sobre numerosos detenidos que habían sido maltratados por agentes de las fuerzas especiales e incluso fusilados en sus celdas, a pesar de que no habían opuesto resistencia.

Al parecer, las autoridades tampoco habían pensado en utilizar gas lacrimógeno o cañones de agua –para darle así un nivel escalonado y racional al uso de la fuerza–, lo que aparentemente es una consecuencia

13 TEDH, *Case of Ireland v. United Kingdom*, Application 5310/71 de 18 enero de 1978.

14 TEDH, *Case of A. v. United Kingdom*, Application n° 25599/94, 23 de septiembre de 1998.

15 OHCHR (2003). *Normativa y Práctica de los Derechos Humanos para la Policía*, pp. 44-46, N° de S.03.XIV.7 Ginebra.

de la falta de planificación estratégica, así como tampoco se había tenido suficiente consideración sobre la posibilidad de superar la crisis mediante la negociación con los prisioneros. Además, las autoridades no habían brindado una asistencia médica adecuada a los reclusos después de finalizada la operación antidisturbios.¹⁶ Por último, las autoridades nacionales no habían proporcionado información sobre el destino de los dos familiares de los demandantes, que habían muerto durante la operación.

Consideraciones finales

El TEDH concluyó que Z.K. y A.B. habían muerto como resultado de una fuerza letal que, aunque perseguía objetivos legítimos en virtud del artículo 2, no podía decirse que fuera “absolutamente necesaria”.

El Tribunal reiteró que el operativo antidisturbios no se había realizado de manera controlada y sistemática y que los agentes de custodia no habían recibido órdenes e instrucciones claras destinadas a minimizar el riesgo, sobre todo si se toman en cuenta los estándares europeos sobre el tema. Las autoridades no habían considerado medios menos violentos para hacer frente al incidente de seguridad, como la posibilidad de resolver la crisis mediante negociaciones, para, de esa manera, poner por encima la vida (art. 2, CEDH).

El uso de fuerza letal durante la operación antidisturbios había sido indiscriminado, excesivo y desproporcionado, además de que las autoridades no habían proporcionado asistencia médica adecuada a los afectados, lo que violó las Reglas de Mandela. En este sentido, el personal de salud debió realizar inspecciones regulares y emitir informes y recomendaciones para mejorar las condiciones de estancia –Reglas 33 y 35–.

El “modelo penitenciario de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas” hace mención a la obligación de la autoridad penitenciaria de velar por condiciones dignas de vida de las personas en privación de libertad; es decir por el acceso, en todo momento, a los servicios de salud, entre otras cosas. Además, las instalaciones deben tomar en cuenta las necesidades especiales de las personas enfermas, con discapacidad, adolescentes, mujeres embarazadas, madres lactantes y adultos mayores entre otras, garantizando la privacidad y dignidad de las personas en privación de libertad.

La autoridad penitenciaria, en vez de procurar la efectiva readaptación o resocialización como lo ordena la ley, ni siquiera logra garantizar el mínimo de las condiciones requeridas. Hacer de las cárceles sitios dignos donde se desenvuelva la comunidad carcelaria o aplicar un tratamiento penitenciario efectivo que cambie las realidades sociales penitenciarias y carcelarias evitará que se generen lugares con altos índices de violación de derechos humanos. El Estado debe enfocarse en garantizarles a todas las personas condiciones de vida dignas.

Es así como el TEDH concluyó que la operación antidisturbios había resultado en una violación del artículo 2 en su aspecto sustantivo.

¹⁶ OHCHR, *Reglas Mínimas Para El Tratamiento De Los Reclusos*, párr. 22.

Adopción. Consentimiento de la madre biológica

TEDH, *Affaire Omorefe c. Espagne*, 23 de junio de 2020

Por Alicia A. Carnaval¹

1. Presentación

La intención de este trabajo es compartir uno de los planteos trascendentes del derecho de familia, que se presenta en la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) y a cuyo desarrollo y análisis procedo a continuación.

Destaco ante todo que no solo los enfoques son enriquecedores y de gran importancia, sino que acompañan al movimiento transformador y en constante evolución del derecho de familia o de las familias, de corte constitucional y convencional.

1.1. Los hechos del caso

La denunciante ante el TEDH en este caso es P.O., ciudadana nigeriana, nacida en 1976, residente en Pamplona. El 7 de diciembre de 2008, nació un niño prematuro, cuya madre biológica es la aquí requirente. En ese momento, vivía en una situación migratoria irregular, tenía dificultades personales y familiares –entre ellas, ausencia de recursos, vivienda y trabajo–, e invocando dichos motivos, el 3 de

¹ Abogada. Traductora Pública (francés). Responsable Sección Legislación y Jurisprudencia extranjera de la *Revista Derecho de Familia* de Abeledo Perrot. Profesora Consulta Adjunta (Facultad de Derecho, UBA).

febrero de 2009 solicitó que su hijo fuera acogido bajo tutela en un Centro de Protección del Gobierno regional de Navarra, España. Al mes siguiente, el niño fue declarado en situación legal de abandono por la Dirección General de la Familia y la Infancia (en adelante, DGFI) y llevado a un Centro de Acogimiento, administrado por la asociación Xilema, habiendo la Administración asumido su tutela.

En ese sentido, se suspendió la responsabilidad parental de la madre biológica, aunque se mantuvo tanto el régimen de visitas fijado por las autoridades como el derecho de los progenitores del niño a ser informados de su situación, salvo decisión judicial en contrario.

Al mes siguiente, la madre fue informada de que la medida decidida había sido el acogimiento familiar en un Centro de Protección y que su hijo podría reintegrarse en breve a su familia biológica, siempre que sus padres cumplieran con ciertos objetivos y que en caso de que ello no ocurriera, se tomaría una medida de protección más severa.

El 25 de marzo de 2009, la Comisión de Evaluación del Gobierno de Navarra propuso implementar una medida de acogimiento familiar preadoptivo del niño, fundada en que la madre no asistía a todas las visitas programadas con su hijo, y que cuando lo hacía, demostraba un desapego evidente en dichos encuentros; que no realizaba las gestiones para regularizar su situación en España, que se encontraba en una situación personal muy inestable y que no se avizoraba que pudiera encarar los objetivos que se le habían señalado. Asimismo, se precisó que la madre no se oponía al acogimiento familiar del niño, pero que insistía en solicitar que dicha medida no la prive del contacto con su hijo.

La DGFI mediante una decisión del 8 de mayo de 2009 suspendió las visitas de la madre del niño, debido a una falta de frecuencia adecuada y a las dificultades que esta tenía para establecer un vínculo afectivo con el niño.

El 25 de mayo de 2009, dicha dirección solicitó al juez de Primera Instancia de Pamplona la declaración provisoria del niño en acogimiento familiar preadoptivo, así como decidió privar a la madre de su responsabilidad parental.

Finalmente, el niño fue declarado en situación de acogimiento familiar preadoptivo por decisión judicial.

1.1.1. Procedimiento judicial de oposición a la adopción, ante la ausencia de consentimiento del progenitor

El 22 de julio de 2009 la presentante se opuso, mediante la vía judicial, a la propuesta de la DGFI, según la cual su consentimiento para la adopción no era necesario debido a que ella habría faltado a sus deberes parentales.

En su informe del 22 de setiembre de 2009, la DGFI estimó que suponer que la requirente llegaría a desarrollar sus aptitudes parentales y estabilizar su situación personal y profesional en el nivel solicitado era imposible y que mientras tanto el niño ya se habría arraigado a su familia de acogida, con la que habría creado vínculos y, por otra parte, que el retorno con su madre biológica no podría

luego ser posible, dado que se provocaría un trauma psicológico de consecuencias emocionales muy negativas para su desarrollo futuro.

Mediante sentencia del 28 de enero de 2010, el juez de Primera Instancia de Pamplona rechazó la oposición de la presentante, estimando que existían motivos para privarla de la responsabilidad parental y limitó su intervención en el procedimiento de adopción a la simple participación en la audiencia.

Ante dicha decisión, la solicitante interpuso recurso de apelación. El 10 de febrero de 2012 la Audiencia provincial de Navarra hizo lugar al recurso interpuesto, concluyendo que la adopción no podía tener lugar sin el consentimiento de la madre y sin hacer uso del derecho de defensa.

Contrariamente a las afirmaciones de la sentencia de primera instancia, la Audiencia provincial recordó que el único caso en el que sería posible no solicitar el asentimiento de la madre biológica para la adopción de su hijo sería la existencia de un motivo legal de pérdida de la responsabilidad parental, y que tal motivo solo podría apreciarse en el marco de un procedimiento judicial contradictorio conforme a las previsiones del Código Procesal Civil.

La Audiencia provincial citó jurisprudencia del TEDH respecto de la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre el interés superior del niño y los derechos que el artículo 8 de la Convención reconocían a la requirente. Indicó, por otra parte, que no existía ninguna evaluación psicológica que demuestre una ausencia de afección de la madre para su hijo, haciendo hincapié en que la pobreza no podía ser el motivo principal invocado para privar a una madre de sus derechos y obligaciones.

Resalta, asimismo, que hay otros tipos de acogimiento para proteger a los menores, más allá del acogimiento preadoptivo y que la adopción no puede tener lugar sin el asentimiento de la requirente, debiéndose adoptar medidas positivas susceptibles de facilitar la reinserción del niño en su familia de origen, aunque rechaza el pedido de obtener la guarda de su hijo.

Ante ello, la DGFI interpone un recurso de casación ante la Sala Civil del Tribunal Supremo, que fue declarado inadmisibile el 4 de junio de 2013.

El 6 de setiembre de 2013 se realizó un informe elaborado por una psicóloga y una trabajadora social, que determinó la falta de aptitudes parentales de la madre para enfrentar las necesidades psicológicas del niño, así como la ausencia de posibilidades para ofrecerle un entorno familiar. Remarcaron, asimismo, que la peticionante había obtenido una residencia temporaria y un permiso de trabajo, y que se beneficiaba de un programa de ayuda para la integración social, mediante el cual tenía un contrato de seis meses renovable por el que realizaba trabajos de costura.

En función del fallo mencionado en párrafos precedentes, el 3 de febrero de 2014 el juez de Primera Instancia anuló la medida de acogimiento familiar preadoptivo.

II. Procedimiento mediante el que se reclama el derecho de contacto y comunicación con el niño

El 6 y 7 de marzo de 2014 la madre biológica solicitó a la Administración una autorización para poder tener contacto y comunicación con su hijo. Frente al silencio de esta, presentó un recurso judicial.

Mediante la sentencia del 15 de junio de 2015, el juez de Primera Instancia reconoció el derecho solicitado por la peticionante y estableció visitas de una hora por mes, en el marco de encuentros supervisados en un lugar gestionado por la Administración, motivando su decisión en la evaluación psicosocial de la madre, del mes de setiembre de 2013, así como en que habían pasado dos años durante los que las circunstancias personales, psicológicas y sociales han podido cambiar, conforme testimonios recibidos, sin valorar la variación de su situación migratoria y el trabajo obtenido, aconsejando un nuevo examen psicosocial de la interesada.

Destaca, asimismo, los extendidos tiempos que manejan los servicios sociales, la falta de diligencia y toma de conciencia de la situación y la necesidad de evaluar los efectos negativos para el menor con bases ciertas y no en razón de un posible efecto, dado que no hay motivos suficientes para romper el vínculo afectivo natural, considerando que la propia Administración generó esta situación desagradable.

Por otra parte, resalta que los efectos negativos eventuales mencionados por los expertos son pura especulación y no pueden ser sostenidos firmemente en la medida en que no examinaron a todas las partes afectadas. Por ejemplo, la psicóloga nunca analizó al niño y, en todo caso, tampoco a la requirente.

2.1. Procedimiento de adopción

Mientras tanto, mediante decisiones del 26 de junio y 2 de julio de 2014, el juez de Primera Instancia rechazó nuevas demandas de la DGFI tendientes al acogimiento preadoptivo del menor por su familia de acogida y a la adopción de este último debido a que la madre no había dado el consentimiento, siendo absolutamente necesario para implementar dichas medidas.

La Administración apeló dichas decisiones. El 11 de setiembre de 2014, la DGFI presentó un informe, cuando el niño ya vivía hacía 5 años con su familia de acogida, resaltando la situación de exclusión social de la requirente y los vínculos que el niño había creado con dicha familia, que le permitían su desarrollo adecuado a su evolución.

El 1° de diciembre de 2014, un informe psicoevolutivo del niño indicaba que un lazo afectivo del niño con su madre biológica podría constituir un vínculo inseguro y dar lugar a disturbios emocionales que afectarían su desarrollo.

Mediante una decisión del 28 de octubre de 2015, la Audiencia provincial revocó su precedente sentencia e interpretando el artículo 177 del Código Civil autorizó el otorgamiento de la adopción del hijo de la requirente, sin tener el consentimiento de la madre biológica, desoyendo la opinión del

fiscal. Se fundamentó en la jurisprudencia del Tribunal de Casación y en los tratados internacionales, tales como la Convención de los Derechos del Niño, considerando que la ausencia de consentimiento de la madre biológica no era un obstáculo para la autorización judicial de la adopción, si esta era conforme al interés del niño.

En este caso, aclara que la adopción era en beneficio del interés del niño por dos razones: el niño, a la época, contaba con 7 años de edad, habitaba con su familia de acogida prácticamente desde su nacimiento y la madre no tenía todas las competencias parentales requeridas. En ese sentido, consideró que la mejor forma de proteger al niño era mantenerlo en la familia de acogida, que es la única que conoce, ya que no tiene vínculos con su madre biológica, que es para él una extraña, y que cuenta con padres adoptivos con los que tiene vínculos de afectividad y cuya separación podría tener graves consecuencias en su integridad psíquica.

No obstante, señala que conforme al artículo 178 del Código Civil, luego de la modificación de la Ley N° 267/2015, referente a la reforma del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, si las condiciones legales se reúnen y siempre protegiendo el interés superior del niño, es deseable la posibilidad de adoptar una forma de relación o contacto a través de visitas o comunicación con la madre biológica.

La requirente interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue declarado inadmisibile el 12 de septiembre de 2016, en razón de estar desprovisto de importancia constitucional especial.

3. La admisibilidad en la sentencia del TEDH

El Gobierno alega que la requirente no atacó la decisión que declaró legalmente el abandono de su hijo, sosteniendo que no intentó recuperar la responsabilidad parental demostrando ante el juez que reunía las condiciones pedidas.

La requirente recuerda que la decisión legal de abandono de su hijo fue consecuencia de sus propios actos, ya que ella solicitó a la Administración que proveyera a sus necesidades y a las de su hijo. Agrega que la declaración de abandono no implicó más que una suspensión y no la pérdida de la responsabilidad parental. No existía ninguna razón, conforme a sus dichos, para atacar la declaración de abandono ni la suspensión de su responsabilidad parental, debido a que ella no la perdió y, por otra parte, hubiera sido resorte de la Administración y no de la presentante, demostrar que existía un motivo justificante para que se declarara la pérdida de dicha autoridad parental.

El Tribunal destaca que la requirente se queja del procedimiento de adopción de su hijo en base a que esta se otorgó sin su consentimiento y destaca que la Audiencia provincial afirmó que la requirente no había sido desposeída de la responsabilidad parental y que su consentimiento era legalmente requerido para otorgar la adopción.

Respecto a la declaración legal de abandono de su hijo, el Tribunal observa que la propia requirente la solicitó, dado que no podía atender las necesidades del recién nacido, solicitando a la Administración que asume su guarda.

Por dichos motivos, el Tribunal rechaza la excepción introducida por el Gobierno, respecto a la falta de agotamiento de las vías de recurso internas.

4. Argumentos de las partes ante el TEDH

La requirente estima que, si bien la tutela de su hijo por parte de la Administración pudo ser la mejor solución en respuesta a su situación de desamparo al momento del nacimiento del niño, la Administración de Navarra no hizo ningún esfuerzo a continuación para permitirle recuperarlo. Sostiene que solo fue interrogada por la DGFI en el año 2013, es decir, cuatro años después de haber declarado al niño en acogimiento preadoptivo luego del fallo de la Audiencia provincial. Recuerda que este último había anulado la medida, dado que no se había requerido el consentimiento de la solicitante para otorgar la adopción de su hijo. Asimismo, destaca que había obtenido un permiso de residencia y otro de trabajo, lo que demostraba que no se encontraba más en la situación de exclusión en la que estaba al comienzo del procedimiento, al momento del nacimiento del niño. Subraya que esta mejora importante de su situación personal no fue tenida en cuenta, e insiste en que se considere la violación del artículo 8 del CEDH.

El Gobierno, por su parte, sostiene que el proceso decisorio interno ha sido equitativo y destinado a preservar el justo equilibrio entre el derecho a la vida familiar de la requirente y el niño. Estima que las autoridades judiciales internas están bien ubicadas para apreciar en qué medida debe primar el interés superior del niño sobre el de los padres biológicos y que han asegurado el justo equilibrio al permitir a la solicitante continuar en contacto con su hijo, al conceder al niño una situación de seguridad jurídica en el seno de su familia de acogida, donde el entorno habría sido favorable a sus necesidades y a su desarrollo.

5. La sentencia del TEDH

5.1. Principios generales relativos a las obligaciones positivas que incumben al Estado demandado en virtud del artículo 8 de la Convención

El Tribunal recuerda que, para un progenitor y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar² y que las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 de la Convención.³

² TEDH, *Buscemi c. Italia*. Application 29569/95, de 16 de septiembre de 1999; *Saleck Bardi c. España*. Application 66167/09, 24 de mayo de 2011 y *R.M.S. c. España*. Application 28775/12, de 18 de junio de 2013.

³ TEDH, *Barnea y Caldaranu c. Italia*. Application 37931/15, de 22 de junio 2017.

Como lo indicó en diferentes oportunidades el Tribunal, el artículo 8 de la Convención tiene esencialmente por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas: no se contenta sin embargo con encargarle al Estado de abstenerse de injerencias similares. En efecto, si las decisiones tomadas por la autoridad responsable que culminan con el acogimiento de un niño en un Centro de Protección se analizan como injerencias en el derecho de un progenitor al respeto de su vida familiar, las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar pueden implicar la adopción de medidas enfocadas al respeto de la vida familiar hasta en las relaciones de los individuos entre ellos.⁴

El Tribunal recuerda que los principios aplicables a la apreciación de las obligaciones positivas que incumben a un Estado, conforme el artículo 8, son comparables a aquellas que rigen la apreciación de sus obligaciones negativas. En un caso como en el otro, es necesario prestar atención al justo equilibrio a proporcionar entre los intereses concurrentes, los del niño, los de ambos progenitores y aquellos del orden público,⁵ concediendo no obstante una importancia determinante al interés superior del niño, el que según su naturaleza y gravedad podrá vencer al de los progenitores.⁶

En los casos en los que están en juego temas de acogimiento de niños y restricciones al derecho de comunicación, el interés del niño debe estar antes de toda otra consideración.⁷

Al mismo tiempo, es necesario notar que la búsqueda de la unidad familiar y de la reunión de la familia en caso de separación, constituyen consideraciones inherentes al derecho al respeto de la vida familiar garantizada por el artículo 8 de la Convención. En consecuencia, toda autoridad pública que ordene una medida que tenga por efecto restringir la vida familiar será considerada por la obligación positiva de tomar medidas a fin de facilitar la reunión de la familia a partir de que sea posible, aunque esta obligación deba siempre equilibrarse con el deber de considerar el interés superior del niño. Al respecto y tratándose de la obligación del Estado de tomar medidas positivas, el Tribunal afirmó reiteradamente que el artículo 8 de la Convención implica el derecho de un progenitor a obtener medidas apropiadas para reunirse con su hijo y a la obligación de las autoridades nacionales de llevarlo a cabo.⁸

El punto decisivo consiste en saber si en este caso las autoridades nacionales tomaron todas las medidas necesarias que se les podía razonablemente exigir para facilitar las visitas entre el progenitor y el niño.

