

Revista

# Debates sobre Derechos Humanos

Director:  
Sebastián Alejandro Rey

Violencia contra la mujer. Violencia sexual. Femicidio.  
Violencia doméstica

Derecho a la salud. Prestadores privados. Discapacidad.  
Vacunación obligatoria. Consentimiento informado

Derechos del niño. Adopción. Triángulo adoptivo-afectivo.  
Derechos parentales

Personas migrantes. Expulsiones

Personas condenadas. Derechos políticos. Prisión perpetua

Desaparición forzada. Deber de investigar. Sustracción de niños

Derecho de huelga. Libertad sindical. Derecho al trabajo

Derecho a la educación. Libertad de culto

Derechos reproductivos

Derecho a la seguridad social

Libertad de expresión. Libertad de prensa

NÚMERO

6

AÑO 2022



**EDUNPAZ**  
Editorial Universitaria



**UNPAZ**  
Universidad Nacional de José C. Paz

## Revista Debates sobre Derechos Humanos

Número 6, Año 2022

© 2023, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

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

© 2023, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN 2718-8175



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Director del Instituto Interdisciplinario de

Estudios Constitucionales: **Mauro Benente**

Directora General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

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

División Diseño Gráfico Editorial: **Jorge Otermin**

Maquetación integral: **Florencia Jatib**

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

# director

**Sebastián Alejandro Rey**

# equipo de redacción

Nicole Albornoz

María Luz Ángel Insaurrealde

Gabriel Fernando Bicinskas

Belén Donzelli

María Laura Olivera

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

- Adopción. Interés superior del niño. Triángulo adoptivo-afectivo. CSJN. “L. M. s/abrigo”, 7 de octubre de 2021 y “B. E. M. s/reservado s/adopción s/casación”, 21 de octubre de 2021 por SEBASTIÁN IGNACIO FORTUNA 7**
- Derecho a la educación. Migrantes. CSJN. “Costa Ludueña, Peter Harry c/UBA s/amparo Ley 16.986”, 28 de octubre de 2021 por PABLO ASA y HEBER CORRE ESTRADA 25**
- Personas migrantes. Expulsiones. Niños y niñas. CSJN. “Huang, Qiuming c/EN-DNM s/recurso directo DNM” y “Otoya Piedra, Cesar Augusto c/EN-DNM s/recurso directo DNM”, 7 de diciembre de 2021 por PABLO CERIANI CERNADAS e IGNACIO ODRIOZOLA 37**
- Derecho al voto. Personas condenadas. Ejecución de sentencia. Plazo razonable. CSJN. “Orazi, Martín Oscar s/inhabilitación (art. 3 CEN)”, 10 de febrero de 2022 por DANIEL MARTÍN PÉREZ 53**

Violencia contra la mujer. Valoración probatoria. CSJN. “Rivero, Alberto y otros/abuso sexual - art. 119 3° párrafo y violación según párrafo 4to art. 119 inc e)”, 3 de marzo de 2022 por NATALIA G. RODRÍGUEZ	61
Violencia sexual contra la mujer. Crímenes contra la humanidad. Calificación. CSJN. “Martel, Osvaldo Benito y otros s/averiguación de delito”, 17 de mayo de 2022 por ANA OBERLIN	67
Derecho a la educación. Libertad de culto. Federalismo. CSJN. “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/Dirección General de Escuelas s/acción de amparo”, 23 de agosto de 2022 por BELÉN E. DONZELLI	75
Feminicidio. Deber de investigar. Inmunidad. Corte IDH. Caso <i>Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil</i> . Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2021. Serie C No. 435 por RODRIGO DEODATO DE SOUZA SILVA	89
Desaparición forzada. Deber de investigar. Corte IDH. Caso <i>Familia Julien Grisonas Vs. Argentina</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C No. 437 por ARIEL DULITZKY	101
Derecho a la salud. Prestadores privados. Discapacidad. Corte IDH. Caso <i>Vera Rojas y otros Vs. Chile</i> . Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de octubre de 2021. Serie C No. 439 por SEBASTIÁN SMART	117
Derechos reproductivos. Corte IDH. Caso <i>Manuela y otros Vs. El Salvador</i> . Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441 por MORENA HERRERA	129
Desaparición forzada. Desplazamiento forzoso. Sustracción de niños. Impunidad. Corte IDH. Caso <i>Masacre de la Aldea Los Josefinos Vs. Guatemala</i> . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C No. 442 por NOE VÁSQUEZ REYNA	139
Derecho a la seguridad social. Corte IDH. Caso <i>Profesores de Chañaral y otras municipalidades Vs. Chile</i> . Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2021. Serie C No. 443 por BORIS HAU	145

Derecho de huelga. Libertad sindical. Derecho al trabajo. Corte IDH. <i>Caso Ex Trabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala</i> . Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 17 de noviembre de 2021. Serie C No. 445 por JUAN MANUEL PEDREIRA	151
Derechos del niño. Separación. Familia de origen. TEDH. <i>Case of Pavel Shishkov v. Russia</i> , 2 de marzo de 2021 por MARISA GRAHAM y LAURA ANALÍA SARDA	161
Vacunación obligatoria. Vida privada y familiar. Niñez. TEDH. <i>Case of Vavříčka and others v. The Czech Republic</i> , 8 de abril de 2021 por MARINA DITIERI y MAGDALENA PERILLO	179
Integridad sexual. Prevención, investigación y sanción. Ejecución de la pena. TEDH. <i>Affaire E.G. c. République de Moldova</i> , 13 de abril de 2021 por CLARISA MOREYRA	187
Violencia doméstica. Detección oportuna del riesgo. TEDH. <i>Case of Kurt v. Austria</i> , 15 de junio de 2021 por DIEGO OSCAR ORTIZ	199
Prisión perpetua. TEDH. <i>Case of Sándor Varga and others v. Hungary</i> , 17 de junio de 2021 por MARÍA LAURA GARRIGÓS y JULIETA PELLEGRINO RUIZ	209
Vida privada y familiar. Derechos parentales de personas trans. Discriminación. TEDH. <i>Case of A.M. and others v. Russia</i> , 6 de julio de 2021 por CAROLINA CYMERMAN y MARIÁNGELES AHUMADA AGUIRRE	221
Ejecución de sentencias internacionales. TEDH. <i>Case of Serrano Contreras v. Spain (No. 2)</i> , 26 de octubre de 2021 por CAMILA CARLSSON	233
Libertad sindical. Personas privadas de la libertad. TEDH. <i>Case of Yakut Republican Trade-Union Federation v. Russia</i> , 7 de diciembre de 2021 por RAÚL HORACIO OJEDA	241
Violencia institucional. Violencia de género. Debida diligencia. TEDH. <i>Case of A and B v. Georgia</i> , 10 de febrero de 2022 por AGUSTINA CARELLI	253
Derecho a la salud. Vida privada. Consentimiento informado. TEDH. <i>Affaire Reyes Jimenez c. Espagne</i> , 8 de marzo de 2022 por SANDRA M. WIERZBA	267

<b>Libertad de expresión. Libertad de prensa. TEDH. Case of Ooo Memo v. Russia, 15 de marzo de 2022</b> por EMILIO KERN	<b>275</b>
<b>Reseñas bibliográficas</b>	
<b>Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo - Ley 27.610. Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia - Ley 27.611 (Marisa Herrera, Andrés Gil Domínguez y Cecilia Hopp)</b> por NATALIA SARALEGUI FERRANTE	<b>283</b>
<b>El juicio de amparo (Osvaldo A. Gozaíni)</b> por ALEJANDRO C. VERDAGUER	<b>289</b>
<b>Desaparecer en Democracia. Cuatro décadas de desapariciones forzadas en Argentina (Adriana Meyer)</b> por MERCEDES ISABEL MARTÍNEZ	<b>293</b>
<b>Igualdad real de las mujeres. El derecho a una paridad efectiva (Patricia A. Fernández Andreani y Gabriela F. Boquin, dirs.)</b> por RAQUEL CORRAO	<b>297</b>
<b>Repensar la Justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad (Marisa Herrera y Natalia De la Torre, coords.)</b> por MARÍA FORONDA	<b>303</b>
<b>Acciones Privadas y Constitución. La autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional (Roberto Gargarella, Silvina Álvarez Medina y Juan losa, coords.)</b> por MARÍA LAURA OLIVERA	<b>309</b>
<b>Tratado Ecofeminista de Derechos Humanos. Derechos Humanos para el Buen Vivir: Igualdad en la diversidad y armonía con la Naturaleza (María José Lubertino Beltrán, dir. y coord.)</b> por MILAGROS TORRES	<b>313</b>
<b>Discapacidad y Derechos Humanos. Análisis práctico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Leyes 26.378 y 27.044) (Carlos A. Carranza Casares)</b> por MARINA MÉNDEZ ERREGUERENA	<b>319</b>

COMENTARIOS A FALLOS

---

# Adopción. Interés superior del niño. Triángulo adoptivo-afectivo

## CSJN. “L. M. s/abrigo”, 7 de octubre de 2021 y “B. E. M. s/reservado s/adopción s/casación”, 21 de octubre de 2021

*Por Sebastián Ignacio Fortuna<sup>1</sup>*

---

### 1. Las sentencias bajo comentario

#### 1.1. “B. E. M. s/adopción”<sup>2</sup>

En el primero de los casos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dejó sin efecto la sentencia emitida por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro y, como consecuencia, ordenó validar la guarda en curso y otorgar la adopción simple de la niña E. M. B. al matrimonio bajo cuyo cuidado se encontraba desde sus nueve meses de vida. De dicha forma, mantuvo subsistente el vínculo jurídico entre la niña y su madre biológica.

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Profesor adjunto interino de Derecho de Familia y de las Sucesiones (UBA). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Diploma Superior en Género y Justicia (FLACSO). Maestrando en Estudios y Políticas de Género (UNTREF). Se desempeña laboralmente como prosecretario del Juzgado Nacional en lo Civil N° 88, con competencia en asuntos de familia y capacidad de las personas, con sede en la Ciudad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> CSJN, Fallos 344:2901.

Los hechos del caso pueden ser resumidos de la siguiente forma: la niña E. nace el 14/1/2009. A los nueve meses su progenitora entrega a E. al matrimonio conformado por C. y C. para su cuidado; ello en razón a su imposibilidad para cumplir con las funciones de cuidado. Cuatro años después, el Juzgado de Primera Instancia, en el marco de un proceso iniciado por el matrimonio cuidador, rechazó la demanda de adopción solicitada y ordenó la restitución de la niña a su madre. Además, señaló la necesidad de establecer un régimen de comunicación entre la niña y quienes promovieron la adopción.

La referida sentencia es apelada, revocada por el Tribunal de Segunda Instancia y luego confirmada por el Superior Tribunal de Justicia provincial. En el último de estos pronunciamientos fue argumentado que el reconocimiento de la guarda preadoptiva y la adopción requerida implicaban convalidar la entrega directa efectuada mediante escritura pública al matrimonio por parte de su progenitora, sin que se hubiera cumplido con las instancias procesales correspondientes y previas a la adopción, entre las que se señalan: la inscripción del matrimonio en el registro correspondiente, la intervención jurisdiccional destinada a decretar el estado de adoptabilidad y la guarda preadoptiva.

Dicho proceder, observó el Superior Tribunal de Río Negro, resultaba contrario al ordenamiento vigente del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), que sancionaba con la nulidad la decisión de la entrega directa de niñas, niños y/o adolescentes (NNyA) mediante escritura pública o acto administrativo. Razonó que el mero transcurso del tiempo había resultado el elemento convalidante de un procedimiento irregular, “a fuerza de anteponer la ponderación socioafectiva en términos de estabilidad”.

En contrario a dichos motivos, la CSJN sostuvo que el interés superior del niño (ISN), pauta orientadora de la decisión, exige que cada situación sea evaluada en cada caso conforme a las particularidades del asunto, teniendo para ello en cuenta la situación real y actual de la niña. En tal sentido, además de observar que en oportunidad del dictado de las resoluciones recurridas aún no regía la aplicación del CCyCN, se destacó que la decisión adoptada, en tanto involucraba a una niña que sus once años de vida los había transcurrido con el matrimonio solicitante, no podía ser resuelta mediante la aplicación de fórmulas o modelos legales prefijados, que se desentendieran de las circunstancias que la ley manda a ser valoradas.

La CSJN reitera fórmulas usadas en precedentes anteriores, mediante los cuales se afirma que una adecuada consideración del ISN exige ponderar que la niña

ha transcurrido prácticamente toda su vida –o toda la que recuerda– en el hogar del matrimonio guardador, producto de la voluntad inicial de la madre que, obviamente, le fue ajena; que está totalmente integrada a la familia de los guardadores en su status de hija y, en forma refleja, considera a éstos como a sus padres; que es feliz de poder integrar su historia manteniendo vínculos con su familia de origen y que no ha dudado en manifestar querer vivir con aquéllos.

Bajo tales criterios, la CSJN señala que esto no implica desconocer los lazos de sangre, sino ponderar los intereses en juego. El máximo tribunal entendió que la solución adecuada podía encontrarse en el re-



curso del “triángulo adoptivo-afectivo”, alternativa que permite la preservación de los distintos vínculos que conforman parte de su universo; y propuesta que mandó a ser evaluada por el Tribunal de origen “en la medida en que resulte beneficioso para la niña a quien deberá oírse y darse debida participación”.

## 1.2. “L. M. s/abrigo”<sup>3</sup>

El segundo de los casos tiene como antecedente la sentencia dictada con fecha 29/5/2019 por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA). La institucionalización de la niña de autos ocurrió el 18/1/2017, pocos días después de ocurrido su nacimiento. En aquella oportunidad se iniciaron las actuaciones judiciales derivadas de la medida excepcional de la separación de aquella de su familia de origen, desplegándose diversas acciones destinadas a reforzar el vínculo con la progenitora, quien relató haber sido víctima de violencia y abuso previo al nacimiento de su hija por parte de quien era su pareja y estar sumida en un contexto de extrema vulnerabilidad social.

En el mes de diciembre de 2017 el Juzgado de Primera Instancia decretó el estado de adoptabilidad de la niña M. L., en base a considerar que se encontraba acreditada la imposibilidad de la progenitora en constituirse en adulta responsable de la crianza y no existir otro referente familiar que pudiera ocupar dicho lugar. De manera concomitante, se inicia el proceso de vinculación entre la niña y un matrimonio seleccionado para su adopción y el 15/2/2018 se les otorga la guarda preadoptiva.

La SCBA en mayo de 2019 señala que la progenitora de la niña ha demostrado progreso en la organización de su autonomía, logrando mantener un trabajo estable, en proceso de finalización del primer año de la secundaria, sosteniendo un tratamiento terapéutico, entre otras observaciones. Por dichas razones, consideró que correspondía revocar lo decidido por la anterior instancia y promover a una progresiva restitución de la niña a su madre.

La CSJN expide su decisión revocatoria dos años después del pronunciamiento emitido por el Tribunal local, luego de haber transcurrido cuatro años y diez meses de dictada la medida de abrigo, y dos años y nueve meses de haberse decretado la guarda preadoptiva de la niña M. L. con los pretensos adoptantes.

Observa la CSJN que M. L. está integrada al dispositivo familiar del matrimonio guardador y que resultaría desfavorable o nocivo para el desarrollo social y afectivo de aquella disolver el vínculo de unión y contención mantenido desde su inicio.

Al igual que fuera argüido en el precedente anterior, retoma el argumento que sostiene que el ISN debe ser una pauta orientadora de la decisión, que exige que cada situación sea evaluada en cada caso conforme a las particularidades del asunto, teniendo para ello en cuenta la situación real y actual de la niña. Además, sostiene la CSJN que aquel debe ser el recurso que permita la realización de un examen de conveniencia respecto a la restitución de la niña con su progenitora en el contexto de la realidad en que estaba específicamente inserta en aquel momento; y ello implicaba evaluar los riesgos que pudiese ge-

---

3 CSJN, Fallos 344:2647.

nerar alterar por completo su contexto de emplazamiento y afectos, como también el rol que se pretendiera cumpla su progenitora en dicho proceso. Bajo tales criterios, la CSJN concibe aplicable la misma solución que fuera dada en el anterior precedente: el recurso del “triángulo adoptivo-afectivo” como alternativa que permite la preservación de los distintos vínculos que conforman parte de su universo.

## 2. Propuesta de trabajo

Los dos casos en estudio parten de contextos con puntos de conexión y convergen en una decisión que es común, fundada en el reconocimiento de la socioafectividad como pauta justificante al otorgamiento de un régimen adoptivo construido desde el modelo del “triángulo adoptivo”. Mediante este modelo, cuya recepción normativa resulta del encuadre del artículo 621 del CCyCN, resulta posible el establecimiento de vínculos jurídicos con pretensxs adoptantes, al mismo tiempo que se mantienen aquellos preexistentes con la familia de origen.

Los supuestos fácticos desde los que se parte en cada uno de los casos no son idénticos. En el caso “B. E. M.”, el antecedente es la entrega directa efectuada por la progenitora a los pretensxs adoptantes, cuya intención es luego revocada en sede judicial. En el segundo caso, la entrega en guarda preadoptiva emerge de la decisión jurisdiccional, pero es resistida por la progenitora mediante recursos de apelación interpuestos por la madre contra el decreto de adoptabilidad que, en definitiva, resuelve la CSJN.

Tres son los problemas a los que me gustaría referir en este breve comentario, que como señalé confluyen de manera circundante al problema y se conectan entre sí. Por un lado, la idea de la socioafectividad como elemento determinante para el progreso de la adopción de NNyA en ambos casos comentados. Luego, la identificación del ISN como un elemento central en la determinación de la decisión más adecuada. Finalmente, el impacto de los tiempos en los procesos que involucran a NNyA, especialmente aquellos vinculados a la adopción, y el modo en que dicho tiempo impacta en la toma de las decisiones.

El modo en que abordaré los tres problemas comentados será bajo una perspectiva crítica, pero reflexiva, con relación al modo en que se resuelve, sus posibles razones e implicancias. En efecto, debo adelantar que considero que las soluciones adoptadas en ambos casos resultan acertadas y la respuesta jurisdiccional parece no podría haber sido otra sin comprometer seriamente los derechos de las niñas afectadas y el de sus madres, también afectadas.

No obstante, me interesa poner en relieve aquí que en ambos casos el problema cuya solución diagrama la CSJN encuentra raíces en la deficiente intervención de los poderes del Estado, en sus diversos órdenes, para dar adecuada respuesta, pronta y efectiva, a problemáticas que se desenvuelven en los procesos de separación de NNyA de sus familias de origen.

En efecto, como se observará, la construcción de los vínculos afectivos en los que se justifica el recurso de la adopción no es sino producto de los aletargados procesos judiciales que atravesaron las distintas instancias jurisdiccionales y que coadyuvaron a la solución que se demanda evitar.

### 3. El rol de la socioafectividad en las decisiones judiciales y su impacto en el régimen adoptivo

En los dos casos bajo comentario la CSJN justificó la decisión adoptada en la construcción del vínculo afectivo con los guardadores.

La idea de la socioafectividad en el derecho de familia ha sido pensada como un elemento que permite la construcción de un vínculo filial que no responde a la idea de lo biológico, sino a otros aspectos que tienen que ver con el dinamismo de los afectos y la construcción de una historia conjunta y común. Así, Días (2009) afirma que

La coincidencia genética ha dejado de ser fundamental. La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos –y para eso el ejemplo más evidente es la adopción–.

La existencia de vínculos socioafectivos, como resorte frente a casos complejos que demandan el reconocimiento jurídico de ciertos vínculos de afecto impacta de manera significativa transformando el modo de entender los vínculos de parentesco. El concepto de familia en el mundo contemporáneo se transforma, y desborda los límites de aquello que fuera concebido como tal en los inicios de la codificación. Se trata, como sostiene Molina de Juan (2014), de un proceso que responde al respeto y reconocimiento de vínculos estrechos entre personas que integran un grupo familiar más allá del hecho natural de la procreación.

Como con acierto sostiene Tavip (2021), el elemento socioafectivo tiene sin dudas una importancia singular e impacta en el proceso de construcción de identidad de las personas. En las infancias y adolescencias se vuelve particularmente trascendental, en tanto la determinada situación fáctica en la que se va desarrollando y entretejiendo la historia vital coincide con el crecimiento.

La identidad como derecho personalísimo se encuentra integrado por una mixtura de elementos que articulan a cada persona de forma única e irrepetible. Entre ellos, es innegable que ocupan un lugar relevante los datos identificatorios, el nombre y la filiación; pero la identidad no se agota en ellos, sino que los trasciende. Esta idea de trascendencia ubica a un concepto en un “permanente fluir”: no se hereda, ni se impone, sino que se construye a lo largo de la vida y a través del juego de todos los elementos que lo componen y que acompañan a la persona durante todo su existir (Molina de Juan, 2008).

La adopción puede ser entendida como un anclaje de la socioafectividad, en tanto el vínculo filial se edifica sobre la base de los afectos y se enmarca de un régimen jurídico pensado para la protección de la infancia en desamparo. La pregunta que nos hacemos en dicho contexto, entonces, es si puede la

socioafectividad constituirse como el antecedente que justifique la adopción de NNyA o la exija como solución jurisdiccional, más allá de los procesos legales y las normas que fueran cimentadas en orden a la protección de la infancia.

La respuesta no es tarea sencilla, pues exige el análisis pormenorizado de caso por caso, pero también el extremo cuidado en que la intervención de la judicatura evite naturalizar, tal como ya ha ocurrido históricamente, prácticas culturales contrarias a la ley para acceder a la filiación adoptiva.

Debe recordarse al respecto el informe elaborado en 2013 por la CIDH juntamente con UNICEF sobre el “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”. Allí se enfatizó que

La Corte y la Comisión han señalado la necesidad que cualquier decisión que implique un límite al derecho a la familia debe ser motivada oportunamente en base a criterios objetivos que estén preestablecidos por la ley. Por ende, en los supuestos de niños y niñas sin cuidados parentales adecuados o en riesgo de perderlos, las medidas que se adopten de conformidad con los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, y que supongan una intromisión en la vida familiar y la separación del niño de sus progenitores, deberán ser adoptadas de acuerdo al principio de legalidad al suponer una restricción del derecho del niño y de sus progenitores a la vida familiar sin injerencias arbitrarias o ilegítimas (2013, ap. 178).

Y se agrega:

El fin legítimo que debe orientar a la ley en esta temática ha de encontrar su fundamento en el interés superior del niño, es decir, en la dignidad del niño, su protección personal y en el efectivo goce y vigencia de todos sus derechos que le permitan su desarrollo integral (ap. 183).

Asimismo:

El elemento de necesidad también puede concurrir por la gravedad de las condiciones de desprotección en las que se encuentre el niño, o por la urgencia de proveerle de un entorno seguro que, en aras a su interés superior, hagan necesaria la adopción de esta medida de protección que implique la separación del niño de su familia para ubicarlo en un contexto seguro y respetuoso de sus derechos (ap. 193 y 194).

De tal modo, no resulta posible pensar en los afectos como construcción de adopción, porque ello implicaría correr de su obligada intervención a la judicatura, en orden al respeto de los derechos de NNyA afectados.

Entonces, el régimen legal vigente, pensando en realidades históricas dolorosas para la nación y prácticas naturalizadas mediante las que se habilitaba la sustracción de la identidad de las infancias para acceder a la adopción, estructuró un sistema donde la socioafectividad, como presupuesto para el régimen adoptivo, encuentra límites legales que son precisos.

Como sostiene Tavip (2021), cuando el artículo 611 del CCyCN prohíbe de manera expresa la denominada “guarda de hecho” de NNyA solo flexibiliza ese rígido principio general en los casos en que “se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco”.

La norma, además, refuerza el sistema dotando de una nueva centralidad al Registro Único de Aspirantes a la Adopción, en tanto se trata del único instrumento cuya transparencia permite que la elección de postulants sea resultado de la selección de personas que han pasado por evaluaciones previas en las que ha sido considerada su aptitud adoptiva. De este modo, y siguiendo las pautas que emergían del viejo artículo 318 del Código Civil, queda terminante prohibida la elección por parte de lxs progenitorxs de las personas a quienes se les otorga la adopción de sus hijxs, como también su entrega directa a tales fines.

En definitiva, el régimen legal vigente funciona como un cerrojo destinado a evitar prácticas vinculadas al tráfico de NNyA y a su cosificación como parte de un trato, comercial o no, entre adultos; únicamente se admitirá apertura a supuestos de guarda excepcionales –como antecedentes para la adopción– ejercidos por una persona con vínculo de parentesco biológico o por afinidad.<sup>4</sup>

La adecuación de la norma a prácticas culturales (históricamente anómicas) ha sido compleja y se refleja en los numerosos precedentes jurisprudenciales que sostienen desde la sanción del CCyCN la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de la solución legal.<sup>5</sup> Supuestos atravesados por situaciones de cuidado irregular, muchas veces no ilícitos y mantenidos en el tiempo durante años, se vuelven la piedra angular para sostener la existencia de socioafectividad como argumentación destinada a validar el cuidado y avanzar con la adopción.

4 Recuérdese que la norma proyectada, y cuya redacción fuera objeto de discusión y modificación en sede parlamentaria, consideraba como excepción a la separación del NNyA en contextos de guardas de hecho a supuestos en los que se corroborase “que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre estos y el o los pretensos guardadores del niño”.

5 A modo de ejemplo: SCBA, 21/10/2015, “P., R. A. s/inscripción de nacimiento fuera de término”, LLBA, 2016 (marzo), p. 196; SCBA, 11/2/2016, “P., A. Guarda con fines de adopción”; Juzgado de Familia N° 3 de Comodoro Rivadavia, 24/2/2016, “M., M. G. y L., N. O. s/incidente de guarda preadoptiva”; Cámara de Apelaciones en Civil y Comercial de Salta, Sala II, 12/4/2016, “F., G. N.; F., E. B. por protección de personas”; Cámara de Apelación Civil y Comercial de Trenque Lauquen, 11/5/2016, “L. A. M. s/guarda con fines de adopción”; Juzgado en lo Civil, Comercial, de Conciliación, Familia, Instrucción, Menores y Faltas de Cura Brochero, 27/3/2017, “C., J. G. s/control de legalidad”; Cámara de Apelaciones de Concordia, Sala Civil y Comercial II, 3/5/2017, “R. T., J. y otra (M., L. M.) s/guarda con fines de adopción”; Juzgado de Familia N° 1 de Comodoro Rivadavia, 19/5/2017, “M., A. E. y M., L. H. s/adopción”; Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, 8/8/2017, “G. A s/adopción”, Eldial - AAA226; Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, 1/9/2017, “T., H. R. y otros s/ adopción”; Juzgado Nacional en lo Civil N° 8, 15/7/2018, “L. G. M. s/control de legalidad - ley 26.061”; Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 7/9/2016, “L., A. s/guarda preadoptiva”; Juzgado de Familia N° 1 de Corrientes, 10/5/2017, “N. A., M. M. I. s/adopción”, elDial AA9FD7, y Juzgado de Familia N° 2 de Río Gallegos, 11/7/2017, “Autoridad de Infancia Provincial s/peticiona medida excepcional”, elDial AAA0A5.

Aquellos vínculos de afecto se imponen, en muchos casos, sobre la base de una plataforma fáctica que dificulta la toma de decisiones que se alejen de su formal reconocimiento. Una decisión contraria a aquella socioafectividad, que habilitaría la inmediata separación del NNyA de quienes ejercen el cuidado por extenso tiempo, y en donde no se verifique el mentado parentesco, puede generar consecuencias irreparables y no deseadas en la construcción psíquica del NNyA y afectar su interés superior.

Más allá de la necesaria adecuación o no de la norma, en tanto se flexibilice o no su redacción en orden a su apertura a supuestos donde la judicatura tenga por acreditados “sinceros lazos de afecto” que permitan servir de antecedente a la adopción, creo importante no perder de vista que el problema no es normativo, sino producto de los resabios de una cultura anómica que durante décadas ha atravesado al instituto de la adopción, y en donde el deseo por el hijx se construye desde una mirada que se asimila a la idea de la propiedad de las cosas, cuyo intercambio se rige por las leyes del libre mercado signado por la voluntad privada de quienes contratan.

Una forma normativa podrá dotar de herramientas distintas, pero sus recursos serán fútiles si dicha cultura –que persiste respecto al acceso al instituto de la adopción– sigue siendo habilitada, directa o indirectamente, por organismos del Estado y las instituciones de segundo orden que integran la comunidad.

Ello no implica desconocer que seguirán existiendo casos complejos que deberán ser analizados por la judicatura y sobre sus plataformas fácticas buscar los recursos que permitan flexibilizar la ley a contextos específicos que involucren al NNyA de que se trate.

Como ha sido puesto en relieve (Tavip, 2021) y ha ocurrido con el precedente “B. E. M.”, si el vínculo creado entre un NNyA y quien ejerció como guardador/a no tiene como naturaleza la apropiación o cualquier otro acto ilícito, debería poder ser considerado como viabilizante de una filiación adoptiva. Una solución contraria podría ir en detrimento del mejor interés de ese NNyA; pero también de los otros intereses involucrados en dichos casos complejos, que también están atravesados por la vulnerabilidad de madres y padres biológicos en contextos de extrema pobreza que demandan al Estado la presentación de los vínculos familiares con el NNyA involucrado.