La obligación positiva de tomar medidas a fin de facilitar la reunión de la familia a partir de que ello fuera realmente posible se impone a las autoridades competentes desde el comienzo del período en

4 TEDH, *Wet Y c. Países Bajos*, 26 de marzo 1985, serie A Nº 91 y *Mincheva c. Bulgaria*, Application 21558/03, 2 de setiembre 2010.

5 TEDH, *Hamalainen c. Finlandia (GC)* Nº de Application, 37359/09, 65 CEDH 2014: *Maoumousseau et Washington c. Francia*, Nº 39388/05, 62, 6 de diciembre 2007.

6 TEDH, *Sahin c. Alemania (GC)*, Application 30943/95, 66 CEDH 2003-VIII, *Scozzari y Giunta c. Italia (GC)*, Application 39221/98 y 41963/98, CEDH 2000VIII y *Elsholz c. Alemania (GC)*, Application 25735/94, CEDH 2000VIII.

7 TEDH, *Strand Lobben y otros*, Nº de Application de 30 de noviembre de 2017. cit.

8 TEDH, *Olsson c. Suecia (Nº 2)*, 27 de noviembre de 1992, 90, serie A Nº 250, *Haddad c. España*, Nº 16572/17, 64, 18 de junio de 2019, *Zelikha Magomadova c. Rusia*, Nº de Application, 58724/14, 107, 8 de octubre 2019.

que se toman a su cargo los cuidados del niño, considerando el equilibrio con el deber de considerar el interés superior del mismo.

En ese tipo de casos es importante la rapidez con que se tome la medida para que se la considere adecuada, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediabiles en las relaciones entre el niño y el progenitor que no vive con él. Los vínculos entre los miembros de una familia y las oportunidades de reagrupamiento exitoso serán debilitados si se plantean obstáculos que impiden los encuentros regulares de los interesados. La decisión de hacerse cargo de los cuidados de un niño debe en principio considerarse como una medida temporaria, que se suspenderá en cuanto las circunstancias sean favorables y se presten para ello, y todo accionar debe concordar con un fin último: unir nuevamente al progenitor de sangre y al niño.

Cuando haya transcurrido un período de tiempo considerable desde que el niño se encuentra bajo el cuidado y asistencia de un Centro de Protección, el interés que tiene el niño de no cambiar su situación familiar *de facto* nuevamente podrá tener ventaja sobre el interés de los progenitores a la reunión de su familia.

Por ello, el respeto efectivo de la vida familiar exige que las relaciones futuras entre progenitor y niño se regulen sobre la única base del conjunto de elementos pertinentes, y no por el simple paso del tiempo.

El Tribunal reconoce que las autoridades gozan de una gran libertad para apreciar la necesidad de cuidado de un niño, pero que este margen de todos modos no es ilimitado. Es necesario ejercer un control más riguroso sobre las restricciones suplementarias, como aquellas aportadas por las autoridades a los derechos y a las visitas de progenitores, y sobre las garantías destinadas a asegurar la protección efectiva del derecho de los padres y de los niños al respeto de su vida familiar.

Determinar si el procedimiento y la decisión han protegido suficientemente los intereses de un progenitor, depende de las circunstancias propias de cada caso. En ese sentido, el Tribunal debe verificar si las jurisdicciones nacionales se han entregado a un examen profundizado del conjunto de la situación familiar y de una serie de elementos, de orden fáctico, afectivo, psicológico, material y médico, y si han procedido a una apreciación equilibrada y razonable de los intereses respectivos.

Es obligación de cada Estado contratante dotarse de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el respeto de las obligaciones positivas que le incumben en virtud del artículo 8 de la Convención, y al Tribunal, investigar si en la aplicación y la interpretación de las disposiciones legales aplicables, las autoridades internas respetaron las garantías del artículo 8 de la Convención, teniendo especialmente en cuenta el interés superior del niño.

El Tribunal no tiene por tarea sustituir a las autoridades internas en el ejercicio de sus responsabilidades en materia de reglamentación de las cuestiones de cuidado de niños o acogimientos por la autoridad pública y los derechos de los progenitores cuyos hijos están involucrados, pero debe controlar bajo el ángulo del CEDH las decisiones que dictan en ejercicio de sus poderes de apreciación.

5.2. Aplicación en el caso de los principios mencionados

El Tribunal estima de modo inequívoco que las decisiones litigiosas pronunciadas en el curso de los procedimientos administrativos y judiciales, que desembocan en la adopción del niño de la requirente, se analizan como una intromisión en el ejercicio de esta última del derecho al respeto de la vida privada y familiar, tanto de esta como de su hijo biológico. Tampoco se discute que esta injerencia está prevista por la ley.

Luego de un análisis de los hechos, el Tribunal destaca que el proceso de adopción revela que las autoridades internas no han conciliado los intereses en juego ni tenido en cuenta la insistencia de la peticionante en todo momento para reunirse con su hijo; es decir, que no se ha tenido en cuenta el esfuerzo de la requirente para regularizar y estabilizar su situación, habiéndosela privado incluso del derecho de comunicación con su hijo, sin ninguna prueba psicológica que demuestre su falta de aptitud y a pesar de habersele reconocido dicho derecho en un primer momento.⁹

Estima que el procedimiento no ha sido rodeado de las garantías proporcionales a la gravedad de la intromisión y a los intereses en juego, habiendo notado especialmente que las autoridades españolas no desplegaron los esfuerzos adecuados para hacer respetar el derecho de la requirente a guardar contacto con su hijo, desconociendo su derecho al respeto de la vida privada y familiar.

En cuanto al pedido de restitución de contacto con su hijo biológico, el Tribunal recuerda que el Estado demandado bajo el control del Comité de Ministros es libre de elegir las formas de saldar sus obligaciones conforme lo dispuesto por el artículo 46 de la Convención, en la medida en que esos modos sean compatibles con las conclusiones del presente fallo, no correspondiendo al Tribunal entender en dicho tema.

Vistas las circunstancias particulares del presente caso y a la urgente necesidad de poner fin a la violación del derecho de la requirente al respeto de su vida familiar, el Tribunal invita a las autoridades internas a reexaminar en un breve plazo la situación de esta y su hijo a la luz del presente fallo, y de encarar la posibilidad de establecer algún contacto entre ellos, tomando medidas apropiadas.¹⁰

El Tribunal considera, por unanimidad, que se ha vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de la demandante, y que la forma más adecuada de reparación en un caso como el presente, en el que el proceso llevado a cabo por las autoridades y los tribunales nacionales condujo a la adopción del hijo de la demandante por su familia de acogida, consiste en garantizar que la demandante se encuentre, en la medida de lo posible, en la situación en la que se encontraría si no se hubiera vulnerado su derecho. Señala que el derecho interno prevé la posibilidad de revisar las decisiones firmes declaradas contrarias a alguno de los derechos reconocidos en el CEDH, de conformidad con los artículos 510 y 511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que no perjudique los derechos adquiridos por terceros de buena fe.¹¹

⁹ TEDH, *Affaire Omorefe c. Espagne*, N° de Application 69339/16, 23 de junio de 2020, párr. 46, 49 y 53.

¹⁰ Ídem, párr. 70.

¹¹ Ídem, párr. 71

6. Consideraciones finales

Para Grosman, “si como juristas podemos sentir la impotencia de los discursos frustrados, también tenemos el privilegio de brindar caminos de tutela, que al mismo tiempo que ofrecen amparo, transforman ideas y nos aproximan a la verdad de los derechos humanos”.¹²

Luego de la reseña efectuada, surge con evidencia que el TEDH critica a las autoridades españolas por no aplicar medidas menos radicales respecto del niño y su familia y por unanimidad declara que hubo violación del artículo 8 de la CEDH y que se ha negado el derecho de la requirente y su hijo al respeto de su vida familiar, lo que constituye una injerencia.

El caso plantea hasta qué punto puede limitarse el derecho al respeto a la vida privada y familiar frente a las injerencias de las autoridades. No debe olvidarse que la demandante pidió en febrero de 2009 que su hijo, nacido dos meses antes, quedara bajo la tutela de las autoridades en un Centro de Acogida gestionado por el Gobierno de Navarra dado que tenía dificultades personales y familiares para hacerse cargo. Un mes después se realizó una evaluación que propuso la acogida familiar previa a la adopción, alegando que la madre no había asistido a todas las visitas y que su situación personal era muy inestable, la cual señaló que *no se opondría a esta medida mientras no le prohibieran mantener el contacto con el niño*. Sin embargo, un par de meses después, el Centro suspendió los encuentros insistiendo en que la madre no estuvo presente en todas las visitas programadas y que tenía serias dificultades para establecer un vínculo emocional con el niño.

Se recuerda que el rol de la Administración en el cuidado y la tutela del niño fue voluntariamente solicitado por la progenitora, pero dicha decisión hubiera debido acompañarse de medidas más apropiadas que permitieran evaluar en profundidad la situación del niño y sus relaciones con sus progenitores, a fin de respetar el marco legal vigente. No debe olvidarse que el niño tenía dos meses de edad, y hubieran podido implementarse medidas previstas por el ordenamiento español, medidas positivas intermedias, tales como el acogimiento temporario o simple, y no el preadoptivo, y no desvincular a la madre biológica del niño creando expectativas en aquellos que pudieran convertirse en progenitores adoptivos. Todo ello, debido a que la función de las autoridades encargadas de la protección social es justamente ayudar a las personas en dificultad, en este caso a la madre biológica, que se vio obligada por las circunstancias a entregar al niño bajo tutela de la Administración, dada la gravedad de su situación familiar y social, y esta, con una premura fuera de lo habitual, prohibió las visitas y terminó entregando el niño en adopción contra la voluntad de la madre, configurando un típico caso de violencia institucional.

El TEDH no se convenció con las razones que esgrimieran las autoridades españolas para ingresar al niño a un acogimiento para adopción, a pesar de la oposición de la madre y tampoco con que posteriormente se le hayan prohibido las visitas.

¹² Grosman, C. P. (1995). Los derechos del niño y la reforma de la Constitución. Estudios sobre la reforma constitucional de 1994. *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, 159.

Tampoco debemos soslayar que no se introdujeron mecanismos para garantizar que el niño pudiera expresar sus opiniones y que estas se hubieran tenido debidamente en cuenta, sobre todo cuando tenía suficiente edad y capacidad para que se lo escuchara en cualquier instancia de los procedimientos.

Tal como lo destaca el Tribunal, la requirente, a pesar de sus dificultades personales y profesionales, mantuvo su firme oposición respecto a la privación, tanto de su derecho de comunicación con el niño como de sus cuidados personales y responsabilidad parental, y que en último caso fue privada en contra de lo dispuesto por los procedimientos judiciales establecidos.

Las autoridades españolas olvidaron por completo que el niño es un sujeto de derecho, cuando el interés preponderante en las decisiones debió ser justamente privilegiar su propio interés. Resulta altamente criticable la forma en que se dilató extremadamente el procedimiento, jugando el paso del tiempo en contra no solo de los intereses del niño en cuestión, sino también de las familias comprometidas.

Por ello, considero que, dado el contexto de la situación, el TEDH esboza un mensaje positivo, imaginando un modo distinto de relacionar al niño con su madre biológica. Se observa además que ninguno de los interesados fueron actores del proceso, provocando un daño irreversible, o bien, difícil de revertir.

Conforme jurisprudencia constante del TEDH, la Convención no tiene la pretensión de crear un derecho único para todos los Estados que integran el sistema; se trata, simplemente, de delimitar los estándares mínimos dentro de toda sociedad democrática y pluralista [...] De cualquier modo, la discrecionalidad del Estado siempre queda limitada por dos conceptos “gemelos”, *proporcionalidad y justo equilibrio*, utilizados por el TEDH en numerosas sentencias como factor de control del margen de apreciación nacional.¹³

Aunque presumo la buena fe de las autoridades locales, no puedo dejar de perfilar cierta discriminación hacia la mujer, quizás una actitud de xenofobia, de indiferencia hacia el inmigrante, que solo destruye el tejido de la vida, el derecho a la identidad y a los modos diferentes de habitar y de vivir, sobre todo cuando hay desarraigo, exclusión y pobreza, como en este caso. Nunca se consideró en las instancias locales que esos progenitores inmigrantes hicieron esfuerzos denodados por regularizar su situación.

En las causas de adopción no es conveniente que el juez cumpla su función de manera aislada, sino que debe contar con el apoyo y colaboración de un equipo interdisciplinario formado por profesionales especializados...creando un espacio de reflexión conjunta.¹⁴

13 Citado por Kemelmajer de Carlucci, A. (2010). Las relaciones paterno filiales extramatrimoniales en la jurisprudencia del TEDH. Derecho de Familia. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Abeledo Perrot, 46, 124.

14 Ríos, J. P. y Nicolino, M. (2018). La Adopción y la interdisciplina. Derecho de Familia. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Abeledo Perrot, 87, 229.

En la misma línea de pensamiento, puedo afirmar que el otorgamiento de la adopción, no respetó el derecho a la identidad del niño, ni agotó la posibilidad de permanecer en la familia de origen. No se observa, por otra parte, una búsqueda de otros familiares, vulnerando la normativa vigente.

Además, no surge que las autoridades españolas hubieran declarado judicialmente al niño en situación de adoptabilidad ni que la madre hubiera tomado una decisión libre e informada para que el niño fuera adoptado legalmente.

Es destacable el esfuerzo de esa madre, con el asesoramiento de su abogado oficial, en las sucesivas presentaciones, durante años, intentando ofrecer la asunción de la guarda del niño, regularizar su situación y conseguir trabajo, y solo se destaca una entrevista psicológica, realizada varios años después, así como conjeturas y especulaciones infundadas acerca de su falta de aptitud parental, sin que se hayan realizado informes periódicos al respecto ni haya intervenido un equipo interdisciplinario que trabaje junto a los encargados de decidir.

Como afirma Herrera,

La función judicial se torna exigua ciertas veces a la hora de resolver determinadas cuestiones que presentan una mayor complejidad por lo que se torna necesario el acompañamiento de otras ciencias que le permitirán al juzgador, desde una visión más amplia y cercana de la realidad que se presenta, poder comprender y resolver de un modo equitativo.¹⁵

No hay constancias de que la madre y el padre fueran citados para ser entrevistados por el juez, el padre permanece invisible y nunca es considerado una opción, y aparentemente surgiría que la madre es la única responsable del niño, de su cuidado, en función de estereotipos de roles tradicionales. En ese sentido, perpetúa a la madre, a la familia, en la situación de desigualdad y exclusión, cuando el cuidado personal y la responsabilidad parental compartida es el corolario del principio de igualdad y no discriminación.

La adopción solo puede otorgarse cuando la familia o el medio más cercano no puede o no quiere asumir la responsabilidad del cuidado del niño o no exista un ámbito que pueda satisfacer sus necesidades, extremos que no se comprueban en la especie ni tampoco un acompañamiento de políticas sociales que ayuden a los progenitores a poder y ser tales.

Reiterada jurisprudencia afirma que la constatación judicial del abandono habilita la adopción del menor que padece dicho estado, aunque no puede desconocerse que dicha institución no es una solución principal para la desprotección y el desamparo de los niños, debiendo, en primer lugar, agotarse las posibilidades de reunirse con su propia familia o grupo de pertenencia, tal como surge principalmente de la Convención de los Derechos del Niño, rectora en la materia.

¹⁵ Herrera, M. (2014). Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo C.C.C.N. *Infojus*. Recuperado de www.infojus.gov

Como señaláramos, la extrema lentitud del procedimiento agudizó la vulneración de los derechos del niño, y el otorgamiento de la adopción se hizo sin una mirada humanística de la problemática y, como suele ocurrir, de acuerdo a la ideología de los jueces que intervengan, que deja traslucir una falta de equidad en el tratamiento del caso y una falta de adaptación de los derechos reconocidos por la normativa a la real situación del niño y su familia. Así, los derechos consagrados por la legislación son simples declaraciones vanas y vacías de contenido que no tienen aplicación práctica.

En esa línea de pensamiento, solo se rescata el fallo del 10/2/12 de la Audiencia Provincial de Navarra, que concluyó que la adopción no podía otorgarse sin el consentimiento de la madre. Lamentablemente, luego el mismo Tribunal decidió lo contrario, basado en el interés del niño, interpretando su contenido con argumentos que son solo palabras huecas, sin fundamento fáctico.

No se advierte tampoco una estrategia de precaución y atención ante la vulnerabilidad de la requirente frente al riesgo que plantea el contexto ni política pública que la ampare. Las sentencias de los tribunales españoles no fueron dictadas de forma justa, rápida y oportuna, agudizando la marginación y desconociendo las más elementales medidas de protección o la construcción de caminos alternativos. En ese sentido, debemos reconocer que el TEDH hace un sustancial aporte con sus decisiones y trata de encontrar una solución que aproxime al niño con su madre, luego de once años de litigio.

Se requiere un urgente compromiso del país condenado a fin de que genere cambios, amplíe la agenda de derechos o *utilice y aplique los derechos vigentes*.

Quizás el cambio debe ser acompañado por los operadores del derecho, los responsables de decisiones como las que revisa el TEDH, violatorias de los derechos humanos del niño y sus familias. Queda abierta la esperanza.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Reseña del libro *Aborto: la marea verde desde el derecho*

Red de Profesoras de la Facultad de Derecho UBA (2019). *Aborto: la marea verde desde el derecho*. Buenos Aires: Editores del Sur.

Por Natalia Saralegui Ferrante¹

La obra colectiva que aquí se reseña está constituida por diez capítulos en los cuales doce autoras, integrantes de la Red de Profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, analizan, reflexionan, deconstruyen y argumentan –desde distintas perspectivas y trayectorias– el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Las autoras logran recorrer los puntos nodales de esta temática a la luz del derecho constitucional, civil, laboral, penal, desde la sociología jurídica y la criminología y en torno al derecho internacional de los derechos humanos. Una obra, por lo tanto, que es interdisciplinaria y rica por su diversidad. Vale destacar que el valor de esta producción también reside en las características de su confección: un libro producido al calor del debate por la legalización del aborto en un diálogo sostenido por una red de más de setenta mujeres que ejercen la docencia en distintos departamentos de la Universidad de Buenos Aires.