#### **4. El factor tiempo en las decisiones judiciales**

Como ha sido adelantado, los precedentes jurisprudenciales comentados transitan dos asuntos que se conjugan mutuamente y deben –indefectiblemente– ser analizados de manera vinculada. Refiero al ISN y al paso del tiempo como un elemento problemático en orden a la consolidación de los afectos.

En los apartados que siguen me abocaré a presentar los argumentos centrales que deben ser considerados en orden a ambos asuntos y a observar cómo los contextos e intervenciones evidenciados en las sentencias comentadas deben ser señalados críticamente, en orden al modo en que se desenvuelve la intervención de los organismos del Estado en problemáticas como las analizadas.

#### 4.1. El interés superior del niñx y su adecuación a los casos de adopción

Aun sin pretender abordar los problemas de vaguedad que involucra el mentado “interés superior” (Famá et al, 2006), debe recordarse que el Comité de los Derechos del Niño ha expresado en la Observación General N° 14 que el contenido de aquel interés superior

debe determinarse caso por caso [...] el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales (párr. 32).

La Corte IDH ha señalado también que aquel interés superior se funda, entre otros principios, en la necesidad de propiciar el desarrollo de aquellos, y el pleno aprovechamiento de sus potencialidades.<sup>6</sup> Que, para la determinación del contenido de aquel interés superior, deben ser considerados el resto de los derechos que enumera la Convención;<sup>7</sup> y debe efectuarse en base a la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños y riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios... no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos, consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familiar.<sup>8</sup>

En ese contexto, el mantenimiento de modalidades adoptivas rígidas e inflexibles, simple y/o plena, no parecen satisfacer el estándar vinculado con la evaluación del interés en concreto que debe buscarse en cada situación particular. La necesidad de centrar la atención en el contexto, la situación y las necesidades personales de niños y niñas afectados para la determinación de su interés superior, exige consagrar figuras adoptivas que cuenten con la flexibilidad necesaria para adaptarse a las realidades específicas que se presentan en los estrados judiciales.

Circunstancia, aquella, que deberá ser meticulosamente analizada y fundada en la decisión que se adopte. Tal como ha destacado la CSJN, el contenido del ISN se vincula con lo que resulta más beneficioso para el niñx.<sup>9</sup> Además, en referencia a la amplitud con la que se encuentra la judicatura ante el mencionado principio, ha sido señalado que lxs magistradxs se encuentran obligados a “dar

6 Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

7 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. 56, 57 y 60; *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 184; *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. 408; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 146, y *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 133.

8 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 109 y ss.

9 CSJN, *Fallos* 328:2870.

buenos fundamentos acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales”.<sup>10</sup>

## 4.2. Las implicancias del paso del tiempo y su consideración a la luz del interés superior del niño

En los procesos judiciales en los que la infancia está involucrada, la intervención de la judicatura adquiere una relevancia sustancial en orden a la garantía de la tutela efectiva de los derechos de que son titulares NNyA y en consideración a la especial situación de vulnerabilidad que atraviesan por su menor edad. En tal orden, las decisiones jurisdiccionales, donde los intereses de NNyA, su derecho convencional a vivir en familia y la decisión de ser incluidos bajo el instituto de la adopción, deben ser adoptadas en el marco de la mayor agilidad posible.

Es producto de demoras, o de sentencias emitidas a destiempo, que los organismos de intervención pueden convertirse en facilitadores de la construcción de vínculos de afecto que luego, paradójicamente, son los que imponen una decisión imposible de desatender. El contexto fáctico se vuelve irresoluble. Lo que se nombra “vínculo socioafectivo” no resulta ser el producto del desenvolvimiento de los vínculos, ni las redes de afecto que emergen de la vida de las personas y reclaman reconocimiento jurídico, sino son resultado de la misma intervención jurisdiccional que debería evitar su consolidación (Grosman y Herrera, 2005; Moreno, 2019; Siderio y Ventura, 2015; Villalta, 2018).

La Corte IDH, en una medida provisional,<sup>11</sup> afirmó que

El mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. En otros términos, el paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña. Esa situación comporta un riesgo que no sólo resulta inminente, sino que ya podría estar materializándose. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho actual y volver nugatoria y perjudicial para los intereses del niño L.M, cualquier decisión en contrario.

En “Fornerón”, de relevancia específica en tanto el Estado argentino se encontró condenado por la violación a derechos consagrados en la CADH, la Corte IDH sostuvo coincidentemente que

<sup>10</sup> CSJN, *Fallos* 331:942.

<sup>11</sup> Corte IDH, Medidas provisionales respecto de Paraguay - asunto L.M., Resolución de 1° de julio de 2011.



el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible.<sup>12</sup>

Uno de los puntos centrales de la sentencia “Fornerón” radica en el reconocimiento de cuatro estándares que construyen el concepto de debida diligencia en materia de procesos de guarda. Como explica Murganti y Crespi (2015), debe ser subrayada la necesidad de respetar: 1) la observancia de los requisitos legales y el rechazo de 2) las omisiones probatorias; 3) la utilización de los estereotipos; y 4) el retraso judicial como fundamento de la decisión. En tal orden, como fuera advertido por el Tribunal regional, los procesos deben ser ágiles y estar regidos por plazos abreviados, y “no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de los requisitos legales, la demora o los errores en los procedimientos judiciales”.

Si los niños, niñas o adolescentes están con una familia guardadora, cualquiera sea el origen de la guarda, el paso del tiempo transcurre igual consolidando vínculos, lo cual hace que sea muy difícil, casi imposible, que los jueces después resuelvan en contra o produciendo la ruptura del lazo afectivo ya consolidado. ¿Cuánta libertad tiene un juez/a para indagar sobre la capacidad de los guardadores para ser adoptantes cuando el niño, niña o adolescente ya se siente totalmente identificado con ellos? (Herrera et al, 2021).

La propia CSJN en un pronunciamiento previo de similares características<sup>13</sup> sostuvo que el ISN debe primar frente a los intereses de los adultos involucrados y que, entonces, la filiación de origen no significa de modo automático que deba procurarse su preservación en cualquier contexto. Así, reconoció que

no puede pasar inadvertido que en el caso la incidencia del tiempo repercute en la vida de la niña y se convierte en un factor que adquiere primordial consideración a la hora de determinar su interés superior. Frente a las normas que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquellos, constituye la excepción la situación de la niña que exhibe integración óptima al grupo familiar de los guardadores, con quienes vive prácticamente desde su nacimiento –por aproximadamente 10 años– y desea continuar viviendo según lo expresado.

En los dos pronunciamientos ahora reseñados se ha dejado en evidencia que la decisión que se adopta responde al entendimiento que el ISN debe ser evaluado conforme a las particularidades del asunto y teniendo en cuenta la situación actual y real de las niñas involucradas. Así, el contexto de integra-

12 Corte IDH, *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 52.

13 CSJN, *Fallos* 331:942.

ción de aquellas a los respectivos matrimonios litigantes se convierte en el hecho determinante para sostener su permanencia con los guardadores y se viabilice el pedido de adopción por ellos requerido.

El primero de aquellos casos (E. M. B.) tuvo un contexto de entrega irregular, sin haberse atravesado las instancias legales procedentes al instituto de la adopción y la niña permanecía con el matrimonio cuidador desde sus nueve meses de vida, y durante 13 años. Lo complejo del asunto es que la promoción de las actuaciones ocurrió cuatro meses después de la entrega, y el litigio se desarrolló desde entonces, mediando reclamos de la progenitora biológica destinados a la restitución de su hija.

El segundo de los casos (M. L.) no respondía a una entrega irregular, sino a una guarda preadoptiva legalmente otorgada por la judicatura luego de ser decretado el estado de adoptabilidad de la niña, pero cuando aún esta última resolución no había adquirido firmeza. Desde que aquellas dos resoluciones fueron dictadas por la primera instancia, y fuera remitido para su tratamiento a las instancias superiores los recursos interpuestos por la progenitora de la niña trascurrieron, hasta el pronunciamiento de la CSJN, cuatro años de permanencia de la niña con los guardadores con fines a la adopción.

Como ha sido puesto en resalto al iniciar este comentario, lo expuesto no significa que las resoluciones emitidas sean desacertadas. El problema se encuentra en el modo en que las prácticas judiciales siguen siendo deficientes en orden al modo en que se aborda, desde sus inicios, este tipo de procesos. Al mismo tiempo, la forma en que se patentiza el quiebre con los estándares internacionales que han sido pronunciados por los organismos regionales de derechos humanos encargados de interpretar sus normas, con jerarquía constitucional en nuestro país.

## **5. El triángulo adoptivo como solución posible**

En los dos supuestos bajo estudio la CSJN encontró el equilibrio entre la búsqueda de la satisfacción del INS, los contextos particulares atravesados en las vidas presentadas y los intereses de cuidadores y familia biológica haciendo uso del modelo del “triángulo adoptivo legítimo”, que permite construir un vínculo adoptivo con los adoptante y al mismo tiempo preservar alguno/s con los que existan con la familia de origen.

En “B. E. M.” se optó por la adopción, siempre que permita mantener subsistente el vínculo con la familia biológica. En “L. M.”, en cambio, la CSJN alertó al juez/a de primera instancia que debía establecer una vinculación con su progenitora en el marco “triángulo adoptivo legítimo”, en la medida en que se corrobore que sea beneficioso para la niña.

Una de las importantes reformas sufridas por el régimen adoptivo con la sanción del Código Civil y Comercial ha sido consagrar un sistema legal que recepte la flexibilidad de los tipos adoptivos en función de las específicas necesidades de los niños y/o niñas involucrados, y de la salvaguarda del derecho a la identidad de las personas afectadas.

En los Fundamentos de la Reforma se explicitó:

Se define cada uno de estos tres tipos de adopción introduciéndose cambios en su morfología; la modificación sustancial es la mayor flexibilidad que se le otorga a adopción plena como a la simple en lo relativo a la generación de mayor o menor vínculo con determinadas personas. De este modo, es facultad de los jueces, según la circunstancia fáctica y en interés del niño, mantener subsistente el vínculo con algún pariente (por ejemplo, en la adopción plena con los hermanos que no pueden ser dados en adopción a los mismos adoptantes) y en la adopción simple, generar vínculo jurídico con determinados parientes del o los adoptantes (por ejemplo, con los ascendientes del o los adoptantes).

Sobre la base de aquellos argumentos, el artículo 621 del CCyCN dispone que

El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen de legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

En definitiva, la norma faculta a la judicatura, a modificar, respetar o generar determinadas consecuencias jurídicas con alguno o varios integrantes de la familia de origen, ampliada o adoptiva, de acuerdo con las necesidades específicas que se evidencien y con los derechos que se encuentren involucrados, circunstancia aquella que deberá encontrarse debidamente fundada (González de Vicel, 2015; Medina y Piponzi, 2016: 628; Roveda, 2014: 462; Basset, 2015; Herrera, 2015: 476; Medina y Roveda, 2016: 695; D'Acunto y Uzal, 2016).

Fundándose en el respeto a la identidad (art. 595, inc. b), en el interés superior del niño (art. 359, inc. a), como en los restantes principios generales previstos en el artículo 359, las referidas facultades se imponen como un mecanismo excepcional, frente a las consecuencias generales de los tipos adoptivos previstos en el ordenamiento, destinado a atender a las particularidades que se planteen en cada caso, las que debidamente fundadas justificaran su aplicación (Fernández, Fortuna; 2017: 705).

La solución que prescribe el artículo 621 del CCyC se trata de facultades atribuidas al juez por el legislador, y su procedencia, aun cuando corresponda estar debidamente fundada, no depende de petición alguna, que podrá existir o no, sino de la apreciación que la persona a cargo de la decisión haga de la cuestión llevada a examen, en función de los referidos principios generales que rigen el régimen de

la adopción (art. 595, CCyCN) y de los que gobiernan los procesos de familia (art. 706, CCyCN), especialmente el de tutela judicial efectiva (Fortuna, 2018).

Tal como ha sido explicitado,

se trata de una potestad exclusiva del magistrado, y solo podrá recibir de la pretensión de las partes involucradas como una opinión, deseo o expectativa determinada, sin que condicione su determinación, que será sustentada en el interés superior del niño (González de Vicel, 2015: 558; Medina y Roveda, 2016: 695).

En los casos traídos a comentario, más allá de sus particularidades, la determinación del tipo adoptivo en un caso simple y en otro, para ser considerado en la oportunidad de ser sentenciada la adopción, es puesta de relieve en orden al resguardo de los vínculos de las niñas involucradas con sus madres biológicas.

En ambos casos, el Tribunal procuró construir un equilibrio entre los intereses involucrados, sin perder de vista el ISN de las niñas afectadas por la desunión. La inserción de las niñas en sus familias cuidadoras exigía, en base al contexto de cuidado y crianza acreditado, que no resultaba aconsejado ser separadas de las personas responsables de su cuidado. Aun así, ese argumento no implicaba desconocer el derecho de las niñas en mantener lazos con su familia biológica, en tanto sus madres demostraron un serio deseo y preocupación en asumir responsabilidades y mantener aquellos lazos de afecto, y legales.

La decisión que se adopta no es sencilla, aunque sí demanda un fuerte compromiso con los derechos humanos involucrados. Importa el obligado e intenso accionar, y sin demora alguna, de todos los organismos del Estado que intervienen para garantizar que los derechos de las niñas se encuentren debidamente garantizados. Ello sucederá en la medida en que se construyan herramientas y mecanismos adecuados que garanticen la participación de sus progenitoras biológicas en la crianza de cada una de aquéllas.

## 6. Conclusiones

Las transferencias de las responsabilidades y cuidados de NNyA, que hoy conocemos como adopción y asumimos como un modo más de crear vínculo filial, han atravesado la historia bajo distintas configuraciones, contextos y necesidades sociales y culturales. Como expresa Villalta, reconocer la historicidad y variabilidad del instituto nos permite apreciar sus cambios y mutaciones constantes. También, es preciso para “examinar las formas en que diferentes sociedades en distintos momentos históricos han conceptualizado el parentesco y las formas correctas de vivir en familia, como los modos adecuados de ser padre y madre” (Villalta, 2022: 59).

En ese derrotero, Argentina conoció los primeros registros de dichas transferencias signados por negocios o arreglos entre privados e instituciones de benéficas, exentos de control por parte del Estado (Guy, 1994: 217). Progresivamente las instituciones públicas ganaron terreno y se crearon organismos

encargados de intervenir en situaciones donde se corroborase la presencia de NNyA en situación de desamparo y en que el instituto de la adopción fuera el mejor recurso para la protección y crianza.

Estas reformas legales han estado atravesadas por la necesidad de atribuir al Estado la función de la transferencia, y ello ha sido en orden a la protección de las infancias, pensándolas como sujetos de derecho, en un estado de vulnerabilidad específica, y en donde los arreglos privados pueden convertirse en una afrenta a sus derechos humanos.

Así, el asunto deja entonces de ser percibido como algo privado y pasa a tener relevancia en orden a la protección de la “infancia abandonada”. Las sucesivas transformaciones sufridas por la ley, que no viene a cuenta aquí reseñar, delinearón el instituto legal revalorizando aquello que hoy entendemos como el ISN en la adopción.

A su vez, culturalmente, y también por razones histórico-políticas, hemos vinculado al ISN con el derecho a vivir con su familia de origen y, por ello, el Estado está obligado a proteger ese núcleo y a sus integrantes en el desarrollo de sus vínculos familiares. De tal modo, hemos afirmado que corresponde evitar intervenciones arbitrarias, salvo contextos donde el bienestar, la salud y seguridad de las infancias estuvieren comprometidos.

La protección a la familia de origen, a la que nuestro sistema legal ha adherido durante décadas, no solo tiene razones culturales en su estructuración. También es pensada desde la necesidad jurídica de proteger determinados vínculos en contextos de asimetría y abuso por parte de quienes tienen el poder material y simbólico, y con respecto a aquellas “malas madres” a quienes se les atribuye culpa por imposibilidad del cuidado.

En dicho contexto, el reconocimiento de la socioafectividad puede ser un valor que permita la nueva configuración del instituto en contextos muy específicos; pero debemos con precaución evitar que se transforme en una herramienta al servicio de desvirtuar los mecanismos protectorios que se edifican mediante el régimen jurídico de la adopción.

De la misma forma, los organismos del Estado no deben perder de vista que una intervención demorada en el tiempo, o bien aquella que naturalice prácticas como modo de acceder al “deseo de hijo/a”, implican subvertir un sistema legal, controvirtiendo en objeto aquello cuya protección se declama.

Como se señaló, los dos fallos comentados cierran la discusión con una solución que parece ser la adecuada, no lo hacen a fuerza de la ley, ni de las premisas sobre las que dichas soluciones legales han sido construidas, sino producto de los hechos que, nuevamente, se imponen.

## Bibliografía

- Basset, U. (2015). Comentario al art. 621. J. H. Alterini (director general) y U. Basset (directora del tomo), *Código Civil y Comercial Comentado...*, tomo III. Buenos Aires: La Ley.
- OEA, CIDH y ONU, UNICEF (17 octubre 2013). Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13.
- D'Acunto C. I. y Uzal, M. L. (2016). Comentario al art. 621 del CCyCN. En C. A. Calvo Costa (dir.), *Código Civil y Comercial...* Buenos Aires: La Ley.
- Días, M. B. (2009). Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales. *Revista Jurídica*, (13), 83-90. Recuperado de <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/711> [fecha de consulta: 18/9/2022].
- Fernández, M. J. y Fortuna, M. J. (2017). Adopción. En O. J. Ameal (dir.), L. B. Hernández y L. A. Ugarte (codirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación...*, tomo II. Buenos Aires: Ed. Estudio.
- Fortuna, S. I. (marzo de 2018). La flexibilización de los tipos adoptivos en el art. 621 del Código Civil y Comercial de la Nación. Una sentencia que responde a las necesidades concretas de los involucrados. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 97.
- Gil Domínguez, A.; Famá, M. V. y Herrera, M. (2007). *Ley de Protección Integral de NNyA*. Buenos Aires: Ediar.
- González de Vicel, M. (2015). El régimen jurídico de la adopción: cuestiones de fondo. *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*. Buenos Aires: La Ley, pp. 93.
- (2015). Comentario al art. 621 del CCyC. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia...*, tomo III. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 558.
- Grosman, C. y Herrera, M. (2005). ¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del alto tribunal, *JA*, IV(32).
- Guy, D. (1994). Niños abandonados en Buenos Aires (1880-1914) y el desarrollo del concepto de madre. En L. Fletcher (comp.), *Mujeres y cultura en la argentina del S. XIX* (pp. 217-226). Buenos Aires: Faminaria ed.
- Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Herrera, M.; Molina de Juan, M. y Salituri Amezcua, M. (2021). El derecho humano a tener una familia... En S. E. Fernández (dir.), *Tratado de Derechos de NNyA*, segunda edición actualizada y ampliada, tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Medina, G. y Pipponzi, S. (2016). Comentario al art. 621 del CCyCN. En A. J. Bueres (dir.) y J. O. Azpiri (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación...* Buenos Aires: Hammurabi.
- Medina, G. y Roveda, E. G. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Molina de Juan, M. F. (2008). El nombre y la filiación. Dos facetas de la identidad... *RDF*, I, 91.
- (2014). Comentario al art. 556 del CCyCN. En A. Kemelmajer, M. Herrera y A. Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia*, tomo II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Moreno, G. (2019). La prescripción adoptiva. *RDF*, IV, 1-25.

- Murganti, A. I. y Crespi Drago, A. (2015). Separación familiar de NNyA. Estándares internacionales. En S. E. Fernández (dir.), *Tratado de Derechos de NNyA*, tomo I (pp. 1135). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ONU, Comité de los Derechos del Niño (CDN) (2013). Observación General N° 14, Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), CRC/C/GC/14.
- Roveda, E. G. y Alonso Reina, C. F. (2014). Comentario al art. 621. En J. C. Rivera y G. Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado...*, tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- Tavip, G. (2021). Adopción y socioafectividad: la fuerza del cariño, la contundencia de los hechos. *RDF*, (98), 89-99.
- Ventura, A. I. y Siderio, A. J. (2015). Tiempos legales, tiempos subjetivos: situación y estado de adoptabilidad. *La Ley On Line*, AP/DOC/650/2015.
- Villalta, C. (2018). La adopción de niños desde una perspectiva antropológica. *La Ley On Line*, AP/DOC/EE/2018.
- (2022). Entre lo público y lo privado: historizando la adopción de niños en la Argentina desde una perspectiva antropológica. En C. Villalta y M. J. Martínez (coords.), *Estado, infancias y familia. Estudios de antropología política y jurídica* (pp. 59-102). Buenos Aires: ICA-FFyL, UBA, CELS.





# Derecho a la educación. Migrantes

CSJN. “Costa Ludueña, Peter Harry  
c/UBA s/amparo Ley 16.986”,  
28 de octubre de 2021

*Por Pablo Asa<sup>1</sup> y Heber Corre Estrada<sup>2</sup>*

---

## 1. Antecedentes

El presente trabajo pretende analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos de las personas migrantes, en particular el fallo “Costa Ludueña”.<sup>3</sup>

Consideramos necesario seleccionar algunos precedentes relacionados con la permanencia de las personas migrantes en el territorio argentino que creemos de relevancia para complementar su estudio. Estos fallos fueron dictados entre 2007 y 2022 y fueron elegidos en función del avance o retroceso en el reconocimiento de derechos que generaron.

El recorte temporal elegido guarda relación directa con la sanción de la Ley de Migraciones N° 25871 del año 2004, que trajo consigo una mirada superadora al paradigma de la seguridad como único ob

1 Abogado (UBA). Coordinador del Instituto de Justicia y Derechos Humanos (UNLa). Docente de la Especialización en Migración y Asilo desde una perspectiva de Derechos Humanos (UNLa). Coordinador de la Clínica de Derechos Humanos (UNDAV y UNLa). Coordinador de la Clínica Derechos de Inmigrantes y Refugiados (CAREF/CELS/UBA).

2 Estudiante de Abogacía (UNDAV). Estudiante de la Licenciatura en Justicia y Derechos Humanos (UNLa). Ayudante alumna (UNDAV/UNLa).

3 Fallos 344:3132.

jetivo a perseguir por la política pública específica, punto de vista que, como veremos, hoy en día se encuentra atravesando un retroceso a raíz de las últimas decisiones de la CSJN en esta materia.

La ley toma como base la existencia de compromisos internacionalmente asumidos por la Argentina en pos del logro de la dignidad de la persona, la igualdad y la no discriminación. Esto aplica tanto a los derechos civiles y políticos, como a los económicos, sociales y culturales. Ahora bien, tales compromisos internacionales cubren una amplia gama de situaciones, circunstancia que nos lleva a elegir y centrarnos en aquellos antecedentes de la justicia local que han marcado retroceso de garantías en el procedimiento administrativo y judicial, en los cuales se debe decidir sobre la legalidad de la orden de expulsión emanada por parte de la Dirección Nacional de Migraciones.

Para comenzar, debemos mencionar que, si bien la gran mayoría de los precedentes de la CSJN marcan una perspectiva a favor de las personas migrantes y de garantizar los derechos constitucionales, lo cierto es que actualmente tales estándares se encuentran en merma.

Vale la pena mencionar fallos como “Zhang”<sup>4</sup> (2007), en el que, entre otras cosas, la Corte sostuvo la primacía de la reunificación familiar. Por otro lado, en “Ojeda Hernández”<sup>5</sup> (2014) reconoció la posibilidad de acceder a la segunda instancia ordinaria contra aquellos fallos definitivos dictados por jueces de primera instancia. Por su parte, en “Apaza León” (2018) rechazó el planteo de la Dirección Nacional de Migraciones que pretendía expulsar a una persona por un delito menor y sostuvo que

[l]a interpretación plausible del inciso c) del artículo 29 de la Ley 25.871 es que tanto la condena como los antecedentes, para poder justificar la prohibición de entrada o la expulsión de un migrante, deben relacionarse con alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso –tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividad ilícitas–, o bien cualquier otro delito que para la legislación argentina merezca pena privativa de libertad de tres años o más.<sup>6</sup>

Con este precedente se avanzó en dejar sin efecto aquellas expulsiones por el simple hecho de que la persona tenga antecedentes penales o penas menores a los tres años.

Como vemos, la importancia de estos fallos es crucial, tanto por dar primacía a la reunificación familiar por sobre las cuestiones migratorias, al garantizar la “doble instancia judicial” o por realizar una interpretación ajustada de los preceptos de expulsión.

A partir de mediados del 2018 la CSJN comenzó un camino de declive de los estándares que venía sosteniendo. Podemos mencionar, entre otros, al caso “Zhang”,<sup>7</sup> en el que declaró la nulidad de la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, mediante la cual se otorgaba la resi-

4 Fallos 330:4554.

5 CSJN. “Ojeda Hernández, Luis Alberto s/causa nº 2739/12”, Recurso de Hecho, O. 113. XLVIII, 10/07/2014.

6 Fallos 341:500.

7 Fallos 341:1466.

dencia permanente a la actora y se dejaba sin efecto la confirmación de expulsión que había realizado la primera instancia judicial.

El punto de debate se estableció sobre la base de una “presunta” presentación de documentación apócrifa. La Cámara entendió que se estaba hablando de una “presunta” documentación (no existía plena certeza de que así lo fuera) y decidió dar primacía a los lazos familiares de la Sra. Zhang. Por el contrario, el máximo tribunal argentino entendió que no existía congruencia entre la decisión de los dos jueces de la Cámara que habían conformado la mayoría, ya que uno había sustentado su postura en la existencia del cónyuge con residencia permanente y el otro en la condición de progenitora de un argentino nativo.

Al analizar la situación, observamos que ambos jueces fundaron su decisión en la reunificación familiar, aunque por caminos diferentes. Sin embargo, podemos ver cómo la Corte comenzó a tener una postura cada vez más restrictiva respecto de los motivos que deben argumentarse para evitar una expulsión, al tiempo que también se puede advertir una gran dificultad a la hora de realizar una interpretación armónica y constitucional.

También en el año 2018 encontramos el caso “Peralta Valiente”,<sup>8</sup> en el que la Corte desestimó el recurso de queja presentado, convalidando el fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que había decidido no habilitar la instancia, puesto que se cuestionaba un acto que fue tramitado como “denuncia de ilegitimidad” (citando el fallo “Gorordo”).

En este caso, la decisión de la mayoría optó por no tomar en cuenta el hecho de no haber existido comunicación por parte de la Dirección Nacional de Migraciones del derecho de asistencia gratuita con el que contaba el Sr. Peralta Valiente. Aquí coincidimos con el razonamiento efectuado en su dictamen por el Procurador ante la CSJN, Víctor Abramovich, quien sostuvo que

[l]a decisión del a quo de declarar no habilitada la instancia judicial implica agravar la situación de un administrado en situación de desequilibrio procesal, que se vio imposibilitado de ejercer su derecho de defensa de manera plena en virtud de la inobservancia por parte de la autoridad administrativa de las garantías constitucionales que rigen este tipo de actuaciones; máxime teniendo en cuenta que en materia migratoria, para que el procedimiento administrativo se desarrolle en condiciones de igualdad, la garantía de defensa incluye la efectiva intervención de la asistencia letrada que impone la Ley de Migraciones y las normativa de rango constitucional.

Un poco más cerca en el tiempo encontramos el fallo “Barrios Rojas”<sup>9</sup> (2020), en el que la Corte confirmó la resolución de expulsión de la actora por una condena por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización cometido en 1999 y por el cual cumplió seis años de prisión.

8 Fallos 341:1570.

9 Fallos 343:990.

Vale mencionar que la Sra. Barrios no solo demostró haberse reinsertado en la sociedad, sino que también probó que vivía en Argentina junto a su grupo familiar conformado por su pareja (un argentino naturalizado), su madre y su hermano, ambos con residencia permanente, y su hijo junto a sus nietos. También vale mencionar el análisis realizado por Abramovich respecto del ejercicio armónico de la normativa que había realizado la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal:

[la Cámara] ponderó la gravedad de los delitos que configuran el impedimento de permanencia en el país, los años sucedidos desde el primer ingreso de Barrios Rojas a la Argentina el 26 de marzo de 1994, el tiempo transcurrido desde el cumplimiento de la condena –cuyo vencimiento operó el 9 de octubre de 2002–, su posterior reinserción laboral y los lazos familiares en el país –madre, hermanos y sobrinos–, y en particular, su matrimonio con un argentino naturalizado. En base al examen de esos elementos entendió que la decisión de la administración no se ajustaba a los preceptos constitucionales y legales propios de la materia.

En el año 2021 encontramos un *impasse* momentáneo en el declive de los estándares de la Corte en “Roa Restrepo”.<sup>10</sup> Aquí, el tribunal decidió revocar lo actuado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, puesto que al validar la expulsión del Sr. Roa Restrepo utilizó una normativa distinta a la que había utilizado la Dirección Nacional de Migraciones a la hora de dictar la disposición que establecía la expulsión.

Vale remarcar que en el presente caso no se exigía por parte de la Corte una armonización de la normativa vigente, sino que sencillamente bastaba con leerla para comprender que la Cámara no solo se había excedido en el control de legalidad y razonabilidad, sino que había sustituido los motivos que conformaban el acto administrativo, impidiendo que el Sr. Roa Restrepo pudiera debatirlos en sede administrativa y judicial.

Con fecha posterior a “Costa Ludueña”, encontramos el fallo “Huang”<sup>11</sup> (2021), en el que la Corte revocó la sentencia de Cámara que había concedido la residencia temporaria al actor, exceptuando el cumplimiento del “ingreso irregular al país”, ya que poseía todos los otros requisitos para obtener una residencia temporaria.

La CSJN confirmó su expulsión sin considerar que el migrante era empleado de una empresa en Argentina, realizaba aportes previsionales, había presentado certificados de buena conducta, había realizado el pago de las tasas por trámite migratorio y presentado la declaración jurada de domicilio.

---

<sup>10</sup> Fallos 341:500.

<sup>11</sup> Fallos 344:3580.

En el mismo año, en “Otoya Piedra”<sup>12</sup> la Corte dejó sin efecto la sentencia dictada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en la que se había afirmado que la administración no había valorado parámetros como

la naturaleza y gravedad del delito cometido; el tiempo que se prolongó la residencia de extranjero en el país, el tiempo que transcurrió desde que el extranjero cometió el delito y el examen de la conducta desplegada con posterioridad; los vínculos sociales, culturales y familiares que desarrolló en el país de residencia y con el de destino y la duración de la prohibición de reingreso.

Agregamos que tampoco se había valorado la existencia de cónyuge y dos hijos con residencia permanente en el país. Frente a este panorama, la Corte fundó su postura en el precedente “Barrios Rojas”, realizando una interpretación estricta de la excepción de la expulsión por motivos de reunificación familiar, separando de esta manera a una familia e imposibilitando su reunión en el país debido a la expulsión de carácter permanente.

Coincidimos con la postura que sostiene que

en el caso Otoya Piedra, la Corte omitió hacer consideración alguna sobre el derecho de los niños y niñas a ser escuchados. No hay referencia en la sentencia al art. 12 de la CDN y, menos aún, a los estándares que a lo largo de los últimos años han sido desarrollados para asegurar su aplicación a los procedimientos migratorios.<sup>13</sup>

También en 2021 encontramos el fallo “Peralta”.<sup>14</sup> En este precedente, la Corte confirmó la decisión de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que rechazaba el recurso de la actora en función de que “la Dirección Nacional de Migraciones no actuó de forma ilegítima o arbitraria, sino que aplicó la normativa migratoria ejerciendo las potestades allí otorgadas”.

El Sr. Peralta había sido condenado a la pena de dos años y tres meses de prisión de ejecución condicional como partícipe secundario del delito de tentativa de contrabando calificado de estupefacientes y solicitó la reunificación familiar, alegando la presencia de su hermano y hermana en el país.

La Corte nuevamente sostuvo el fallo “Barrios Rojas” y confirmó la expulsión de carácter permanente del Sr. Peralta por la comisión de un delito que ni siquiera conllevaba la privación de libertad de la

12 Fallos 344:3600.

13 Ceriani Cernadas, Pablo y Odriozola, Ignacio, “Personas migrantes. Expulsiones. Niños y niñas. Educación. CSJN, ‘Huang, Qiuming c/EN-DNM s/recurso directo DNM’; ‘Otoya Piedra, Cesar Augusto c/EN-DNM s/recurso directo DNM’; 7 de diciembre de 2021 y ‘Costa Ludueña, Peter Harry c/UBA s/Amparo Ley 16.986’; 28 de octubre de 2021”, p. 11, recuperado de <https://debatesdh.blogspot.com/2022/08/nuevo-comentario-fallos-de-la-csjn.html>

14 Fallos 344:3683.

persona. Nuevamente se puede apreciar una tendencia a atribuir a las personas migrantes la responsabilidad de la existencia de narcotráfico y la persecución por ello.

Corresponde hacer un comentario respecto de la concepción de familia que actualmente contiene la normativa migratoria, que deja por fuera las distintas formas por las que se puede conformar una familia en sentido amplio. La normativa solo se concentra en familiares ascendientes y descendientes en línea recta y cónyuges. También remarcamos que esta decisión echa por tierra lo dicho en el precedente “Apaza León” que hemos mencionado con anterioridad.

Para finalizar con este breve recorte, encontramos el fallo “Manzaba Cagua”<sup>15</sup> (2022), en el que la Corte aplica el fallo “Apaza León” pero con una salvedad, ya que sostiene que

en los supuestos en los que la condena se refiera a un delito vinculado con estupefacientes sin relación con el proceso de tráfico de esas sustancias, como ocurre en este caso, resulta aplicable la doctrina establecida por esta Corte en el precedente.

Esto confirma una postura clara de ser flexibles respecto de la expulsión en caso de narcotráfico aun cuando se trate de penas inferiores a tres años, lo cual puede entenderse tanto como una incongruencia frente a los propios antecedentes, como una persecución discriminatoria hacia las personas migrantes, sin mediar una justificación razonable ni constitucional.

A partir de este recorrido podemos extraer algunas conclusiones preliminares que permiten analizar el fallo dictado por la CSJN en “Costa Ludueña”. En primer lugar, en todos los fallos dictados con anterioridad al año 2019 la CSJN ha reconocido ampliamente los derechos de las personas migrantes en Argentina, echando mano a pautas de interpretación que permiten sostener una postura garantista y respetuosa de los derechos humanos. Sin embargo, el máximo tribunal nacional lentamente y caso a caso comenzó un camino de declive, desconociendo tanto las normas nacionales e internacionales, como sus propios precedentes.

## 2. El caso “Costa Ludueña”

El caso que aquí comentamos comenzó a raíz de la denegación por parte de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA) de la inscripción a la carrera de Sociología, con fundamento exclusivo en la carencia de Documento Nacional de Identidad argentino, por parte del actor, quien se encontraba privado de libertad.

Esta exigencia se hallaba exclusivamente fundada en el artículo 19 de la Resolución N° 7349/133 y el artículo 6, anexo I, de la Resolución N° 3836/11 del Consejo Superior de la UBA.

---

<sup>15</sup> Fallos 345:270.

Frente a esta postura, la primera instancia judicial falló a favor de la UBA y el pronunciamiento fue revocado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, remitiéndose por razones de brevedad al dictamen elaborado por el Fiscal General Rodrigo Cuesta, quien había sostenido que

el requerimiento del DNI para la inscripción de una carrera de grado constituye una exigencia formal excesiva e injustificada, pues en el art. 7 de la ley de migración se establece que en ningún supuesto la irregularidad migratoria de un extranjero puede impedir su admisión como alumno de un establecimiento educativo.

Además, señaló que

la necesidad de asegurar la verdadera identidad de quienes pretender formar parte de la comunidad universitaria debía tenerse por satisfecha mediante la presentación del pasaporte del actor, toda vez que este había sido el documento que las autoridades consideraron idóneo para tener por demostrada fehacientemente su identidad en el marco del proceso penal seguido en su contra.

A estos argumentos podemos sumar el artículo 141 de la Ley Nacional de Educación N° 26206, que establece que

El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán garantizar a las personas migrantes sin Documento Nacional de Identidad (DNI), el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de todos los niveles del sistema educativo, mediante la presentación de documentos emanados de su país de origen, conforme a lo establecido por el artículo 7° de la Ley N° 25.871.

Se advierte con claridad que la identidad del Sr. Costa Ludueña se encontraba plenamente acreditada con su pasaporte.

Sin embargo, la sentencia de la Cámara fue dejada sin efecto por la CSJN, alegando que

el hecho de que, en este caso, el peticionario no pueda regularizar su situación migratoria por la particular situación penal en que se encuentra y, por ende, se vea impedido de tramitar el documento nacional de identidad argentino requerido por la demandada, no torna arbitraria o irrazonable una reglamentación

que se muestra homogénea en sus exigencias para todas las personas que procuran acceder al programa implementado por la universidad en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal.<sup>16</sup>

Respecto de esta postura sostenida por la Corte podemos señalar dos aspectos relevantes. Por un lado, el máximo tribunal basa gran parte de su fundamento en una ley promulgada por un gobierno *de facto* en 1968 (art. 13 de la Ley N° 17671). Paradójicamente, esta “ley” invocada por la UBA fue dictada por la misma dictadura que, dos años antes, había propiciado la llamada “Noche de los Bastones Largos”, es decir, la represión y detenciones masivas de docentes y estudiantes de varias facultades de dicha universidad.<sup>17</sup>

Por el otro, el argumento no encuentra asidero cuando se alega que por el simple hecho de ser un requisito homogéneo no es arbitrario o irrazonable, toda vez que, se torna contradictoria dicha postura cuando se analiza el requisito a la luz de la normativa vigente en la temática. Es que se aplica un requisito de forma homogénea a una población que no se encuentra en condiciones homogéneas, por lo que se produce la discriminación. Si todas las personas en Argentina fuesen capaces de adquirir su DNI con facilidad los artículos 141 de la Ley Nacional de Educación y 7 de la Ley Nacional de Migraciones no tendrían razón de ser.

La pregunta es ¿para qué los y las legisladores/as protegerían puntualmente a los migrantes respecto de la capacidad de contar con el DNI si esta situación no generará un terreno posible de actos discriminatorios? Frente a esto sostenemos que precisamente las normas mencionadas en el párrafo anterior fueron creadas con la finalidad de permitir a las personas migrantes la acreditación de su identidad con una documentación distinta al DNI, reconociendo que en el caso de las personas migrantes la no tenencia de este documento no podía suprimir el derecho al acceso a la educación. En igual sentido, no existe normativa vigente en Argentina que prohíba el acceso a la educación de personas migrantes que estén atravesando una condena. En todo caso, de existir causa de impedimento de permanencia de la persona en el país se deberá dejar que acceda al derecho a la educación por lo menos hasta el momento de su expulsión.

La CSJN también sostuvo que

es preciso observar que el único obstáculo para que el actor pueda obtener el documento nacional de identidad argentino que se le exige está dado por la condena a una pena privativa de la libertad que se encuentra cumpliendo en la Argentina lo que, conforme con lo dispuesto en el art. 29, inc. c de la ley 25.871, es causa impeditiva de su permanencia en el país.

---

<sup>16</sup> Fallos 344:3132.

<sup>17</sup> *Idem*, nota 13, p. 12.



Entendemos que el análisis de la Corte es errado, toda vez que lo que importa es que el DNI no puede ser un obstáculo para garantizar el acceso a la educación, por lo cual, no es relevante qué obstáculos existen para la obtención de este.

### 3. Reflexiones finales

Con todo, resulta clara la tendencia del tribunal a disminuir el nivel de los estándares de protección sobre las personas migrantes, que como hemos visto históricamente tendía a un desarrollo positivo. Como se observa, toda vez que la Corte requiere de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico suele aferrarse a la interpretación literal de la normativa siempre en desmedro de las personas migrantes. Es por esto que creímos importante problematizar este actuar cada vez más recurrente de la Corte para visibilizar los problemas con los que se encuentran las personas migrantes cuando recurren al sistema judicial en busca de que se protejan sus derechos. Parecería que los migrantes son víctimas de exigencias mayores a las que se les exige al resto de la sociedad.

Nuestro sistema constitucional reconoce amplios derechos a quienes deseen habitar el suelo argentino. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un avance y un enfoque distinto del que venimos describiendo. Si bien por un lado la Constitución Nacional fomenta la migración europea desde su creación en 1853-1860, su Preámbulo es claro al sentar como objetivo “promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, en clara oposición a otras constituciones anteriores, que otorgan derechos solo para “nosotros y nuestra posteridad” (Estados Unidos de Norteamérica). Esta amplitud del Preámbulo incorpora el concepto de “habitante” como única condición para el ejercicio de los derechos que acuerda la CN. Por su parte, los artículos 14 y 14 bis extienden la protección de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales a todos los habitantes de la nación “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. El artículo 16 determina que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”. El artículo 18 agrega que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa [...] Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes” y el artículo 20 explícita que “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano”.

Por otra parte, la Constitución reformada en 1994 mantuvo, sin modificación, el viejo artículo 25, que establece que “El Gobierno Federal fomentará la inmigración europea”. El mantenimiento de este artículo ha sido unánimemente criticado por los especialistas en política migratoria, ya que no responde a la realidad de los flujos migratorios internacionales en los que la Argentina está inserta y pone en evidencia una preferencia que en el contexto actual adquiere una connotación manifiestamente discriminatoria.

Vale remarcar que no existe un solo tipo de discriminación, sino que existen diversas formas de discriminación, ya sea por su origen nacional –como ocurre con inmigrantes provenientes de algunos países latinoamericanos de la subregión–, sus creencias políticas o religiosas o motivos de índole étnico o racial, etc.

Para ser más específicos, podemos tomar la definición contenida en el artículo 1, primer párrafo de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia –que cuenta con la firma de Argentina y con media sanción en el Congreso para su ratificación–:

cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

Por otro lado, en el segundo párrafo se establece que

la discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Los Estados toman decisiones respecto a la migración que se basan en dos criterios primordiales. Las cuestiones de ingreso, permanencia, admisión y egreso de personas dependen de los criterios más o menos exacerbados que acerca de la soberanía tenga un país determinado. Es sabido que, en este sentido, juegan no solo los intereses estatales, sino los orgullos nacionales de las personas y que todo ello contribuye a un sentimiento de pertenencia acentuado que, por contraste, pone en conflicto el ingreso de quienes no son considerados como integrantes al grupo. El segundo aspecto es la íntima vinculación, a la hora de recibir al migrante, entre la situación económica, la oferta de trabajo y la mayor o menor receptividad que esto conlleva. El ser humano solo es visto en su dimensión productiva y esta mirada limitada lo degrada y lo priva de su verdadera dimensión. Parece así que a nadie interesa la persona cuando “no produce”. En efecto, las uniones entre Estados se originaron como mercados comunes, su objetivo es agilizar la circulación de bienes, evitar demoras y trastornos. Sin embargo, la circulación interestatal de personas viene después, casi resignadamente, a regañadientes, y como consecuencia de la paulatina admisión de conceptos vinculados a los derechos humanos, la revalorización del ser humano en tanto tal, sin aditamentos y el reconocimiento de sus derechos por la única razón de ser un humano. Claro que para muchos esta apertura es un capítulo sostenido en las nociones predominantes de la relación de mercado. Por tal motivo, siempre estos conceptos se observan dentro

del marco primordial de la soberanía y el mercado; otros desvalorizan, parcializan o echan una visión sesgada, irónica muchas veces, pero siempre desconfiada, insincera y bastante hipócrita cuando de hablar de derechos humanos se trata.

La consecuencia de sostener estas posturas, a las que el fenómeno de globalización ha venido como anillo al dedo, en la medida que justifica actitudes que, desde otra mirada no solo son intolerables, sino que contienen una intrínseca injusticia, es que predomina en el mundo una suerte de demonización del extranjero. La distancia entre lo que se proclama en orden a los derechos de los individuos y lo que efectivamente se hace al respecto es un abismo que parece imposible de superar. Lo será en la medida que la base del pensamiento sean los conceptos que venimos señalando hasta ahora y que los países desarrollados o más potentes económicamente decidan los caminos a seguir en base exclusivamente a sus necesidades y prescindiendo de los intereses de los demás países y personas.

Esta posición sirve de justificativo para la formulación de regulaciones basadas en el derecho de excepción o derecho penal del enemigo, entendido como una suerte de conjunto normativo que solo se aplica a cierto colectivo individualizado y aislado según criterios aceptados por una generalidad de personas dentro de la sociedad y justificado mediante la exposición de intelectuales de fuste, cuya pluma es utilizada por convicción o conveniencia en la medida que la autoridad que de ellas emana tiene bastante poder convictivo.

Sobre la base de lo expuesto, podríamos hacernos la siguiente pregunta: ¿es razonable negar el acceso a la educación a una persona que –si bien cometió un delito– está buscando “reinsertarse” en la sociedad? Para nuestra mirada, este acto implica tanto una discriminación prohibida, como también una doble “sanción”. Parecería ser, en principio, que todos los habitantes del suelo argentino contamos con los mismos derechos, pero recibimos distintas penas por los mismos delitos o contravenciones si la persona es migrante. Lamentamos que buena parte de la sociedad acepta y, más aún, muchas veces reclama la aplicación de un conjunto normativo distinto para ese colectivo estigmatizado.

Continuando con el análisis jurídico del fallo, debemos mencionar que en la República Argentina, la Ley N° 25871 y el Decreto N° 616/2010, amén de otras leyes que los complementan, recogen todas las señales y advertencias de los acuerdos y encuentros internacionales y, al incorporar como norma la consideración de la migración como un derecho humano, avanzan hacia una situación que ya se encuentra a una distancia enorme de las reglas de los países del denominado “Primer Mundo” con su legislación y administración que criminaliza, persigue, expulsa y discrimina a nacionales y extranjeros.

Las directas consecuencias de esta postura –que considera a la migración como un derecho humano– son la inmediata igualdad en derechos y deberes de unos y otros. El trato y consideración de la irregularidad migratoria como un simple aspecto del ámbito de la administración migratoria permite el otorgamiento de derechos igualitarios con los demás habitantes, constituyendo así un elemento de integración que, a nuestro modo de ver, aun no es suficientemente comprendido ni por aquellos que deben aplicar las normas ni por sus propios destinatarios.

El paradigma de acceso de los bienes se establece formalmente al no hacer distinciones especialmente en materia de educación en cualquier nivel y jurisdicción: salud, seguridad y previsión social. El sistema dota de herramientas efectivas de control judicial imprescindible de todos los actos de la autoridad migratoria y permite el acceso a la justicia en igualdad de condiciones a los efectos de reclamar y proteger derechos que se consideren negados o afectados.

Con este panorama normativo que brevemente mencionamos se encontró una reactivación de la jurisprudencia nacional en aspectos migratorios que quedaron olvidados y apartados durante muchos años en virtud de la legislación restrictiva y autoritaria que resultó derogada por la Ley N° 25871.

En la actualidad se ha comenzado un marcado período de retroceso tendiente a la restricción de derechos de las personas migrantes sobre todo en aquellos momentos en los que se requiere de una lectura armónica de la normativa para garantizar la permanencia de las personas migrantes.

Así es como los tribunales, e inclusive la Corte Suprema de Justicia de la Nación, han acompañado la Ley de Migraciones con decisiones que sientan y refuerzan principios que habían resultado vulnerados, en lo que ha sido una tarea de largo aliento cuyos frutos en los últimos años se ha visto desdibujada por las recientes tendencias de la Corte que dieron objeto a este comentario.

Así, dentro de los avances podemos mencionar la existencia de sentencias que resguardan el derecho de los extranjeros al ejercicio de la docencia pública y privada en la medida que la nacionalidad no es un requisito de la idoneidad; el acceso al empleo y al cargo de funcionarios y magistrados en el Poder Judicial; la posibilidad de concursar para aspirar a cargos en los hospitales públicos.

Lo mismo puede postularse respecto del derecho a la salud, a la seguridad social, a la previsión social, con sentencias que admiten derechos que fueran negados, como la posibilidad de recibir una pensión graciable, a modo de ejemplo, entre muchos otros casos.

Como conclusión, debemos remarcar que esta tendencia claramente regresiva debe ser modificada por el máximo tribunal, quien resulta responsable por sostener una tendencia a favor de la expulsión y disminución de los derechos de las personas migrantes cuando los casos requieren una interpretación más compleja que la lectura estricta de la norma específica, aunque no la única aplicable al caso.

# Personas migrantes. Expulsiones. Niños y niñas

## CSJN. “Huang, Qiuming c/EN-DNM s/recurso directo DNM” y “Otoya Piedra, César Augusto c/EN-DNM s/recurso directo DNM”, 7 de diciembre de 2021

*Por Pablo Ceriani Cernadas<sup>1</sup> e Ignacio Odriozola<sup>2</sup>*

### 1. Introducción

En el período comprendido entre octubre de 2021 y junio de 2022, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió más de un centenar de casos relativos a derechos de personas migrantes y sus familias. En tan solo nueve meses, tanto sus sentencias, como aquellas en que confirma decisiones adoptadas por otros tribunales federales, revelan criterios contrarios a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de igual jerarquía, e incluso a algunos principios básicos del derecho. También evidencian argumentos seriamente regresivos y la omisión de estándares desarrollados en las últimas décadas por diversos organismos competentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Este universo de sentencias judiciales puede ser clasificado en dos áreas temáticas que serán analizadas en las respectivas secciones de este artículo. Los temas centrales de cada una, con base en las sentencias

1 Abogado (UBA). Magíster en Migraciones (Universidad Europea de Madrid). Doctor en Derechos Humanos (Universidad de Valencia). Director de la Especialización en Migración y Asilo desde una Perspectiva de Derechos Humanos (UNLa). Experto independiente miembro del Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares. Profesor de Migraciones y Derechos Humanos (UNLa, UNSAM, UBA y Universidad Andina Simón Bolívar).

2 Abogado (UBA). Magíster en Migración y Estudios de Movilidad (University of Bristol). Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (American University) y en Migrantes y Protección de Refugiados (UBA). Ex becario Chevening (2019-2020). Se desempeña como abogado en la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación. Es docente en Derecho Internacional de los Refugiados (UBA).

de la Corte y otros tribunales federales, son los siguientes: a) expulsión de migrantes que residen en Argentina debido a la falta de ingreso regular al país; y b) expulsión de migrantes con antecedentes penales que redundan en la separación familiar e impacta en los derechos de niñas y niños.

Dentro del primer grupo de sentencias se destaca el caso “Huang”<sup>3</sup> por dos motivos: primero, por la sesgada y restrictiva interpretación que hace la CSJN de la normativa migratoria y de las circunstancias del caso; y segundo, porque ese fallo fue –y continúa siendo– usado por el Tribunal para resolver de forma automática más de un centenar de decisiones; es decir, sin ingresar en el análisis de circunstancias particulares.

El segundo grupo parte de la sentencia del caso “Otoya Piedra”<sup>4</sup> y persigue el objetivo de analizar los principales problemas de la argumentación del Tribunal en supuestos de expulsiones y separaciones familiares. Aquí también la CSJN omite analizar una quincena de casos posteriores, limitándose a confirmar decisiones de otros tribunales. Para ilustrar la gravedad de la posición de la Corte de rechazar los recursos contra dichas decisiones, también haremos mención a algunos de ellos, como “Bianchi Fabre”.<sup>5</sup>

En cada sección examinaremos el contenido de los fallos judiciales, los derechos en juego y la argumentación de los tribunales. Asimismo, haremos algunas reflexiones sobre por qué estas decisiones son regresivas y en qué medida podrían conducir a futuras decisiones –tanto judiciales como administrativas– que promuevan o validen otras restricciones de derechos y garantías elementales con base en la condición migratoria o la condición de no nacional de una persona migrante.

## **2. Expulsión de personas migrantes por ingreso irregular al país: violación del principio de proporcionalidad, invención de una infracción administrativa imprescriptible y desprotección judicial por un uso arbitrario de analogías**

En el año 2016 la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) ordenó la expulsión del Sr. Huang de la Argentina y prohibió su reingreso al país por el plazo de cinco años, por haber ingresado de manera irregular al territorio nacional. Es decir, por la infracción administrativa migratoria prevista en el artículo 29, inciso i, de la Ley N° 25871. Cuestionada la medida dictada en sede judicial, la titular del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 3 confirmó la sanción. Sin embargo, en 2018 esta fue revocada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF).

Los jueces de la CNACAF decretaron la nulidad de las medidas administrativas, tras coincidir en que, con excepción de no contar con una constancia de ingreso al territorio nacional, el migrante cumplía con todos los requisitos normativamente exigidos para radicarse bajo la categoría de residente

3 CSJN, *Fallos* 344:3580.

4 CSJN, *Fallos* 344:3600.

5 CSJN. “Recurso Queja N° 3 - BIANCHI FABRE, CESAR ENRIQUE c/ EN - M INTERIOR OP YV - DNM s/ RECURSO DIRECTO DNM”, 3 de marzo de 2022.

temporario por motivos de trabajo (art. 23 de la Ley N° 25871), con base en la documentación que había aportado. Destacaron el tiempo transcurrido en el país, junto con el hecho de que era empleado de una sociedad de responsabilidad limitada, había realizado aportes previsionales, había presentado certificados de buena conducta en Argentina y en su país de origen, había realizado el pago de las tasas por trámite migratorio y presentado la declaración jurada de domicilio.

También recordaron que la Ley N° 25871 establece en su artículo 17 que “[e]l Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”. Según los jueces, con base en el artículo 61, la DNM debió conminar al migrante a regularizar su situación migratoria, en lugar de dictar su expulsión. Es decir, siguieron los principios democráticos y desde un enfoque de derechos fijados por la Ley de Migraciones, que reemplazó la normativa que había impuesto la última dictadura cívico-militar y que estuvo vigente hasta 2003 (Giustiniani, 2004; Ceriani Cernadas, 2016); dichos principios, aseguran como respuesta prioritaria –en términos de política pública– que el Estado argentino debe facilitar la regularización migratoria.

Tres años después, sin embargo, la CSJN revirtió la decisión de la Cámara, confirmando la expulsión del país del Sr. Huang. Para ello, sostuvo que la igualdad de trato que la Ley N° 25871 consagra, exige al migrante satisfacer “condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes” (art. 5). Luego recordó el deber de ingresar por los lugares habilitados (art. 34), y quien no lo hiciera “será pasible de expulsión” (art. 37). Por lo tanto, concluyó que la autoridad migratoria, al decidir como lo hizo, tan solo se limitó a aplicar la Ley N° 25871.

De manera opuesta a la Cámara, la Corte sostuvo que la intimación a regularizar (art. 61) solo sería aplicable cuando se trata de una irregularidad en la “permanencia”, pero no en el “ingreso” al país. La CSJN, por lo tanto, entendió que el Sr. Huang se encontraba alcanzado por el impedimento para ingresar y residir previsto en el artículo 29, inciso i, y, por ello, solo cabía aplicarle la sanción de expulsión, no pudiendo consecuentemente acceder a la radicación temporaria.

La decisión de la Corte permite un análisis –y una crítica– al menos desde cuatro perspectivas distintas pero concatenadas: 1) la contradicción con los precedentes jurisprudenciales del propio tribunal; 2) la interpretación literal, pero sesgada, parcial y regresiva, de la Ley N° 25871; 3) la violación de principios básicos del derecho; y 4) la aplicación arbitraria de esta posición restrictiva en más de cien casos, sin analizar las circunstancias de cada uno de ellos.

Hasta el 7 de diciembre de 2021, el máximo tribunal había sentado solo dos precedentes jurisprudenciales de relevancia sobre irregularidad migratoria. El primero de ellos es *Cuesta Urrutia*<sup>6</sup> (1944), donde resolvió un hábeas corpus interpuesto en beneficio de una persona migrante detenida y próxima a ser expulsada en razón de su ingreso irregular al territorio argentino. Allí la Corte resaltó que “la rectitud del comportamiento en el país, unida a un transcurso de tiempo capaz de ponerlo a prueba y

---

6 CSJN, *Fallos* 200:99.

demostrar que responde a una leal voluntad de honrado arraigo” eran motivos suficientes para purgar el incumplimiento de las reglas sobre ingreso o permanencia regular.

Años más tarde, este criterio fue desarrollado en “Lino Sosa” (1956),<sup>7</sup> que igualmente trató un hábeas corpus contra la orden de expulsión de un marinero que había evadido los controles de ingreso y requerido, luego de cuatro años habitando *de hecho* la Argentina, su permanencia regular. La CSJN sentenció que tendría derecho a permanecer todo extranjero a) que ingresara al país irregularmente pero sin ánimo de ocultar antecedentes que hubiesen significado un rechazo en la frontera; b) que se encontrara integrado a la vida nacional desde hace algunos años –no puntualizó cuántos– a través de su trabajo, del establecimiento de su domicilio en el país, etc., y respecto de quien, c) la autoridad migratoria, en ese tiempo de estancia, no pusiera en marcha ningún procedimiento tendiente a su expulsión.

A pesar de la antigüedad de ambos pronunciamientos, ya en el siglo XXI la CSJN ratificó sus propios estándares, valiéndose de “el recto comportamiento en el país” o la “leal voluntad de arraigo” a los efectos de extender derechos a personas migrantes. En “Ni I-Hsing” (2009) los utilizó para conceder la nacionalidad argentina a un extranjero que se encontraba en el país de manera irregular y decidió nacionalizarse.<sup>8</sup>

El fallo “Huang”, entonces, representó un giro copernicano. Es que la Corte no solo desatendió sus precedentes, sino que restringió toda vía legal tendiente a resolver la irregularidad del ingreso a la Argentina, aun con un marco normativo que reconoce la migración como derecho humano (art. 4). Para la Corte, ya no importa la carencia de antecedentes penales, el tiempo de radicación *de hecho*, contar con un trabajo remunerado, contribuir al erario público o los vínculos sociales, culturales y afectivos forjados durante la estadía en la Argentina. Tampoco importa la desigualdad de armas procesales: sobre la persona migrante recaerá toda la carga probatoria tendiente a demostrar que su entrada ocurrió regularmente. La red de derechos adquiridos es irrelevante y los proyectos personales efímeros. A criterio de la CSJN, obviar un control migratorio al ingresar al país implica, sin excepciones, la expulsión del territorio.