En efecto, el libro se inscribe en un contexto de lucha feminista particular e histórico: el debate parlamentario que tuvo lugar en 2018 mediante el cual se obtuvo la media sanción en la Cámara de Diputados del proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo, que luego terminó siendo rechazado por la Cámara de Senadores. Los episodios vividos en aquellas jornadas y las características del movimiento feminista que las protagonizó, lejos de ser adjetivas, para las autoras de este trabajo son un eje central de sus análisis.

¹ Abogada (UBA). Recibida del Programa de Actualización en Género y Derecho (UBA). Maestranda en Criminología y Seguridad Ciudadana (UNTREF). Docente de Garantías Constitucionales del Proceso Penal (UBA).

En los diferentes capítulos, por lo tanto, es posible encontrar innumerables menciones y formas de diálogo con este movimiento transformado en actriz política central a la hora de pensar el derecho. De esta manera, la obra se inscribe en una tradición histórica de los feminismos jurídicos en los cuales la praxis, el vínculo entre la teoría y práctica, es una forma especial y privilegiada de construir doctrina. Dando vuelta las lógicas del objetivismo androcéntrico de la ciencia jurídica liberal, los feminismos rechazan separar el pensamiento de la acción porque saben que los costos de esa universalización de los sujetos no es más que la reproducción de categorías androcéntricas (Costa, 2017).² De hecho, tal como lo explica Diana Maffía en el prólogo de la obra, “Las universidades y centros académicos fueron parte importante no sólo del debate sino de la producción de datos fundados, argumentos y evidencias que dieron a la defensa de este derecho una contundencia extraordinaria”.

En el primer capítulo, Romina Faerman aborda el eje del derecho al aborto temprano a la luz del principio de autonomía personal. La autora toma dos dimensiones de aquel principio: por un lado, entiende que de ese principio se deriva la despenalización del aborto temprano, dado que el Estado no debe intervenir en las decisiones de vida personales; por el otro, mediante el concepto de autonomía relacional, pone de manifiesto las restricciones que existen para las mujeres en las sociedades patriarcales y cómo dichas limitaciones pueden mermar la autonomía de las mismas, lo cual demuestra su carácter discriminatorio.

Faerman también analiza, en función de la autonomía personal, el deber del Estado de facilitar institucionalmente la realización de los ideales de vida individuales y, por lo tanto, si una persona gestante decide interrumpir su embarazo queda en cabeza del Estado el deber de poner a disposición los medios necesarios para que pueda acceder a la práctica de manera segura. La autora concluye analizando el impacto del fallo “FAL” de la CSJN, entendiendo que plantea que las mujeres y personas gestantes tienen un derecho al aborto no punible distinto a una mera permisión. Por ese motivo no alcanza con la no intervención, sino que es necesario que el Estado brinde las prestaciones necesarias para el acceso al aborto seguro.

Por su parte, en el segundo capítulo, María Andrea Cuéllar Camarena plantea el reconocimiento jurídico de la autonomía de las personas con capacidad de gestar como un principio fundamental para alcanzar la igualdad. De esta manera se aproxima a la temática realizando una lectura socio-jurídica del proceso atravesado entre marzo y agosto de 2018. Para hacerlo, enmarca su análisis en la estratificación y división del trabajo por motivos sexogénicos, de origen social, de color de piel y de orientación sexual. Así, Cuéllar Camarena muestra la forma en la cual el androcentrismo de la racionalidad legal moderna se funda en andamiajes e instituciones basadas en la idea de sujeto universal excluyendo, entre otras, a las identidades femeninas. La autora, además, explica cómo estas formas hacen a la construcción jurídica de un tipo de mujer que excluye mientras busca homogeneizar realidades diversas atravesadas por la pertenencia étnica, el color de piel, el origen social, la edad, la religión, la identidad de género y la orientación sexual. La interseccionalidad en el ámbito del derecho, por lo tanto, resulta central en la lectura que

² Costa, M. (2017). *Feminismos jurídicos en Argentina*. En P. Bergallo y A. Moreno (coords.), *Hacia políticas judiciales de género*. Buenos Aires: Jusbaire.

propone Cuéllar Camarena. En ese sentido, la autora reivindica al feminismo como una herramienta de contrahegemonía en contextos de opresión y frente a la lógica disciplinadora del derecho, y concluye que la *marea verde* tiene un vínculo inescindible con la academia.

María José Lubertino, en el tercer capítulo, analiza el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo a la luz del bloque de constitucionalidad. Para hacerlo, retoma los debates dados hace más dos décadas cuando se reformó la Constitución Nacional. De esta manera, menciona tanto los argumentos en favor de la interrupción voluntaria del embarazo como los esgrimidos por sectores antiderechos. En ese punto, la autora plantea que muchos de esos argumentos a favor de la clandestinidad fueron reeditados en el debate parlamentario del año 2018. Para desmontar esas posiciones, Lubertino analiza el resultado que implica para el debate actual la incorporación que se realizó de los tratados de derechos humanos con rango constitucional. En ese sentido, releva los instrumentos internacionales aplicables en defensa del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en el marco de la igualdad y la protección y promoción de la salud sexual y reproductiva de las mujeres. Asimismo, revisa los fallos, las recomendaciones, las observaciones y las opiniones consultivas de los organismos internacionales de derechos humanos que se expresaron en ese mismo tenor. La conclusión a la que llega Lubertino es clara: no hay barreras jurídicas constitucionales válidas en contra del derecho al aborto, sino una deuda pendiente con la igualdad real de oportunidades y de trato hacia las mujeres.

Adentrándonos al cuarto capítulo, Marina Ditieri trabaja el aborto desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. La autora comienza exponiendo que, si bien la interrupción voluntaria del embarazo no está prevista en ningún tratado internacional de derechos humanos, ha sido reconocido en las opiniones y recomendaciones de los órganos de tratados internacionales de derechos humanos y por la jurisprudencia de los tribunales internacionales. A través de estas, Ditieri explica los motivos por los cuáles el acceso al aborto puede ser entendido como un derecho humano básico. Para hacerlo, analiza el alcance dado al derecho a la vida tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como por los órganos de vigilancia de los distintos tratados, tales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño. De esta manera, expone la forma en la cual el aborto se vincula con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la intimidad y a la autonomía.

En el quinto capítulo Marisa Herrera analiza el aborto desde la perspectiva del derecho civil constitucionalizado-convencionalizado. La profesora Herrera explica que el debate por la legalización del aborto reavivó pujas históricas del derecho civil y por esa razón se focaliza en estudiar la noción de “embrión” y su necesaria diferencia con el embrión *in vitro* o no implantado frente al embrión ya implantado en el cuerpo de la persona gestante. Para hacerlo, la autora reflexiona sobre los aportes e interrogantes abiertos por el Código Civil y Comercial, y pone especial atención al artículo 19 de ese cuerpo legal. Para pensar en ese corpus, Herrera historiza al CCyC como un producto de una época de implosión legislativa, que implicó una profunda ampliación de derechos y propone leer en ese marco la disputa por la interrupción voluntaria del embarazo protagonizada en 2018. Desde esa perspectiva, Herrera distingue las nociones de vida, movimiento celular, persona y concepción. Asimismo, estudia

la naturaleza jurídica del embrión y pone la lupa en conceptos clave para el debate como la concepción y la anidación. Por último, avanza en las distinciones entre persona en desarrollo y persona nacida.

Cecilia Hopp y Sabrina Cartabia, en el capítulo sexto, ponen en agenda la violencia reactiva suscitada frente al debate del aborto. Las autoras caracterizan y fundamentan con casos concretos cómo los sectores más reaccionarios obtuvieron un fuerte espaldarazo a partir de la votación en la Cámara de Senadores. Hopp y Cartabia describen las lógicas del movimiento “celeste” –por el color elegido para identificarse– y muestran cómo este actor político utiliza el sistema legal, el espacio público y la violencia para restaurar el miedo y avanzar contra derechos ya reconocidos en la normativa vigente. Para ello, identifican prácticas dirigidas específicamente hacia el personal de salud a los fines de amedrentar a sus profesionales como mecanismo para restringir el acceso a interrupciones legales del embarazo y empujar a las personas gestantes hacia la clandestinidad. Estos contragolpes también son identificados por las autoras en otros terrenos, como en el ámbito legislativo, en el cual se intentó restringir contenidos de la Ley de Educación Sexual Integral. En función de una multiplicidad de casos ocurridos en distintos terrenos, las autoras introducen el concepto de *backlash* y ponen sobre la mesa una reflexión sobre eventuales retrocesos y contragolpes en el camino de la lucha por el aborto legal.

Por su parte, en el capítulo siete, Victoria Flores Beltrán y Valeria Vegh Weis proponen repensar la problemática de la objeción de conciencia a la luz de la experiencia uruguaya, a partir de la aprobación allí de la interrupción voluntaria del embarazo en el año 2012. El objetivo que las autoras se plantean es necesario: aportar elementos para la reflexión de una problemática –que eventualmente se debatirá en Argentina– que den cuenta de las enseñanzas que deja la experiencia comparada de la realidad uruguaya. En este capítulo, por lo tanto, se encuentran análisis vinculados a distintos aspectos del derecho, desde las cuestiones relativas al acceso a la salud hasta problemas relativos a la normativa y jurisprudencia en el ámbito laboral, en todo lo respectivo a los derechos y las obligaciones del personal profesional y auxiliar del sistema de salud. Al respecto, las autoras analizan cuestiones nodales sobre los registros de objetoras y objetores, la objeción de conciencia institucional, quiénes son los sujetos plausibles de objetar y el momento para hacerlo.

En el octavo capítulo Ana Clara Piechestein propone reflexionar sobre la legalización del aborto en Argentina partiendo de la base del carácter patriarcal del derecho y desde una pregunta: ¿qué desafíos tiene una agenda feminista que se monta sobre la reforma del sistema legal? En ese sentido, propone revisar categorías y conceptos clásicos de “el acervo liberal-iluminista”, tales como libertad, ciudadanía, soberanía e igualdad, dado que dichos conceptos –que históricamente fueron asociados al presupuesto de varón, cis, blanco, católico y propietario– adquirieron nuevos significados al ser pronunciadas por el movimiento feminista en el contexto de la lucha por el aborto legal. Para construir posibles respuestas, la autora historiza la construcción del reclamo por el derecho a interrumpir el embarazo por parte del movimiento feminista local. En ese sentido, pone de relieve cómo la lucha por el aborto se debe leer enmarcada en el contexto del debate por la ciudadanía de las mujeres como una deuda de la democracia. De esta forma, subraya la importancia de cuestionar el mantenimiento de las relaciones de poder desiguales, al mismo tiempo que se tienden puentes con quienes reclaman por el derecho a decidir sobre el cuerpo propio.

Sofía Lanzilotta, en el noveno capítulo, aporta a esta obra colectiva la discusión sobre la condena penal y el castigo social que supone el aborto. La autora explica que tanto quienes abortan en la clandestinidad como quienes abortan legalmente son condenadas en un sentido determinado. Para fundamentar esa definición, Lanzilotta define el concepto de pena y explica que la penalización está conformada tanto por los castigos establecidos en el Código Penal como en los códigos morales. La autora muestra las diferentes reacciones que se viven en Argentina frente al aborto: penas de prisión, castigo social, la tortura de la gestación forzada y de la violencia obstétrica y el castigo de pena de muerte que implica el aborto clandestino. En ese sentido, aporta datos sobre la cantidad de mujeres muertas por año por someterse a prácticas inseguras. Asimismo, pone el foco en el modo interseccional en que impacta este castigo en las mujeres que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. Ante la ausencia del Estado como garante de derechos, concluye la autora, queda en los hechos autorizado infligirles sufrimientos a las mujeres y en particular a aquellas que se encuentran más desventajadas.

Por último, en el décimo capítulo, Paula Sagel realiza un comentario al fallo “Rachid” del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Si bien la sentencia comentada es de 2018, Sagel reconstruye los hechos que dieron lugar a la problemática tratada en ese proceso, que se remontan al año 2012. A los fines de mostrar el derrotero judicial y los argumentos utilizados, explica las distintas resoluciones, apelaciones y contestaciones con las cuales se moldeó el acceso a los abortos no punibles en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir del fallo “FAL” de la CSJN. La historia que recupera Sagel muestra cómo, mediante resoluciones y protocolos ministeriales, se buscó limitar el acceso a este derecho.

Al mismo tiempo, la autora reconstruye el accionar de las organizaciones sociales y de derechos humanos que se opusieron en sede judicial a estos intentos. En cuanto al fallo del Superior Tribunal de Justicia, la autora realiza sus críticas desde el derecho constitucional y político, la interpretación relativa a la organización del poder y el derecho procesal. A partir de esos planteamientos, fundamenta los motivos por los cuales considera que el TSJ perdió una oportunidad histórica para ejercer el control de constitucionalidad sobre los derechos de colectivos especialmente vulnerables, como el de niños, niñas y adolescentes y el de personas afectadas en su salud mental. Asimismo, analiza las restricciones que implicaban para estos colectivos las disposiciones del protocolo de acceso al aborto no punible de la CABA tratado por el TSJ. En ese sentido, Sagel explica que no reconocía el poder de autodeterminación ni la autonomía progresiva de las personas de dichos colectivos para la toma de decisiones, al tiempo que implicaba una denegación del acceso a la justicia.

A la luz de los debates contemporáneos, el libro *Aborto: la marea verde desde el derecho* muestra su vigencia. Lejos de haberse saldado, las discusiones en torno a la ley de interrupción voluntaria del embarazo persisten e incluso se augura su nuevo tratamiento parlamentario. Por otra parte, desde la publicación de la obra en 2019 hasta la fecha, se han visto reeditados los argumentos sobre las implicancias del fallo “FAL” de la CSJN en torno a los protocolos de acceso a interrupciones legales del embarazo. Asimismo, las discusiones en torno a las prácticas de castigo y criminalización del aborto se mantuvieron durante este período de tiempo en la agenda pública con nuevos casos de niñas, adoles-

centes y mujeres forzadas a gestar o bien presas o muertas por interrumpir sus embarazos en la clandestinidad. En ese contexto, tal como lo expresó Diana Maffía en su prólogo, “en esta publicación, la primera del colectivo, hay piezas ejemplares de esa convicción que a su vez nos dejan argumentos contundentes para el próximo debate”.

En conclusión, la Red de Profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires aporta con este libro un insumo necesario, de producción académica. Tal como lo expresaron las compiladoras de la obra, Lucía Montenegro y Natalia De la Torre, el objetivo era que “traiga más debates, más discusiones y difusión” sobre esta temática. Efectivamente, esto ha sido logrado.

Reseña del libro *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*

Rodríguez Garavito, C. (editor) (2018). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Por Marisol Dorrego¹

1. Introducción

El libro *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI* se dedica a señalar el estado de la cuestión, prestando detenida atención a los Principios Rectores (PR), deteniéndose brevemente a través de un recorrido histórico hasta llegar a su aprobación, y en la posibilidad de un futuro tratado que regule, defina y establezca una clara obligación respecto de las empresas (en especial, las multinacionales) en cuanto a violaciones de derechos humanos.

A lo largo de dicho análisis, se presentan varios interrogantes. Por ejemplo, respecto de los Principios Rectores y de un futuro tratado, los autores se debaten en cuanto a la gobernanza experimental o policéntrica, en oposición a regímenes integrados y qué rol juegan dentro de aquella gobernanza policéntrica los PR.

¹ Abogada (UBA). Integrante de proyectos de investigación (UBA y UNPAZ).

Por otra parte, la mayoría de los autores que integran el libro se preocupan en señalar el rol de la sociedad civil, siendo que, como parte de los tres pilares sobre los cuales se apoyan los PR, se debería propender a empoderarla de manera tal que la misma pueda, en los hechos, presionar “de abajo hacia arriba”. Esa discusión abre otro interrogante sobre quiénes pueden acceder en calidad de organizaciones de la sociedad civil a los foros realizados por el Grupo de Trabajo (GT), órgano que difunde e implementa los PR; sobre si dicho empoderamiento debería suceder bajo la órbita de los PR, o si, por el contrario, se necesita un instrumento de *hard law* que establezca mecanismos de resolución de controversias a los que puedan acceder los individuos afectados.

Se analiza también el accionar estatal y el rol creciente de las empresas en el ámbito internacional, los posibles peligros de la extraterritorialidad ante un posible tratado y qué mecanismos se deberían adoptar en el entretiempo. En ese sentido, los autores se dividen entre quienes apuestan fuertemente por la aprobación de un tratado y quienes, por el contrario, se muestran renuentes a su aprobación o, al menos, tienen serias dudas respecto de su objeto.

Como se ha de notar, las cuestiones sobre las que aborda el libro revisten total actualidad y los interrogantes, ya sea desde lo puramente académico (primera parte del libro), como desde la práctica (segunda parte), se encuentran plenamente vigentes.

1.1. Empresas y derechos humanos (EDH): El estado de la cuestión

La mayoría de los autores realiza un recorrido histórico, pasando por el fallido proyecto de normas de la ONU, y por anteriores intentos respecto de tratados que regulasen la materia, llegando a la aprobación de los Principios Rectores bajo el mandato de Ruggie, quien es uno de los autores del libro en análisis.

La mayoría ubica a las EDH en un marco de creciente fragmentación del derecho internacional y de cambios respecto de los derechos humanos. Sostienen que los Principios Rectores si bien no son vinculantes, tampoco pueden ser calificados como *soft law*, pues han sido fuertemente apoyados por los Estados y por el Comité de Derechos Humanos.

Muchos de los autores (Amol Mehra, por ejemplo) se preguntan sobre dicho consenso estatal y si en pos de aquel se han sacrificado oportunidades para empoderar a la sociedad civil y a los afectados por las violaciones de derechos humanos cometidos por empresas.

A su vez, otros autores, como Larry C. Backe, por ejemplo, consideran que en punto a los 3 pilares sobre los cuales se apoyan los PR (vale decir, el Estado, por un lado, las empresas por otro y, por último, la sociedad civil), existe un *vacío de gobernanza* y que el excesivo énfasis por parte del Grupo de Trabajo respecto de los Planes de Acción Nacionales (PAN) permitió a las empresas evitar consecuencias de su responsabilidad de respetar los derechos humanos.²

² Rodríguez Garavito, C. (2018). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*. Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 155-157.

En contraposición a la posición señalada en el párrafo anterior, otro de los autores del libro, Chris Jochnick, considera que “Ningún Tratado ni institución global puede sustituir a los regímenes jurídicos nacionales efectivos y esos regímenes precisan de la movilización política local”.³

1.1.1. Iniciativas Normativas

El libro se enfoca principalmente en los Principios Rectores y en un posible tratado de EDH. En cuanto a este último, se enfoca en el grupo intergubernamental formado luego de que se aprobase la Resolución de Ecuador (quien se ha constituido como el impulsor por la aprobación de un tratado que regule violaciones de derechos humanos en cuanto al accionar de las empresas multinacionales).

Sin embargo, también se detienen en otros mecanismos por fuera de la Organización de Naciones Unidas, dado que algunos autores, entre ellos Louis Bickford, consideran que deberían también tomarse en cuenta otros posibles coordinadores. Dicho autor en particular considera que el GT no tiene la suficiente capacidad para contribuir al desarrollo de la participación de la sociedad civil.

En concordancia con dicha posición, Amol Mehra entiende que “El GT está limitado ya que es un órgano establecido para responder a los imperativos políticos mediante el consenso”.⁴ Dicha autora también considera que debería pensarse por fuera de los PR y de Naciones Unidas en general, ya sea a nivel internacional, regional y nacional.

Finalmente, a lo largo del libro, se toma en cuenta los llamados Planes de Acción Nacionales, por medio de los cuales los Estados han recogido los Principios Rectores con los fines de aplicarlos en su territorio. Algunos de estos PAN han sufrido críticas por ser considerados muy restrictivos, o por limitar el acceso de la sociedad civil a recursos judiciales.

2. Perspectivas respecto de la gobernanza experimental y los Principios Rectores

En el primer capítulo, Rodríguez Garavito ubica a los Principios Rectores dentro de la gobernanza experimental y dentro de un enfoque policéntrico en el que funcionarían como estándares mínimos a observar y como punto de partida respecto de los derechos humanos relativos al accionar de las empresas.

El autor destaca el enfoque gradual y policéntrico de la gobernanza experimental, siendo que los PR regularían o coordinarían los diferentes sistemas de gobernanza. Es decir, podría decirse que serían un *punto focal*. Sin embargo, debido a la creciente fragmentación del derecho internacional en su conjunto, se haría imposible que los PR o siquiera un tratado puedan ser considerados un “punto focal”.⁵

3 *Ibidem*, p. 199.

4 *Ibidem*, p. 207.

5 *Ibidem*, p. 66.

Al respecto, Ruggie, autor del tercer capítulo, destaca la importancia de “implementar y desarrollar más los PR, establecer expectativas claras para Gobiernos y Empresas”. Por su parte, Surya Deva, autora del cuarto capítulo, considera que hay cuestiones no abordadas por los PR en pos del consenso. Por ejemplo, señala que los principios de responsabilidad societaria limitada y personalidad jurídica independiente deben ser reformulados para evitar que las empresas eludan responsabilidades.⁶ Para esta autora, la creación de otro instrumento de *soft law* más ambicioso que los PR podría proporcionar a los Estados una guía más concreta para realizar ajustes legislativos.⁷

Por otra parte, para otros autores, como Larry Catá Backe, autor del quinto capítulo del libro, existen dos formas de gobernanza: la metagobernanza y los movimientos de masas. Respecto de la posibilidad de un tratado respecto de las EDH, dicho autor se muestra contrario a una “sustitución” del policentrismo de los PR por un tratado.

2.1. Propuestas para empoderar a la sociedad civil

Para Rodríguez Garavito, para empoderar a la sociedad civil y consolidarla como un contrapoder que pueda nivelar de alguna manera la asimetría existente entre los pilares sobre los que se sustentan los PR es menester que el Grupo de Trabajo divulgue los PR y cree canales de colaboración con la sociedad civil.⁸

Por otra parte, sugiere emplear métodos de trabajo y mecanismos institucionales dirigidos de forma explícita a convocar a las comunidades afectadas y organizaciones de la sociedad civil. A su vez, y en punto a la implementación de un futuro tratado en la materia, destaca que debiera incluir mecanismos de inclusión de la sociedad civil y dar recursos efectivos para las comunidades afectadas.

Para otros autores, como Surya Deva, quien aboga por un instrumento de *soft law* general respecto de las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas, dicho instrumento debería incorporar un órgano que reciba quejas e inquietudes de la sociedad civil. Cabe preguntarse cómo se diferenciaría de otros mecanismos actuales de consulta.

Tara J. Melish propone incorporar un cuarto pilar en cuanto a la participación de la sociedad civil en el proceso de implementación de los PR. Considera que la sociedad civil no debiera contar únicamente con un derecho de queja *post hoc*.⁹ Al respecto propone un pilar participativo con métodos a largo plazo por medio de los cuales los Estados y las empresas garanticen la participación de la sociedad civil. Toma como ejemplo para la incorporación de dicha participación a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

6 *Ibídem*, p. 105.

7 *Ibídem*, p. 114.

8 *Ibídem*, p. 48.

9 *Ibídem*, p. 136-138.

Por su parte, para Claret Vargas, “Las comunidades afectadas y sus defensores son indispensables en el proceso de diseño de mecanismos de supervisión e implementación más efectivos”¹⁰ y “las comunidades afectadas no deberían ser sólo fuentes de datos sobre cuáles violaciones han ocurrido, sino que deberían ser consultados sobre los modos en que el sistema puede mejorarse”.¹¹ En punto a ello, pone como ejemplo el Fair Food Program, mediante el cual quienes se encargaron de impulsar el cumplimiento de dicho programa fueron los propios trabajadores. Respecto de los PR, sugiere involucrar a las comunidades afectadas en el desarrollo de los PAN y crear más mecanismos específicos de implementación a esos fines.

Para otros autores como Louis Bickford, el GT no tiene la suficiente capacidad para contribuir al desarrollo de la participación de la sociedad civil. En cambio, autores como Juana Kweitel concluyen que el GT podría implementar un plan de trabajo claro y transparente que dé prioridad a iniciativas de protección de las víctimas.

Finalmente, otros como Bonita Meyersfeld señalan que no se puede equiparar a la sociedad civil con las comunidades afectadas y, a su vez, estas con los trabajadores de las empresas. Para dicha autora se necesitaría una nueva categorización de grupos afectados tomando en cuenta a la pobreza como un fenómeno estructural.

3. La discusión sobre un posible tratado que regule graves violaciones de derechos humanos cometidas por empresas multinacionales

Rodríguez Garavito expresa su opinión de que un tratado vinculante, sumado a los Principios Rectores ya existentes y a una mayor participación de la Sociedad Civil, sería un paso esencial para fortalecer el cumplimiento de los PR y combinar mecanismos policéntricos y centralizados, voluntarios y obligatorios.

En ese sentido, considera que un tratado especificaría las obligaciones de los Estados, brindaría mecanismos para la sociedad civil, mejoraría la correspondencia entre PR y normas internacionales de derechos humanos evitando que las empresas nieguen tener obligaciones derivadas del derecho internacional y, por último, incluiría más derechos que los ya reconocidos por los PR. Así, el tratado sería complementario de los PR, y viceversa.

Por otra parte, es consciente de las desventajas de un tratado. Por ejemplo, sus grandes costos, el tiempo y la política detrás de su creación y la preponderancia de grandes ONG con base en Ginebra por sobre las preocupaciones de otras ONG, por mencionar algunas. La propuesta de Rodríguez Garavito frente a ello es ecléctica: continuar hacia la aprobación de un tratado sin dejar de lado los PR ya existentes. Finalmente, considera que dicho tratado debería hacer énfasis en violaciones graves de derechos humanos y en la cooperación entre Estados para conseguir una eventual adhesión a normas vinculantes.

¹⁰ *Ibidem*, p. 181.

¹¹ *Ibidem*, p. 184.

Ruggie es conteste respecto de la adopción de un tratado. Considera que tomando en cuenta las dificultades para su aprobación, sería mejor reforzar mientras tanto los PR. Por otra parte, afirma que se debiera acortar el objeto del eventual tratado a algo que pueda tener consecuencias prácticas reales. En este punto se encuentra de acuerdo con Rodríguez Garavito, al señalar que dicho tratado debiera tener por objeto las graves violaciones de derechos humanos cometidas por empresas, hacer hincapié en la cooperación internacional entre Estados y crear medidas específicas que los Estados deban adoptar para las empresas.

Otros autores, como Surya Deva, también comparten la posición de que un tratado complementaría los PR y que podría ampliar la responsabilidad empresarial respecto de los PR. Sin embargo, en lo que se refiere al objeto del tratado, señala que no debería ser “estado-céntrico” ni limitarse a violaciones graves de DD.HH. Por el contrario, considera que un posible tratado no solo tendría que enfocarse en derechos civiles y políticos, sino también en derechos económicos, sociales y culturales.

Tara J. Melish, entre otros autores, se muestra contraria a la posible adopción de un tratado. En particular, sostiene que dividir la discusión entre tratado y gobernanza policéntrica es reduccionista y dirige a la conclusión de que los PR son necesariamente mejores que un tratado o cualquier intento de codificación o de norma vinculante.¹²

Por su parte, Larry Catá Backe también se muestra en contra de un posible tratado sobre graves violaciones de DD.HH. cometidas por empresas. Dicho autor se muestra temeroso respecto de una posible “sustitución” del policentrismo de los PR por un tratado. Propone como una posibilidad un tratado complementario a los PR cuyo objeto sea limitado.

Autores como Chris Jochnick consideran que un nuevo tratado no necesariamente modificaría la estructura de poder asimétrica: “El hecho de que los PR gocen de la aprobación de los órganos de Derechos Humanos [...] les da un poder igual al de cualquier Tratado para elevar el nivel de conciencia [...] y estimular la acción”.¹³

Amol Mehra señala que un tratado no debería enfocarse solo en empresas multinacionales, sino también en las empresas nacionales, que son las que más podrían causar violaciones de DD.HH. A su vez, reafirma que aún queda mucho por hacer en las jurisdicciones nacionales.

Louis Bickford, autor del capítulo noveno del libro, considera que

Concentrarse en el proceso de aprobación de un Tratado [...] inevitablemente perjudica la labor existente dirigida a solucionar retos gigantes, como la falta de cumplimiento y la escasa participación de importantes Estados, en especial de los países de origen de las Empresas.¹⁴

¹² *Ibídem*, p. 122.

¹³ *Ibídem*, p. 199.

¹⁴ *Ibídem*, p. 129 y 130.

Kweitel también considera que la aprobación de un tratado no sería una solución a las debilidades de los PR. ¿Qué pasaría si los países de origen de las empresas multinacionales no ratifican el tratado? Al respecto, señala que EEUU y la UE no participan del grupo de trabajo intergubernamental propuesto para el estudio de un posible tratado.

4. Conclusiones

De la lectura de este interesante libro se desprenden las siguientes conclusiones:

- a) Los PR son un punto de partida, pero no deben ser considerados un fin en sí mismo. Su ampliación es necesaria, ya sea mediante un tratado que los complemente, mediante la adición de otro pilar a los tres ya existentes, o por medio de un instrumento de *soft law*.
- b) La eventual aprobación de un tratado en la materia demoraría años y podría nunca materializarse. Existe la posibilidad de que no sea la solución definitiva a las falencias de los PR o que no consigan los objetivos perseguidos si no cuenta con la adhesión de Estados clave (sede de empresas multinacionales) o sin la participación de ONG enfocadas en brindar mayor participación a la sociedad civil y los grupos afectados. Sin embargo, tampoco debería descartarse de plano. En este punto, los autores del libro se encuentran divididos.
- c) El empoderamiento de la sociedad civil es un objetivo importante si se pretende que haya un control de abajo hacia arriba respecto de los PR y de su adopción y aplicación. Muchos autores destacan que, ya sea dentro del marco del GT o fuera del mismo, se deben analizar alternativas para brindar a la sociedad civil, a las ONG y a los grupos afectados por las violaciones de DD.HH. cometidas por empresas, un medio de llevar a conocimiento de un órgano especializado en casos particulares.
- d) La discusión entre gobernanza policéntrica e instrumentos vinculantes no debe opacar la cuestión de la efectividad de cada instrumento en cuestión. Muchos de los autores consideran que un posible tratado vinculante debiera considerarse complementario de los PR ya existentes y que tendría que prever mecanismos de empoderamiento para los grupos afectados y la sociedad civil.
- e) Los Planes de Acción Nacionales son un inicio, pero aún queda mucho por hacer en términos de las jurisdicciones nacionales.

Reseña del libro *La Argentina en el banquillo. La historia detrás de las denuncias contra el Estado por violaciones de derechos humanos*

Rey, S. A. (2020). *La Argentina en el banquillo. La historia detrás de las denuncias contra el Estado por violaciones de derechos humanos*. Buenos Aires: Colihue.

Por *Sofía C. Demaria*¹

La Argentina en el banquillo es un libro único e imprescindible en materia de derechos humanos. Por primera vez encontramos una obra académica que analiza una gran cantidad de casos que tramitaron ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) con el agregado de que el autor realizó cientos de entrevistas a los y las diferentes protagonistas, lo cual nos permite conocer sus puntos de vista, pero al mismo tiempo las tensiones políticas y las expectativas que se tenían antes, durante y finalizado el litigio.

Ya los dos prólogos muestran la importancia y amplitud ideológica de los testimonios que encontraremos al leer el libro: por un lado, Jorge Taiana, ex canciller peronista durante el kirchnerismo y ex secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); por el otro, Leandro Despouy, histórico militante del radicalismo, que cumplió funciones en la Cancillería durante los gobiernos de Alfonsín y De la Rúa.

¹ Abogada (UBA). Diplomada en Abogacía del Estado (ECAE).

Resulta sumamente útil el capítulo introductorio, ya que allí se explica brevemente el origen y cómo funciona el SIDH, lo que permite que cualquier persona, independientemente de si ha estudiado abogacía o no, pueda comprender el derrotero de los casos y la forma en que se tomaron las decisiones. Porque *La Argentina en el banquillo*, pese a la complejidad de lo relatado, narra la búsqueda de justicia de las víctimas y sus familiares, quienes luego de atravesar años de litigio en el ámbito nacional, ante la falta de respuestas, tuvieron que recurrir al SIDH.

Organizado en 41 capítulos, en cada uno se analiza un caso diferente –con excepción de tres capítulos donde el autor acumula dos denuncias– en función de un criterio que el propio Rey explicita: la selección obedeció a la importancia de quiénes fueron sus víctimas o los efectos que han producido en el ámbito nacional, a lo que agrega, por supuesto, el mayor interés que generará en los/as lectores. Asimismo, cuenta con un índice de denuncias y casos por orden alfabético y otro de nombres por capítulo, que facilitan la búsqueda.

En cada capítulo el autor relata los hechos del caso, cómo se agotaron o no los recursos de la jurisdicción interna, la decisión de las víctimas y/o sus representantes de presentar una petición ante la CIDH, las vicisitudes del trámite ante dicho órgano de la OEA y el modo de su finalización y, en algunos pocos que han sido sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cómo ha sido el trámite ante el tribunal regional, lo que incluye la supervisión del cumplimiento de las sentencias y los informes. Se analizan, pues, las decisiones que se adoptaron tanto a nivel nacional como internacional, el contexto en el que fueron dictadas y los cambios normativos y de prácticas que generaron.

Entiendo que este libro tiene dos aspectos muy destacables: por un lado, recoge los principales estándares adoptados por la CIDH y la Corte IDH al momento de resolver las denuncias, lo que lo convierte en un valioso texto de derecho internacional de los derechos humanos; pero, al mismo tiempo, el autor incursiona en el periodismo de investigación y transcribe interesantes testimonios de los protagonistas, escribiendo un libro de política e historia que refleja la situación de los derechos humanos en la Argentina en los últimos cuarenta y cinco años.

Por el micrófono de Rey pasaron ex ministros y viceministros/as de Relaciones Exteriores, Justicia o Interior –como Jorge Taiana, Leandro Despouy, Diana Conti, Alicia Pierini y Luis Alén–, representantes de las víctimas –como Víctor Abramovich, Eduardo Barcesat, Stella Maris Martínez, Ariel Dulitzky, Viviana Krsticevic, Ana Herren, Damián Loreti, Martha Fernández de Burgos, Andrea Pochak, Eduardo Bertoni, Tomas Ojea Quintana, María del Carmen Verdú y los integrantes de Xumek–, peticionarios y sus familiares –como Horacio Verbitsky, Jorge Fontevecchia, Nora Cortiñas, Adolfo Pérez Esquivel, Estela Carlotto, Hipólito Solari Yrigoyen, Taty Almeida, Graciela Fernández Meijide, Leonardo Fornerón, Isabel Mignone, Ángel Rozas y Roberto Felicetti–, secretarios ejecutivos y miembros de la CIDH –como Edmundo Vargas Carreño, Juan Méndez, Santiago Cantón, Elsa Kelly, Oscar Fappiano, Robert Goldman, Claudio Grossman, Esmeralda Arosemen de Troitiño, Florentín Meléndez y Luz Patricia Mejía–, y secretarios y jueces de la Corte IDH –como Pablo Saavedra Alessandri,

Raúl Zaffaroni, Ricardo Gil Lavedra, Manuel Ventura Robles y Sergio García Ramírez—. Muchas de las declaraciones incluidas en el libro son inéditas, sorprendentes y polémicas.

Los capítulos siguen un orden cronológico, que se inicia en 1976 con la última Dictadura cívico-militar y se extiende hasta el 2020, lo que permite ver la evolución de los diferentes gobiernos en la Argentina, los cambios de funcionarios y funcionarias y de postura en cuanto a las políticas en materia de derechos humanos a nivel nacional y provincial y en la relación del Estado con la OEA y sus órganos.

Las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado y sus consecuencias ocupan varios capítulos: las desapariciones de Nélide Azucena Sosa de Forti y Mónica Mignone; cómo se gestó y se desarrolló la visita *in loco* de la CIDH a la Argentina de 1979 y el trascendental rol que tuvo Emilio Mignone para su éxito; la proscripción y persecución a los Testigos de Jehová; la resolución de la situación de aquellas personas que fueron condenadas durante la Dictadura en flagrante violación del debido proceso –Oswaldo López–; la inconventionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y los decretos de indulto; la creación de los juicios por la verdad –Carmen Aguiar de Lapacó–; la sanción de leyes y medidas reparatorias –Guillermo Birt y otros y Aníbal Acosta y otros–; y las modificaciones legislativas para la toma de muestras de ADN de niños y niñas apropiados durante la Dictadura –Inocencia Luca de Pegoraro y otros y Emiliano Castro Tortrino–.

Pero el libro tiene también la virtud de adentrarse en diferentes violaciones de derechos humanos ocurridas en democracia. Allí se destaca el caso del ataque al Regimiento de La Tablada y sus consecuencias, que siguen hasta el día de hoy, como lo demuestra la condena en abril de 2019 al ex General del Ejército Arrillaga por el homicidio de José Alejandro Díaz, uno de los cuatro militantes del MTP que continúan desaparecidos.

Aparecen relatados casos que involucran directamente a las fuerzas de seguridad, como las muertes del subcomisario Jorge Gutiérrez, Sergio Schiavini, Fernando Giovanelli y Ricardo Kaplun, y la tortura de Juan Carlos Bayarri a raíz del secuestro de Mauricio Macri.