Incluso más, cuando se contrasta el caso “Huang” con la reciente jurisprudencia del fallo “Apaza León”,<sup>9</sup> parecería que el máximo tribunal se desentendió de la coherencia que deben seguir sus pronunciamientos e incluso dio pie a absurdos jurídicos. En dicha sentencia, la Corte resolvió que una orden de expulsión dictada sobre la base del artículo 29, inciso c de la Ley N° 25871 solo puede prosperar cuando la persona migrante fue condenada –o cuenta con un antecedente penal– a una pena de prisión privativa de la libertad de tres años –o mayor a tres–. De tal forma, parecería discriminarse inversamente, y favorecer con la permanencia en el país, a aquella persona que –en palabras de la propia CSJN– compromete “la seguridad del Estado o la paz social”<sup>10</sup> y no a quien, además de mantener

7 CSJN, Fallos 234:203.

8 CSJN, Fallos 332:1466.

9 CSJN, Fallos 341:500.

10 CSJN, Fallos 164:344.



el comportamiento pretendido, tan solo cometió una falta meramente administrativa (Odriozola y Salmain, 2018).

A poco de analizar el fallo se advierte que la CSJN optó por una interpretación literal, sesgada y restrictiva —únicamente— de la normativa migratoria. Es decir, no tuvo en cuenta ya no solo su propia jurisprudencia, sino estándares internacionales, una abultada doctrina sobre el tema, o declaraciones de Argentina y de otros Estados, en las que se destaca a la irregularidad migratoria como un indicador de vulnerabilidad y a la regularización migratoria como una herramienta central de una política migratoria basada en derechos. Asimismo, mencionando unos pocos artículos de la ley, descartando otros, e ignorando otras herramientas normativas y del derecho, desarrolla una construcción argumental breve, perezosa y estanca, con una premonitoria proclividad a restringir o invisibilizar todo derecho que pueda estar en juego.

A modo de ejemplo, la Corte no profundizó en el análisis del artículo 17 de la Ley N° 25871, mencionado por la Cámara de Apelaciones, sobre la responsabilidad del Estado en facilitar la regularización migratoria, ni explicó por qué no alcanzaba situaciones como la examinada. Tampoco consideró el principio *pro migrante*, que impone ante el conflicto normativo estarse a la norma más favorable al extranjero, previsto en el artículo 28 y reforzado por el artículo 1 del Decreto N° 616/10 (reglamentario de la Ley de Migraciones).

Peor aún, la Corte pasó por alto los artículos 3 y 12: el primero menciona como objetivo medular de la ley “dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes” y el segundo, a modo de recordatorio, que “[e]l Estado cumplimentará todo lo establecido en las convenciones internacionales y todas otras que establezcan derechos y obligaciones de los migrantes, que hubiesen sido debidamente ratificadas”. Asimismo, el derecho humano a migrar, cuya protección debe ser garantizada por el Estado (art. 4), brilla por su ausencia, como si no existiera, como si la Corte entendiera tácitamente —lo cual sería arbitrario— que la infracción administrativa de ingreso irregular justifica la pérdida de esa protección.

Tampoco tuvo en cuenta otros instrumentos legales aplicables que hacen a los derechos de las personas migrantes y a las obligaciones internacionales del Estado. Por caso, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que establece en su artículo 69.1 que “[l]os Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista”.

La Corte no solamente vulnera derechos de las personas migrantes y omite considerar elementos normativos, principios y estándares internacionales en la materia. También tira por la borda principios básicos del Estado de derecho, como el de proporcionalidad y el de prescriptibilidad de la facultad sancionatoria del Estado.

Con respecto al primero, la CSJN nada dice sobre lo que fuera una práctica estable de las causales de expulsión a lo largo de décadas —incluso bajo la ley “Videla”, de la última dictadura cívico-militar—.

Nos referimos al carácter *relativo* de la irregularidad migratoria (ingreso o permanencia) como motivo de expulsión; carácter que se agudiza al compararla con otras conductas para las que el artículo 29 prevé la misma sanción, como la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

La Corte no dice absolutamente nada al respecto. Con su silencio, interpreta a la infracción administrativa de ingresar al país obviando un control migratorio como un impedimento absoluto en pie de igualdad con las sanciones previstas para los crímenes internacionales más atroces, violando flagrantemente el principio de proporcionalidad.

Con respecto a lo segundo, recordemos que el ejercicio del poder punitivo por parte de un Estado, ante conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, depende, entre otros requisitos, del paso del tiempo. La persecución de infracciones penales y administrativas, así como la imposición de una pena o sanción, variará –en cada caso– según el tiempo transcurrido desde la acción contraria a la ley. Con la excepción de los crímenes internacionales –de lesa humanidad, de genocidio y de guerra–, que son imprescriptibles, cada infracción tendrá un plazo –mayor a medida que la conducta sea más grave– para ser sancionada. La Corte ignoró rotundamente este principio básico, justificando, por ende, la sanción de una infracción administrativa luego de varios años de su comisión –en este caso, 6, y en otros resueltos posteriormente, 10, 20 o hasta 30 años después de cometida la falta–.

Por lo demás, entre diciembre de 2021 y junio de 2022, la CSJN decidió aplicar el precedente “Huang” en alrededor de 150 causas que, a su entender, “remitían al examen de cuestiones sustancialmente análogas a las resueltas por esta Corte”.<sup>11</sup> Es decir, el máximo tribunal de la Argentina no se inmiscuyó en las circunstancias particulares de cada una de las personas migrantes que deseaban permanecer en el país ni, en algunos casos, de sus familiares. Por el contrario, las equiparó entre sí por su mera condición de no nacionales y porque habrían ingresado al país de manera irregular, confirmando en consecuencia sus respectivas órdenes de expulsión.

Según la CSJN, dado que la infracción administrativa es la misma, no haría falta analizar ninguna circunstancia particular de cada caso. Si esto ocurriera con otras conductas punibles, ¿no sería un escándalo para el Estado de derecho? ¿No lo debería ser, entonces, en casos donde los efectos pueden ser la expulsión del país donde una persona vivió por muchos años, o incluso décadas?

Al examinar en detalle estas decisiones se advierte que, incluyendo el precedente “Huang”, en la amplia mayoría confirmaron la expulsión de personas migrantes de nacionalidad china. Semejante situación difícilmente pueda considerarse aleatoria. Parece, más bien, una decisión premeditada que permite suponer que se ha llevado a cabo una expulsión colectiva *judicial*, contraria a lo previsto tanto en el artículo 66 de la Ley N° 25871 como en el artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>11</sup> La averiguación de los casos en que se aplicó el precedente “Huang” se llevó a cabo de manera manual a través de la base de datos *IusLat*, que reúne las sentencias de tribunales, cortes y salas constitucionales de América Latina y, en particular, analizando aquellas adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El último análisis se llevó a cabo el 23 de junio de 2022.

Incluso permite suponer una atribución constitucional ajena por parte del Poder Judicial, puesto que estos casos constituyen implícitamente al “poder con las credenciales democráticas más débiles” (Gargarella, 2020) en un engranaje determinante en materia de control migratorio-poblacional-político, al definir quién podrá (o no) *pertenecer a la comunidad*, función asignada por la Constitución Nacional –con evidente sentido democrático y representativo– al Congreso de la Nación, en su artículo 75, incisos 12 y 18. Más aún, estos casos nos recuerdan que las prácticas de expulsión pueden ser selectivas y profundamente racializadas cuando se dirigen a un grupo nacional específico, redundando en una vulneración al principio de igualdad y no discriminación, en contra de lo normado en el artículo 13 de la Ley N° 25871 y en los artículos 1.1 y 24 de la CADH.

En suma, el caso “Huang” revela que la CSJN sobrepuso a las fronteras físicas y simbólicas ya existentes una nueva frontera *legal*: toda persona que ingrese al país de manera irregular será *de lege excluida*, sin importar el paso del tiempo transcurrido, la conducta de la persona en ese período y los derechos en juego. Esa nueva frontera *legal* no se respaldó en precedentes cuya vigencia sigue intacta, sino en una interpretación sesgada que excluyó un amplio catálogo de normas, derechos e instrumentos aplicables y, peor aún, contradujo principios básicos del derecho –como el de proporcionalidad entre infracción y sanción y el carácter prescriptible de la facultad sancionatoria del Estado–.

Asimismo, a través de una arbitraria construcción de “analogías”, vulneró otros principios básicos, legitimando la que podría ser calificada como expulsión colectiva *judicial* y discriminatoria. El impacto de la pena de expulsión sobre los derechos en juego, en cada caso, está absolutamente ausente del análisis de los jueces del principal tribunal de la Argentina.

Por último, mediante un centenar y medio de sentencias que carecen de toda legitimidad, ha fijado un criterio profundamente restrictivo, con un nivel de regresividad inédito: ni siquiera durante la aplicación de la mencionada ley “Videla” la irregularidad en el ingreso fue entendida como un impedimento absoluto que solamente podría derivar en la expulsión del país, tal como argumentó la DNM ante la justicia y, lamentablemente, convalidó la Corte en apenas unos pocos párrafos cargados de arbitrariedades y omisiones.

### **3. Expulsión del país de progenitores migrantes por antecedentes penales y separación familiar a la luz de los derechos de niños, niñas y adolescentes: regreso a 1989**

El 20 de noviembre de 1989, los Estados Miembros de Naciones Unidas, reunidos en la Asamblea General aprobaron la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Mientras que un año después Argentina ratificó este tratado y en 1994 le otorgó jerarquía constitucional. De la CDN, el pacto internacional más ratificado del mundo, emanan cuatro principios medulares: el interés superior, la no discriminación, el derecho a la participación y a ser escuchado, y el derecho a la vida y el desarrollo integral. Las decisiones de la CSJN, en las sentencias que comentaremos a continuación, han ignorado

de forma categórica no solamente cada uno de estos principios, sino la simple existencia de la CDN, vulnerando consecuentemente la Constitución Nacional.

El caso “Otoya Piedra” trató sobre la decisión de la DNM de expulsar del país, con base en una condena penal (art. 29, inc. c, de la Ley N° 25871), a una persona que residía en Argentina hace más de 20 años, que era padre de 2 hijos –uno de ellos menor de edad de nacionalidad argentina– y abuelo de nietos también nacionales. La sentencia contiene una serie de errores jurídicos, omisiones y otros problemas serios desde un enfoque de los derechos de la infancia.

Una de las primeras equivocaciones, de tipo conceptual, pero que da cuenta el severo desconocimiento de la CDN por parte de la Corte Suprema, se puede evidenciar en la denominación de uno de los derechos en juego. En efecto, el derecho principal en cuestión es el derecho humano a la protección de la familia y de la vida familiar, y dentro de este, a la protección de la unidad de la familia. Asimismo, como una vertiente específica de este derecho, con base en el artículo 9 de la CDN, está el derecho del niño y la niña a no ser separados de sus padres.

Pese a ello, a lo largo de toda la sentencia la Corte se refiere al “derecho a la reunificación familiar” y, a tal fin, cita literalmente a la Ley de Migraciones (artículo 29 *in fine*). Esta normativa, evidentemente, tiene un error de origen cometido por el Congreso Nacional, que denominó incorrectamente el derecho a la protección de la familia y la vida familiar. Ahora bien, de haber incluido en su análisis los tratados internacionales de derechos humanos –como debió haber hecho, dada la obligatoriedad y jerarquía de estos instrumentos respecto de la ley migratoria–, el máximo tribunal del país habría notado la correcta denominación del derecho en juego, especialmente con base en los artículos 8, 9 y 16 de la CDN, así como en varios artículos que protegen ese derecho a través del texto de otros tratados de igual jerarquía.<sup>12</sup>

Por su parte, al igual que en el precedente “Huang”, la Corte solo implementó la Ley N° 25871. De allí que no citó en ningún pasaje a la CDN ni a otros tratados de nivel constitucional en el país. Los derechos de niños y niñas, como sujetos de derechos afectados por una decisión que podría separarlos –en este caso– de su padre, con quien residieron toda su vida, no fueron contemplados en forma alguna por la CSJN.

Otro aspecto preocupante de la decisión de la Corte, reiterada y ampliada en los casos siguientes, responde al análisis que realiza sobre la ya señalada “dispensa por reunificación familiar”. Como dijimos, esta dispensa se encuentra prevista en el último párrafo del artículo 29 de la Ley N° 25871, que enumera las causales por las cuales podría imponerse la sanción de expulsión del país a una persona y finalmente dispone que la DNM, previa intervención del Ministerio del Interior, podría “excepcionalmente”, por razones de “reunificación familiar”, admitir a las personas comprendidas en ese artículo.

12 Entre otros, artículos 11 y 17 de la CADH, artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En “Otoya Piedra”, como adelantamos, la Corte nunca se refirió o mencionó al derecho humano a la vida familiar. Por el contrario, señaló que el otorgamiento de esta dispensa consiste en una facultad “excluyente” de la DNM, de carácter “discrecional” y “excepcional”, y que debe ser interpretada de manera “restrictiva”.

La interpretación de la CSJN, a nuestro entender, contiene cuatro errores. El primero, que la protección de un derecho humano reconocido constitucionalmente —y en el caso de niños y niñas, de manera reforzada— no puede ser una facultad exclusiva de una autoridad administrativa. Ello equivaldría a negar toda clase de protección judicial a este derecho. El artículo 9.1 de la CDN, de manera explícita, establece que en caso de una medida que pueda entrañar la separación de niños y niñas respecto de sus padres, esta debe ser revisada judicialmente. El segundo, que el respeto de este derecho no puede ser una medida “discrecional” sino, precisamente, debe estar determinado por las normativas, principios y estándares que regulan las condiciones de su ejercicio. La Corte no recurrió a ninguno de ellos para evaluar si la expulsión era una medida razonable o, al afectar el derecho de niños y niñas, arbitraria. El tercero, en igual sentido, que sin perjuicio de la redacción literal de la Ley de Migraciones, la protección del derecho a la vida familiar no puede ser excepcional, sino la regla. Al haber omitido diversos tratados aplicables al caso, así como los principios y estándares que rigen su implementación, la CSJN ignoró este aspecto central, vulnerando la CDN —entre otras normativas—. El cuarto error radica en afirmar que una medida de protección a un derecho debe aplicarse de forma restrictiva. Los estándares internacionales de derechos humanos hace varias décadas indican exactamente lo contrario. Mientras que la protección de un derecho debe interpretarse de forma amplia (principio *pro persona*), el carácter restrictivo debe utilizarse, al contrario, en cualquier medida de restricción del derecho (Pinto, 1997). Es allí, al restringirse, donde debería realizarse la fundamentación adecuada sobre por qué, en un determinado caso, contrariamente a los estándares aplicables, deberá prevalecer la medida sancionatoria en lugar de la protección del interés superior del niño y su derecho a la no separación de su padre.

A través de esta decisión, la Corte fijó un estándar gravemente restrictivo y sin tener en cuenta ninguno de los artículos de la CDN, sus principios medulares de interpretación ni, menos aún, los estándares internacionales que en los últimos años han sido desarrollados en la materia. Herramientas centrales como la Opinión Consultiva 21/14 de la Corte IDH o las Observaciones Generales Conjuntas de los Comités de Derechos del Niño y de Derechos de Migrantes y sus Familias (2017) están completamente ausentes del muy limitado —en extensión y enfoque— análisis de la Corte.

Desde esa decisión, y hasta mediados de junio 2022, la CSJN resolvió otros quince casos de la misma manera,<sup>13</sup> con un agravante: en estas decisiones, como hizo con las expulsiones por irregularidad

13 Las sentencias, según fecha, número de causa y carátula, fueron las siguientes: a) 28/06/2022: CAF 156/2019, Molinas Ramírez, Primo Edgar c/ EN-DNM; b) 03/05/2022: CAF 079857/2017, “Valenzuela, Vladimir c/EN-DNM”; CAF 079389/2018, “Loaiza Martínez, Julio c/EN-DNM”; CAF 037204/2019, “Romisoncco Huauya, Jonhy c/ENM-DN”; CAF 084029/2018, “Delgado Velásquez, César c/EN-DNM”; c) 26/04/2022, CAF 063644/2017, “Nunes Bello, William c/EN-DNM”; CAF 021348/2011, “Van Den Bossche, Peter c/EN-DNM”; d) 29/03/2022, CAF 040989/2017, “Lozano Almeyda, Tomy c/ EN-DNM”; CAF 037222/2013, “Trujillo Vásquez, Juan c/EN-DNM”; e) 15/03/2022, CAF 063510/2018, “Vargas Vásquez, Ángela c/EN-DNM”; CAF 047166/2018, “Huayta Quispe, Freddy c/EN-DNM”; f) 03/03/2022, CAF 074305/2018, “Hernández, John c/EN-DNM”; CAF 058851/2018, “Bianchi Fabre, César c/EN-DNM”; CAF

migratoria, la Corte no analizó los casos sino que, en vez de remitirse por analogía a otro precedente, recurrió al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

De este modo, el tribunal se limitó a rechazar los recursos extraordinarios intentados, confirmando así la decisión de expulsión dictada por la DNM, sin siquiera analizar las circunstancias particulares de cada uno de esos casos. Visto desde otra perspectiva, a pesar de que en esos expedientes los derechos de niños y niñas estaban en juego y a pesar de que podrían ser separados de su padre o madre en virtud de una sanción administrativa, el máximo tribunal del país resolvió que no había argumento alguno para aceptar el remedio judicial interpuesto y examinar el caso.

A modo de ejemplo, en “Bianchi Fabre”, del 3 de marzo de 2022, la Corte confirmó la sentencia de expulsión de un migrante, padre de dos hijas de nacionalidad argentina y menores de edad. La CSJN no analizó el caso. Así, ignoró dichas circunstancias y el hecho de que la persona, si bien había cumplido una pena de tres años y ocho meses, se había reinsertado en la sociedad muchos años atrás, siendo el sostén económico y emocional de su familia.

Ahora bien, sin perjuicio de los hechos puntuales del caso y de la eventual decisión a la que pudiera llegar la Corte –en este y los demás expedientes–, la cuestión que nos interesa destacar es la invisibilidad de los derechos de los niños y niñas junto con la interpretación gravemente restrictiva adoptada, en ciertos supuestos, por los tribunales inferiores y confirmadas por la CJSN. Las jurisdicciones de primera y segunda instancia federales –salvo en contadas excepciones–, omitieron artículos, principios y estándares fundamentales y negaron, en consecuencia, la protección de las niñas y los niños al derecho a la unidad familiar y a no ser separados de sus padres.

En este sentido, una de estas graves omisiones puede evidenciarse en una sentencia de la Sala IV de la CNACAF.<sup>14</sup> Esta grave omisión radica en la negación de las niñas y los niños como sujetos plenos e individuales de derechos, uno de los elementos medulares del cambio de paradigma que supuso la CDN. Al analizar el “derecho a la reunificación familiar” [sic] de las niñas, el tribunal señaló que “los intereses de los menores se ven amparados en el derecho de reunificación familiar consagrado a todo migrante” (su padre, en este caso). Es decir, los jueces no solamente omiten el derecho –propio y exclusivo– de todo niño a no ser separado de sus padres (art. 9 de la CDN), sino que su derecho –genérico– a la vida familiar es subsumido en el derecho de su progenitor, quitándoles, por ende, su carácter de sujeto de derecho. Se trata de una preocupante interpretación preconventional, validada tácitamente por la CSJN.

Al no incorporar en modo alguno las normas, principios y estándares sobre derechos de la niñez en el marco de esta clase de procedimientos, la Corte obvia todo análisis sobre cómo proteger esos derechos, o al menos cómo sopesarlos a la luz de otros intereses del Estado, como la sanción de eventuales

---

056346/2018, “Britez González, Juan c/EN-DNM”; y g) 16/12/2021, CAF 040105/2012, “Peralta Crispin, Antonio c/EN-DNM”.

14 Sala IV de la CNACAF, “Bianchi Fabre, César c. Estado Nacional – Ministerio del Interior – DNM s/ Recurso Directo”, 25 de abril de 2021. De la misma manera se pronunciaron otros tribunales federales en algunos de los casos citados previamente.

infracciones. Por eso, entre muchos otros precedentes que podría haber utilizado, la Corte ignora lo señalado en la Observación General Conjunta N° 4 del Comité de Derechos de Trabajadores Migrantes y sus Familias y N° 23 del Comité de Derechos del Niño.

Allí, los comités señalaron, en primer lugar, que la separación familiar por una medida de expulsión basada en la condición migratoria

es desproporcionada, ya que el sacrificio que supone la restricción de la vida familiar y la repercusión en la vida y el desarrollo del niño no se ve compensado por las ventajas obtenidas al obligar a uno de los padres a abandonar el territorio debido a la infracción cometida contra las normas sobre inmigración.

Luego, en el caso de expulsiones basadas en la comisión de infracciones penales, los comités subrayaron que

deben garantizarse los derechos de los hijos, incluido el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial y el derecho a ser oídos y a que sus opiniones se tomen en serio, teniendo también en cuenta el principio de proporcionalidad y otros principios y normas de derechos humanos (párr. 29).

En definitiva, en estos casos decididos por la CSJN, y previamente por diversos tribunales federales del país, se omitieron los principios y estándares fundamentales que deberían regir para resolver esta clase de situaciones. Entre los principios de la CDN que la CSJN ignoró y vulneró en todos estos casos, cabe dedicar unos párrafos al menos a dos de ellos: el interés superior del niño y el derecho a participar y ser oído en procedimientos que afecten sus derechos.

### **a) Un principio interpretado al revés: control migratorio como interés superior**

Un problema serio que atraviesa a todas estas decisiones de la CSJN –en la sentencia de “Otoya Piedra” y, tácitamente, en las restantes–, así como a las dictadas en la misma dirección por los otros tribunales federales intervinientes en esos casos, es la omisión generalizada del principio de interés superior del niño. La gravedad no radica en la interpretación que hacen de este principio troncal de la CDN, por el contrario, radica en su absoluta exclusión o ausencia. Parecería que este principio no existiera.

En los estándares internacionales desarrollados en materia de derechos de la niñez en contexto de movilidad humana, el interés superior tiene una función central. Funciona como la columna vertebral sobre la cual se sostienen las directrices que deben guiar a los Estados en el tratamiento de niños,

niñas y adolescentes cuyos derechos pueden verse afectados, por ejemplo, en el marco de políticas y procedimientos migratorios.

En particular, la Observación General Conjunta N° 3 del Comité de Derechos de Trabajadores Migrantes y sus Familias y N° 22 del Comité de Derechos del Niño, establece lo siguiente:

Los Estados partes deben velar por que el interés superior del niño se tome plenamente en consideración en [...] la adopción de decisiones sobre casos individuales [...] y las decisiones referentes a la unidad familiar [...] ; en todas esas esferas el interés superior del niño será una consideración primordial y, por lo tanto, tendrá máxima prioridad [...]. A fin de aplicar el principio del interés superior en los procedimientos o decisiones relacionados con la migración que puedan afectar a los niños, los Comités destacan la necesidad de llevar a cabo sistemáticamente evaluaciones y procedimientos de determinación del interés superior como parte de las decisiones relacionadas con la migración y de otra índole que afectan a los niños migrantes, o para conformar esas decisiones [...] los Estados partes deben: [...] e) Evaluar y determinar el interés superior del niño en las distintas etapas de los procedimientos de migración y asilo que podrían dar lugar a la detención o la expulsión de los padres [...] Deben establecerse procedimientos para determinar el interés superior en toda decisión que separaría a los niños de su familia (párrs. 29, 31 y 32).

En el mismo sentido, la Corte IDH, al resaltar la importancia del interés superior de la niña y el niño en esta clase de procedimientos, subrayó que

es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial. [...] la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño [...] se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño (Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 278).

Ninguno de estos estándares y, por ende, los principios y derechos que buscan proteger fueron tenidos en cuenta por la CSJN. Tampoco, como veremos a continuación, los relativos al derecho a ser oído y a participar en los asuntos que les afecten.



**b) De sujetos de derechos a invisibles:  
niñas y niños sin derecho a la participación ni a  
ser oídos en procedimientos que afectan sus derechos**

El artículo 12 de la CDN establece la obligación de los Estados de garantizar

el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

Al respecto, en la mencionada Observación General Conjunta N° 22 y N° 3 de los comités de Derechos del Niño y de Derechos de Trabajadores Migrantes y sus Familias respectivamente, se subrayó lo siguiente:

Los Estados partes deben adoptar todas las medidas apropiadas para promover y facilitar plenamente la participación de los niños, entre otras cosas brindándoles la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial relacionado con su caso o el de sus familias [...] [y] para garantizar el derecho [...] a ser escuchados en los procedimientos de inmigración relativos a sus padres, en particular cuando la decisión pueda afectar a los derechos de los niños, como el derecho a no ser separado de sus padres (párrs. 37 y 38).

En el caso “Otoya Piedra”, la Corte omitió hacer consideración alguna sobre el derecho de los niños y niñas a ser escuchados. No hay referencia en la sentencia al artículo 12 de la CDN y, menos aún, a los estándares que a lo largo de los últimos años han sido desarrollados para asegurar su aplicación a los procedimientos migratorios.

Por otro lado, al confirmar las demás sentencias de los tribunales federales que validaron las decisiones de expulsión y separación familiar dictadas por la DNM, la Corte legitimó una serie de interpretaciones profundamente restrictivas y rotundamente contrarias al derecho a la participación y a ser escuchado.

Por ejemplo, en el marco del caso “Bianchi Fabre”, la Sala IV de la CNACAF buscó descartar los argumentos elaborados por la defensa respecto de los derechos de los niños afectados por la decisión de la autoridad migratoria, destacando que

la Ley 25.871 [migraciones] no prevé la participación necesaria de los hijos menores del interesado, ni que posean una pretensión autónoma para oponerse a la validez del acto que declara irregular la permanencia de su padre y ordena su expulsión.

A su turno, la Sala II de la CNACAF fue más allá, al señalar que

el marco normativo aplicable no prevé la intervención del Ministerio Pupilar en orden a tutelar los derechos de la hija menor del expulsado, quien no tiene una pretensión autónoma para oponerse a ella ni, por ende, reviste el carácter de parte en los procesos de esta naturaleza [...] la circunstancia de que el actor tuviese un hijo menor, no basta para tenerlo por parte o darle intervención alguna en este proceso.<sup>15</sup>

Este rechazo a la participación de las niñas y los niños en procedimientos que pueden afectar severamente un amplio catálogo de derechos, problema que también se verifica en la tramitación administrativa de estos casos –ante la DNM–, evidencia un serio problema y desafío en materia de implementación de la CDN –y, por ende, de obligaciones constitucionales– en materia migratoria.

#### 4. Reflexiones finales

Uno de los tantos cambios democráticos y desde un enfoque de derechos humanos que fueron incluidos en el nuevo marco normativo migratorio, creado a través de la Ley de Migraciones N° 25871, radicó en las disposiciones que, revirtiendo el espíritu de la ley “Videla”, reconocieron el derecho a acceder a la justicia para que esta cumpla su función de contralor del accionar administrativo, especialmente como garante de los derechos de las personas.

A casi veinte años de esta reforma clave para enmarcar la legislación migratoria en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, el *raid* restrictivo y regresivo desarrollado por la CSJN, desde octubre de 2021 en adelante –al menos, hasta junio de 2022, al redactar este artículo–, genera una profunda preocupación, por varios motivos.

En primer lugar, estas decisiones reflejan una incidencia silenciosa pero grave del Poder Judicial en el establecimiento de la política migratoria nacional. Los antecedentes analizados conducen a un enfoque regresivo que contradice tanto principios básicos del derecho, como también principios basales de esta política, anclados en la Ley de Migraciones y, a su vez, en el marco constitucional –incluyendo los tratados de derechos humanos– que esa normativa debe respetar y garantizar.

<sup>15</sup> Sala II CNACAF, “Romisoncco Huauya, Jonhy c/ENM-DN” (Expediente No. 37204/2019), 10 de diciembre de 2019.

La CSJN, en lugar de ejercer su rol de garante de derechos y de última instancia de protección judicial, promueve y valida una reforma judicial de la política migratoria, que podría derivar en múltiples cambios restrictivos –normativos y *de facto*–, vulnerando un amplio catálogo de derechos y garantías protegidas constitucionalmente.

En segundo lugar, todas las decisiones coinciden en una evidente pereza argumentativa, que es particularmente grave por todas las omisiones que tienen estas sentencias. Se omiten sin rodeos artículos de la Constitución Nacional y de múltiples tratados internacionales de igual jerarquía; estándares internacionales sobre derechos de personas en contexto de movilidad humana, desarrollados por los sistemas interamericano y universal de derechos humanos; principios centrales del derecho internacional de los derechos humanos, como el interés superior del niño; principios básicos del derecho; otras fuentes del derecho, y múltiples declaraciones del Estado argentino en procesos regionales –por ejemplo, la Conferencia Sudamericana de Migraciones y el MERCOSUR–.

De manera específica, mediante el caso “Huang”, la Corte convierte en imprescriptible una infracción administrativa, la cual persigue en contra del principio de proporcionalidad como si fuera un delito grave, sino de lesa humanidad, ignorando el derecho humano a migrar y múltiples derechos en juego en cada uno de los casos en que aplica la arbitraria posición que presenta en esta sentencia. Asimismo, en unos ciento cincuenta casos posteriores, el tribunal inventa una analogía para negar a esas personas su derecho a la protección judicial.

En el caso “Otoya Piedra”, junto a una veintena de casos posteriores rechazados de forma automática, la Corte retrotrae el derecho a 1989, cuando se aprueba la Convención sobre Derechos del Niño. El tribunal, ignorando principios medulares de este tratado de jerarquía constitucional, evidencia su ignorancia sobre el derecho a la vida familiar, el derecho de la niña o el niño a participar y ser escuchados en los casos que puede afectar sus derechos, y finalmente, valida unos intereses supuestamente “superiores” al niño, y, por ende, vulnera de manera flagrante el principio medular de la Convención.

## Bibliografía

Ceriani Cernadas, P. (2022). Los derechos de niños, niñas y adolescentes en contextos de movilidad humana en la jurisprudencia latinoamericana: avances, retos, lagunas y restricciones. En AA.VV., *Acceso a la justicia de las personas migrantes, refugiadas y otras sujetas de protección internacional en las Américas* (pp. 189-195). México: CMW, Sin Fronteras y CICR. Recuperado de <https://www.icrc.org/es/document/acceso-la-justicia-de-las-personas-migrantes-refugiadas-y-otras-sujetas-de-proteccion#:~:text=La%20publicaci%C3%B3n%20%22Acceso%20a%20la,el%20contexto%20de%20la%20movilidad>

----- (febrero de 2016). Ampliación de derechos en tiempos de crisis: la política migratoria argentina desde 2003. *Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina*, año 5, (8), 14-47. Recuperado de <http://www.unsam.edu.ar/ciep/wp-content/uploads/2017/03/1-Pablo-Ceriani-Cernadas-La-ampliaci%C3%83%C2%B3n-de-derechos-en-tiempos-de-crisis.-La-pol%C3%83%C2%ADtica-migratoria-en-Argentina-desde-2003.pdf>

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y del Comité de los Derechos del Niño (2017). *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC, sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional*. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/62/PDF/G1734362.pdf?OpenElement>

---- (16 de noviembre de 2017). *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*. CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/68/PDF/G1734368.pdf?OpenElement>

Gargarella, R. (2020). *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Giustiniani, R. (2004). *La migración, derecho humano*. Buenos Aires: Prometeo.

Odriozola, I. y Salmán, M. (2018). Expulsión de migrantes. CSJN, “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM Disp. 2560/11 (Exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”. *Revista Debates sobre Derechos Humanos*, (2), 41-50. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina48821.pdf>

Pinto, M. (1997). El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. Abregú y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales y Editores del Puerto.

# Derecho al voto. Personas condenadas. Ejecución de sentencia. Plazo razonable CSJN. “Orazi, Martín Oscar s/Inhabilitación (art. 3 CEN)”, 10 de febrero de 2022

*Por Daniel Martín Pérez<sup>1</sup>*

---

## 1. Introducción

El acceso al sufragio por parte de las personas privadas de la libertad constituye una disyuntiva de índole jurídica. En los últimos años los tribunales argentinos se han expedido acerca de la materia, imponiendo soluciones que marcaron tendencia en el devenir jurisprudencial del Poder Judicial.

Claramente puede afirmarse que la inclinación de la judicatura estuvo orientada a dejar por sentado una mirada progresivamente ampliatoria respecto de esta temática. En el caso que nos convoca, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tratado nuevamente el tema, fallando en favor del ejercicio democrático del voto por parte de las personas con condena de prisión.

Puntualmente, en este artículo haremos referencia al precedente “Orazi”, en el que se resolvió declarar la inconstitucionalidad de la denegación del derecho al voto por parte de las personas privadas de la libertad, subsumida en los artículos 12 y 19 del Código Penal y en el artículo 3, incisos e, f y g del Código Electoral Nacional.

---

<sup>1</sup> Abogado (UNPAZ). Investigador de apoyo UNPAZCyT. Miembro permanente del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de San Martín. Asesor de la Unidad Consejero Dra. Fabiana H. Schafrik, en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Agradezco especialmente el incentivo profesional y académico de la profesora Belén Donzelli y la colaboración sostenida de la Dra. Natalia Elizabeth Gómez.

## 2. Antecedentes

En primer lugar, es menester indicar que el litigio comienza con una acción interpuesta por Martín Oscar Orazi con el objeto de que la justicia le rehabilite su derecho al voto, en virtud de que según sus dichos, el articulado normativo señalado en el párrafo que antecede lesionaba la facultad enunciada.

Frente a la interposición de la pretensión del actor, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 no hizo lugar a la demanda incoada. Ante su apelación, la Cámara Nacional Electoral (CNE) revocó la sentencia de grado e hizo lugar al recurso interpuesto.

Para argumentar su decisión realizó, en primera medida, un análisis normativo nacional e internacional, en el que puso de relieve “el lugar esencial que tienen los derechos de participación política en la democracia representativa”.<sup>2</sup> En otras palabras, la Cámara entendió a este instituto como un derecho de índole político y que había sido sostenido por la CSJN en un antiguo precedente en el que puso de resalto que

El sistema representativo republicano consiste en la participación del ciudadano en la formación del gobierno y esa participación se manifiesta en el ejercicio del derecho del voto. De ahí se deriva que los ciudadanos están obligados a votar, por ser ello indispensable para la organización de los poderes del Estado, pues si ese deber no rigiera, la existencia del gobierno podría peligrar o no ser éste la expresión de la verdadera voluntad popular.<sup>3</sup>

Asimismo, puede destacarse que ha seguido este mismo orden de ideas el actual presidente de la Corte, el Dr. Rosatti, quien destaca que

el sufragio es en la Argentina un *derecho*, pero también es un *deber*. Por ello, suele afirmarse que este doble carácter convierte al sufragio en una *función* de tipo *institutivo*, pues sólo a partir de su ejercicio es posible investir o corporizar a las instituciones estatales representativas.<sup>4</sup>

En base a esto, cabe concluir que se le puede atribuir a este, una doble faceta: por un lado, se lo reconoce como un derecho asequible a toda la ciudadanía (incluidos las personas privadas de la libertad) y, por el otro, como una obligación. Por eso, esta última reviste un aspecto fundamental de la organización representativa y democrática de nuestra república.

---

2 Procuración General de la Nación, Dictamen del 28/09/2017.

3 CSJN, *Fallos* 168: 130.

4 Rosatti, H. (2010). Derecho Político Institutivo. El sufragio. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I* (pp. 595- 623). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores.

También se ha sostenido que el derecho a acceder al sufragio electoral constituye “uno de los más básicos de los derechos políticos y, como tal, derecho humano fundamental”.<sup>5</sup> Una vez dicho esto, y solo para dejar constancia de la relevancia que conlleva que el máximo tribunal federal tratara este caso, en virtud de revestir su carácter de “autoridad [...] institucional”,<sup>6</sup> resulta valioso señalar que estamos frente a una materia de gran importancia para el funcionamiento político y organizacional del país.

Así las cosas, la segunda instancia llegó a la conclusión de que la cuestión a resolver consistió en “determinar si la facultad de reglamentar el ejercicio del derecho a votar en los casos que el individuo ha sido condenado penalmente autoriza a denegar este derecho de forma absoluta”.<sup>7</sup>

En ese orden de ideas concluyó, por un lado, que en caso de ser necesario, este debe ser restringido en la menor medida posible a los efectos de evitar producir una lesión irreparable a este derecho receptado en el artículo 37 de la Constitución Nacional. Asimismo, y en el presunto caso de que el derecho a voto contenga diversos tipos de limitaciones, “estas deben ser razonables, proporcionales y satisfacer un fin público”.<sup>8</sup>

En el caso particular enunció que no era posible reconocer la razón “que justificaría la restricción establecida en las normas cuestionadas”.<sup>9</sup> Aun así, descartó la existencia de una condena de inhabilitación que conlleve a la prohibición del ejercicio de derechos políticos. Por ende, afirmó que vedar el derecho al sufragio se trataba de una pena de carácter automático. Es interesante poner de resalto que, en cuanto a su razonamiento, esta pena no era asignada de manera especial y particular al caso de autos, sino que se trataba de un castigo de alcance general destinado a la totalidad de los condenados en sede penal.

Particularmente, creo que es fundamental destacar la percepción que hace la Cámara acerca del impedimento en el acceso al voto, entendiéndolo como una pena accesorio a la condena. Esto ya ha sido objeto de opinión de distintos organismos institucionales. En particular, destaco que la Cámara Nacional Electoral sigue la línea de la Procuración Penitenciaria de la Nación, en cuanto esta última afirma que

La prohibición de votar impide la expresión social y política del grupo directamente afectado y refuerza la exclusión y estigmatización que ya sufren, se encuentren o no privados de su libertad. Respecto de las personas [que se encuentran en la última circunstancia], la prohibición además constituye un agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención. El fin de la pena es la resocialización [...] y la prohibición es completamente contraria a la obtención de dicho fin.<sup>10</sup>

5 Girotti, M. C. (2008). Análisis de las normas reglamentarias del Artículo 37 de la Constitución Nacional. En A. R. Dalla Vía y A. M. García Lema (dirs.), *Nuevos Derechos y Garantías*. Tomo I (pp. 247-296). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.

6 CSJN, *Fallos* 212: 51.

7 *Idem*, nota 2.

8 *Idem*, nota 2.

9 *Idem*, nota 2.

10 Procuración Penitenciaria de la Nación (2019). *La lucha por los derechos políticos de las personas privadas de libertad*. Buenos Aires: Procuración Penitenciaria de la Nación.

Ahora bien, el tribunal de segundo grado sentenció en favor de la parte actora, declarando la inconstitucionalidad de las normas que resultaron impugnadas. Por ello, exhortó al Poder Legislativo federal a que arbitre los medios necesarios para revisar el acceso al sufragio por parte de este colectivo de personas. Por supuesto, destacó que, en caso de ser necesario, se sancione un nuevo marco regulatorio a tal fin. Justamente, allí debían establecerse las condiciones para que esto se pudiera hacer efectivo.

El contenido de la sentencia se ha basado en la doctrina emanada por el máximo tribunal en el precedente “Mignone”,<sup>11</sup> en el que, de manera análoga al presente, se declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de votar de las personas privadas de la libertad, sin condena penal, y se exhortó a los poderes Legislativo y Ejecutivo a que en uso de sus facultades sancionen un nuevo régimen.

La CNE fijó como pauta central para la ejecución de la sentencia que este accionar por parte del gobierno parlamentario sea ejercido de manera urgente. Pese a no haber fijado un plazo determinado, dispuso que su cumplimiento sea realizado con suma brevedad, con la finalidad de asegurar que el remedio otorgado en la sentencia fuera eficaz y no meramente declarativo.

En virtud de lo decidido se vio agraviada la parte actora e interpuso recurso extraordinario federal, que resultó concedido. En esa oportunidad la recurrente se agravió con respecto a la sentencia de segunda instancia, pues habría vulnerado su derecho a la protección judicial efectiva en virtud de que se dilató el ejercicio del sufragio electoral hasta tanto el Congreso de la Nación examine la regulación positiva.

Así las cosas, destacó que el remedio adoptado no resulta adecuado y “no brinda una reparación efectiva”, porque persiste el impedimento a ejercer su potestad y se encuentra manifiesta una carencia de certeza frente a cuando se le permitirá hacerlo. Además, arguyó que “el recurso judicial debe resultar útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo”.

Si bien señaló que la sentencia recurrida comporta un reconocimiento de una violación de índole constitucional, afirma que es necesario establecer un plazo determinado a los efectos de que la legislatura sancione el ordenamiento pertinente. Por ello, manifestó que la sentencia objeto del recurso extraordinario federal no era análoga al precedente “Mignone”, en virtud de que el grupo colectivo estaba integrado por diferentes personas y en él se había establecido un período de tiempo equivalente a seis meses para que los poderes Legislativo y Ejecutivo dispongan de los medios necesarios para asegurar el sufragio de las personas detenidas sin condena. En cambio, como ya se ha desarrollado, en el fallo objeto de este artículo, el plazo resultaba ser indeterminado.

### **3. La sentencia de la CSJN**

El máximo tribunal se ha expedido sobre la cuestión planteada en un fallo escueto, en donde adhirió a los fundamentos del dictamen del procurador fiscal. Así las cosas, para mayor entendimiento del

---

<sup>11</sup> CSJN, *Fallos* 325:534.



lector, los argumentos sostenidos por el representante del Ministerio Público Fiscal serán desarrollados con posterioridad.

Previo a toda exposición delimitó su jurisdicción solamente a evaluar y, por ende, revisar la “pauta temporal” fijada por la Cámara, que obligó al Congreso a cumplir con la sentencia dictada, y luego de manera subsiguiente, verificar si esta garantiza la tutela judicial efectiva de la parte recurrente.

Es importante poner de resalto que la decisión asumida por el tribunal *a quo* tuvo como referencia el criterio fijado por la CSJN en “Mignone”. Para argüir esto, destacó que en los dos casos “el ejercicio efectivo del derecho al sufragio exige una regulación específica, cuyo dictado es resorte exclusivo de otros poderes del Estado”.<sup>12</sup> Esto último, por supuesto, en concordancia con el principio republicano de gobierno.

Acerca de lo troncal del precedente, según la CSJN, la conflictividad radica en la indeterminación del plazo dispuesto para el cumplimiento de la sentencia. En otras palabras, el tiempo indefinido para su ejecución, según el razonamiento asumido por la CSJN, no quiere decir que “la sentencia sea meramente declarativa, ni que deje librado su cumplimiento al arbitrio de los órganos estatales competentes [los que deberán cumplir con lo ordenado en] [...] la mayor brevedad posible”.<sup>13</sup>

Por su parte, destacó que dicho accionar debe realizarse con la presencia del plazo razonable, el cual resulta ser un aspecto fundamental de la tutela judicial efectiva. Así las cosas, creo que es importante poner de resalto lo afirmado por Bidart Campos en relación con estos dos conceptos jurídicos. Para el destacado jurista, la tutela judicial efectiva

fundamentalmente, requiere: a) que se cumpla con la garantía del debido proceso, cuyo meollo radica en el derecho de defensa; b) que la pretensión se resuelva mediante la sentencia, que debe ser: b’) oportuna en el tiempo; b’’) debidamente fundada; b’’) justa.<sup>14</sup>

En ese mismo sentido se ha expedido Grillo, quien destacó que

el derecho a la tutela judicial efectiva comprende en un triple e inescindible enfoque: a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo. b) De obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión. c) Que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo.<sup>15</sup>

12 CSJN, Fallos 345: 50.

13 *Idem*, nota 12.

14 Bidart Campos, G. (2006). *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Editorial Ediar, p. 287.

15 Grillo, I. I. M. (2004). El derecho a la tutela judicial efectiva. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar/iride-isabel-maria-grillo-derecho-tutela-judicial-efectiva-dacf040088-2004/123456789-0abc-defg8800-40fcanirtcod>

Podría afirmarse que este mismo razonamiento es el que ha sostenido la CSJN en el *leading case* “Losicer”, cuando definió al plazo razonable como “una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión”.<sup>16</sup>

En esa contienda judicial el tribunal fijó algunas pautas para la aplicación de esta garantía judicial. Para determinar esto, hizo hincapié en la doctrina emanada por la Corte IDH, para quien la determinación del plazo razonable está sujeta a “a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento”.<sup>17</sup> Lo expuesto constituye una serie de herramientas a los efectos de poder determinar si se dañó o no este derecho constitucional, en el marco del procedimiento judicial.

Es menester enunciar que el máximo tribunal se ha expedido también acerca de la ejecución de la sentencia, frente a su incumplimiento. En esa línea, dijo la CSJN que

la parte recurrente tiene la posibilidad de solicitar la ejecución de la condena sobre la base del vencimiento de la pauta temporal impuesta en la sentencia apelada; máxime cuando han transcurrido más de cinco años desde que la Cámara Electoral dictó sentencia y el Congreso de la Nación ni siquiera ha dado tratamiento a los diversos proyectos de ley presentados a efectos de implementar el derecho a votar de los condenados.<sup>18</sup>

Por todo lo expuesto, la CSJN dispuso confirmar la sentencia de grado.

Por otra parte, y haciendo referencia a lo dicho al comienzo de esta sección, el máximo tribunal hizo suyos los argumentos esbozados por el Procurador Fiscal ante la Corte, Dr. Víctor Abramovich.

Fundamentalmente, y a colación de lo asumido oportunamente por la Cámara, citó un precedente de la CSJN en el que se destacó que

toda restricción irrazonable de ese derecho golpea al corazón del gobierno representativo. En efecto, el sistema republicano exige por definición la participación del pueblo en la forma de gobierno; a su vez, el sistema representativo implica que esa participación se logra a través del sufragio.<sup>19</sup>

Puede apreciarse aquí como el procurador fiscal realza el valor del sufragio, en la medida en que contempla un lugar privilegiado dentro del artículo 37 de nuestra Carta Magna.<sup>20</sup> Por ello, prevé que no

---

16 CSJN, *Fallos* 335: 1126.

17 *Idem*, nota 16.

18 *Idem*, nota 12.

19 CSJN, *Fallos* 338: 628.

20 Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio

puede ni debe ser restringido de manera irrazonable en razón de que constituye un elemento fundamental del sistema representativo y democrático.

El procurador también opina que la decisión de la Cámara es adecuada para restituir al colectivo social, objeto del presente artículo, su derecho a votar. Destacó que haber exhortado al Congreso de la Nación a que regule un sistema especial de sufragio, adaptado a las personas con condena de prisión, respeta la división de poderes subsumida en la Constitución Nacional. A su vez, afirmó que en esa regulación debe primar el resguardo de la certeza, la coherencia y la transparencia de las reglas del sistema político, ya que nos encontramos frente a una cuestión institucional de alta complejidad.

Por supuesto que también resaltó que debe confeccionarse un padrón electoral análogo al que se encuentra amparado en el artículo 3 bis del Código Electoral Nacional.<sup>21</sup>

Este paralelismo tiene que ver con que el Poder Legislativo debe desarrollar un sistema en donde sea contemplado, aparte del padrón electoral correspondiente,

las mesas de votación, pautas de seguridad, confidencialidad y obligatoriedad en el contexto particular de los establecimientos penales y, en definitiva, el mecanismo mediante el cual el grupo en el que está incluido el actor pueda ejercer el sufragio.<sup>22</sup>

#### 4. A modo de cierre

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, el acceso al sufragio electoral por parte de las personas privadas de la libertad es una materia que resulta controversial y que en muchas oportunidades genera una división de aguas desde lo académico. Más allá del remedio adoptado, se distingue que la CSJN asume un criterio que va en miras de un reconocimiento progresivo de este derecho.

Este precedente, que resulta sencillo y de fácil lectura, es un nuevo punto de partida para llevar a cabo la ampliación de la conquista de derechos en Argentina; en este caso, para el colectivo objeto del fallo. Más aún, la sentencia en análisis resulta trascendental ya que se expide acerca de un elemento sustancial e imprescindible para la organización política, democrática y republicana de nuestro país. En esa misma sintonía, vino a fortalecer nuestras instituciones, ya que aseguró con su doctrina, una mayor participación por parte de los ciudadanos en los procesos electorales.

---

La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

21 Los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos. A tal fin la Cámara Nacional Electoral confeccionará el Registro de Electores Privados de Libertad, que contendrá los datos de los procesados que se encuentren alojados en esos establecimientos de acuerdo con la información que deberán remitir los jueces competentes; asimismo habilitará mesas de votación en cada uno de los establecimientos de detención y designará a sus autoridades. Los procesados que se encuentren en un distrito electoral diferente al que les corresponda podrán votar en el establecimiento en que se encuentren alojados y sus votos se adjudicarán al distrito en el que estén empadronados.

22 *Idem*, nota 2.



# Violencia contra la mujer. Valoración probatoria

## CSJN. “Rivero, Alberto y otro s/abuso sexual - art. 119 3° párrafo y violación según párrafo 4to art. 119 inc. e)”, 3 de marzo de 2022

*Por Natalia G. Rodríguez<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

En la sentencia que aquí se comenta la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al Recurso de Hecho deducido por E. M. D. G., dejando sin efecto la sentencia apelada y devolviendo la causa al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento.

El recurso de queja había sido interpuesto por el defensor a cargo del Programa de Asistencia y Patrocinio Jurídico a Víctimas de Delitos de la Defensoría General de la Nación, en representación de la querellante E. M. D. G., que también contaba con el patrocinio de la Comisión sobre Temáticas de Género de la referida institución.

### 2. Los hechos del caso

La parte querellante, al igual que la fiscalía, sostuvo en su requerimiento de elevación a juicio que entre septiembre y octubre de 2015, durante su detención en el Escuadrón 16 –Clorinda– de Gendarmería

---

<sup>1</sup> Abogada (UNPAZ). Diplomada en Docencia Universitaria (UNPAZ). Diplomada en Género y Diversidad Sexual. Realizo Posgrado en Discapacidad y Derechos (UBA y Observatorio de Abogados Latinoamericano). Colaboradora en la materia Discapacidad y Educación (UBA).

Nacional, E. M. D. G. había sido abusada por el jefe de guardia R., quien la accedió carnalmente y obligo a practicarle sexo oral, mientras que A. D., detenida también en el mismo lugar, la amedrentó para que no se opusiera a sus abusos.

Tanto la Cámara Federal como el Tribunal Oral cuestionaron la confiabilidad del testimonio de la víctima, con base a las contradicciones respecto de la cantidad de abusos que sufrió, puesto que, en la denuncia, en su ratificación y en la declaración que prestó en audiencia, la actora varió su relato en cuanto a la cantidad de veces que fue obligada a practicarle sexo oral al jefe de guardia.

E. M. D. G. sostuvo en todas las entrevistas que fue violada con acceso carnal en tres oportunidades, aunque el dato que varío en sus declaraciones fue la cantidad de veces que fue obligada a practicar sexo oral.

Asimismo, los magistrados hicieron alusión a la pericia psicológica efectuada a la querellante. Al analizarla opinaron que

el relato de la propia damnificada, de los hechos de abuso de los que habría sido víctima durante su infancia, en torno a lo que giro la entrevista con la profesional interviniente *impide afirmar que la conclusión arribada* a dicha experticia respecto a los síntomas identificados en esa evaluación psicológica son compatibles con una conflictiva emocional de victimización asociada a experiencias traumáticas de violencia emocional, verbal y sexual, responda a los hechos aquí denunciados, erigiéndose en tales condiciones de un *indicio anfibológico, insuficiente para producir certeza sobre lo que aquí se ventila*.

Los magistrados, además, se refieren a la prueba testimonial —el testigo propuesto por la querella P. O. C., detenido en el mismo escuadrón en ese momento, como el sargento ayudante M., quien prestaba servicios en el escuadrón al momento de los hechos—. Sostuvieron que el primero supo de los hechos por la damnificada y el segundo por comentarios de pasillo, sin que hubiera visto ninguna situación anormal. Por ende, afirmaron que “no resulta pasible llegar al convencimiento requerido para el dictado de una sentencia condenatoria dado el grado de vacilación que presentan los actuados” (fs. 99).

Frente a la absolución de R, se dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la queja que resolvió la CSJN. La defensa alega que dicho pronunciamiento se encuentra apoyado en afirmaciones dogmáticas y fórmulas estereotipadas, desentendiendo las pautas establecidas en la Ley N° 26485, en tratados y decisiones de organismos internacionales<sup>2</sup> para los supuestos de violencia contra la mujer, valorando parcial y aisladamente los diversos elementos de prueba, como las imágenes

2 Se consideran patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresados a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes, o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres o que tienda a: 1) perpetuar la idea de inferioridad o superioridad de uno de los géneros; 2) promover o mantener funciones estereotipadas asignadas a varones y mujeres, tanto en lo relativo a tareas productivas como reproductivas; 3) desvalorizar o sobrevalorar las tareas desarrolladas mayoritariamente por alguno de los géneros; 4) utilizar imágenes desvalorizadas de las mujeres, o con carácter vejatorio o discriminatorio; 5) referirse a las mujeres como objetos.

registradas por cámaras del lugar, en las que se ve a R. ingresando a la celda en horario nocturno y solo, pese a que no estaba autorizado.

Sostuvo que no se actuó con la diligencia que exige el artículo 7, inciso b, de la Convención de Belém do Pará. Además, mencionó que A. D. declaró en indagatoria que las relaciones sexuales existieron y que R. ingresaba en horario nocturno solo a la celda, aunque no lo considero un acto no consentido.

Los apelantes finalmente objetaron la valoración de la pericia psicológica de la víctima, ya que el informe en cuestión destacó la existencia de sintomatología compatible con abuso sexual, vinculado expresamente con los hechos denunciados, pero los magistrados centraron su pronunciamiento en los abusos de la infancia de la damnificada. El *a quo* convalidó la sentencia en la que el Tribunal Oral descreditó el testimonio de la víctima mediante estereotipos de género y criterios de valoración opuestos a los estándares internacionales en la materia.

### 3. La sentencia de la CSJN

La CSJN compartió e hizo suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del procurador general de la Nación interino, cuyos términos dio por reproducidos en razón de brevedad.

En coincidencia con los apelantes, este manifiesta que no han sido examinadas las pruebas de la causa bajo las pautas específicas exigidas por el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, en virtud de la tolerancia persistente a la violencia contra la mujer, y por el artículo 16 de la Ley N° 26485.

Además, menciona sentencias de la Corte IDH sobre la agresión sexual como un delito que no suele ser denunciado por el estigma que ello conlleva, y que por la naturaleza de esta forma de violencia no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales.<sup>3</sup>

Para el procurador, tanto el Tribunal Oral como el *a quo* pasaron por alto esta valoración de prueba, en la medida que cuestionaron la confiabilidad del testimonio de la víctima. Centrando su cuestionamiento en el relato de la damnificada sobre la cantidad de veces que fue obligada a practicar sexo oral y no tomando en cuenta que no existieron discrepancias en cuanto a las veces en que fue sometida carnalmente, constituyendo una patente arbitrariedad. Destacó también que puso en duda el testimonio de la víctima por el término que, según un testigo, utilizó al referirse a los hechos ocurridos.<sup>4</sup>

En referencia a esta última frase, el procurador opina que el argumento que el *a quo* convalidó fue construido sobre un estereotipo según el cual una mujer que fuese desenfadada en sus expresiones o

3 Corte IDH. *Caso J Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 323; *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. 100; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 164; *Caso Espinoza González Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 150; y *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párr. 248.

4 CSJN, *Fallos* 345:140, del dictamen del procurador general de la Nación interino.

comportamientos sexuales con alguna persona en particular no podría proceder con timidez al referirse a hechos de violencia sexual de los que fuese víctima.

Al respecto, resaltó lo precisado por la CIDH en su informe temático sobre *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia* en el sentido de que

la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso, y una asunción tacita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea en relación con la forma de vestir, ocupación, conducta sexual y/o parentesco de la víctima con su agresor.<sup>5</sup>

Lo cual se traduce en la inacción por parte de fiscales, policías y jueces, ante la denuncia de hechos violentos contra estas.

A lo expuesto, sumó el procurador que el *a quo* desatendió las mencionadas pautas, en cuanto puso en duda el aprovechamiento por parte de R. de la situación de vulnerabilidad de la víctima. Para las instancias anteriores la víctima podría haber dado su consentimiento, ya que tuvo acceso a medios de comunicación y no denunció el hecho antes. Tal inferencia pasa por alto que las agresiones sexuales son actos traumáticos que –conforme sostuvo el procurador– la víctima no suele denunciar por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente.

Apreció que el pronunciamiento apelado también fue construido sobre una valoración parcial y sesgada de los restantes elementos de prueba. Los magistrados no valoraron en orden a la acreditación de los actos sexuales denunciados la declaración de A. D., en cuanto refirió que R. ingresaba a la celda en horas de la noche solo, con la excusa de llevar agua y permanecía allí aproximadamente diez minutos, y que los gendarmes que estaban en la puerta mientras el sargento ingresaba a su celda se reían. A. D. sugirió también que D. G. no habría actuado coaccionada –“aquí o en la China, ninguna mujer puede ser obligada a bajarse la bombacha”–, expresiones que no fueron valoradas en su conjunto, con el resto de las constancias de la causa, teniendo en cuenta que no se alegó, ni acreditó razón alguna que hubiera autorizado los ingresos de R. a la celda de D. G., con expresa referencia al artículo 191 de la Ley N° 24660, que dispone que ningún funcionario penitenciario del sexo masculino ingresará en dependencias de un establecimiento o sección para mujeres sin ser acompañado por un miembro del personal femenino. En el mismo sentido refiere al parágrafo 53 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas.<sup>6</sup>

Por otra parte, al contrario de lo expresado por la otrora coimputada A. D. y el interno O. C. sobre cuyas declaraciones se basó el *a quo* para aseverar el desenfado de la víctima, la CSJN destaca que no se tomó en cuenta lo declarado por el Cabo M. R. P., quien la describió como a una persona retraída, que no se desenvolvía sola, a la que varias veces escucharon llorar, y a la que no se le conocía la voz, y que

5 Comisión Interamericana de Derechos humanos OEA/Ser.L/V/II. Doc 63, 9 de diciembre de 2011.

6 Si bien las Reglas Mínimas carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque constitucional, se han convertido por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional en el estándar internacional respecto de las personas privadas de su libertad. Conf. CSJN, *Fallos* 328:1146.



tenía una mediadora A. que transmitía sus solicitudes. Esto coincidiría con el informe psicológico, que destacó como característica de la personalidad de la víctima, el retraimiento, aislamiento e inhibición al vincularse con los demás.