La situación de los derechos humanos en las provincias se analiza a partir de los casos de las desapariciones forzadas de Adolfo Garrido y Raúl Baigorria en Mendoza e Iván Torres en Chubut; la discriminación por motivos del género de Sandra Chaves en Salta; el triple femicidio de Cipolletti –María Emilia González, Paula Micaela González y María Verónica Villar–; el doble crimen del Río Colorado –Raquel Lagunas y Sergio Sorbellini–, la masacre del Puente Gral. Belgrano en Corrientes apenas asumido el gobierno de la Rúa –Ignacio Cardozo y otros–; las condiciones de detención de las personas privadas de la libertad en las penitenciarías de Mendoza; los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas en Salta –Comunidad Aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)–; las destituciones de las juezas Adriana Gallo, Ana María Careaga y Silvia Maluf de Christin en San Luis; y el modo de designación de los senadores nacionales de la provincia de Chaco en 1998.

Especial mención merecen los casos vinculados al derecho a la libertad de expresión: la derogación del tipo penal de desacato –Horacio Verbitsky–; la modificación del tipo penal de calumnias e inju-

rias –Eduardo Kimel–; la necesidad y proporcionalidad de la sanción civil a periodistas –Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, con su coletazo de 2017, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores” decidió incumplir con lo ordenado como reparación por la Corte IDH–; y el carácter de interés público de la información difundida –Carlos y Pablo Mémoli–.

Son muy interesantes y duras las reflexiones de los protagonistas en los casos vinculados a derechos de los niños y adolescentes, como la muerte de Walter Bulacio; la incansable lucha de Leonardo Fornerón por conseguir la tenencia de su hija; la violación a las garantías del debido proceso y a los derechos de las personas con discapacidad –Sebastián Furlan y otros–; y las condenas a prisión perpetua a menores de edad –César Mendoza y otros–.

Finalmente se desarrollan los casos de la muerte de Carlos Menem (hijo), la derogación del Código de Justicia Militar –Rodolfo Correa Belisle–, la reglamentación de la Ley de Cupo Femenino –Merciadri de Morini–, el derecho a la doble instancia amplia en materia penal –Oscar Mohamed– y la violación a los derechos de los jubilados y pensionados por la sanción de la Ley N° 24463 de Solidaridad Previsional –Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros–, y otros menos conocidos, como las amenazas a la Defensora Oficial de San Isidro María Dolores Gómez, la lucha por obtener el DNI de Marcos García, y los reclamos millonarios de Ernesto Galante y Tomás Carvallo Quintana.

La lectura del libro permite ver las angustias y frustraciones de las víctimas –aun de aquellas que han obtenido un resultado favorable en el ámbito internacional–, el grado de satisfacción que tienen respecto a las reparaciones ordenadas y la tremenda lentitud tanto de los órganos de administración de justicia nacionales, como de la CIDH al tramitar las peticiones. Asimismo, interpela sobre la eficacia del SIDH para resolver casos individuales, y su utilidad para evitar que los mismos hechos vuelvan a ocurrir –como garantía de no repetición–.

Y, sobre todo, demuestra que en todos los casos de denuncias por violaciones de derechos humanos la solución es siempre política: tanto la decisión de avanzar o no en un acuerdo de solución amistosa –Aguiar de Lapacó o Sandra Chaves, por ejemplo–, como la de cumplir o no una sentencia –Fontevecchia y D’Amico–. Por ello resulta interesante el análisis sobre los diferentes gobiernos, quiénes eran sus funcionarios y qué postura tenían en materia de derechos humanos, y, al mismo tiempo, sobre quiénes decidían en el SIDH: los comisionados y las comisionadas y los jueces y las juezas de la Corte IDH.

En síntesis, creo que el libro que aquí reseñamos rompe el molde de los tradicionales libros de derecho, puesto que no solo cuenta qué se resolvió en cada caso, sino también el detrás de escena, lo que permite comprender realmente lo que ocurrió y visibilizar las historias de vida de los protagonistas, convirtiéndose en sí mismo en una forma de reparación para aquellas.

Reseña del libro *Autoría en delitos de lesa humanidad*

Buján, F. (2019). *Autoría en delitos de lesa humanidad*. Buenos Aires: Hammurabi.

Por Pablo Gabriel Salinas¹

El libro que aquí reseño comienza con la referencia de Buján en el primer capítulo al autor detrás del autor en los crímenes internacionales, conforme la teoría sobre la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, elaborada por Claus Roxin, y la actuación del personal de jerarquía “intermedia” en causas por delitos de lesa humanidad. Se pregunta: ¿autores mediatos o partícipes?, y se responde: con la elevada predisposición del ejecutor al hecho (Schroeder).

Conforme Roberto Atilio Falcone y Andrés Falcone,²

la teoría de los sistemas [...] nos ha permitido estudiar la relación medio-sistema y extraer un propio concepto de normatividad. Luego estudiamos como las nociones dominio de la organización (fungibilidad) y de dominio del hecho no pertenecen al sistema jurídico, sino que intentan reproducir situaciones dadas en su medio, lo que conlleva la imposibilidad de poder construir sobre ellas categorías jurídicas fiables.

1 Juez de Cámara del Tribunal Oral Federal N° 2 de Mendoza. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de la Universidad Nacional de Cuyo.

2 Falcone, R. A. y Falcone, A. (2013). Elevada disposición al hecho e infracción de deberes especiales en el marco del terrorismo de Estado argentino. Revista *Derecho Público*, 5. Recuperado de <https://procesalpenal.wordpress.com/2013/08/30/doctrina/>

Por el contrario, el concepto de infracción de deber como fundamento de imputación y de distinción cualitativa en materia de participación criminal (esto último sólo en relación a los deberes especiales) sí nos permite efectuar distinciones normativas y edificar sobre ellas estructuras dogmáticas convincentes. Pero el fenómeno de la macrocriminalidad estatal nos impide equiparar estos delitos con los comunes, por lo que necesitaremos aquí, además, aplicar la teoría de la elevada disposición al hecho como fundamento aditivo de imputación de los hombres de atrás.

Concluyendo, infracción de deber especial y elevada disposición al hecho del ejecutor serán los fundamentos de la imputación de los funcionarios públicos que detentaban posiciones de poder durante el terrorismo de Estado que desplegó la última dictadura militar argentina.

Es por ello que acierta Buján al referirse a la elevada disposición al hecho del ejecutor, ya que está absolutamente comprometido políticamente con la estructura criminal y el plan criminal.

Luego analiza la jurisprudencia nacional e internacional comenzando por el Juicio a las Juntas, el caso de los tiradores del muro y el problema del funcionamiento del aparato de poder al margen del Estado de derecho. Sigue con la jurisprudencia de la Corte de Colombia y de Perú –el fallo “Abimael Guzman” y “Fujimori” y la existencia de una organización jerárquica–.

Continúa con el poder del mando o de mando, para lo cual es bueno leer el caso Yamashita de la Corte de Estados Unidos y con el apartamiento del derecho, la fungibilidad y la especial predisposición del ejecutor al hecho ilícito.

El apartamiento del derecho es la disputa acerca de si un Estado –como puede ser el de Alemania Oriental– y su estructura jurídica está apartada o no del derecho. La fungibilidad se refiere a la intercambiabilidad de los ejecutores en virtud de estructuras de poder organizadas.

Según sostiene Claus Roxin, el dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás se funda en el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas y no en la coacción o el error. Quedan excluidos el dominio por coacción y por error.

Los fundamentos estructurales del dominio de la organización “se encuentran en el hecho fáctico de que quienes mueven los hilos de tales organizaciones tienen un interés relevante en el éxito del delito en el sentido de la teoría subjetiva”.³

Si bien Roxin limita el dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad, y esta es la crítica de Buján, esto no se corresponde con lo sostenido por el maestro de Hamburgo.

3 Roxin, C. (2004). *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Barcelona: Marcial Pons, p. 24.

Claus Roxin lo explica claramente:

el caso más frecuente en la práctica será aquel en que los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos, como ocurría tanto en el Proceso Eichman como en la sentencia Staschynski, puesto que normalmente sólo el poder estatal puede operar al margen de la ley, e incluso éste sólo puede hacerlo cuando ya no están vigentes las garantías del Estado de Derecho.⁴

Bujan continúa analizando la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, el caso del dominio funcional del hecho en el fallo Lubanga, el caso del dominio de la organización conforme Katanga y Ngudjolo y el caso de dominio de la organización en Al Bashir, Al Senussi.

Luego se pregunta: ¿dominio de la organización empresarial? El mismo título es una crítica implícita al dominio de la organización de Roxin y al dominio en especial referencia a las organizaciones empresarias.

Considero infundada esta crítica, ya que el autor alemán explica bien este punto en cuanto la autoría mediata por dominio de la organización:

Los delitos en el marco de aparatos organizados de poder fue el título de mi conferencia dictada en febrero de 1963 con motivo del inicio de mis clases en Hamburgo. En ella proponía una nueva forma de autoría mediata. Mi idea fundamental consistía en que, al tomar el dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, solamente existirían tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede ser dominado sin que el autor tenga que estar presente en el momento de la ejecución: puede obligar al ejecutante, puede engañar a éste y –esta era la nueva idea- puede dar la orden a través de un aparato organizado de poder, el cual asegure la ejecución de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución.⁵

En el capítulo III comienza su análisis desde la empresa criminal conjunta y de las relaciones entre coautoría y prueba. La empresa criminal conjunta es descrita conforme el caso Tadic y los fallos del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia. Se analizan los elementos objetivos y subjetivos para luego examinar el fallo “Acosta” de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, donde esta se inclina por el criterio de “Tadic” en lugar del de “Perisic”.

Para Buján esta clase de coautoría nace para dar respuesta a la atribución de responsabilidad en los casos de criminalidad colectiva, donde resulta imposible determinar la contribución específica de cada uno de los individuos integrantes de la empresa criminal. Si bien no comparto este argumento, me parece imprescindible el debate en cuanto a la atribución de responsabilidad. Entiendo que en

4 *Ibíd.*, p. 24.

5 Roxin, C. (2005). La Autoría Mediata por Dominio de la Organización. *Revista de Derecho Penal. Autoría y Participación*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 9.

Yamashita y Homma ha quedado resuelto, como así también en casos más recientes como Radovan Karadzic o Ratko Mladic, pero fundamentalmente con la disposición del artículo 27 del Estatuto de Roma, donde normativamente se resuelven todos los problemas.

El autor ataca la teoría de la empresa criminal conjunta con el argumento de que se basa en un criterio subjetivo de autor, que tampoco comparto porque entiendo que, como explica muy bien la teoría de Schroeder, “en estos hechos criminales múltiples existe una complicidad consciente, que solo pueden ser ejecutados a través de una organización precisa, representada ya en la fase de preparación”.⁶

Además, critica a la empresa criminal conjunta porque para ser autor basta con compartir la intención del resto del grupo que integra la empresa criminal, sin importar la magnitud de la contribución material (*actus reus*).

Sin embargo, estos no son los lineamientos de la empresa criminal conjunta, conforme el caso Tadic, receptada en el artículo 25, inciso 3, párrafo d del Estatuto de Roma, donde se sostiene que la responsabilidad penal individual de aquel que contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión de crímenes por un grupo de personas que tengan una finalidad común la contribución deberá ser intencional y se hará con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte o a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

Por lo tanto, la contribución y la magnitud de la contribución siempre será compartimentalizada porque es la propia estructura de la empresa criminal conjunta la que establece eslabones para diluir la responsabilidad y, por lo tanto, no puede ponerse en cabeza de las víctimas probar la magnitud de la colaboración de cada uno de los partícipes de la empresa criminal.

Para ser más claro aún, un imputado podría decir: “la magnitud de mi aporte es nada, yo solo indicaba a las personas el camino a la cámara de gas”. Otro dirá “la magnitud es nada ya que yo solo secuestraba el blanco que me proporcionaba la superioridad”, como dijo en la famosa entrevista Alfredo Astiz a la periodista Cerruti. Eichman dirá que la magnitud de su aporte era fungible y que solo era un burócrata.

Todos apelaran a que su participación era mínima, pero cada eslabón produce el crimen y, como sostiene Primo Levi en su libro *Si esto es un hombre*, la finalidad era llegar a un momento en el cual los *sonderkomandos* reemplazaran a los soldados nazis y estos entonces podrían decir que la magnitud de su aporte era inexistente.

Luego sigue con su crítica manifestando que el criterio de cercanía/lejanía respecto del hecho es indiferente en el marco de la autoría, sin importar si el criterio aplicable es el de la empresa criminal conjunta o el de la autoría mediata.

6 Aboso, G. E. (2005). Autoría Mediata a través de aparatos organizados de Poder. *Revista de Derecho Penal. Autoría y Participación*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 297.

No comparto su crítica, ya que a mi entender, mientras más lejos más responsable de la ejecución del hecho por mayor dominio de la organización y mientras más cerca más responsable por ejecución material y en el medio absolutamente responsable por las dos cosas.

En el capítulo IV el autor trata las imputaciones por omisión frente a los principios de legalidad, proporcionalidad y congruencia. Analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Antognazza” y “Rosas”.

No comparto lo referido al principio de congruencia, ya que el mismo está plenamente definido en el caso Fermín Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostiene la identidad del hecho independientemente del ropaje jurídico.

El principio de congruencia, en materia procesal penal, consiste en la identidad del hecho incluido en la acusación fiscal y el hecho receptado en la sentencia. El hecho se debe mantener inmutable y debe ser acreditado por la prueba, que debe ser una prueba que conduzca a la certeza de la ocurrencia del mismo. El principio de congruencia tiene dos elementos dentro de su concepto: el primero y más importante, el del debido proceso legal y el segundo, el derecho de defensa.

No comparto con Buján que se trata de solo la violación al derecho de defensa y creo que debe priorizarse el debido proceso. El debido proceso exige la identidad en el hecho requerido, indagado, procesado, elevado a juicio, juzgado y sentenciado. El derecho de defensa es un concepto que generalmente se torna abstracto y pierde fuerza en su interpretación ambigua. Cuando se denuncia afectación al derecho de defensa, debe hacerse indicando expresamente la facultad violada. En cambio, con el debido proceso legal, las normas rituales establecen el tránsito que debe seguir la acusación para poder llegar a una sentencia obtenida bajo las normas procesales y de fondo y esencialmente bajo las normas constitucionales y convencionales. Debe existir un control de convencionalidad y de constitucionalidad de la acusación y de la sentencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez c/ Guatemala, estableció el concepto de los principios contenidos en el artículo 8.2 de la Convención. La descripción de la conducta imputada debe contener los mismos hechos en la acusación y la sentencia para que el imputado pueda defenderse de los hechos por los cuales es acusado sin ningún tipo de hecho oculto o de constancia fáctica no expuesta a la publicidad del juicio oral.

Pese a no coincidir con Buján, puedo decir que es muy buena la discusión y que el principio de congruencia no se ve afectado en la gran mayoría de los juicios de lesa humanidad, ya que los hechos siempre son requeridos del mismo modo y se mantienen inmutables y solo cambia en algunos casos el ropaje jurídico.

Reitero que todas las afectaciones y temores expuestos por Bujan son en alguna medida resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez, cuya lectura recomiendo.

En el capítulo V Buján analiza la autoría y la participación en el Estatuto de Roma con los antecedentes de Nuremberg y Tokio. Se detiene en la parte norteamericana de la acusación de Nuremberg en

cuanto al crimen de conspiración (*conspiracy*). Luego analiza el crimen de membresía en una organización criminal y finaliza con el caso Eichmann. Sigue con la autoría y la participación en el estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y en el Estatuto de Roma.

Finalmente, el capítulo VI trata de la responsabilidad penal del superior por el crimen internacional del subordinado. Se refiere al artículo 28 del Estatuto de Roma y los problemas que encuentra en el artículo. Se pregunta: ¿autor del ilícito del subordinado o autor de otros ilícitos?, haciendo con la sola pregunta una crítica que considero infundada, ya que el subordinado y el autor tienen sus roles bien delimitados en el Estatuto de Roma.

En síntesis, considero que el libro es extenso, bien fundamentado, y un excelente trabajo para leer y debatir. Bujan tiene una sólida formación y el libro vale la pena, aunque no concuerde con muchas de sus conclusiones.

Reseña del libro *¿Cómo pensar la desigualdad desde los derechos humanos? Nuevos abordajes para las injusticias sociales y económicas del siglo XXI*

Rodríguez Garavito, C. (coord.) (2019). *¿Cómo pensar la desigualdad desde los derechos humanos? Nuevos abordajes para las injusticias sociales y económicas del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Por Lucía Daniela Alcain¹

El libro que aquí se reseña es una obra coordinada por César Rodríguez Garavito, jurista colombiano, cofundador y ex director del Centro de Investigación y Promoción de Derechos Humanos Dejusticia.

En esta presentación, Rodríguez Garavito reúne artículos de diferentes autores que describen situaciones actuales de vulneración de derechos humanos alrededor del mundo, en los que se relata de forma muy precisa, y al mismo tiempo con un lenguaje muy accesible, las diferentes problemáticas. Es fácil advertir que el hilo conductor entre todos ellos es la desigualdad existente en la sociedad, lo cual implica que los distintos grupos que se analizan en los artículos se encuentran en una situación desaventajada.

A partir de sus exposiciones, los autores demuestran el profundo conocimiento que tienen respecto de los temas que analizan. Cabe destacar que todos ellos se relacionan de una forma muy precisa con la problemática, ya sea porque son profesionales especializados, defensores de derechos humanos o afectados directos con un gran compromiso en revertir la situación de desigualdad. En efecto, de los diez escritores, tres están directamente implicados, ya que forman parte de los grupos cuyas desigualdades se profundizan en cada texto. Los siete restantes están involucrados por ser abogados o asesores especializados en la temática, o activistas.

¹ Abogada (UBA). Ayudante de Derechos Humanos y Garantías (UBA).

De esta forma, se logra combinar un estudio técnico, pero a la vez profundamente práctico, enriqueciendo el conocimiento sobre los temas y logrando análisis mucho más provechosos. También es un punto para remarcar la capacidad de síntesis de los autores, sin perder de vista aspectos centrales de la problemática, que se cristaliza en una extensión aproximada de veinte páginas para cada artículo. Así, se logra una lectura amena y sencilla, en la que se aborda técnicamente un tema específico.

Otro aspecto a tener en cuenta, relacionado con el título del libro, es la geografía desde la que escriben los autores. La amplia mayoría de los relatos que conforman el libro son problemáticas que suceden en Latinoamérica. No es casual que se le dedique tanto tiempo a esta región, ya que, según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), es la región más desigual de todas, siendo esta una circunstancia estructural que persiste aún en épocas de crecimiento económico (CEPAL, 2019: 22).

El desafío que propone este libro es pensar, a lo largo de su desarrollo, si las sociedades con sistemas democráticos y que han reconocido diversos tratados de derechos humanos son sociedades más equitativas. En este orden de ideas, se reflexiona acerca de la relación entre la democracia y el reconocimiento de instrumentos de derechos humanos con la desigualdad en una sociedad.

En cuanto a su estructura, el libro comienza con una introducción a cargo del coordinador en la que da a conocer que el origen del libro fue un taller del centro Dejusticia con el propósito de conectar las distintas generaciones de activistas. Luego, se divide en diez artículos que describen distintos temas de forma exhaustiva, en los términos ya explicados anteriormente. Estos relatos son la columna vertebral de la obra. Más adelante, se analizarán de forma concreta cada uno de ellos, pero antes se destacarán ciertos elementos que están presentes en la gran mayoría de los relatos, sino en todo el libro.

Como primer punto para resaltar, todas las personas que son protagonistas en los relatos sufren discriminación por parte de agentes públicos, nacionales o provinciales. Si no es por una acción directa, siempre hay una tolerancia del Estado frente a esta situación, quien evita tomar medidas para revertir la desigualdad estructural. Este escenario genera una distinción entre ciudadanos de primera y de segunda, estando estos últimos privados de acceso a servicios básicos y a un nivel de vida digno, lo que lleva necesariamente a una situación de desigualdad.

En segundo lugar, se debe destacar el rol que juega la Justicia. En los artículos aparece sistemáticamente un Poder Judicial que termina siendo un instrumento para perpetuar las desigualdades estructurales en una sociedad. Este es un fenómeno que se observa en todas las regiones que se analizan.

Asimismo, otro punto sobresaliente es el rol de los medios de comunicación y cómo operan en la construcción de sentido común en una sociedad. Lo que demuestran los artículos es que cuando se instala un discurso en la comunidad que permite perpetuar las desigualdades ya existentes, se vuelve muy complejo y difícil revertirlo. El desarrollo de estas ideas permite que se genere una otredad, que es extraña, ajena a la supuesta normalidad de la sociedad. Así, con el “otro” creado y endemoniado por el sentido común, es mucho más fácil la adjudicación de todos los males y la adopción de políticas que llevan a la marginación social, fomentando la desigualdad estructural.

Otra constante que se ve en la publicación es que, al momento de enfrentar una situación de desigualdad, el refugio suelen ser organizaciones civiles que no forman parte de los Estados. Así, la búsqueda de soluciones no se hace desde las agencias estatales, que pueden tomar una decisión al respecto, sino que surge de organizaciones no gubernamentales que, si bien su existencia hace posibles mínimos cambios, no cuentan con los recursos suficientes para revertir la situación.

De esto se desprende que la existencia de las ONG permite agrupar los reclamos y demandas de las personas y así se posibilita la coordinación de una estrategia en común que respalde sus demandas. Además, esta circunstancia hace más factible que la Justicia acepte los casos que si se presentasen de forma individual. Eso es necesario, ya que muchas veces, por la situación de vulnerabilidad que viven las personas que integran este grupo, no se suelen tomar los casos cuando llegan sin ningún acompañamiento institucional. Aun en los supuestos en los que se les da trámite, el análisis y la resolución no son los mismos, así como tampoco la importancia y el peso que tendrían si fuese un reclamo institucionalizado. Por eso es necesaria la existencia de este tipo de organismos.

En cuanto al contenido específico de los artículos, el primero está a cargo de Ana María Belique Delba. Se titula “La discriminación racial contra los dominicanos de ascendencia haitiana. Del Batey al activismo” y trata sobre la situación de las personas de nacionalidad dominicana descendientes de haitianos. Las restricciones para que este grupo goce su derecho a la nacionalidad llegó a su pico máximo en el año 2013 cuando una sentencia del Tribunal Constitucional estableció que los hijos de haitianos con una situación migratoria irregular, nacidos entre 1929 a 2007 en República Dominicana, no podían ser considerados ciudadanos de este país. En otras palabras, quienes hayan nacido en ese período, no son nacionales de su propio Estado.

Desde el comienzo la autora realiza la aclaración de la cercanía que tiene con la problemática, no solo por su lucha, sino por ser ella una afectada directa. Esta característica permite un contacto con la temática a desarrollar mucho más cercano por parte del lector, permitiéndole sentir y poder comprender la circunstancia desde este lugar. En el artículo se deja constancia de que las decisiones e informes de los organismos internacionales de derechos humanos han influido en la adopción de políticas por parte del Estado dominicano en las situaciones de desigualdad. A pesar de ello, se deja asentado que no se logra revertir las políticas que acentúan la desigualdad y marginalidad por el simple hecho de que algún organismo internacional emita un documento. De hecho, se demuestra que en aquellas cuestiones en las que los Estados tienen la decisión de tomar una política, aunque hagan cambios, persisten en su decisión primaria.

El segundo artículo, “La suerte de las mujeres indígenas en México. Ajmú Mbaa y la raíz de la tierra”, lo escribe Martha Ramírez Galeana, quien forma parte del centro de derechos humanos Techinollan. En este caso, se debe prestar especial atención ya que se tratan situaciones de desigualdad por doble circunstancia. Los relatos que se narran tienen como protagonistas a mujeres indígenas; ambas características requieren una mayor protección por parte de los Estados y toda la comunidad. A pesar de ello, de las historias que se exponen en el texto, se desprende que formar parte de estos grupos conlleva ser objeto de constantes agresiones por parte de organismos estatales, ya sea por quienes intervienen

en la vulneración de sus derechos (policía o agentes del Poder Ejecutivo), como aquellos que con su accionar perpetúan el daño sufrido por los primeros (la Justicia).

En uno de los casos que se comentan en este artículo, se analiza el abuso sexual que sufrió Valentina Rosendo Cantú, mujer indígena mexicana, por parte de militares de ese país y, luego, las dificultades que tuvo al momento de realizar la denuncia correspondiente. En este caso se muestra justamente lo que expone Belique Delba en su texto: la persistencia del Estado en su postura. Aunque la Corte IDH dictó una sentencia donde ordenaba, entre otras cosas, la investigación –eficaz, en un plazo razonable y en el fuero ordinario– del abuso sexual sufrido por la señora Rosendo Cantú (Corte IDH, 2010), en marzo de este año todavía no se había dado total cumplimiento a esta medida ordenada (Corte IDH, 2020).

Los dos siguientes artículos tratan problemáticas que transcurren en Brasil. En “Sobrevivir en la ciudad. El fenómeno de la migración indígena en el norte brasileño”, de Isabela do Amaral Sales, se analizan los conflictos que tienen las personas indígenas con la policía y la Justicia. No obstante, a diferencia de los textos anteriores, la autora es funcionaria estatal de un organismo al que acudieron las personas afectadas ante la orden judicial de desalojo.

Desde el comienzo del relato se remarca la falta de protección estatal que tienen las comunidades indígenas, quienes, como consecuencia, sufren desde las amenazas y restricciones sobre los territorios, hasta el desplazamiento a través de mecanismos violentos. Además, se hace hincapié en las condiciones insalubres en las que deben vivir estas comunidades y el poco interés que despierta en el Estado, ya que soluciones que en un momento fueron anunciadas como transitorias terminan convirtiéndose en permanentes.

Durante el artículo se relata cómo los medios de comunicación fueron actores cruciales para llegar a tomar la decisión del desalojo. A partir de la creación de un relato que ponía el foco en la vida acorde a los cánones del siglo XXI de estas comunidades, se instaló el cuestionamiento sobre la autenticidad indígena de los protagonistas. Fue tal la incidencia de este discurso, que, un tiempo después de iniciada la campaña mediática, el Poder Judicial indicó que para que una persona se considere indígena, no debe tener contacto con el mundo moderno. Si se diese ese extremo, significaría que una persona que reúna tales características estaría al margen de la sociedad, ya que es imposible integrarse a ella sin tener acceso o interacción con las tecnologías. Por otra parte, en el texto se hace mención a la falta de herramientas con las que cuentan las comunidades indígenas, la diferencia en el tiempo y la eficacia de la actuación del Estado, dependiendo de si la persona solicitante pertenece a un grupo en una situación desaventajada o no.

El siguiente artículo, “La ciudadanía de los refugiados en Brasil. Un asunto plástico”, escrito por Daniel Bertolucci Torres, se refiere a las personas refugiadas que se ven forzadas a dejar sus países y comunidades. El desarrollo se hace a través de las historias de personas que debieron abandonar sus países. En el caso de Jean,² tuvo que abandonar la República Democrática del Congo producto de

² En el artículo siempre que se nombra a una persona se lo hace con un nombre ficticio para proteger su privacidad.

la persecución y vulneraciones a sus derechos, que sufría por funcionarios estatales. La sucesión de hechos culmina en su arribo a Brasil.

En el texto se menciona un primer obstáculo en cuanto al reconocimiento de los derechos de las personas refugiadas: la voluntad del Estado de otorgarles tal estatus. También se hace referencia a otras trabas que deben sortear, que muchas veces no se tienen en cuenta, como puede ser la necesidad de estar inscripto en los registros civiles para poder contar con una identificación. Sin embargo, no parecen ser problemas que se solucionen con una acción o norma puntual, ya que siempre persiste en las instituciones las distinciones irracionales en comparación con los nacionales. Según los relatos, siempre se presenta algún inconveniente por el cual las autoridades estatales discriminan a los refugiados, siendo que en muchos casos termina prevaleciendo el prejuicio o la creencia de un agente estatal por sobre una disposición legal.

La ausencia y la desidia del Estado llegan a afectar no solo a quienes se ven forzados a dejar sus países, sino también a sus descendientes. Así, se dan casos de bebés sin atención médica por parte de los hospitales públicos, impedimentos para su inscripción en registros oficiales y la expulsión de los establecimientos educativos. De esta forma, se genera un doble estándar que margina aún más a quienes ya se encuentran en una situación vulnerable, puesto que no se le exige lo mismo por parte de las instituciones a las personas de nacionalidad brasileña que a los refugiados. Por consiguiente, en muchos casos no se trata de una problemática en las normativas, sino en quienes tienen el deber de implementarlas, que priorizan sus propios criterios y creencias a la ley.

Cuando hay un déficit por parte del Estado en este punto, comienzan las mayores dificultades. Además, en el caso particular que se narra, nuevamente se puede observar la interseccionalidad de sus protagonistas, que implica una doble vulneración. Como ya se dijo, cuando el Estado no está presente, quienes aparecen como sostén y asesoramiento para las personas son las organizaciones civiles.

En “Historias mínimas desde la marginalidad en la ciudad de Buenos Aires. La empatía como parte de las políticas públicas”, Juan Ignacio Leoni comenta, desde su rol de agente estatal, la problemática de las personas en situación de calle en la Ciudad de Buenos Aires, y evidencia el compromiso que asumen las personas que trabajan con grupos en situación de desigualdad, y las trabas, tanto institucionales como societarias, que tienen que enfrentar.

Una de las cosas que remarca el autor es que la confección de informes y recopilación de datos, aunque son necesarios para trabajar, terminan invisibilizando la situación de vulnerabilidad concreta en que se encuentran las personas o, cuanto menos, le quita singularidad. Por otra parte, resalta que el impacto que tiene el agente estatal al tratar con una persona directamente es mucho mayor que si se informase respecto de su caso mediante una cifra que se desprende de un papel.

Por otro lado, el individualismo en el que hace hincapié Leoni es muy importante para comprender de qué manera se perpetúa la desigualdad. La falta de empatía y la visión estrictamente personal no permite, en este caso, tejer lazos de solidaridad que permitan armar una red que funcione de sostén e impida que las personas caigan en la marginalidad. En este sentido, el autor deja clara su postura en cuanto a que una sociedad más igualitaria se logra únicamente a través de la solidaridad colectiva.

Siguiendo la estructura del libro, el siguiente artículo “Lo que indigna a la sociedad. Acerca de las condiciones de vida de las mujeres privadas de libertad en Paraguay”, de José Galeano Monti, trata una situación por demás alarmante. El autor comienza dando información sobre la situación social de este país. Así, recoge cifras que indican el bajo nivel de empleo formal, atención médica y educación que sufre la sociedad paraguaya. A las restricciones en el acceso a derechos, se tiene que sumar la delicada y precaria situación en la que se encuentran las mujeres privadas de su libertad, que se ven imposibilitadas de acceder a condiciones mínimas de vida; es decir, acceder a elementos de higiene, alimentación saludable y educación, entre otras.

En este artículo se puede ver justamente lo que marcaba Leoni: la falta de empatía y de solidaridad por parte del resto de la sociedad. En el texto se recogen comentarios de los principales portales periodísticos de ese país que justifican y hasta solicitan que las personas privadas de su libertad vivan en condiciones inhumanas. Claramente, para lograr esto, como ya se ha indicado, los medios de comunicación tienen un rol decisivo y central en la creación de ese sentido común.

A su vez, se analiza una situación muy preocupante que sucede en algunas cárceles de varones, con áreas destinadas para el alojamiento de mujeres. Se advirtió que en estas unidades penitenciarias había un alto porcentaje de embarazadas y, a partir de esta información, se pudo descubrir una red de prostitución con connivencia del personal penitenciario. Este dato tiene que analizarse en el contexto de la privación por parte de las autoridades estatales de elementos de higiene y alimentos básicos que permite a una persona acceder a un nivel de vida digno. En consecuencia, para muchas mujeres la única posibilidad de acceder a los bienes que no proveen los funcionarios del penal es la prostitución.

Llegado este punto, se puede observar que en todos los artículos se hace referencia a grupo de personas que están en una situación de vulnerabilidad agravada, por la interseccionalidad de su pertenencia a varios grupos desaventajados. Esta circunstancia hace que se requiera un doble esfuerzo por parte del Estado o, al menos, particular cuidado al momento de tratar una situación en la que se encuentren involucradas estas personas.

El séptimo y el octavo artículo son los únicos en los que no se analizan temáticas que suceden en Latinoamérica. En “Neoliberalismo y autoritarismo. Cómo las reformas radicales del mercado en Rusia destruyeron la débil democracia”, Evgeny (Zhenya) Belyakov analiza la situación de las personas homosexuales en Rusia. Para poder comprender cabalmente el contexto actual y conocer las circunstancias del país, se hace un relato histórico-político desde la disolución de la Unión Soviética hasta la actualidad, en el cual se explica cómo mientras se realizó la transición y apertura hacia el capitalismo, hubo una rápida pérdida del poder adquisitivo en el país y el derrumbamiento del estado de bienestar, que impidió a las personas costear necesidades básicas.

Se narra el modo en que, durante la década de 1990, el Estado se fue retirando del lugar de asistencia y acompañamiento a las personas, dando lugar a una sociedad resquebrajada y cada vez más individualista. En este marco, durante la reconstrucción de una nueva identidad nacional, aquellas cuestiones provenientes de Occidente eran y son resistidas y cuestionadas por la ciudadanía, como, por ejemplo,

los derechos de las personas LGTB+ y el movimiento feminista. Desde el 2010, se ha avanzado mucho en el reconocimiento de los derechos de estos grupos en el hemisferio occidental. Esto explica y evidencia la relación entre la reacción anti Occidente y las políticas homofóbicas. También se analiza cómo la situación fue tomada por el poder político para ganar legitimidad y por los medios de comunicación, en la construcción de un estereotipo que luego pueda ser blanco de las medidas discriminatorias. Así, se señaló a los feminismos y a las personas LGTB+ como elementos amenazantes del Estado ruso, lo cual explica la situación y la legislación actual en dicho país.

En el siguiente artículo, Karim Nammour narra la situación en Líbano en relación con la política criminal llevada respecto de los estupefacientes, por la cual no se termina persiguiendo a las personas a cargo de este crimen, sino que se carga las tintas sobre el último eslabón en la cadena: los consumidores. El artículo se titula “La batalla por los paraísos artificiales. La Guerra contra las drogas en el Líbano, sus consecuencias y la lucha para terminarla”, y muestra cómo las personas terminan siendo ultrajadas y sus derechos básicos vulnerados por parte de agente estatales. Suele suceder en la actualidad que a los conflictos profundos y complejos se les adjudique una supuesta solución rápida y expeditiva, que lejos de resolver los problemas, los complejiza aún más. La adopción de este tipo de medidas culmina con una profundización de la marginación de las personas, lo cual genera una situación de desigualdad mucho más profunda.

A partir de su análisis se observa que, con la persecución y encarcelamiento a los consumidores, se creó una categoría en la que se percibía al usuario consumidor de drogas como criminal. Así, fue mucho más fácil aplicar una lógica punitivista y fomentar entre la propia sociedad un Estado policial y de denuncia permanente, a aquellas personas consumidoras de estupefacientes. En este artículo se puede observar una constante que se reitera a lo largo del libro: el mal desempeño de los integrantes del Poder Judicial. Definitivamente, queda demostrado que no es un problema únicamente de Latinoamérica, sino que el accionar de la Justicia debe ser observado con total rigurosidad en todo el mundo. En este caso, podemos apreciar cómo un juez decide por sus propias creencias, sin sustento alguno, no aplicar la ley.

Además, se deja ver cuánto influye el enfoque punitivista en la sociedad que los profesionales de la salud actúan en contra de sus propios reglamentos profesionales y leyes del Estado. Ya en la última parte del artículo se hace una reflexión con respecto a la relación entre la prohibición, el aumento de casos de sobredosis, la estigmatización, marginalización y miedo al arresto. Todo esto, a su vez, repercute en el acceso a la educación, empleo formal y salud.

Posando sus ojos nuevamente en Latinoamérica, el penúltimo artículo, “El poder detrás de un número. Visibilidad estadística y desigualdad en Colombia y República Dominicana”, cuyo autor es Andrés Castro Araújo, refiere a situaciones de desigualdad en estos dos países. Lo hace a partir de las obligaciones asumidas por ambos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³

³ Colombia ratificó el Tratado el 29 de octubre de 1969 y República Dominicana se adhirió el 4 de enero de 1978.

El autor se centra en la relación entre las estadísticas y la (in)visibilidad de sectores especialmente vulnerables, como las categorías étnico-raciales. La permanente invisibilidad de estos grupos se produce por no encajar en las clasificaciones que se utilizan al momento de realizar las mediciones. Este hecho tiene consecuencias directas en las obligaciones que asumen los Estados a nivel internacional. A su vez, si no hay datos oficiales se dificulta mucho canalizar los reclamos por parte de estos grupos. Lo que no se ve, no existe.

En el trabajo se realiza un análisis pormenorizado de la historia de los dos países y cómo la categoría étnico-racial terminó siendo ignorada, marginada y, en consecuencia, blanco de violaciones de derechos humanos en República Dominicana, mientras que en Colombia se visibilizó a la población afrodescendiente. La adopción de esta medida, con sus vaivenes, permitió combatir el racismo y proteger a este sector que no fue tenido en cuenta durante mucho tiempo. La conclusión a la que se puede arribar es que lo que hizo la diferencia entre estos dos países fue la efectiva demanda de la sociedad civil a los órganos estatales, con el objetivo de obtener estadísticas que reflejen fielmente la población afrodescendiente en el caso de Colombia. A la demanda interna se la complementa con la presión de organismos internacionales.