Por último, el procurador sostuvo que la decisión impugnada se apoyó en un examen fragmentado y aislado del informe psicológico de la víctima. En efecto, los magistrados se limitaron a sostener que la referencia de la damnificada de su abuso en la infancia impedía considerar que los síntomas constatados por la profesional hubieran sido consecuencia de los abusos sufridos durante su detención, hechos objeto del proceso.

Sin embargo, el informe contradice a los magistrados, puesto que a fs. 387/390 destaca que

ante los hechos que se investigan la víctima presenta signos de ansiedad y angustia, que se manifiestan en llanto [...] describe sentimientos de temor, angustia y ansiedad [...] Refiere la presencia de Flashback (revive situaciones abusivas de índole sexual asociados a los hechos que se investigan) [...] prevalecen sentimientos de indefensión, inmovilidad, inseguridad, inferioridad, desvalorización, pasividad, sumisión, entre otros.

La especialista concluyó:

los síntomas identificados en la evaluación, son compatibles con una conflictiva emocional de victimización, asociada a experiencias traumáticas, de situaciones de violencia emocional, verbal y sexual, sumada a la conflictiva intrafamiliar. Además, se advierte la reactivación de la sintomatología, ya que experimenta la reviviscencia de situaciones traumáticas experimentadas en la infancia. Llevándola a una reexperimentación de síntomas, incluso con mayor intensidad.

Los términos del informe, según el procurador, aluden de manera expresa tanto a los hechos denunciados en el presente como a los vivenciados en el pasado, abusos que la víctima también habría sufrido en su infancia. El *a quo* no tuvo una consideración integral de dicha evaluación.

Por lo tanto, hizo excepción a la regla según la cual la apreciación de la prueba constituye facultad de los jueces de la causa y no es susceptible a revisión en la instancia extraordinaria.<sup>7</sup> Conforme lo ha admitido la Corte con base en la doctrina de la arbitrariedad,<sup>8</sup> se procura asegurar las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa.<sup>9</sup>

7 CSJN, Fallos 332:2659.

8 CSJN, Fallos 327:5456 y sus citas.

9 CSJN, Fallos 315:2969; 321:1909; 326: 8; 314:346 y 321:2990.

El concepto “más allá de duda razonable” es, en sí mismo, probabilístico, y por lo tanto no es simplemente una duda pasible, del mismo modo que no lo es una duda extravagante o imaginaria. Es como mínimo una duda basada en razón.<sup>10</sup>

Por lo expuesto, el procurador consideró que el fallo apelado no constituye derivación razonada del derecho y debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido. Los defectos expuestos aquí adquieren especial relevancia y significación, teniendo en cuenta el compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar, y erradicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención de Belém Do Pará, tal como ha sido interpretado por la Corte IDH.

Conforme lo ha reconocido el tribunal internacional, 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 aceptación social del fenómeno, el sentimiento y sensación de inseguridad de las mujeres, así como la desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia e indiferencia constituyen en sí mismas una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia.<sup>11</sup>

#### 4. Palabras de cierre

El análisis de este fallo me lleva una vez más a la reflexión de cuántas cuestiones tenemos naturalizadas. No solo me refiero a las sentencias del tribunal y la alzada, que arbitrariamente decidieron no valorar la prueba en su conjunto, sino también los estereotipos y patrones socioculturales de tolerancia y aceptación de una condición inferior de la mujer, lo cual constituye una clara violación de derechos, y así lo interpreto el procurador en el dictamen al que se remitió la CSJN.

Estos patrones socioculturales están en la mirada de gran parte de la sociedad, los vemos a diario. Si defendemos la libertad, la igualdad y los principios del derecho debemos seguir en esta línea, considerando tal y como lo ha hecho en este caso el procurador, pero también como esos letrados que no se quedaron con un único resultado, siguieron buscando la verdad y la justicia, aun cuando las probabilidades no estaban dadas a favor de la querrela.

Considero, entonces, que existieron en este caso operadores de justicia que estuvieron a la altura e insistieron hasta encontrar coherencia en los decisivos judiciales. ¿Cuántas veces depende de nosotros, los letrados, que nuestros justiciables encuentren reparación por los daños sufridos? ¿Cuántas veces tenemos que escribir verdaderos instructorios de derecho? Tantas como sean necesarias.

<sup>10</sup> *Idem*, nota 4.

<sup>11</sup> 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. 208, 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. 176.

# Violencia sexual contra la mujer. Crímenes contra la humanidad. Calificación

## CSJN. “Martel, Osvaldo Benito y otros s/ Averiguación de Delito”, 17 de mayo de 2022

Por Ana Oberlin<sup>1</sup>

### 1. Introducción

Como es ampliamente conocido, el proceso de justicia por los delitos de lesa humanidad cometidos durante el terrorismo de Estado en nuestro país ha tenido un desarrollo inédito en el mundo y hoy se encuentra consolidado.

A pesar de ello, y de lo importante que es reconocer lo realizado, aún quedan cuestiones pendientes. Entre las principales, resta avanzar sobre la responsabilidad penal de algunas de las personas involucradas en estos delitos –en especial, no pertenecientes a las fuerzas armadas o de seguridad, lo que se conoce como la “pata civil” de la dictadura–; en la aplicación de figuras que exhiban mejor lo acontecido –obviamente sin violación del principio de legalidad, ni de ningún otro que asista a los imputados, pues es característica de estos juicios el respeto absoluto a las normas–, como, por ejemplo, el tipo penal de desaparición forzada de personas; en la investigación en profundidad sobre la intensificación de la violencia estatal hacia *gays*, lesbianas y personas trans y travestis en aquellos años; y se encuentra

<sup>1</sup> Abogada (UNL). Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Fue directora nacional de Asuntos Jurídicos en materia de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Fue abogada representante de Abuelas de Plaza de Mayo, de H.I.J.O.S. y de numerosas víctimas del terrorismo de Estado y de violencia institucional. Actualmente se desempeña como auxiliar fiscal en la Unidad Fiscal Federal de La Plata del Ministerio Público Fiscal.

incompleto el juzgamiento de ciertas violencias específicas que sufrieron, mayoritariamente, aunque no de forma exclusiva, las mujeres cis en los cientos de centros clandestinos de detención tortura y exterminio (CCDTYE) que funcionaron en Argentina, en particular las violaciones y los abusos sexuales.

Sobre este último aspecto, el Ministerio Público Fiscal destaca que solo el 15% de las 273 sentencias dictadas en casos de delitos de lesa humanidad –hasta marzo de 2022– comprenden delitos por medios sexuales.<sup>2</sup> Si bien es positivo el aumento de ese porcentaje en comparación con años previos, para quienes participamos cotidianamente del proceso de justicia es notorio que no refleja ni de cerca lo ocurrido.<sup>3</sup>

Por esa razón, desde hace tiempo se esperaba con expectativa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunciara sobre del tema. Luego de años de expectación, la CSJN abordó la materia en el fallo que nos ocupa y con algunas de sus consideraciones cerró, al menos por el momento, debates muy importantes que se daban en el marco no solo de las causas de lesa humanidad, sino en diferentes procesos judiciales más recientes y en otros contextos.

## 2. El largo camino hacia la justicia

Incluso durante la dictadura –con el testimonio de algunas sobrevivientes brindado ante organismos internacionales de derechos humanos– fue ampliamente conocida la práctica de utilización de violencia por medios sexuales en los CCDTYE, en el marco del plan criminal de los perpetradores dirigido a aniquilar la subjetividad de las personas sometidas al terror estatal.

Esas violencias, además, quedaron documentadas en el Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), ya que formaron parte de los relatos de sobrevivientes de los CCDTYE. De todas maneras, no hubo, como con otros temas, un apartado específico en el famoso *Nunca Más*, ni se destacó la habitualidad con que fue practicada, a pesar de estar presente en varios testimonios.

Por su parte, en el Juicio a las Juntas, muchas testimoniadas –y algunos varones– relataron las violencias sexualizadas que sufrieron. Pese a ello, no se sancionó a los condenados en ese proceso judicial por delitos de violación o abuso deshonesto, como se denominaban las figuras penales vigentes en ese momento.

Al Juicio a las Juntas le siguieron diferentes procesos judiciales en distintas provincias argentinas. En algunos sí se incluyeron los delitos de violación y abuso deshonesto, aunque no llegaron a condenas, porque lo impidió la sanción de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, dictadas por la presión ejercida por las fuerzas armadas que desarrollaron diferentes estrategias violentas para impedir su juzgamiento.

Igualmente, es destacable que, si bien no se avanzó, la Ley de Obediencia Debida había dejado afuera especialmente al delito de violación, además de la apropiación de niños y niñas y el robo de inmuebles.

2 Recuperado de <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/el-15-de-las-sentencias-dictadas-por-crime-nes-de-lesa-humanidad-aplico-penas-por-delitos-de-violencia-sexual/>

3 Para ver el avance por año: <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/son-121-los-condenados-por-vio-lencia-sexual-en-las-sentencias-por-crime-nes-de-lesa-humanidad/>

No obstante, en los años siguientes no se sustanció ningún proceso penal por ese ilícito, ni se continuó con los iniciados previamente.

El camino de justicia se obturó completamente y las personas que sufrieron estos hechos vieron, por años, impedida la posibilidad de investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las peores atrocidades cometidas en nuestro país.

Pese a ello, la lucha incansable de organismos de derechos humanos y de juristas comprometidos y comprometidas con la verdad logró agrietar la impunidad. No es objeto de este artículo el análisis pormenorizado de las múltiples estrategias utilizadas para hacerlo, pero, en lo que tiene que ver específicamente con la búsqueda de justicia, las más importantes fueron: los juicios penales que se tramitaron en el extranjero; las denuncias ante organismos internacionales de derechos humanos; diversas presentaciones judiciales en nuestro país, entre ellas, las que dieron curso a los llamados “Juicios por la Verdad” –juicios *sui generis* que no tenían como objeto la sanción de personas responsables, lo que estaba vedado, sino la averiguación de lo acontecido–; entre muchas otras.

El conjunto de acciones desplegadas tuvo resultado. En el año 2001, a instancias de una presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) por primera vez un juez federal, Gabriel Cavallo, declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. A esta resolución le siguieron varias similares en el país. La CSJN confirmó en “Simón” la inconstitucionalidad de las leyes mencionadas en el año 2005, luego de que el Congreso, a instancias del Poder Ejecutivo, las declarara “insanablemente nulas” en 2003.

Con esa resolución de la CSJN se abrieron o reabrieron cientos de procesos judiciales en toda Argentina. Aunque con extrema lentitud, esos procesos avanzaron y hoy hay casi 1.100 personas condenadas, según datos relevados por el MPF. Empero, las condenas por delitos por medios sexuales son muy inferiores a los casos que se encuentran documentados y a los testimonios que se escuchan cotidianamente en los juicios orales en curso.

Las razones son variadas, pero sin dudas tienen anclaje principal en que nuestra justicia, pese a algunos cambios, sigue siendo una justicia cisheteropatriarcal. Hace más de una década advertimos los endebles argumentos presentados para no avanzar, que continúan vigentes. En general, jueces, juezas y fiscalas/es continúan utilizando estándares diferenciados en el análisis de las pruebas con las que cuentan –el caso más notorio es el de la valoración del testimonio único cuando se trata de violencia sexual y tormentos, exigiéndose más prueba en el caso de las primeras–; siguen recurriendo a teorías en desuso, como la clasificación en delitos de propia mano de la violencia sexual, lo que obliga a establecer fehacientemente la identidad de quien/es cometieron la violencia en forma directa, algo que la mayor parte de las veces es altamente dificultoso; se omite considerar otras formas de autoría o participación que podrían haber; y no subsumen correctamente las conductas criminales en los tipos penales adecuados, lo que refuerza su invisibilidad.<sup>4</sup>

4 Balardini, L.; Oberlin, A. y Sobredo, L. (2011). Violencia de género y abusos sexuales en los centros clandestinos de detención. En CELS, *Hacer Justicia. Debate sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina* (pp. 197-210). Buenos Aires: Siglo XXI.

Los puntos esgrimidos como obstáculos dieron lugar a fallos contrapuestos, según la postura que se tomara. Esto fue en detrimento de muchas sobrevivientes, que se animaron, en algunos casos por primera vez, a narrar lo sucedido y culminó con un alto grado de impunidad de los perpetradores, algo que aún no se ha terminado de revertir. A su vez, ante la demora inusitada, por el paso del tiempo han muerto varias testimoniantes y muchos de los perpetradores, lo que consolida la falta de justicia.

### 3. El fallo “Martel”<sup>5</sup>

En el contexto antes descrito, era fundamental que la CSJN se pronunciara y zanjara las discusiones primordiales que impedían el correcto abordaje del tema. Así lo hizo en el fallo que aquí analizo.

La resolución fue en el marco de un proceso judicial cuyo veredicto había sido dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Juan el 4 de julio de 2013. Los jueces de ese tribunal habían condenado a seis acusados como coautores de abuso deshonesto a cinco mujeres cis. Dos de ellos, además, recibieron pena como coautores por la violación agravada a una de ellas.

Esta resolución fue apelada. Según expliqué en otra oportunidad, en la Cámara Federal de Casación Penal intervino la Sala III, que el 16 de marzo de 2016 resolvió por mayoría –con los votos de Riggi y Catucci y la disidencia de Borinsky– cambiar el encuadre jurídico de los hechos y calificarlos, en vez de violación y abuso deshonesto, como tormentos.

Se consideró que los delitos contra la integridad sexual son delitos de “propia mano” y como en el caso se desconocía el o los “autores directos” no era posible aplicar las figuras establecidas legalmente al respecto. Lo decidido por la mayoría significó un grave retroceso en la materia, que se enmarcó en una serie de vaivenes jurisprudenciales sobre el tema que tuvieron las diferentes salas de la Cámara Federal de Casación Penal.<sup>6</sup> Con esa resolución, la Cámara invisibilizaba, bajo la figura de tormentos y encuadrando los delitos contra la integridad sexual como delitos de propia mano, las violencias específicas sufridas por esas mujeres durante sus privaciones ilegales de la libertad.

El fiscal general interpuso recurso extraordinario contra esta decisión adversa, por considerarla arbitraria. La presentación fue desestimada y dio lugar a un recurso de queja. Esa fue la base para que los jueces de la instancia más importante de nuestro país dejaran sin efecto la decisión de la Cámara Federal de Casación Penal y brindaran los argumentos principales para poner fin –al menos por el momento– a la larga discusión sobre los aspectos más controvertidos.

El voto conjunto de Maqueda y Lorenzetti –al que se sumaron los votos concurrentes de Rosatti y Rosenkrantz– otorgó la razón al recurrente y resaltó que la resolución de la Cámara tuvo déficit

---

5 CSJN, *Fallos* 345:298.

6 Oberlin, A. (2021). Violencias diferenciales a mujeres cis, gays, lesbianas, trans y travestis durante el terrorismo de Estado en Argentina. Avances y retrocesos en su juzgamiento. En M. Silveyra y V. Thus (comps), *Juzgar los crímenes de Estado: a 15 años de la reapertura de los juicios en Argentina* (pp. 302-303). Buenos Aires: Eudeba.

argumental, a pesar de que la temática “exigía una fundamentación seria”, adecuada a los estándares constitucionales e internacionales.

El primer punto para destacar del fallo es la ratificación del carácter de crímenes de lesa humanidad de las violencias por medios sexuales, algo que, si bien en los últimos años casi no está en disputa, fue materia de un arduo debate. Para darle mayor solidez a ese carácter, la CSJN resaltó la importancia de tener en cuenta el contexto en el cual ocurrieron estos crímenes, que “facilitó su comisión, así como también la impunidad de sus autores, a la vez que creó condiciones de indefensión y vulnerabilidad para las víctimas”. El fallo incorporó lo que se afirma desde hace años: estos delitos deben ser considerados en pie de igualdad con todos los demás crímenes cometidos en el marco del plan criminal llevado adelante por el terrorismo de Estado, nada más, ni nada menos, porque formaron parte de ese plan y fueron cometidos en ese contexto particular.

Otro aspecto saliente fue la profundización en el punto más controversial en la materia: la consideración de la violación y el abuso deshonesto como delitos de “propia mano”. Esta discusión no es menor, pues en caso de considerarlos de tal manera se limita la autoría solo a quienes llevaron adelante corporalmente la conducta.

Sobre esa interpretación, los magistrados de la CSJN, tomando lo expresado por el recurrente, dijeron que “carece de todo juicio de logicidad”. También, se señaló que la resolución atacada se basó en “referencias de la dogmática penal imprecisas e insuficientes para una cuestión tan trascendente” y que no se justificó la exclusión de la coautoría para otras personas que hicieron un aporte sustancial y tuvieron el dominio de estos hechos.

En esta materia, vuelven a resaltar las palabras de Luca y López Casariego, quienes han analizado en detalle esta perspectiva y, siguiendo la teoría objetivo material del dominio del hecho, opinaron

detrás de la concepción de que únicamente puede ser autor quien realiza el tocamiento o la penetración parece subyacer la idea de que estos delitos exigen la presencia de placer, lascivia o fines o móviles de contenido libidinoso que, por propia definición, sólo pueden contemplarse de manera individual. Pero los tipos penales analizados no exigen tales cosas, sino tan sólo un significado sexual de los actos realizados, con total prescindencia de los fines o móviles de los sujetos. Y, además las mismas figuras reclaman en algunos casos la presencia de otros elementos típicos como la violencia, la intimidación, sin especificar que éstas deban ser ejercidas por la misma o distinta persona. El dominio del hecho sexual no se rige por la motivación o ultrafinalidad de ninguno de los sujetos intervinientes, sino por un criterio objetivo que debe ser conocido y querido por ellos.<sup>7</sup>

Además, los citados juristas señalaron con precisión que “lo que define un delito sexual no es el placer o ‘rérito’, ya que puede no haberlo en los casos en que se persigue un único fin o móvil de ultrajar

7 De Luca, J. y López Casariego, J. (2009). *Delitos contra la Integridad Sexual*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 77.

sexualmente a la víctima”.<sup>8</sup> Es esa la postura que tomó la CSJN en la decisión en estudio, que es la que mejor explica la autoría y participación en los casos de violencias por medios sexuales en el contexto del terrorismo de Estado.

Por otra parte, los jueces indicaron la necesidad de que estos hechos sean juzgados con “perspectiva de género”, que es obligatoria en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, en particular, de lo establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). En esa línea recuperaron palabras de la Corte IDH en el caso “Velásquez Paiz y otros”, que señaló que la ineficacia judicial y la invisibilización de la violencia sexual en el proceso penal

constituyen en sí mismas actos de discriminación de la mujer en el acceso a la justicia que revelan que la investigación no ha sido conducida con una perspectiva de género de acuerdo a las obligaciones especiales impuestas por la Convención de Belem do Pará.<sup>9</sup>

A su vez, adicionaron citas de normativa y resoluciones internacionales que guían la materia, otorgando, por fin, el marco adecuado mediante el que deben sopesarse estos hechos. Entre lo más importante, se encuentra la referencia a otro precedente de la Corte IDH, el “Caso González y otras (Campo Algodonero)”, en el que se argumentó que el abordaje indebido de estos casos es particularmente criticable porque envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, “lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”.<sup>10</sup>

Todo esto señala la óptica para mensurar estos crímenes y consolida varios de los criterios que ya se aplicaban en nuestro país para casos de violencia machista actual o pasada.

El último aspecto relevante de la sentencia que fue receptado por los jueces del planteo del procurador fiscal es que la calificación legal de una conducta es relevante, porque expresa el reproche social particular de la acción prohibida y refleja la especificidad de la agresión sufrida por la víctima. Parte de los argumentos con que rebatimos estos años las posturas contrarias a la aplicación de las figuras de violación y abuso deshonesto tenían que ver con la necesidad de que las cosas sean llamadas por su nombre y la palabra de quienes padecieron estos delitos fuera escuchada en este punto. Parece ser que la CSJN, en este caso en el que por primera vez abordó la temática, escuchó y comprendió la importancia de aplicar los tipos penales correspondientes.

8 *Idem*, nota 7, p. 78.

9 Corte IDH. 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. 199.

10 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. 400.



Todos los argumentos desarrollados llevaron a los jueces a concluir, acertadamente, que la modificación del encuadre típico –de las figuras de violación y abuso deshonesto a la de tormentos–:

implicaría contrariar tanto el deber de juzgar y sancionar adecuadamente los delitos de lesa humanidad como una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la “Convención de Belem do Pará” para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados.

Un acierto que, sin dudas, será un gran aporte para terminar con la invisibilidad en la que estuvieron sumidas estas violencias durante décadas.

#### **4. A modo de cierre**

Hay otro aspecto trascendente de este fallo que a veces no es observado y quiero, a modo de cierre, subrayar: la potencia transformadora de estos juicios y su extrema actualidad. Muchas veces asistimos al intento de pulverizar el proceso de justicia, considerando que es un proceso sin sentido, terminado, que debe cerrarse. Una reedición de la frase “lo pasado, pisado”, que utilizaron grupos vinculados a la dictadura en los tiempos del Juicio a la Juntas. Como si fuera posible que, por decreto, quienes padecieron estos delitos se vieran obligados y obligadas a hacer de cuenta de que no pasó y todos y todas ignoráramos las terribles consecuencias personales y sociales que tuvieron estos hechos para nuestro país.

Este pronunciamiento de la CSJN tiene impacto, como dije al principio, respecto de debates actuales en torno a las violencias machistas y viene, también, a reafirmar que estos juicios no hablan solo del pasado: por la visibilidad y la trascendencia –nacional e internacional– que tienen ponen en evidencia lo que sigue aconteciendo en la actualidad. Porque analizar la violencia machista del pasado es también marcar continuidades –y rupturas– de esas violencias.

Ojalá estos juicios sigan haciendo justicia sobre lo padecido por tantas personas en esos años en nuestro país, pero también continúen visibilizando, al relatar lo ocurrido, esas violencias tan presentes hoy y sirvan, en definitiva, para transformar nuestro futuro.



# Derecho a la educación. Libertad de culto. Federalismo CSJN. “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/Dirección General de Escuelas s/acción de amparo”, 23 de agosto de 2022

*Por Belén E. Donzelli<sup>1</sup>*

---

## 1. Introducción

El presente trabajo se realiza en virtud de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que retoma un tema álgido y lo aborda separándose de un precedente anterior, puntualmente del caso “Castillo”.<sup>2</sup>

El tema en debate tiene que ver con el contenido de los derechos constitucionales a la libertad de cultos, de religión, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y la conculcación del principio de no discriminación en el ámbito educativo.

## 2. Contexto del caso

El caso en comentario fue iniciado por la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) –filial San Rafael–, que promovió una acción de amparo colectivo contra la Dirección

---

<sup>1</sup> Abogada y profesora en Ciencias Jurídicas (UCA). Diplomada en Control y Gestión de Políticas Públicas (FLACSO). Especialista en Derecho Constitucional (UBA). Cursó estudios de posgrado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Estados Unidos e Italia. Docente (UBA, UNPAZ y UCA). Actualmente es secretaria letrada en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>2</sup> CSJN. Fallos 340:1795.

General de Escuelas de la Provincia de Mendoza a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución N° 2616-DGE-2012, por la que se disponía la realización de actividades en las escuelas de la provincia los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Patrono Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo”, respectivamente.

La actora, sustenta la referida invalidez en la vulneración de los derechos constitucionales a la libertad de cultos, la objeción de conciencia y la igualdad en perjuicio de los distintos actores de la comunidad educativa que, por no profesar el credo católico o alguno, pudieran sentirse agraviados.

En la primera instancia<sup>3</sup> se hizo lugar al amparo y se ordenó, consecuentemente, a la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza, que adopte las medidas necesarias para que en las escuelas de gestión pública de dicha provincia no se lleven a cabo las conmemoraciones en cuestión. Sin embargo, el tribunal de Alzada<sup>4</sup> revocó dicha decisión y rechazó la acción. Contra este pronunciamiento, la actora dedujo los recursos de casación y de inconstitucionalidad previstos en el ordenamiento procesal local, los cuales fueron rechazados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.

Para tomar esa decisión, la Corte Suprema Provincial consideró que “las conmemoraciones atacadas no son actos de culto o adoctrinamiento, sino evocadores de tradiciones mendocinas, cuya conmemoración persigue afianzar la identidad y pertenencia a la comunidad provincial”.<sup>5</sup>

A su vez, señaló que

la pretendida erradicación del ámbito público escolar de las tradiciones mendocinas [...] constituiría un acto de reduccionismo y de represión de las manifestaciones populares y de los sentimientos del hombre mendocino que exceden su concreta religiosidad personal misma, porque forman parte de su patrimonio histórico y de su tradición.<sup>6</sup>

En tal línea, concluyó que

rechazar el amparo, no implica desconocer la laicidad que debe ostentarse en las aulas escolares, sino reconocer que una educación que tienda al desarrollo integral del niño y adolescente puede evocar figuras religiosas que tuvieron influencia en los acontecimientos históricos provinciales, sin incurrir en adoctrinamiento.<sup>7</sup>

3 24º Juzgado Civil, Comercial y de Minas de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, sentencia de 4 de septiembre de 2013.

4 Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Provincia de Mendoza, sentencia de 29 de noviembre de 2013.

5 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sentencia de 18 de septiembre de 2015, punto II.3.b, párr. 16 del voto del Dr. Alejandro Pérez Hualde.

6 *Idem*, nota 5, párr. 18.

7 *Idem*, nota 5, párr. 21.

El caso llegó a la CSJN, a través de un recurso de queja, que fue admitido fundado en el artículo 14, inciso 2° de la Ley N° 48. La sentencia del máximo tribunal se compone, a la par del voto de mayoría, por los votos concurrentes de los jueces Rosatti y Lorenzetti.

### 3. El voto de la mayoría

El voto central estructura su argumentación sobre la base de tres planteos a resolver: (a) determinar si las conmemoraciones y actividades en cuestión constituyen actos de culto de la fe católica o implican de algún modo adoctrinamiento en esa religión; (b) en su caso, si la provincia tiene la facultad de organizar su calendario escolar, y (c) si se lesiona algún derecho constitucional.

En referencia al primer punto, la CSJN descarta el carácter religioso de las conmemoraciones en cuestión. Para llegar a dicha solución, identifica que

*ciertas figuras que se identifican con un determinado credo tienen muchas veces, además de su uso y significado religioso, un uso y sentido secular, en general, histórico y cultural. Desde esta perspectiva, la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso. De esta manera, se produce una suerte de transformación de la significación del signo, un vaciamiento de su estricto contenido religioso, que permite garantizar la vigencia del principio de neutralidad estatal sin que resulte necesaria su exclusión del ámbito público<sup>8</sup> (el destacado me pertenece).*

Dicho ello, rememora que el 25 de julio se celebra el día del Patrono Santiago, no por su rol bíblico, sino como símbolo cívico. En este punto, acude a fuentes históricas que indican la pertenencia del festejo para la comunidad mendocina como parte de su historia provincial.

Por su parte, el 8 de septiembre se celebra el Día de la Virgen de Cuyo, dado que se conmemora que haya sido nombrada “Patrona y Generala del Ejército de Los Andes” por José de San Martín, quien a su vez le entregó en advocación su bastón de mando y una carta de reconocimiento y agradecimiento por su protección durante la gesta libertadora.

A mayor abundamiento, agrega que la normativa de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza

en forma expresa ordena que las conmemoraciones de los días del Patrono Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de

---

<sup>8</sup> Fallos 345:730, considerando 5°.

tradición de esas fechas, y prevén que si, por su concepción religiosa o filosófica personal, un alumno o miembro del personal escolar prefiere abstenerse de participar, se le deberá eximir de estar presente.<sup>9</sup>

Resuelto el primer interrogante, la CSJN se abocó a la segunda cuestión y afirmó que

nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea las “bases de la educación”, las que deben respetar las particularidades provinciales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la educación primaria de acuerdo al artículo 5° de la Ley Fundamental.<sup>10</sup>

Agregó que dentro de esas bases está consagrado el carácter neutro, gratuito y laico. Finalmente, entendió que

descartado entonces el carácter religioso de las conmemoraciones en cuestión, cabe destacar que, desde esta perspectiva, el calendario escolar responde a las claras directivas que emanan de la Constitución de la Provincia de Mendoza [...] que reafirma el principio de laicidad de la educación pública en el ámbito provincial, las cuales, a su vez, guardan conformidad con las cláusulas de la Constitución Nacional referentes a la educación y al principio de neutralidad religiosa.<sup>11</sup>

Por último, consideró que tampoco obraban pruebas que justifiquen la alegada violación a la libertad religiosa y de conciencia de los alumnos, de las alumnas y de los miembros del personal educativo que no profesan la fe católica o ninguna otra, así como una afectación a sus derechos a la igualdad y a la no discriminación.