En “Derechos humanos, ética y amor. Los dilemas de la práctica”, de Hash Mande, el último artículo del libro, no se analiza la situación particular de un grupo determinado, sino que se realizan consideraciones más generales relacionadas con los derechos humanos, justicia e igualdad. Se considera que la creación de un otro permite perpetuar la situación de desigualdad existente. Se realiza también una reflexión en cuanto a la forma de ejercer la abogacía, de manera honesta, desde la verdad. También se destaca que los juzgados no son el único lugar para lograr la paz, ya que es necesario que las batallas se den en todos los espacios comunitarios (calles, plazas, escuelas, etc.). Se entiende que no es posible construir sociedades más justas utilizando los mismos métodos de las personas que oprimen a las minorías, así como no se puede combatir a la violencia con violencia.

En conclusión, del análisis de todos los textos, se pueden sacar distintas reflexiones. Como primer punto, se logra a través de un lenguaje sencillo y accesible una amplia difusión de las situaciones en las que se encuentran distintos grupos marginados. Esto permite que la sociedad tome conocimiento de las desigualdades y que, a partir de esto, se involucre lo necesario para exigir a los Estados que respeten y garanticen los derechos humanos de todas las personas. Por otro lado, queda evidenciado que las denuncias internacionales sirven para ejercer presión sobre los Estados. De esta forma, se consigue que por lo menos tengan que dar explicaciones sobre las políticas implementadas. No obstante, la imposibilidad de forzar a un Estado para que adopte un temperamento determinado implica que muchas veces no se logre un cambio total en la medida en cuestión, sino que se revea de forma parcial o temporal.

La única posibilidad de conseguir una sociedad menos desigual, con mismas oportunidades para todas las personas, es que el Estado se proponga dicho objetivo. Esto requiere una modificación profunda de las instituciones, que actúen con principios distintos y una democratización real de la sociedad, es decir que no haya únicas voces y visiones. Sin la voluntad de los Estados, la igualdad se vuelve una utopía, aunque las utopías sirven para caminar.

Referencias bibliográficas

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31/08/2010). *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (12/03/2020). *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Supervisión de cumplimiento de sentencia*.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2019). *Panorama Social de América Latina, 2019* (LC/PUB 2019/22-P/Rev.1). Santiago de Chile: CEPAL.

Reseña del libro *Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia*

Benente, M. (coord.) (2018). *Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia*. José C. Paz-Buenos Aires: EDUNPAZ-Editores Del Sur.

Por Rosario Vázquez¹

¿Qué motiva a un grupo de abogados y abogadas a revisar las sentencias de los Tribunales Superiores?
¿Son los derechos económicos, sociales y culturales realmente operativos y justiciables en todo el país?

El libro que aquí se reseña constituye un arduo trabajo de investigación de veinticinco abogados y abogadas de nuestro país bajo la coordinación de Mauro Benente. Los y las juristas que trabajaron en esta obra han recabado con mucha dificultad los antecedentes jurisprudenciales locales necesarios para efectuar un análisis comparativo y contextualizado. La dificultad a la hora de ubicar las fuentes estuvo dada principalmente por la falta de publicación y sistematización, situación que ocurrió en las provincias de Misiones o de San Juan, por ejemplo, que genera un inconveniente mayor para los funcionarios y funcionarias y para los propios tribunales al momento de formar un precedente. Otro problema recurrente fue directamente la falta de sentencias vinculadas a los DESC. La provincia de Catamarca, a pesar de contar con índices muy altos de insatisfacción respecto de ciertos derechos fundamentales, casi no posee (a excepción de en materia de salud) fallos sobre la materia. Tanto en Neuquén como en Corrientes se observa una situación similar, un Poder Judicial con escasos pronunciamientos sobre DESC. Los autores y autoras señalan la importancia de comenzar a judicializar los casos y le atribuyen la escasez de sentencias a la falta de conocimiento de los recursos administrativos, la existencia de otras vías de reclamo o la inexistencia de mecanismos locales que los vuelvan verdaderamente justiciables.

¹ Profesora de Educación Superior en Ciencia Política (ISP Dr. Joaquín V. González). Estudiante de Abogacía e integrante de proyectos de investigación (UNPAZ).

En cuanto a la estructura, la obra está dividida en diecinueve capítulos, en los que cada uno aborda una provincia diferente, según orden alfabético. Por diversos motivos, no forman parte de este tomo las investigaciones sobre las provincias de Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Rioja y Santa Cruz, que se espera publicar en un segundo volumen.

La propuesta de investigar, recopilar y examinar la jurisprudencia provincial relativa a los DESC surge de la carencia de doctrina vinculada a tales asuntos. Benente expresa en el prólogo su preocupación por el “gran vacío” y el “absoluto desconocimiento” del tratamiento de los DESC en los tribunales locales. En materia de derechos humanos existe en Argentina una vasta cantidad de textos que analizan las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los Tribunales Internacionales y una tradición universitaria que mantiene la mirada “hacia arriba”, toda vez que desde los espacios de formación se propone estudiar el alcance y desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales en la región. He aquí el principal objetivo de esta obra: “estudiar si el discurso judicial de los Tribunales Superiores de Justicia provinciales hace de ellos derechos operativos y exigibles judicialmente, o los reduce a meros derechos programáticos” (Benente, 2018: 11).

La mayoría de los capítulos comienzan con un breve desarrollo histórico de los derechos humanos en el plano regional, nacional y local. Luego sintetizan la evolución de las constituciones locales hasta llegar a la actualidad y examinan la presencia de los DESC en ellas. Una vez que se describe por completo el contexto normativo, se analizan las sentencias seleccionadas de los Tribunales Superiores de Justicia y se elabora una conclusión final.

Difieren de esta estructura algunos pocos capítulos, como el correspondiente a la provincia de La Pampa, que comienza con un desarrollo de las distintas teorías respecto de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales y del lugar que estos ocupan en relación al modelo de Estado imperante. El apartado de Tierra del Fuego también posee una introducción diferente, en la que los autores proponen una discusión sobre las funciones de los tres poderes del Estado en relación con los derechos humanos y las posiciones doctrinarias al respecto. El último capítulo, dedicado a la provincia de Tucumán, presenta también un desarrollo preliminar distinto. La autora comienza con un abordaje de la democracia deliberativa y establece vinculaciones con el pleno desarrollo de los DESC. Afirma que tales derechos son herramientas democráticas y que para que exista una verdadera democracia participativa todas las personas deben contar con la garantía de una vida digna.

Entre las constituciones provinciales más exigentes en materia de DESC se encuentra la de la provincia de Buenos Aires, cuyos artículos 36, 37 y 38 poseen una mayor cobertura de derechos que la que se encuentra en la Constitución Nacional y reconoce los derechos económicos, sociales y culturales de la familia, niñez y juventudes, mujeres, personas con discapacidad, pueblos originarios y veteranos de guerra. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también es caracterizada como “ambiciosa y exigente”. Su artículo 10 vuelve operativos a los DESC y, por lo general, su aplicación es acompañada por la Ley N° 4036 de Protección Integral de los Derechos Sociales, sancionada en el año 2011.

La provincia de Corrientes se destaca por una Constitución con perspectiva de género, sancionada en el año 2007, que señala en su artículo 45 que “el Estado garantiza la igualdad real de oportunidades para mujeres y varones en lo cultural, económico, laboral, político, social y familiar”. Además, apunta a erradicar los prejuicios socioculturales basados en una idea de superioridad de cualquiera de los géneros y reconoce el derecho de seguridad social de las amas de casa.

La Constitución de San Luis incorpora los derechos económicos, sociales y culturales en dos enmiendas de los años 2006 y 2011, que los reconocen de manera “explícita y extensa”. Además de ampliar los derechos de los niños y niñas, aparecen en esta norma también los llamados derechos colectivos y la inclusión social y digital como derecho humano.

Otra constitución muy rigurosa es la de Santiago del Estero, que reconoce los DESC desde su Preámbulo, donde también se señalan una serie de pautas o directrices interpretativas para el Poder Judicial. También posee un desarrollo individual de los derechos humanos dividido en capítulos, dentro del cual se destacan la idea del medicamento como bien social, el acceso a la cultura como derecho humano fundamental y los derechos de los y las docentes.

Merecen un análisis especial aquellas constituciones que fueron consideradas en algún momento “de vanguardia” y en la práctica han quedado en el olvido. La provincia de Misiones incorporó ya en 1958 una pluralidad de DESC que anticiparon la reforma de 1994, pero que hoy en día no tienen un correlato en la jurisprudencia local. La Constitución sanjuanina, por su parte, fue modificada por última vez en 1986 y se dedicó cuatro capítulos a los derechos económicos, sociales y culturales. Hoy el Tribunal Superior solo evoca en sus sentencias a la Constitución Nacional, y pocas veces recurre a la provincial y a los Tratados de Derechos Humanos. La Constitución de Mendoza fue realmente una pionera en incorporar en 1916 una serie de derechos económicos y sociales vinculados al trabajo, al agua, a la educación, derechos de las mujeres y la infancia. Su sanción se dio un año antes de la Carta mexicana, tres antes de la creación de la Organización Internacional del Trabajo y por lo menos dos décadas antes del movimiento del constitucionalismo social desarrollado en América Latina. Sin embargo, los autores señalan que esta norma poderosa y avanzada es hoy la más antigua del país y no posee reformas sustanciales.

Luego de analizar el marco jurídico, los abogados y abogadas que trabajaron en la redacción del libro, desarrollaron las sentencias más relevantes en materia de DESC de los Tribunales Superiores, para luego plasmar sus conclusiones sobre el desempeño del Poder Judicial en el plano local.

Buenos Aires es una de las provincias que se destacan por la labor positiva de su Suprema Corte. El autor señala que la mayoría de los casos en materia de DESC que llegan a la SCBA poseen resultados favorables y que esto marca una política de exigibilidad. Al final del capítulo recuerda que existe un gran porcentaje de habitantes de la provincia de Buenos Aires con necesidades básicas insatisfechas y que “mejorar este drama no es algo que pueda lograrse en los estrados judiciales, sino que depende de la organización popular y de un poder político formado por sectores populares” (Benente, 2018: 37). Pese a ello, señala la importancia de contar con un Poder Judicial que asuma un rol activo, puesto que muchas de esas demandas sociales “se estructuran discursivamente en términos de derechos humanos” (Ídem).

Las provincias del sur de nuestro país también recibieron halagos por la labor de sus magistrados y magistradas. El Tribunal neuquino se destaca por asumir el control de las políticas públicas vinculadas a los derechos económicos, sociales y culturales y la creciente incorporación en sus fundamentos del derecho internacional de los derechos humanos. A pesar de no contar con una abundante jurisprudencia, la interpretación que se realiza de estos derechos permite considerarlos plenamente justiciables.

En el caso de Río Negro, las autoras resaltan que los DESC son considerados operativos por el STJ, que ha efectuado controles de razonabilidad y ha ponderado en especial la situación de los grupos más vulnerables. Recibe un tratamiento especial dentro del capítulo la doctrina “F, A.L”,² que en la justicia local tiene un precedente importante. En la causa “N., R. F.” el tribunal rionegrino resolvió que si el embarazo de una niña es producto de una violación y existe un consentimiento que lo autorice, su interrupción llevada a cabo por un médico diplomado no es punible. Incluso, establece una operatividad directa, al igual que el emblemático fallo de la CSJN, al afirmar que no es necesaria la denuncia ni la autorización judicial y al fundamentar su decisión en el derecho humano a la salud. Por otro lado, resulta interesante que, dentro de su estructura judicial, la provincia de Chubut posee áreas específicas dedicadas a los DESC y bajo la órbita de la Defensa Pública. El rol y la competencia de estas defensorías especializadas se rigen por la normativa local, las instrucciones del Defensor General y por las conocidas “Reglas de Brasilia”. Las funciones judiciales y extrajudiciales que realizan tienden a descomprimir el sistema de justicia y dar respuestas más urgentes. En cuanto a la jurisprudencia local, la autora señala que el tribunal chubutense realiza un pleno reconocimiento de los DESC, aunque no siempre se valga del derecho local ni de las herramientas del sistema interamericano.

Por último, los autores que tuvieron a su cargo el tratamiento de la provincia de Tierra del Fuego destacaron que

las resoluciones de los jueces fueguinos, a diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones, lejos de conformarse con la inclusión de los demandantes en programas sociales de corte asistencialista, persiguen plasmar una solución concreta que ponga a salvo el derecho individual vulnerado (Benente, 2018: 372).

También es interesante mencionar a aquellos tribunales que recibieron críticas por parte de los autores y autoras de la obra. Uno de ellos es el TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El autor advierte que no existe un correlato entre las sentencias del tribunal y lo establecido en la normativa local, especialmente en la Constitución. Debido a la gran cantidad de jurisprudencia existente, se dedica a abordar únicamente los casos vinculados al derecho a la vivienda digna y realiza una constante vinculación entre estos y las insuficientes políticas habitacionales de la CABA en cada uno de los contextos. En resumen, el autor deja en evidencia que la justicia porteña, en base a una serie de interpretaciones restrictivas y

² El fallo “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva de la CSJN (2012)” tiene su origen en la provincia de Chubut, cuando la madre de una niña de 15 años que había sido violada por su padrastro recurrió a la justicia solicitando la autorización judicial para que la menor pudiera realizarse un aborto en un hospital público.

argumentos cuestionables, reconoce el derecho a la vivienda digna solo en aquellos grupos “que siendo vulnerables están en peores condiciones que otros grupos también vulnerables” (Benente, 2018: 114).

El caso de Santa Fe reviste una mayor gravedad. Su Constitución provincial es calificada por los autores como “obsoleta”, puesto que su última reforma, llevada a cabo en 1962, no realiza un desarrollo específico de los DESC, solo apareciendo mencionado el derecho a la educación. El Tribunal Superior, por su parte, a pesar de contar con herramientas conceptuales nacionales e internacionales, no se ha pronunciado hasta el momento sobre los DESC en general, sino de manera individual, lo que constituye un obstáculo a la operatividad de aquellos.

Al Superior Tribunal de Justicia pampeano se le reprocha la falta de diálogo con la sociedad civil, la indiferencia hacia los sectores sociales más desventajados y la interpretación restrictiva sobre los DESC, que no poseen un tratamiento específico, ni se les adjudica obligaciones especiales.

La situación de la provincia de Córdoba es otro ejemplo de cómo las decisiones judiciales a menudo entran en contradicción con la fuente normativa. Del análisis de su jurisprudencia relativamente escasa se desprende que “el TSJ no ha tenido una intensa y fuerte protección de ellos (los derechos sociales)” (Benente, 2018: 134). Por el contrario, las sentencias basadas en el argumento de la “discrecionalidad” tienden a menoscabar los derechos económicos, sociales y culturales y la falta de litigiosidad no se debe a un estado de satisfacción de los mencionados derechos en la población, sino más bien a la imposibilidad de determinados sectores sociales a acceder a la justicia en sentido restringido.

De la lectura del libro se desprende que el derecho a la salud es el más judicializado y el que posee la mayor cantidad de resoluciones positivas por parte los Tribunales Superiores de Justicia, que coinciden en la indudable responsabilidad del Estado en garantizarlo y la imposibilidad de postergar su cobertura en base a argumentos economistas y presupuestarios. Le sigue el acceso a una vivienda digna. En todos los capítulos aparecen casos de vivienda, pero no siempre son seguidos por sentencias favorables. La solución habitacional aparece casi de manera unánime cuando se trata de grupos o personas en situación de vulnerabilidad: niños y niñas, personas con discapacidad, víctimas de violencia de género, entre otras. Varios tribunales hacen referencia al carácter netamente social del derecho a la vivienda y lo diferencian del derecho a la propiedad. Otros, afirman que la falta de acceso a la vivienda digna puede ser un eximente de responsabilidad penal, por ejemplo, en casos de usurpación, toda vez que impide a las familias el disfrute de una amplia gama de otros derechos humanos. En menor medida aparecen casos vinculados a la educación, el trabajo digno y la seguridad social y se mencionan pocos fallos de los Tribunales Superiores sobre la situación de los pueblos originarios y el derecho al agua y la alimentación adecuada.

Otro punto a destacar es la posición de los jueces y juezas al momento de resolver sobre la violación a los derechos humanos de una persona con discapacidad. Existe un gran consenso judicial de que las personas con discapacidad deben contar con medidas positivas por parte de los Estados, que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos y promuevan la igualdad de oportunidades. Es importante destacar la influencia del fallo “Q. C., S. Y. c/ GCBA s/ amparo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la que el tribunal afirmó que tener recursos limitados no constituye una justificación válida

y que la demandada “no realizó el máximo esfuerzo para lograr, progresivamente y con los recursos económicos disponibles, la plena efectividad del derecho reclamado y que las invocadas carencias presupuestarias no han sido debidamente acreditadas”.³ Esta afirmación, así como también los conceptos de operatividad directa y derivada, fueron aplicados en las resoluciones judiciales de todos los tribunales superiores del país. Incluso hay algunas provincias que en sus sentencias han ampliado el nivel de protección que este antecedente le otorga a los derechos económicos, sociales y culturales, como es el caso del Superior Tribunal de Chaco.

Otro debate interesante que aparece en este fallo y se repite en todos los capítulos del libro es el rol del Poder Judicial en materia de DESC. Al respecto, la CSJN aseguró que es deber de los jueces y juezas aplicar los controles de razonabilidad sobre medidas implementadas por los otros dos poderes públicos. Esto significa que “sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”.⁴

Este punto trae aparejado la larga discusión sobre la separación de poderes y la dificultad contramayoritaria, y se plasma en casi todos los capítulos de la obra. Un ejemplo es la Corte salteña, que con algunos tropiezos ha construido según el autor “un avance más lento, aunque progresivo, en la materia” (Benente, 2018: 134). En varias sentencias se hace alusión a la necesidad de que los tres poderes del Estado estén plenamente involucrados en alcanzar la plena efectividad de los DESC, que, en su mayoría, exigen acciones de dar o de hacer, en pos de eliminar las desigualdades que impiden su ejercicio. Por este motivo, y citando al conocido fallo “Verbitsky”, el tribunal salteño afirmó que

cuando se encuentran en juego derechos y garantías constitucionales de tal envergadura, no se produce una intervención indebida del Poder Judicial en el ámbito de las políticas públicas, sino que lo que se realiza es un control de que dichas políticas se enmarquen en los mandatos constitucionales.

Consideramos que este texto es de lectura fundamental no solo para los operadores y operadoras del derecho o sus estudiantes, sino también para especialistas en materias afines, militantes de derechos humanos y organizaciones sociales. Esta obra provee información sumamente necesaria para un mejor entendimiento de la problemática de los DESC en Argentina. En su desarrollo encontraremos herramientas conceptuales imprescindibles para litigar, investigar y diseñar políticas en la materia.

Construir una verdadera cultura en derechos humanos exige, sin dudas, mirar hacia el interior de nuestro territorio, y eso es lo que este libro, con un lenguaje muy ameno, aporta. Si bien sabemos que garantizar la cobertura de los derechos básicos y elementales es un arduo trabajo que debe ser llevado a cabo por el Estado en todos sus niveles, en conjunto con la sociedad civil, la vigencia de los DESC también depende en gran medida de cómo son interpretados y aplicados por los jueces y juezas de todo el país.

3 CSJN, “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, s/ Amparo”, del 24 de abril del 2012, considerando 4°.

4 *Ibídem*, considerando 17.

Reseña –y algunas reflexiones desde América Latina– del libro *Derecho internacional. Una introducción*

Tanzi, A. M. (2019). *Derecho internacional. Una introducción*. Buenos Aires-Torino: Astrea-G. Giappichelli.

Por Jorge Raúl Murillo¹

A) Presentación

La redacción de una obra panorámica, actualizada y sucinta de derecho internacional aparece como una tarea que conlleva, al menos de inicio, una buena dosis de complejidad. El desafío, no obstante, es asumido por Tanzi a través de su libro *Derecho internacional. Una introducción*, cuya primera edición castellana aparece en 2019.

El reconocido catedrático de Bologna señala, tempranamente, que “la visión de ‘trazo grueso’ ofrecida en esta obra está más orientada a proporcionar un entendimiento básico del funcionamiento del derecho internacional que un conocimiento profundo de sus instituciones”.²

¹ Profesor de Derecho Internacional Público (UNR–UCA–UCEL) y de Derecho de la Integración (UNR). Director del Programa de Derecho al Desarrollo, Centro de Estudios Interdisciplinarios y subdirector del Centro de Investigaciones sobre Derecho y Economía, Facultad de Derecho; ambos de la UNR.

² Tanzi, A. M. (2019). *Derecho internacional. Una introducción*. Buenos Aires: Astrea. p. VIII.

B) Capítulos y temas principales

El autor ofrece su labor a lo largo de un prefacio y siete capítulos. Con un discurso claro, despliega un ritmo literario que logra sostener la atención del lector, incluso en los temas que adquieren una mayor densidad expositiva.

1. ¿Qué es el derecho internacional?

1.a. Constitución, historia y evolución del derecho internacional contemporáneo

El capítulo inicial es fundante. Trata *las bases del derecho de la comunidad internacional*; léase, su historia, evolución y principios estructurales. Aquí se trazan los criterios jurídicos, políticos y filosóficos que pueden rastrearse, con distinta intensidad, a lo largo de la obra.

El uso adecuado de interrogantes invita a recorrer la trama argumental de esta primera parte: ¿Por qué los Estados asumen obligaciones internacionales? ¿Por qué los Estados violan el derecho internacional? ¿Es posible hablar de una Constitución de la comunidad internacional? La respuesta a esta última cuestión no se hace esperar: el profesor italiano afirma, sin rodeos, la existencia de una *constitución del derecho internacional*.

Siguiendo el criterio del jurista francés Scelle, y aplicando el antiguo refrán *ubi societas, ibi ius* con su corolario: *ubi ius, ibi constitución*, supone que

si hay un conjunto de normas que reglan las relaciones entre los sujetos de una sociedad, también hay unas reglas básicas, generalmente reconocidas, que rigen tanto la distribución estructural del poder entre ellos como los procedimientos mediante los cuales dichas reglas se implementan.³

Luego de expresar que “[e]l carácter no escrito de las reglas fundadoras del derecho internacional no constituye un argumento suficiente para negar la existencia de una constitución internacional”,⁴ se vale del ejemplo de la Constitución británica –compuesta de fuentes escritas y no escritas– para sostener la existencia de reglas y principios constitucionales de la comunidad internacional.

Su *Grundnorm* es la igualdad soberana de los Estados, la cual determina una dimensión estructural horizontal que queda consagrada en 1648 con la Paz de Westfalia. La misma plantea un modelo alternativo a otro vertical basado en la hegemonía, propia del Imperio romano.⁵

3 *Ibidem*, p. 8.

4 *Ídem*, nota 2, p. 9.

5 *Ídem*, nota 2, p. 9 a 11.

No obstante, el autor señala que existen intentos históricos de revertir dicha configuración horizontal hacia otra hegemónica; entre ellos: el proyecto napoleónico, el internacionalismo bolchevique, el nazismo y la política exterior unilateral de Estados Unidos bajo la presidencia de Bush (2000-2008).⁶

Al propio tiempo, refiere a una *evolución constitucional del derecho internacional* durante los últimos tres siglos que se refleja en una creciente limitación reglamentaria de la soberanía estatal (tanto interna como externa). La misma se produce a través del principio de *autorreducción de la soberanía del Estado*; básicamente, por medio de dos vertientes: de una parte, una mayor institucionalización (con la aparición de las organizaciones internacionales); de otra, al cambio cualitativo en el derecho material (el paso de un derecho de convivencia a otro de cooperación, y cuya máxima expresión es la protección creciente de los intereses generales e indivisibles de la comunidad internacional. En especial, con las denominadas “obligaciones *erga omnes*” y las normas perentorias o de *ius cogens*).

Tanzi correlaciona *historia y derecho internacional público*: si a la primera corresponden ciclos de expansión y contracción, al segundo cabe reconocerle un péndulo que va del internacionalismo al nacionalismo, y del liberalismo al proteccionismo.⁷

1.b. Derecho internacional: efectividad, indeterminación y lenguaje común (de la comunidad internacional)

Contra quienes dudan de la fuerza del derecho internacional o de su nivel de efectividad, el autor recuerda que “la mayor parte de las normas internacionales se cumplen diariamente y en silencio”.

A la crítica sobre la indeterminación de las reglas internacionales, el autor responde con las palabras de James Crawford: “[t]odos los juristas sabemos que en todo ordenamiento el derecho es indeterminado, al menos hasta cierto punto”,⁸ para enseguida precisar que el objetivo del derecho es “alcanzar el mayor grado posible de previsibilidad, o un grado mínimo de incertidumbre en las interacciones sociales abarcadas”,⁹ ya que no es posible pensar que la certeza sea constitutiva de un sistema legal.

Tanzi sigue, entonces, al ex presidente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), Robert Jennings, quien propone entender al derecho internacional público como un “vocabulario de ideas” de una sociedad de Estados dividida por ideologías, pobreza y riqueza, poder y debilidad, tamaño, historia y geografía. Vale decir, *un idioma común* que aun en épocas de conflicto y tensión en las relaciones internacionales resultó valioso, cuanto menos, para preservar la coexistencia.¹⁰

6 Ídem, nota 2, p. 11.

7 Por eso, “el derecho internacional debe ser considerado como un proceso sujeto a las expansiones y contracciones con referencia al respeto de sus reglas, así como también al respeto de las reglas internas de los Estados” (Ídem, nota 2, p. 20).

8 Ídem, nota 2 p. 18.

9 Ídem, nota 2. p. 19.

10 Ídem, p. 21.

2. Los sujetos y actores principales del derecho internacional

En el capítulo II, el autor presenta los sujetos y actores principales del derecho internacional. De tal suerte, pasa a referirse: i) al Estado, a su personalidad jurídica internacional, al problema y –breve-mente– a las teorías del reconocimiento; ii) a las organizaciones internacionales; y iii) a los actores no estatales; aquí aparecen los individuos, las organizaciones no gubernamentales y las empresas.

Por nuestra parte, entendemos que las personas son sujetos con capacidad jurídica internacional limitada y parcial, y no actores internacionales. Lamentablemente, tampoco los *pueblos* y las *comunidades indígenas* son mencionados entre los sujetos de derecho internacional.

Igualmente, disentimos con lo que se afirma sobre:

[l]a cuestión de si las personas tienen o no personalidad jurídica internacional no tiene consecuencias prácticas significativas. Responder afirmativa o negativamente a esta pregunta no añadiría ni menos- cabaría los derechos y obligaciones creados para ellos por los Estados, principalmente por medio del derecho convencional”,¹¹

y también con entender que

una consideración que milita a favor de una respuesta negativa es que, incluso cuando se les concede el derecho procesal de demandar a los Estados ante los órganos resolutorios internacionales, los individuos se ven privados, de hecho, de un poder efectivo para hacer valer sus derechos. Tal poder sólo se encuentra en los Estados y las organizaciones internacionales.¹²

No solo no caben reparos a la existencia de personalidad *ius* internacional de las personas, tampoco a las consecuencias prácticas que ella conlleva. A todo evento, será suficiente remitirse a reputada doctrina latinoamericana.¹³

11 Ídem, p. 36.

12 Ídem, p. 36 y 37.

13 Ver: Cañado Trindade, A. A. (2007). La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 46.

3. Las fuentes del derecho internacional

A poco de iniciar el capítulo III, el profesor Tanzi señala que “[e]l derecho internacional representando el producto de las interacciones entre los países de *common y civil law*, refleja la creciente difusión, desde los principios del siglo XX, del enfoque positivista”.¹⁴

Asimismo, hace notar que en tanto existe falta de adjudicación obligatoria, la interpretación de una regla del sistema jurídico internacional suele coincidir con la interpretación dada por los propios Estados. Esta circunstancia retoma la importancia de la dimensión lingüística del derecho internacional como medio de comunicación en la solución pacífica de las controversias.

Posteriormente, trata de las resoluciones de las organizaciones internacionales, del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, y refiere a los acuerdos internacionales (y tratados), la costumbre internacional, los principios generales del derecho y las relaciones y conflictos entre fuentes aplicables.

Finalmente, se ocupa de los instrumentos de *soft law* y de las normas internacionales que producen obligaciones de diligencia debida (*due diligence*).

4. Internacionalismo contra soberanismo

En sus primeros párrafos, el capítulo IV recuerda que muchas –si no la mayoría– de las reglas internacionales influyen en el ejercicio de la soberanía interna de los Estados.

De consiguiente, deviene fundamental saber cómo los Estados reconocen, incorporan o transforman las reglas y obligaciones internacionales. Vale decir, el funcionamiento del ordenamiento internacional se decide en la interacción entre el plan supranacional y el nacional; básicamente, saber qué norma tiene prioridad.

Esta parte del libro parece establecer un cierto correlato entre los beneficios del internacionalismo y la postura monista, de una parte, y el nacionalismo soberanista y los dualismos extremos, de otra.

La tensión entre el multilateralismo y el retorno a posturas nacionalistas conservadoras queda retratada en expresiones de distintos líderes internacionales: si el presidente de Estados Unidos, Trump, llama a “rechazar la idea del globalismo, y [...] abrazar la idea del patriotismo”,¹⁵ el primer mandatario chino, Xi Jinping, convoca a: “seguir comprometidos con el desarrollo del libre comercio y la inversión mundial, promover la liberalización del comercio y la inversión a través de la apertura y decir no al proteccionismo”.¹⁶

¹⁴ Ídem, nota 2, p. 45.

¹⁵ Ídem, nota 2, p. 76.

¹⁶ Ídem, nota 2, p. 77.

En otras palabras, el profesor italiano resalta la actual transición sistémica mundial mediante la paradoja de un mundo occidental que adopta posiciones unilaterales y conservadoras y países emergentes (principalmente, China) que reivindican el derecho internacional y la globalización.

Seguidamente, introduce los dos principales enfoques sobre la relación entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos internos; es decir, el monismo y el dualismo. Estudia el derecho comparado en la materia comenzando por los países del *common law* y las doctrinas de conversión de la costumbre (*incorporation*) y de transformación de los tratados al derecho interno (*transformation*). Luego se ocupa de los países de tradición de derecho continental (*civil law*).

Sin solución de continuidad, y quizá a mérito de su vinculación académica con América Latina –en particular, con Argentina–, el autor dedica una buena parte del capítulo a la práctica constitucional de los Estados de América Latina, aclarando que no existen “modelos puros” y que el panorama es multifacético. Así, realiza un rápido recorrido por las realidades de Argentina, Chile, Colombia, México, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay.

Resulta menester observar, no obstante, que se descalifica el enfoque constitucional ecuatoriano por “soberanista–populista” hacia el ordenamiento internacional cuando “prevé la posibilidad –bastante inusual– de que el impulso de ratificar o denunciar un tratado derive de un referéndum”.¹⁷ *A contrario sensu*, sería dable pensarla como una eventual instancia de democratización en la deliberación de los asuntos internacionales del país andino. Pareciera que, cuanto menos, no se logra valorar cabalmente el aporte del neoconstitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas.

Por último, hay una referencia específica al *nacionalismo jurisprudencial*, en particular, al de Estados Unidos, pero también al del Reino Unido, Italia y Rusia.

5. La violación del derecho internacional y sus consecuencias

El capítulo V desarrolla la temática de la violación de la norma internacional. Refiere, por tanto, al hecho internacionalmente ilícito y a la responsabilidad internacional del Estado.

En particular, explica la relación jurídica entre el Estado que ha transgredido sus obligaciones y el que ha sufrido la infracción. También caracteriza a la reparación y sus distintas formas. Señala las consecuencias de violar las normas de *ius cogens* y, asimismo, refiere a la responsabilidad resultante del incumplimiento de las obligaciones *erga omnes*.

Por último, trata de la responsabilidad civil del Estado (*liability*).

¹⁷ Ídem, nota 2, p. 112.

6. Los medios internacionales de solución de controversias

En el sexto capítulo, tras abordar la cuestión referida a la existencia de una controversia, el autor pasa a estudiar los medios diplomáticos para su solución. Luego, se ocupa de los judiciales. La última parte trata de los medios institucionales: en primer término, de distintos mecanismos dentro de la Organización de las Naciones Unidas y, luego, de los referidos a revisión de cumplimiento –básicamente, relacionados con los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA)–.

7. Selección de ramas del derecho internacional material

El último capítulo repasa, brevemente, algunas áreas del derecho sustantivo, a saber: i) el derecho económico internacional, que desdobra en financiero y mercantil. Allí caracteriza, sintéticamente, el derecho internacional de las inversiones e, igualmente, refiere a la Organización Mundial de Comercio (OMC); ii) el derecho del mar; iii) el derecho internacional de los derechos humanos; iv) el derecho internacional del medio ambiente; v) el derecho penal internacional; vi) el derecho de las inmunidades jurisdiccionales, e introduce –y es muy relevante– una descripción del vii) derecho internacional de las migraciones.

C) Valoración iusfilosófica de la obra

La referencia inicial a la *estructura constitucional del derecho internacional*, el señalamiento de su carácter evolutivo a través de la *autorreducción de la soberanía del Estado* y la defensa del *multilateralismo* desplegada a lo largo del libro reflejan la adhesión del autor a la *doctrina del constitucionalismo internacional*, que postula el neoinstitucionalismo liberal.

La perspectiva asumida se manifiesta claramente en la concepción del derecho internacional como lenguaje común “con el cual buscar ventajas individuales por medio de la *competencia mundial*, sin perder de vista el sentido de la *interdependencia global* de todos los factores que, de la misma manera, producen o amenazan la seguridad nacional e internacional”;¹⁸ en el sentido de logro con la “plena liberalización del comercio internacional y las inversiones extranjeras directas¹⁹ o; incluso, en la oposición tajante *internacionalismo contra soberanismo*, que titula el capítulo IV.

El *enfoque iusfilosófico* permite comprender los despliegues axiológicos y las *claves hermenéuticas* en el tratamiento de los diversos temas de la obra.²⁰

18 Ídem, nota 2 p. 120. Las *cursivas* nos pertenecen.

19 Ídem, nota 2, p. 14.

20 En relación a la *doctrina del constitucionalismo internacional*, consultar entre otros, a: Peixoto Batista, J. (2017), La EPI y las Relaciones Internacionales, ¿dónde está el Derecho? *Relaciones Internacionales*, (52), 181-194.

D) Algunas reflexiones desde América Latina

Desde América Latina; esto es, desde una perspectiva situada de sus pueblos y Estados, parece necesario poder complementar el estudio de la obra del profesor Tanzi y/o, incluso, contrastarla con perspectivas conceptuales y axiológicas de relevancia para la región. En tal sentido, cabría realizar –entre otras– las siguientes precisiones:

1) El texto –siguiendo la doctrina clásica– establece el *inicio histórico del derecho internacional contemporáneo* en la Paz de Westfalia de 1648 que consagra, como ya se expresara, el principio estructural de la igualdad soberana de los Estados europeos. Como señala el autor, tal circunstancia “allanó el camino para la colonización de una gran parte de los pueblos no cristianos”.²¹

Resulta claro, por tanto, que para la periferia se establece –al mismo tiempo– un principio estructural de desigualdad (o hegemónico), que continúa con intensidad diversa hasta nuestros días. De consiguiente, a nivel universal –y, en particular, regional– sería deseable comenzar a reflexionar sobre la trascendencia del año 1492 para repensar el inicio de una historia del derecho de la comunidad internacional actual.

2) Una rama del derecho internacional que no aborda la obra es el *derecho internacional del y al desarrollo*, que constituye una materia crítica para el presente y el futuro de la región.

Naturalmente, sería deseable reconducir el estudio de otras áreas bajo el *paradigma del derecho al desarrollo integral* y, desde allí, tratar cuestiones relevantes, como las facultades reguladoras y soberanas de los Estados en la economía, las inversiones internacionales y los servicios públicos, la deuda externa, el uso y explotación de los recursos naturales o la seguridad alimentaria.²²

3) Para algunos de los temas reseñados en el libro –por caso, el derecho internacional de las inversiones (capítulo VII)–, sería recomendable incluir los aportes latinoamericanos al acervo jurídico universal, entre ellos, las *doctrinas Calvo, Drago y de comunidad de fortuna*, de Podestá Costa.

4) Asimismo, la defensa del multilateralismo no debería suponer resignar, inevitablemente, una sana reivindicación de las capacidades soberanas de los Estados latinoamericanos.

De igual manera, el cumplimiento de los principios del derecho internacional no tendría que implicar una participación acrítica de los países de la región en las instituciones y regímenes internacionales (derechos humanos, comercio, inversión, medio ambiente, etc.). Muy por el contrario, cabría reclamar por la dimensión de la justicia material en las relaciones de poder.²³

21 Ídem, nota 2, cit., p. 11.

22 Consultar, entre otros, Murillo, J. R. (2011). Derecho Internacional del Desarrollo. Un encuadre preliminar. En J. Feuillade; C. Milton y Otros, *Temas de Derecho internacional Público* (pp. 301/332). Rosario: Zeus.

23 Para una postura que incorpora la dimensión de la justicia como parte constitutiva del derecho internacional, ver: Puig, J. C. (1986), *Derecho de la Comunidad Internacional*. Vol. I. Parte General. Buenos Aires: Depalma.

E) Conclusiones

El libro del profesor Tanzi es un texto valioso para una introducción panorámica, actualizada y sucinta del derecho internacional. Como el propio autor expresa: “la idea de elaborar una obra extremadamente concisa está dirigida a proporcionar un incentivo al estudio de la materia para los estudiantes de primer nivel universitario”,²⁴ que también resulta de interés a docentes, graduados y profesionales.

Si bien es cierto que no constituye un texto completo sobre la materia, es indudable que cumple con su cometido y constituye una herramienta de utilidad científica y pedagógica.

Finalmente, y desde una perspectiva latinoamericana, entendemos importante complementar y contrastar la obra con aportes doctrinales, conceptuales y axiológicas de relevancia para la región.

²⁴ Ídem, nota 2, Cit., p. VII.