Resta agregar que, a modo de *obiter dicta*, el Tribunal justificó el apartamiento de lo resuelto en caso Castillo,<sup>12</sup> bajo el entendimiento de que

en dicho fallo consideró el contexto social en el que se aplicaba la disposición, las políticas públicas y las prácticas que de ella se derivaban, y de qué modo impactaba en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacía. Allí se estableció que en los supuestos en los cuales exista una norma neutral resulta necesario que de las constancias de la causa surja *prima facie* que dicha norma causa una discriminación sistémica que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.<sup>13</sup>

---

9 *Idem*, nota 8, considerando 6°.

10 *Idem*, nota 8, considerando 7°.

11 *Idem*, nota 10.

12 *Fallos* 340:1795.

13 *Idem*, nota 8, considerando 10.

#### 4. Voto del juez Rosatti

En primer lugar, analizó lo referido a la interacción de los artículos 5, 14, 75, incisos 17 y 19 y 121 de la Constitución Nacional, de los que se extrae la competencia educativa de la provincia para disponer su calendario escolar. En particular, recuerda el magistrado que

siendo el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada.<sup>14</sup>

En segundo lugar, aborda el contenido del derecho a la libertad de cultos, que refleja, a su entender, no solo la libertad de creencia sino también de práctica, incluyendo la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia. El análisis refleja además la interacción de la noción de neutralidad religiosa con este derecho y la consecuente obligación estatal de protegerlo y asegurarlo.

Luego, el magistrado se pregunta: “¿pueden las celebraciones de mención ‘tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición’, como sostienen las autoridades locales, o están inexorable e irremediamente ligadas a convicciones religiosas y –más aún– propias de una sola religión?”.

La posibilidad de darse el primero de los supuestos referidos en el interrogante da lugar a la necesidad de escrutar las normas en función de la percepción del federalismo argentino. Llega a la conclusión de la ausencia de elementos que justifiquen la alegada violación a los derechos de libertad de cultos y objeción de conciencia. Para decidirlo, arguye que

el federalismo argentino se estructura desde las provincias hacia el Estado federal y no al revés. Dicho de otro modo: el Estado nacional es una creación de las provincias originarias (luego fortalecido por las provincias sobrevinientes a la Constitución de 1853/60),<sup>15</sup>

14 *Idem*, nota 8, considerando 7º del voto del juez Rosatti. Puntualmente, con cita de Bidart Campos, agrega que “esta Corte ha sostenido que, cuando el deslinde riguroso entre las competencias federales y provinciales ofrece duda ‘debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes’ lo cual ‘implica asumir una conducta federal leal, que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal in totum’” [Bidart Campos, G. (2007). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ed. Ediar, Tomo I A, p. 695. Fallos 340:1695, considerando 6º].

15 *Idem*, nota 14, considerando 13.

a lo que añade que

las particularidades que rodean a las celebraciones cuestionadas impiden considerarlas como una forma de adoctrinamiento o imposición –a los alumnos y/o personal docente y no docente– de una determinada religión o que se traduzcan en una clara afectación del principio de no discriminación.<sup>16</sup>

Aunado al punto tratado, el magistrado acude a la ya devenida en clásica argumentación referida al margen de apreciación local.<sup>17</sup>

## 5. Voto del juez Lorenzetti

El juez destaca la trascendencia institucional del caso, que estaría dada por la proyección que la decisión de la Corte tendría sobre otros casos en los cuales las provincias o la nación han adoptado decisiones similares. Argumenta la necesidad de ponderar en el caso:

- El *principio de no discriminación*, que implica reconocer que vivimos en una sociedad diversa. La función del derecho es lograr el consenso que surge de su interacción.

- El derecho a la *identidad dinámica individual y colectiva*, considerando que a medida en que avanza la globalización se refuerzan las identidades culturales locales como una búsqueda de sentido y seguridad.

La ponderación de ambos principios permite admitir –parafraseándolo– el ejercicio del derecho a la identidad cultural individual o colectiva, en tanto no tenga una consecuencia discriminatoria. En torno a las festividades que serían conmemoradas en la provincia, refiere en general que “la identidad cultural se construye alrededor de bienes que son desprovistos de su contenido derivado del contexto en que fueron creados”<sup>18</sup> y, en particular, que el “Día del Patrono Santiago”, como muchos otros sucesos similares, ha sido transformado por la historia y se ha constituido en elemento definitorio de la identidad cultural de la provincia de Mendoza.

<sup>16</sup> *Idem*, nota 14, considerando 15.

<sup>17</sup> Sostiene que “Se trata, a juicio de esta Corte, de un claro e inequívoco ejercicio del “margen de apreciación local” (en este caso provincial) en materia educativa, que debe ser respetado en tanto sea ejercido en el marco dispositivo de las normas que lo reglamentan, para evitar toda forma de discriminación”. Apunta que “no incumbe a esta Corte oficiar de preceptor de las costumbres y tradiciones locales cuando ellas no contravienen un derecho humano fundamental” y que “la manifestación cultural local cuestionada no es un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad, desde que responde a la idiosincrasia mendocina pero no se repite en otras provincias. Y es que el respeto al federalismo conlleva necesariamente al respeto a la pluralidad cultural, así como su negación conduce a una uniformidad que, para concretarse, reclama la negación del pasado histórico de los pueblos”. *Idem*, nota 14, considerando 18.

<sup>18</sup> *Idem*, nota 8, considerando 5º del voto del juez Lorenzetti.



Entonces una interpretación de “neutralidad estricta” llevaría a eliminar cualquier referencia religiosa en todo tipo de símbolos, días festivos y su impacto en la educación. En este supuesto habría que “considerar el efecto que tendría sobre numerosas leyes provinciales que podrían resultar equiparadas”.<sup>19</sup>

En este estadio, advierte que

La verdadera misión que tiene el Tribunal en casos de relevancia institucional no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que busque la paz social, fijando una jurisprudencia estable como un modo normal de la convivencia humana, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla.<sup>20</sup>

Concluye que “[l]as celebraciones tienen un fin cultural, la posibilidad de que posean carácter discriminatorio es eventual y no hay evidencia, no se persigue el adoctrinamiento religioso [...] afirmar la identidad cultural colectiva no lesiona el principio de neutralidad religiosa del Estado”.<sup>21</sup>

Por último, el juez acude a la noción del margen de apreciación local

que las provincias se han reservado con la finalidad de mantener la diversidad cultural local, que enriquece al régimen federal [...] La riqueza cultural y económica de cada región, provincia o ciudad se potencia en la medida en que pueden funcionar de acuerdo con proyectos que reflejen sus identidades.<sup>22</sup>

## 6. Alcance del derecho. Control de convencionalidad

En el presente caso se pone en juego el contenido de los derechos constitucionales de libertad de cultos y la objeción de conciencia, así como la garantía de no discriminación. Se observa que, más allá de la referencia puntual a los artículos constitucionales que los incluyen, el voto de mayoría y los concurrentes acuden a los textos de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, así como a las interpretaciones efectuadas por los órganos competentes para el control de esos instrumentos.

Concretamente, el ejercicio del control de convencionalidad implica para un juez/a, utilizar la fuente internacional para resolver conflictos que se dan en el marco interno. Desde la reforma parcial de nuestra Constitución en 1994, nuestros/as magistrados/as asumen la manda de ejercer no solo el control de constitucionalidad, sino además el control de convencionalidad; por tanto, se les encomienda la búsqueda de un equilibrio normativo en pos de la operatividad de los derechos fundamentales.

---

19 *Idem*, nota 18.

20 *Idem*, nota 18.

21 *Idem*, nota 18, considerando 10.

22 *Idem*, nota 18, considerando 15.

La CSJN tiene una profusa historia en torno al ejercicio del control de convencionalidad, que quedó plasmada a lo largo de todo un entramado jurisprudencial que comienza<sup>23</sup> en forma explícita en el trascendente fallo “Giroldi”,<sup>24</sup> en el que el Tribunal refiere que

la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.<sup>25</sup>

En la misma línea directriz se expidió en “Bramajo”,<sup>26</sup> extendiéndose la doctrina de “Giroldi” a los informes de la Comisión. No puedo dejar de referir al caso “Simón”,<sup>27</sup> en el cual la CSJN sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH y las directivas de la Comisión constituyen una *imprescindible pauta de interpretación* de los deberes y obligaciones derivados de la CADH.<sup>28</sup>

Así llegamos al fallo “Mazzeo”.<sup>29</sup> Allí, el máximo tribunal hizo propias las conclusiones de la Corte IDH en “Almonacid Arellano vs. Chile”<sup>30</sup> receptando de ese modo el concepto de “control de convencionalidad”.

Esta expresión tan en boga fue acuñada por la misma Corte IDH, al afirmar que

el Poder Judicial [de un Estado que ha ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos] debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>31</sup>

23 En la apertura al derecho interamericano resulta ineludible mencionar, en primer término, el caso “Ekmekdjian c. Sofovich”, ya que implicó la acogida de nuestro derecho a la jurisprudencia interamericana, al utilizar en un caso el derecho de rectificación o respuesta –“derecho a réplica”–, previsto en el artículo 14 de la CADH, aunque aquel no estaba reglado en la legislación interna argentina. Esta posición de nuestra CSJN da cuenta de la ejecución de un verdadero control de convencionalidad, en el sentido de reconocer propiamente un derecho humano que no tenía acogida explícita en nuestro ordenamiento interno.

24 Fallos 318:514.

25 *Idem*, nota 24, considerando 11.

26 Fallos 319:1840.

27 Fallos 328:2056.

28 *Idem*, nota 27, considerando 24.

29 Fallos 330:3248.

30 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 Serie C No. 154.

31 *Idem*, nota 30, párr. 124. En los años venideros, la propia Corte IDH agregó que esos jueces: “como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, N° 209, párr. 338).

Los casos posteriores de la CSJN muestran una tendencia marcada a lo largo de más de dos décadas en la que los distintos precedentes receptaron favorablemente los estándares fijados por ambos órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es decir, ha existido una clara tendencia a tomar como válidos y extrapolar puertas adentro de nuestro sistema jurídico los criterios adoptados por la Corte IDH, incluso en su función consultiva.<sup>32</sup>

La selección de fallos efectuada como muestra de esta tendencia de la CSJN es simplemente eso, una muestra. Existen otros fallos, incluso determinados momentos en donde la tendencia de la CSJN mostró cierto repliegue a la apertura que otrora la determinase. Sin embargo, aun cuando en casos posteriores<sup>33</sup> se abrió cierto campo de duda, considero que aquellos no hicieron mella en la posición de nuestro máximo tribunal de tomar como referencia no solo la jurisprudencia de la Corte IDH, también sus Opiniones Consultivas, incluso las Observaciones Generales de los Comités de Naciones Unidas<sup>34</sup> como pauta para resolver los conflictos.

## **7. Deslinde de competencias: nación y provincias. Federalismo de concertación**

El voto de la mayoría plantea este tópico al tratar la pregunta referida a si la provincia tiene la facultad de organizar su calendario escolar. En algún punto el abordaje de la respuesta es tangencial, ya que al considerar previamente que no había violación a los derechos fundamentales en juego, el calendario de la provincia resultaba acorde con la manda de laicidad que deriva del mandato constitucional. Es el juez Rosatti quien aborda este punto en línea con su criterio reflejado en antecedentes de la propia Corte.

Preliminarmente hay que decir que la noción del margen de apreciación ha sido definida dentro del Derecho Internacional Público, como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. La doctrina del margen de apreciación no está incluida de forma expresa entre los preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni tampoco fue mencionada ni debatida en los trabajos preparatorios.

Ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que ha desarrollado la idea con perfiles propios. Su amplia difusión no quita las controversias que se han generado al respecto. En efecto:

Un aparente obstáculo para admitir una revisión jurisdiccional plena, externa e internacional, de las decisiones de los Estados que han suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos radicaría en un cierto entendimiento de la soberanía que podemos llamar absoluto; un rasgo formal que prácticamente nunca se ha plasmado en la realidad ni en la teoría y que, en la actualidad, no puede mantenerse jurídicamente dado los principios prescritos en la Carta de Naciones Unidas. La idea de soberanía “nacional” (en

---

<sup>32</sup> Fallos 336:1024.

<sup>33</sup> Fallos 368:1998.

<sup>34</sup> Fallos 335: 452.

el sentido de “estatal”) en todo caso subyace bajo el denominado “margen de apreciación nacional”. Y, según se pretende por algunos Gobiernos demandados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), esa comprensión absoluta de la misma permitiría eludir el control europeo en ciertos casos.<sup>35</sup>

Parecería que la doctrina ha surgido a la merced de un proceso de integración europeo en el que fue necesario limitar justamente las atribuciones conferidas a los Estados. Lo cierto es que para no violentar la propia soberanía de estos Estados y tomando en consideración que los países que integran el Sistema Europeo de Derechos Humanos poseen muy diferentes culturas, costumbres y tradiciones, fue necesario que el Tribunal Europeo marcara sendas amplias por las que deberían andar los tribunales internos.<sup>36</sup> En efecto,

la idea básica es que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio Europeo y en la ponderación de intereses complejos. No obstante, si en el uso de esa discrecionalidad que el margen permite, el Estado se sobrepasa y se produce un exceso, un *ultra vires*, aunque parezca en sí mismo legítimo, la lógica del respeto al principio de proporcionalidad aboca a una supervisión europea.<sup>37</sup>

El margen de apreciación, lejos de conformar una doctrina sobre la cual se sustentarían incumplimientos a los mandatos del Tribunal, intenta ser la puerta de ingreso o la invitación al cumplimiento de las referidas decisiones. La doctrina sostiene que el “margen de apreciación” juega un papel esencial e inevitable, aunque ello no significa que se configure como un “cheque en blanco” para que los Estados hagan lo que quieran con los derechos de sus justiciables.<sup>38</sup>

Considero que la aparición de la doctrina en el ámbito de la integración europea tiene como cometido principal dejar bajo responsabilidad de los tribunales nacionales el detalle sobre el modo de reparación o cumplimiento de una decisión de los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. Ello, bajo el entendimiento de que, por la cercanía con los justiciables, los tribunales locales se encuentran en una mejor posición a la hora de determinar la respuesta adecuada.

35 García Roca, J. (2005). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. En *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 118.

36 Sagües señala que “[l]a legitimación de tal teoría parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellos hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional” [Sagües, N. P. (2006). *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 222].

37 *Idem*, nota 35, p. 122.

38 Mahorney, P. (1998). Marvellous richness diversity or individual cultural relativism. *Human Rights Law Journal*, 19(1), 6.

En el ámbito de nuestra Corte, el concepto fue acuñado por Rosatti al fallar en “Castillo”.<sup>39</sup> Luego también es reutilizado por Rosatti y Maqueda en “Shi, Jinchui”.<sup>40</sup> La traspolación tiene su razón de ser en el sistema federal en que se organiza nuestra nación.

El federalismo importa una forma de Estado en el que reconociéndose la soberanía de “gobiernos pre-existentes”, estos, voluntaria y convenientemente, deciden ceder parte de sus propias prerrogativas, competencias y libertades, legarlas a un “gobierno nacional” a fin de optimizar su propia organización. A tenor de ello es que la forma federal intentará respetar aquellos componentes diversos que deciden unirse.

En palabras de Sola, “el federalismo describe el arreglo bajo el cual un grupo de estados igualmente soberanos se combinan para formar una unión, en la cual ellos ceden alguna soberanía a un gobierno central, pero retienen alguna soberanía también”.<sup>41</sup>

Esta cesión de competencias, en el caso argentino, ha operado de modo tal que las provincias han conservado todos los poderes no delegados -en forma explícita- al gobierno nacional (así surgía en el artículo 1º del Proyecto de Constitución incluido por Alberdi en sus “Bases”<sup>42</sup>). Es que un mínimo de competencias federales es irremediamente necesario en una auténtica organización federal.<sup>43</sup>

Actualmente, la reforma parcial de la Constitución de 1994 incorporó al escenario nacional el espacio internacional –tal como hemos visto– a partir de la jerarquización de ciertos instrumentos de derechos humanos. Sin duda que esta inclusión importa un nuevo paradigma, pues la distribución de competencias entre la nación y las provincias y, entre estas últimas y los municipios, tendrá un impacto en la garantía y satisfacción de los derechos fundamentales.

Genéricamente, entonces, es plausible afirmar que la elección de la forma federal de gobierno fue sostenida, e incluso profundizada, en la reforma de 1994. Sin embargo, pese a este grandilocuente objetivo, la implementación de instituciones y medidas en este sentido no se ha hecho cargo de un aspecto fundamental, como la satisfacción de los derechos fundamentales.

En efecto, considero que la gran deuda que existe al día de hoy es esta mora legislativa y la ausencia de reglas claras sobre la distribución de competencias. Esta situación tiene un alto impacto en las obligaciones internacionales que el país adoptó desde 1994, en torno a la garantía de los derechos humanos en el territorio nacional.<sup>44</sup>

39 Fallos 340:1795.

40 Fallos 344:1151.

41 Sola, J. V. (2010). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, p. 293.

42 Alberdi, J. B. (2017). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación.

43 Ahora bien, la historia constitucional de nuestro país revela que la forma federal de Estado no ha tenido el mismo sentido o espíritu en las distintas Constituciones Nacionales. De allí que cada una de ellas ha tenido un propósito distinto y, por ende, un impacto distinto sobre la realidad histórica y cultural de nuestro país. Ello aun cuando los diversos autores han señalado características generales y coincidentes respecto de su definición.

44 Un dato no menor en este relato es el de tener en miras que el artículo 28 de la CADH estipula: “1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial”. La importancia de esto radica en que el Estado nacional no podrá eximirse de su responsabilidad cuando el incumplidor de un derecho humano reconocido sea una provincia.

El derecho a la educación, de acuerdo con el diagrama constitucional, es un derecho para cuya garantía se prevé una coordinación de esfuerzos entre la órbita nacional y las provinciales. Tradicionalmente, una parte de la doctrina constitucional ha considerado que la educación era de competencia del Gobierno provincial.<sup>45</sup> Desde otro lugar, varios constitucionalistas lo consideraron dentro de las competencias concurrentes.<sup>46</sup>

La consideración de la concurrencia de responsabilidades no conlleva afirmar que el Gobierno nacional y los Gobiernos locales tengan las mismas atribuciones. Por el contrario, cada uno debe ejercer sus facultades al momento de diseñar e implementar políticas educativas.

Por su parte, las cláusulas constitucionales que son identificadas en los tres votos que componen la decisión deben ser leídas en clave de la Ley de Educación Nacional N° 26206, que establece, entre diversas cuestiones, que el “Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo Nacional” y que “garantizan el acceso a la educación en todos los niveles y modalidades, mediante la creación y administración de los establecimientos educativos de gestión estatal”.

## 8. Palabras finales: el valor del precedente en el caso Castillo

Vemos que en el caso que comentamos la CSJN se aparta del precedente “Castillo” resuelto en el año 2017, un interesantísimo caso, relevante para varios ámbitos de estudio del derecho constitucional.

En ese caso, la CSJN en su voto de mayoría, y más pormenorizadamente el juez Rosatti, abordan la cuestión de la competencia provincial para determinar el contenido de la currícula escolar y entienden que la forma en que se aplicaba la normativa local daba lugar a un contexto de discriminación que perjudicaba puntualmente a quienes asistían a las escuelas públicas (y a sus respectivas familias) que eran compelidos a recibir enseñanza religiosa o, en el peor de los casos, a perder horas de clase sin actividad compensatoria alguna.

---

Ello puesto que se sobreentiende que el Estado nacional se erige como el garante último de los derechos fundamentales y el encargado de velar porque los regímenes provinciales garanticen los derechos.

45 En esa línea, la posición de Frías, quién sostiene que “[l]os poderes conservados por las provincias, los concurrentes y los concertados interjurisdiccionalmente serán la materia del derecho constitucional provincial en lo económico-social. Si el derecho de familia, la propiedad, el contrato de trabajo no son de su competencia, lo son la educación, la salud, el ambiente, el desarrollo, la seguridad social, y tantos otros en medida no desdeñable”. Frías, P. J. (1985). Cláusulas económicas-sociales en el Derecho público provincial. En P. J. Frías y otros, *Derecho público provincial*. Buenos Aires: Depalma, p. 180.

46 Como señala Estrada, al valorar que “los intereses sociales envueltos en la instrucción pública son tales, y de tal magnitud, que deben excitar el esfuerzo común y solidario condensado en todos los grados jerárquicos de gobierno, el municipio, la provincia y la nación”. Estrada, J. M. (1927). *Curso de Derecho Constitucional, Científica y Literaria Argentina*. En J. M. Estrada, *Obras Completas*, Tomo III (pp. 23-24). Buenos Aires: Librería del Colegio.

El *quid* de la cuestión que permite diferenciar un caso y otro está dado por el respeto que, en los hechos, se advierte del principio de laicidad que ordena la Constitución Nacional en torno a la educación de gestión pública y su corolario en la garantía de la igualdad y no discriminación.

En el caso bajo análisis, la incorporación de las festividades, aunque tuvieran un origen relacionado con la religión, resultaban abordados desde su impacto en la historia y la memoria colectiva mendocina. En paralelo se diagrama la posibilidad de ejercer el derecho de objeción de conciencia, sin advertirse en este punto una afectación de la privacidad de las personas involucradas.

No se trata entonces de desconocer el precedente del caso “Castillo”, sino de retomarlo bajo una coincidente posición de los magistrados de la CSJN de su inaplicación en el caso concreto.





# Feminicidio. Deber de investigar. Inmunidad

## Corte IDH. *Caso Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2021. Serie C No. 435

*Por Rodrigo Deodato de Souza Silva<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

El caso que aquí se comenta se refiere a las acciones y omisiones del Estado de la República Federativa de Brasil relacionadas con la investigación, el juicio y el castigo de todos los responsables del feminicidio de la joven Márcia Barbosa de Souza, de solo 20 años. No es un caso aislado, sino un retrato de un contexto generalizado de violencia contra las mujeres que sigue estando muy presente en Brasil y, en particular, en la región nordeste, donde se encuentra el estado de Paraíba, donde ocurrieron los hechos.

La joven fue asesinada entre el 17 y el 18 de junio de 1998. Su cuerpo fue encontrado en la mañana del 18 de junio de 1998 en un terreno baldío, con signos de golpes, en las afueras de la ciudad de João Pessoa. La policía del estado de Paraíba inició las investigaciones en cuanto se encontró el cadáver. Sin embargo, aunque todas las investigaciones indicaban que el diputado estatal Aécio Pereira de Lima

---

<sup>1</sup> Doctorando en Derecho (Universidad Católica de Pernambuco). Máster en Derecho (Universidad Católica de Pernambuco). Licenciado en Derecho (Universidad Católica de Pernambuco). Profesor de Derecho de Pregrado (Universidad Católica de Pernambuco). Coordinador del Centro de Desarrollo Profesional y Justicia Social y Ambiental (Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNICAP). Asesor de la Oficina de Asesoramiento Jurídico a Organizaciones Populares (GAJOP). Representante de las víctimas en el caso Márcia Barbosa y otros contra Brasil ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

era el responsable del crimen, debido a su posición en la legislatura, gozaba de inmunidad parlamentaria.

En consecuencia, el proceso penal solo podía iniciarse contra el respectivo diputado con la debida autorización de la Asamblea Legislativa del Estado de Paraíba, que fue denegada en dos ocasiones, impidiéndose así el inicio del proceso por el asesinato de Márcia Barbosa de Souza.

## 2. Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Esta actitud, en flagrante violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos motivó a que, el 28 de marzo de 2000, el Gabinete de Asesoría Jurídica a Organizaciones Populares (GAJOP), el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Movimiento Nacional de Derechos Humanos - Región Nordeste presentaran una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Solo en 2001 se aprobó la Enmienda Constitucional N° 35, que modificó la Constitución Federal brasileña para eliminar la necesidad de autorización previa de la cámara legislativa para el inicio de un proceso penal. Sin embargo, la enmienda también otorgaba a la cámara legislativa la facultad de detener el progreso de los procedimientos penales contra un miembro del parlamento en caso de delitos cometidos después de la graduación, en cualquier momento antes de la decisión final del Poder Judicial. Es importante destacar que esta modificación de la inmunidad mantuvo la protección del “parlamentario durante el período en que ejerce el mandato así como, una vez recibida la denuncia por un delito común, será procesado con independencia de la concesión de la licencia por la Cámara a la que pertenece”.<sup>2</sup>

A pesar de la enmienda constitucional, el proceso penal contra el principal acusado del asesinato de Márcia Barbosa solo se inició el 14 de marzo de 2003, aproximadamente cinco años después de los hechos y solo cuando Aécio Pereira ya había dejado su cargo de diputado estatal por no ser reelegido.

Fue el 27 de septiembre de 2007 cuando, tras un jurado popular en la ciudad de João Pessoa, el ex diputado fue condenado a la pena de dieciséis años de prisión por el asesinato y la ocultación del cadáver de Márcia Barbosa de Souza. A pesar de ser condenado, el ex diputado nunca fue detenido, y murió cinco meses después, el 12 de febrero de 2008, recibiendo los honores ofrecidos por el Estado.

También es necesario sacar a la luz que, a pesar de los fuertes indicios de la participación de al menos otras cuatro personas en el asesinato de Márcia Barbosa de Souza, la investigación contra ellas se archivó

<sup>2</sup> Brito, O. M. (enero-marzo de 2007). La inmunidad parlamentaria en Brasil antes y después de la Enmienda Constitucional N° 35 de 2001. *Brasília a.* 44(173), 239-254. Recuperado de <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141291/R173-16.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Consultado el 12 de junio de 2022.

por falta de pruebas. No se realizaron las diligencias necesarias para determinar la veracidad de los hechos, afectando profundamente la posibilidad de sancionar a todos los demás implicados en los hechos.

En este contexto, las instituciones peticionarias alegaron ante la CIDH la responsabilidad del Estado brasileño por el feminicidio de Márcia Barbosa de Souza y la violación de las garantías judiciales y la protección judicial de ella y de su familia debido a la impunidad permanente.

El 28 de septiembre de 2007, la Comisión notificó a las partes la aprobación del Informe de Admisibilidad N° 38/07,<sup>3</sup> de conformidad con el artículo 46 de la Convención Americana. El caso fue declarado admisible con respecto a los artículos 4, 8.1, 24 y 25 del tratado, todos en relación con su artículo 1.1 y con el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Los artículos mencionados reconocen el derecho a la vida, a gozar de garantías judiciales, a la igualdad ante la ley y a gozar de protección judicial, en relación con la obligación general a la que se han comprometido los Estados Partes de respetar los derechos y libertades y garantizar su libre y pleno ejercicio.

El 15 de abril de 2008, los peticionarios solicitaron que la Comisión intercediera para lograr una solución amistosa con el Estado, pero el acuerdo de solución amistosa propuesto nunca se materializó.

Posteriormente, el 12 de febrero de 2019, la CIDH aprobó el informe de fondo N° 10/19, en el que concluyó que el Estado brasileño era responsable de la violación de los artículos 5.1, 8.1, 24 y 25.1 de la CADH, en relación con el artículo 4 y con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. Concluyó, además, que el Estado era responsable de violar el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.<sup>4</sup>

La CIDH también recomendó al Estado adoptar una serie de medidas para reparar el daño causado, tales como reparar integralmente las violaciones de derechos humanos tanto en los aspectos materiales como inmateriales, incluyendo medidas de satisfacción y compensación económica; ofrecer medidas para la atención de la salud física y mental de la madre y el padre de Márcia Barbosa de Souza, si así lo desean; reabrir la investigación de forma diligente, efectiva y en un plazo razonable, con las medidas necesarias para subsanar las omisiones que se produjeron.

Este último elemento era tan relevante que la CIDH afirmó que, por respeto a los estándares interamericanos y dada la gravedad de los hechos, el Estado no podía oponer la garantía del *ne bis in idem*, la cosa juzgada o incluso la prescripción, para justificar el incumplimiento de esta recomendación.

Por último, recomendó como mecanismos de no repetición la adecuación del marco normativo interno en materia de inmunidad parlamentaria; asegurar que las decisiones de los órganos competentes en materia de inmunidad estén debidamente fundamentadas; la continuidad del

3 CIDH. *Informe N° 38/07*. Caso 12.263. Admisibilidad. Márcia Barbosa de Souza y familia. Brasil. 26 de julio de 2007.

4 CIDH. *Informe N° 10/19*, Caso 12.263. Fondo. Márcia Barbosa de Souza y sus familiares. Brasil. 12 de febrero de 2019, párr. 75, p. 22.

cumplimiento de la Ley N° 11340/2006 –Ley Maria da Penha– y “contar con todas las medidas legislativas, administrativas y de política pública para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres en Brasil”.

El Estado brasileño llegó a presentar a la CIDH un informe en el que manifestaba su voluntad de cumplir con las recomendaciones formuladas. Sin embargo, no hubo ninguna propuesta concreta para garantizar avances en este sentido y no se pronunció sobre la recomendación relacionada con el tema de la justicia. En consecuencia, el 1° de agosto de 2019, la CIDH sometió el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### **3. Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Debido a la competencia *ratione temporis*, los hechos sometidos al conocimiento de la Corte IDH fueron los ocurridos después del 10 de diciembre de 1998, fecha en la que el Estado aceptó la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria en relación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los representantes de las víctimas buscaron, debido a la dimensión estratégica del litigio, que la Corte IDH se pronunciara sobre un asunto que nunca antes había sido objeto de análisis por parte del pleno: el alcance de la protección que otorga la inmunidad y otras figuras jurídicas a los altos funcionarios ante la comisión de graves violaciones a los derechos humanos.

Es importante destacar que la audiencia pública se llevó a cabo los días 3 y 4 de febrero de 2021, y debido a la incidencia de la pandemia de COVID-19, se realizó con el apoyo de una plataforma de videoconferencia. Este punto merece ser destacado, ya que la realización de una audiencia pública en modalidad virtual era la preocupación inicial de los representantes de las víctimas, dada la posibilidad de perder una mayor interacción en los debates y el impacto del tema en la sociedad, elementos importantes cuando se trata de casos de gran emblemática y repercusión.

Sin embargo, otro punto fue decisivo para la aceptación de que la audiencia pública se celebrara a principios de 2021, en una zona remota: la composición del Tribunal del SIDH en ese momento. Este elemento es relevante para verificar la dimensión estratégica del litigio, ya que si no se realizaba en 2021, la Audiencia Pública se iba a celebrar en 2022, aunque de forma presencial, pero con una nueva composición de la Corte IDH. La composición de la Corte IDH que sentenció el caso *Márcia Barbosa y otros vs. Brasil* ya era conocida por sus fuertes posiciones en cuestiones de género –especialmente con el mandato de la jueza presidenta Odio Benito– y por la visión sobre el derecho constitucional que estaba muy presente en algunos de sus miembros, como los jueces Pazmiño Freire, Ferrer Mac-Gregor Poisot y Sierra Porto. Además, la presencia de un profundo conocedor de la realidad brasileña en materia de violaciones de derechos humanos y procesal penal, el juez Zaffaroni, también fue decisiva para que los representantes de las víctimas aceptaran que la Audiencia Pública se celebrara de forma virtual.

La Corte recibió seis escritos como *amici curiae* de investigadores y clínicas de derechos humanos de universidades y centros de enseñanza ubicados en Brasil.

Finalmente, el 24 de noviembre de 2021 hizo pública la decisión tomada en sesión virtual los días 6 y 7 de septiembre de 2021, a través de la sentencia que condenó al Estado brasileño, abriendo un verdadero hito en la historia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya que fue el primer caso en el que se responsabilizó a Brasil por un feminicidio y el primero juzgado por la Corte en materia de inmunidad parlamentaria.

#### 4. Análisis del fondo de la sentencia

El caso de Márcia Barbosa y otros contra Brasil es, en sí mismo, el retrato del Brasil profundo, donde las prácticas de violencia de género, el uso dispar del poder financiero y político y la hipocresía de una élite gobernada por lo masculino, blanco y heteronormativo se naturaliza por la impunidad patente y garantizada por el propio Estado, especialmente cuando los cuerpos violados son de mujeres, negras, periféricas, y –como Márcia– nordestinas.

Es importante recordar que la violación del derecho a la vida no fue analizada por el tribunal debido al marco de competencia *ratione temporis*. En el caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*,<sup>5</sup> que trató de las violaciones resultantes de la violencia policial en el contexto de las operaciones realizadas en las comunidades periféricas de Río de Janeiro, que resultaron en la muerte de veintiséis personas, la Corte IDH utilizó un enfoque de género para juzgar las violaciones cometidas por el Estado brasileño, centrándose, sin embargo, en la violencia sexual utilizada por los agentes del Estado contra tres mujeres, dos de las cuales eran adolescentes. Así, el análisis de todo un conjunto de violaciones resultantes de un feminicidio cometido en Brasil se expresó por primera vez en el caso Márcia Barbosa.

El análisis del fondo del asunto realizado por la Corte IDH se organizó en dos partes principales: I) Derechos a las Garantías Judiciales, a la Igualdad ante la Ley y a la Protección Judicial, en relación con las Obligaciones de Respeto y Garantía, el Deber de Adopción de Disposiciones de Derecho Interno y las Obligaciones establecidas en el artículo 7 de la Convención Belém do Pará; y II) el derecho a la integridad personal de los familiares de Márcia Barbosa de Souza.

Para una mejor comprensión del escenario cubierto por la sentencia, se destacarán algunos aspectos, dignos de indispensable reflexión, a los efectos de un breve análisis de los reflejos de la decisión en el ámbito del caso y, sobre todo, de la dimensión jurisprudencial del tribunal.

En cuanto a la primera parte del análisis sobre el fondo, las consideraciones del tribunal se centraron en cinco aspectos: i) la supuesta aplicación indebida de la inmunidad parlamentaria; ii) la supuesta falta de la debida diligencia en la investigación de los otros sospechosos; iii) la supuesta violación de

5 Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333.

la garantía del plazo razonable; iv) la supuesta utilización de estereotipos de género en las investigaciones; y v) la conclusión.

La Corte IDH sostuvo que la inmunidad parlamentaria “es una institución que fue concebida como garantía de la independencia del cuerpo legislativo en su conjunto y de sus miembros, y no puede ser concebida como un privilegio personal de un parlamentario”.<sup>6</sup> El Tribunal, pronunciándose por primera vez sobre este tema, destacó la importancia del papel de la institución como garante del entorno democrático. También trató de debatir el entendimiento de la inmunidad material y formal, que “implica la exención de responsabilidad de un parlamentario por sus ideas, votos y opiniones expresadas en el ejercicio de su mandato, aun cuando puedan potencialmente perjudicar los derechos de terceros”,<sup>7</sup> y que impide “la detención preventiva de un parlamentario y puede condicionar el inicio o la continuación de un procedimiento penal contra un miembro de una cámara legislativa a algún tipo de autorización de dicha cámara”.<sup>8</sup>

Esta clasificación teórica es importante para adaptar la reflexión al caso concreto, dado que la situación violatoria se produjo por el uso inadecuado de la inmunidad parlamentaria en su dimensión formal. Cabe recordar que no fue posible iniciar un proceso penal contra el entonces diputado estatal Aécio Pereira de Lima debido a la aplicación de la inmunidad parlamentaria, a través de dos decisiones que denegaron la apertura del proceso.

En este sentido, la Corte IDH ha querido anunciar sus parámetros fundamentales en materia de inmunidad parlamentaria a través de la consideración de que el análisis realizado por el órgano legislativo debe hacerse en cada caso concreto a través de “un cuidadoso ejercicio de ponderación entre la garantía del ejercicio del mandato para el que el parlamentario fue elegido democráticamente, por un lado, y el derecho de acceso a la justicia, por otro”.<sup>9</sup>

En otras palabras, dada la naturaleza democrática de la inmunidad parlamentaria, el examen del *fumus persecutionis* requiere un análisis de elementos como la gravedad, la naturaleza y las circunstancias de los hechos alegados. Además, el tribunal ha considerado que para la aplicación de la institución de la inmunidad parlamentaria en el caso que nos ocupa, debían cumplirse las siguientes pautas: i) seguir un procedimiento acelerado, previsto en la ley o en el reglamento del órgano legislativo, que contenga reglas claras y respete las garantías del debido proceso; ii) incluir un estricto test de proporcionalidad, a través del cual se debe analizar la acusación contra el parlamentario y tener en cuenta el impacto sobre el derecho de acceso a la justicia de los posibles afectados y las consecuencias de impedir el enjuiciamiento de una causa penal; y iii) estar motivado y tener sus razones vinculadas a la identificación y justificación de la existencia o no de un *fumus persecutionis* en el ejercicio de la acción penal ejercida contra el parlamentario.<sup>10</sup>

6 Corte IDH. *Caso Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2021. Serie C No. 435, párr. 100.

7 *Idem*, nota 6, párr. 102.

8 *Idem*, nota 7.

9 *Idem*, nota 6, párr. 107.

10 *Idem*, nota 9.

A la luz de lo anterior, el Tribunal concluyó que

el marco jurídico constitucional de Paraíba y el marco normativo de Brasil, en la fecha de los hechos, obstruían arbitrariamente el acceso a la justicia de los familiares de Márcia Barbosa Souza, al no prever los criterios que debían tenerse en cuenta en el análisis de la solicitud de licencia preliminar, la necesidad de motivación de la decisión o el plazo para la decisión final. Además, la falta de motivación de las dos decisiones adoptadas por la Asamblea Legislativa de Paraíba indica que no realizó un riguroso test de proporcionalidad, a través del cual se tuviera en cuenta el impacto sobre el derecho de acceso a la justicia de las personas que podrían verse perjudicadas por estas decisiones [...] la negativa del órgano legislativo a suspender la inmunidad parlamentaria del entonces diputado Aécio Pereira de Lima fue un acto arbitrario, transformando esta negativa en el mecanismo que fomentó la impunidad del asesinato de la Sra. Barbosa de Souza, haciendo ilusorio el acceso efectivo a la justicia de sus familiares en el presente caso.<sup>11</sup>

En cuanto al aspecto relativo a la falta de debida diligencia en la investigación de los otros sospechosos, la Corte IDH, evocando la posición expresada en sentencias anteriores en el *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*<sup>12</sup> y en el *Caso Vicky Hernández y otros vs. Honduras*,<sup>13</sup> señaló que

cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, el hecho de que las autoridades no investiguen los posibles motivos discriminatorios de un acto de violencia contra la mujer puede constituir en sí mismo una forma de discriminación por razón de género.<sup>14</sup>

Otro elemento importante en la investigación en los casos de violencia de género fue la instrucción –ya presente en el Protocolo Latinoamericano para la Investigación de Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género de 2014, elaborado por la Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos– de que “el cumplimiento de la debida diligencia en la investigación de la muerte violenta de una mujer implica también la necesidad de que ésta sea investigada con perspectiva de género”.<sup>15</sup>

En cuanto a la violación de la garantía del plazo razonable, la Corte IDH consideró que la condición de los familiares de Márcia Barbosa de Souza se vio agravada por la violación de la inmunidad parlamentaria, además de la excesiva demora y la sensación de impunidad por la ausencia de una respuesta judicial efectiva, por la asimetría de poder económico y político entre la acusada y sus familiares y por

11 *Idem*, nota 6, párrs. 122 y 123.

12 Corte IDH. *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.

13 Corte IDH. *Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422.

14 *Idem*, nota 6, párr. 125.

15 *Idem*, nota 6, párr. 126.

el hecho de haber transcurrido casi diez años desde los hechos hasta la obtención de una condena en primera instancia.

Por último, sobre la cuestión de la supuesta utilización de estereotipos de género en las investigaciones, la Corte IDH ha entendido que la dimensión superior del principio de igualdad y no discriminación asume la posición de *ius cogens*, que debe impregnar todo el marco jurídico, tanto del orden público de los Estados como de sus relaciones con otras naciones. En este sentido, se reafirmó el entendimiento ya encontrado en casos como *Gutiérrez Hernández y otros c. Guatemala*<sup>16</sup> y *Guzmán Albarracín y otros c. Ecuador*,<sup>17</sup> en los que se reconoció que

los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan a la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción a la hora de determinar si se ha producido o no un hecho de violencia, en su valoración de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos “distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos más que en hechos”, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciadas.<sup>18</sup>

El caso de Márcia Barbosa fue emblemático también en este sentido, ya que se verificó la patente desvalorización de la víctima durante toda la fase de investigación y el propio proceso penal. El comportamiento y la sexualidad de Márcia Barbosa fueron objeto de ataques vejatorios para favorecer el desvío del foco de las investigaciones, precisamente por el uso de estereotipos de género, siendo estos considerados como elementos relevantes para el proceso.

Así, el tribunal concluyó que

el Estado de Brasil ha violado los derechos a las garantías judiciales, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1, 24 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de este tratado, así como las obligaciones contempladas en el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de la señora M.B.S. y del señor S.R.S.<sup>19</sup>

16 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.

17 Corte IDH. *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405.

18 *Idem*, nota 6, párr. 144.

19 *Idem*, nota 6, párr. 151. Las iniciales aquí contenidas se refieren a la identificación de la madre y el padre de Márcia Barbosa de Souza, respectivamente. Su identidad ha sido salvaguardada por el tribunal a petición de los representantes de las víctimas.



En cuanto a la segunda parte del análisis del fondo del asunto por parte del Tribunal, es decir, la cuestión del derecho a la integridad personal de los familiares de Márcia Barbosa de Souza, la Corte IDH recordó una jurisprudencia consolidada desde finales de los años noventa que sostiene que

es posible declarar la vulneración del derecho a la integridad psíquica y moral de los “familiares directos” de las víctimas y de otras personas con vínculos estrechos con las mismas, por el sufrimiento adicional que han padecido como consecuencia de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y por las acciones u omisiones posteriores de las autoridades estatales ante estos hechos, tomando en consideración, entre otras cosas, los esfuerzos realizados para obtener justicia y la existencia de vínculos familiares estrechos.<sup>20</sup>

En este contexto, la Corte IDH se centró en tres elementos principales del caso para determinar la responsabilidad del Estado brasileño en relación con la integridad personal de los familiares de Márcia Barbosa. El primero fue la forma en que las autoridades estatales actuaron ante el asesinato de Márcia Barbosa, seguido de la amplia cobertura mediática de los estereotipos de género reforzados por las investigaciones y el hecho de que, a pesar de la condena tardía del ex diputado Aécio Pereira de Lima en primera instancia, en el momento de su muerte se le honró con un velatorio en el pleno de la Asamblea Legislativa del Estado de Paraíba y se dictó un decreto de luto oficial en todo el Estado durante tres días.

Así, la Corte concluyó que el Estado violó el derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

## 5. Análisis de las medidas correctoras

Para disponer las medidas de reparación en el caso, la Corte IDH sostuvo que “deben incluir un análisis que contemple no sólo el derecho de las víctimas a obtener reparación, sino también incorporar una perspectiva de género, tanto en su formulación como en su implementación”.<sup>21</sup>

En este sentido, dichas medidas pueden dividirse en tres grandes bloques: medidas de satisfacción; garantías de no repetición; y reparación de los daños y perjuicios.

En cuanto a las principales medidas de satisfacción identificadas, podemos enumerar: i) la publicación y difusión de la sentencia y de su resumen oficial; y ii) la realización de un acto de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado brasileño por las violaciones cometidas.

<sup>20</sup> *Idem*, nota 6, párr. 155.

<sup>21</sup> *Idem*, nota 6, párr. 165.

En el ámbito de las llamadas garantías de no repetición se encuentran: i) la construcción de un sistema nacional y centralizado de recopilación de datos desagregados que permitan el análisis cuantitativo y cualitativo de hechos de violencia contra las mujeres y, en particular, muertes violentas de mujeres; ii) la creación e implementación de un plan de capacitación con miras a la formación y sensibilización continuas de los agentes de las fuerzas policiales, especialmente aquellos que tienen la responsabilidad de las acciones de investigación, así como de los operadores del sistema de justicia del Estado de Paraíba, con una indispensable perspectiva de género y raza; iii) la realización de una jornada de reflexión y sensibilización en la Asamblea Legislativa del Estado de Paraíba, que lleve el nombre de Márcia Barbosa de Souza, sobre el impacto del feminicidio, la violencia contra la mujer y la utilización de la figura de la inmunidad parlamentaria, tomando en cuenta el contenido de la sentencia y iv) la adopción e implementación de un protocolo nacional para la investigación de casos de feminicidio.

Por último, los daños compensatorios decretados por la Corte IDH se resumen en el pago de las cantidades establecidas en la sentencia debido a la imposibilidad de reabrir el procedimiento de investigación policial sobre las otras personas posiblemente implicadas en el asesinato de Márcia Barbosa de Souza; el pago de una indemnización por daños materiales e inmateriales; el reembolso de las costas y gastos y el pago de una cantidad para cubrir los gastos médicos y el tratamiento psicológico o psiquiátrico de la madre de Márcia Barbosa.

Se puede afirmar que hasta el momento se realizaron las publicaciones indicadas, así como el reembolso al Fondo de Asistencia Jurídica a las Víctimas.

## 6. Consideraciones finales

El caso de Márcia Barbosa y otros vs. Brasil fue la primera condena al Estado brasileño por un feminicidio y el primer caso en el ámbito de la Corte IDH donde se trató el tema de la inmunidad parlamentaria, fijando importantes estándares internacionales en una materia tan importante para el Estado Democrático de Derecho.

Como se ha visto, la Corte IDH ha reconocido que la impunidad generada por el uso indebido de la inmunidad parlamentaria, tal como se entendía en ese momento, se sumó a un conjunto de estereotipos de género que impactaron profundamente en el avance de las investigaciones, en el proceso penal e incluso en las noticias difundidas en ese momento sobre la imagen de Márcia Barbosa. Fue precisamente esta presión y la huella que dejó en la vida de la familia de Márcia lo que hizo que durante muchos años sus familiares sufrieran por la impunidad del asesino de una joven negra, nordestina y llena de sueños de una vida mejor.

La decisión de la Corte IDH pone fin al ciclo de impunidad que duró más de dos décadas, anunciando la responsabilidad internacional del Estado brasileño y declarando la insuficiente protección y falta de respeto a las garantías judiciales de los familiares de Márcia Barbosa. Además, las medidas de satisfacción, no repetición y reparación—incluso pecuniaria—son un alivio, pero no son del todo una solución

para la realidad machista, misógina y patriarcal presente en el Poder Judicial brasileño, un reflejo de la propia sociedad, especialmente en sus sectores más acomodados.

Son tantos los casos de violencia de género en Brasil que la propia Corte IDH entiende esta situación como un problema sistémico y estructural. La sombra de la ausencia de datos nacionales adecuados, desagregados y cualificados para promover nuevas políticas públicas con mayor eficacia es un contexto que la propia sentencia pretende reparar.

Además, la sentencia anuncia la indispensabilidad del respeto a los fundamentos del Estado de derecho democrático, por lo que instituciones como la inmunidad parlamentaria nunca pueden ser utilizadas con el fin de socavar esta misma base democrática, mediante la promoción de la impunidad, los prejuicios y la violencia institucional.

Dicho esto, la sentencia pionera en el caso de Márcia Barbosa surge como un instrumento para transformar la realidad que viven muchas mujeres en Brasil y América Latina. En este aspecto es un deber más que apremiante del Estado –a través de sus poderes, órganos e instituciones, en los más diversos niveles– cumplir con la sentencia del caso, en respeto a Márcia Barbosa, a su familia y a todos los que sufren las penurias de la violencia contra la mujer.

Por último, hay un momento en la trayectoria de este caso que es justo inmortalizar con palabras. Meses antes de la decisión del Tribunal, la madre de Márcia, emocionada mientras dialogaba con el representante de las víctimas sobre el caso, dijo que quería construir una cubierta sobre la tumba de Márcia para que su hija no estuviera expuesta al sol. En una región donde la temperatura puede alcanzar fácilmente casi los 40° Celsius, la preocupación de la madre, más de veinte años después del feminicidio, sigue presente. Con cada lágrima que caía sobre las fotografías en las que la sonrisa de Márcia estaba siempre presente, la familia se reunía, relataba recuerdos, reía, lloraba y se reestructuraba en nuevas esperanzas, con nueva descendencia e incluso nuevos sueños. Márcia dejó Cajazeiras, en el extremo oeste del estado de Paraíba, para dirigirse a la capital, la ciudad de João Pessoa, en busca de crecimiento para ella y su familia. Vio su trayectoria cercenada por las manos asfixiantes de un representante del pueblo –diputado estatal–, casi como la representación del Estado que extermina a los que no encajan en los llamados parámetros sociales.

Curiosamente, João Pessoa es la ciudad más oriental de Brasil. Es decir, es el lugar donde primero sale el sol. El mismo sol que aún brilla sobre la tumba de Márcia; que guió la lucha de las mujeres de los bosques como su madre y su hermana por la justicia; que hoy cubre la tumba del padre de Márcia, que murió de cirrosis –como consecuencia del alcoholismo– tras la pérdida de su hija. Ese sol que brilla y sale todos los días, salió el 24 de noviembre de 2021 –fecha de publicación de la sentencia del caso– anunciando que la impunidad ya no ganaría.

Los sueños siguen naciendo en Cajazeiras. Incluso hoy surgen sonrisas y la voluntad de crecer atraviesa los corazones. Pero al menos hoy, Márcia Barbosa y su familia podrán disfrutar de un sentimiento que les fue negado durante años: el alivio de quien por fin puede descansar en paz y a la sombra.



# Desaparición forzada. Deber de investigar

## Corte IDH. *Caso Familia Julien Grisonas Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C No. 437

Por Ariel Dulitzky<sup>1</sup>

---

### 1. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió el 23 de septiembre de 2021 el caso *Familia Julien-Grisonas* respecto de Argentina.<sup>2</sup> El caso se relaciona con la desaparición forzada de Mario Roger Julien Cáceres y Victoria Lucía Grisonas Andrijauskaite, iniciada en un operativo policial y militar conjunto entre fuerzas uruguayas y argentinas durante la dictadura argentina. También se refiere a la falta de una adecuada investigación, sanción y reparación por estos hechos, así como por la tortura, desaparición forzada y otras violaciones en perjuicio de Anatole y Victoria, hijo e hija del matrimonio Julien-Grisonas, ocurridas a raíz del mismo operativo y su posterior traslado primero a Uruguay y luego a Chile donde fueron finalmente adoptados.

La Corte IDH estableció que Argentina es responsable por la desaparición forzada del matrimonio, por lo que declaró la violación de sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal. Asimismo, determinó que Argentina violó los

1 Abogado (UBA). LLM (Harvard Law School). Clinical Professor of Law (University of Texas). Miembro y presidente del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias (2010-2017). Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001-2007).

2 Corte IDH. *Caso Familia Julien Grisonas Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C No. 437 (de aquí en adelante *Julien-Grisonas*).

derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de Anatole y Victoria. La Corte IDH también declaró la violación del derecho de Anatole y Victoria a conocer la verdad acerca del paradero y destino de los restos de su padre y madre. De igual forma, determinó la violación del derecho a la integridad personal de Anatole y Victoria.

Esta noticia de un caso más sobre Argentina remitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte no presentaría interés analítico.<sup>3</sup> Tampoco un caso más sobre desapariciones forzadas resuelto por la Corte suscitara mucha atención.<sup>4</sup> Sin embargo, el caso *Julien-Grisonas* tiene una “trascendencia histórica” como rimbombantemente lo autoproclamó el Tribunal.<sup>5</sup> Es el primer caso en el que la Corte se pronuncia respecto de desapariciones forzadas ocurridas durante la dictadura argentina y sobre los procesos de verdad, justicia, memoria y reparación implementados desde 1983 y, particularmente, sobre los juicios llevados a cabo en Argentina luego de la anulación y declaración de inconstitucionalidad de las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”. De todas maneras, el caso no generó mucha atención en Argentina, siendo apenas receptado en algún medio de comunicación.<sup>6</sup>

El caso *Julien-Grisonas* permite analizar las relaciones particulares que Argentina y el Sistema Interamericano de derechos humanos han mantenido con respecto a las desapariciones forzadas. El caso habilita a analizar las dinámicas y relaciones entre las diferentes herramientas<sup>7</sup> (casos individua-

3 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; y Bicinskas, G. F. y Rey, S. A. (2020). *La Argentina ante el Sistema Interamericano de DDHH. Estadísticas de los litigios en su contra (1971-2020)*. José C. Paz: Edunpaz.

4 Ibáñez Rivas, J. M.; Flores Pantoja, R. y Padilla Cordero, J. (coords.) (2020). *Desaparición forzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Balance, impacto y desafíos*. México: IIDH.

5 *Idem*, nota 2, párr. 56.

6 Bullentini, A. (23 de diciembre de 2021). Argentina fue condenada por delitos de lesa humanidad en perjuicio de la familia Julien Grisonas, *Página 12*. De hecho, el caso generó más atención en el extranjero que en Argentina. Ver por ejemplo, *Deutsche Welle*, CorteIDH condena a Argentina por desaparición de pareja bajo dictadura, disponible en <https://www.dw.com/es/corteidh-condena-a-argentina-por-desaparicion-de-pareja-bajo-dictadura/a-60219653> o *El Universo*, CorteIDH condenó a Argentina por desaparición forzada de pareja durante la dictadura, disponible en <https://www.eluniverso.com/noticias/internacional/corteidh-condeno-a-argentina-por-desaparicion-forzada-de-pareja-durante-la-dictadura-nota/>. En particular el caso fue receptado en Uruguay, demostrando la responsabilidad conjunta del vecino país. Ver, por ejemplo, *El Observador*, Corte Interamericana de DDHH condena a Argentina por desaparición de dos uruguayos en la dictadura, disponible en <https://www.elobservador.com.uy/nota/corte-interamericana-de-ddhh-condena-a-argentina-por-desaparicion-de-dos-uruguayos-en-la-dictadura-20211222183248>, *La Diaria*, Caso Julien: Uruguay y otros países del Plan Cóndor deberán crear en 2022 grupo que investigue crímenes de la dictadura, disponible en <https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2021/12/caso-julien-uruguay-y-otros-paises-del-plan-condor-deberan-crear-en-2022-grupo-que-investigue-crmenes-de-la-dictadura/>, *La Brecha*, Responsabilidades compartidas, disponible en <https://brecha.com.uy/responsabilidades-compartidas/>

7 Goldman, R. K. (nov. 2009). History and Action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights. *Human Rights Quarterly* 31(4), 856-887.

les,<sup>8</sup> sentencias de la Corte,<sup>9</sup> soluciones amistosas,<sup>10</sup> visitas *in loco*,<sup>11</sup> medidas provisionales,<sup>12</sup> informes anuales<sup>13</sup>) que tiene el SIDH para responder a violaciones a los derechos humanos.

Argentina ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptó la competencia contenciosa de la Corte en 1984. Es decir, desde hace 36 años, la CIDH podría haber enviado un caso a la Corte sobre las desapariciones forzadas de la dictadura. De hecho, la Comisión remitió dos casos de desapariciones en democracia sobre Argentina.<sup>14</sup> Por eso, llama la atención que recién a finales de 2019 se remitió el primer caso de Argentina relativo a los miles de desapariciones forzadas de la dictadura producidas entre 1976 y 1983.

En particular considerando que desde 1976 Argentina se caracterizó por el uso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La CIDH fue una de las instituciones a las que recurrieron las víctimas y las organizaciones de derechos humanos con el objetivo de encontrar un espacio para presionar al gobierno militar para que cesaran los crímenes. La Comisión fue un espacio privilegiado de denuncia

- 
- 8 Medina, C. (1988). *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations of Human Rights, and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, The Netherlands, 363. Ver, por ejemplo, Resolución Nº 21/78, Caso 2209, Argentina, 18 de noviembre de 1978 sobre la desaparición forzada de Mónica Mignone, el primer caso decidido por la CIDH sobre desapariciones en Argentina. Ver también Resolución No. 1/83, Casos de Personas Desaparecidas en Argentina, 8 de abril de 1983, en la que la CIDH adopta una decisión final colectiva sobre “un número apreciable de denuncias, en las cuales se alega que numerosas personas han sido objeto de aprehensiones en sus domicilios, lugares de trabajo, o en la vía pública, por personal armado, en ocasiones uniformado que generalmente manifiesta pertenecer a algún tipo de autoridad pública y en operativos significativos y coincidentes tanto por su despliegue como por la forma de ejecución. Con posterioridad a los hechos descritos, las personas aprehendidas han desaparecido sin que se tenga noticia alguna acerca de su paradero” (considerando 1).
- 9 Corte IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 6: Desaparición forzada (2020). Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo6.pdf>
- 10 Argentina y los peticionarios argentinos, sin embargo, fueron los primeros en firmar acuerdos en casos de desapariciones forzadas o violaciones graves a los derechos humanos (tal como se explicará más adelante). Hasta la firma de dichas soluciones, la CIDH consideraba que, por la naturaleza de los hechos denunciados o los derechos violados, estos casos no eran susceptibles de ser reparados o resueltos a través del proceso conciliatorio. Desde entonces, la Comisión ha aprobado numerosos acuerdos de soluciones amistosas en casos de desapariciones forzadas. Dulitzky, A. (8/10/2020). Argentina, desapariciones forzadas y el sistema interamericano de derechos humanos: A propósito del caso Julien-Grisonas. *Revista Pensamiento Penal*, 43.
- 11 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina, Inter-Am. C.H.R., O.A.S. Doc. OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19 corr. 1 (1980) y Tom Farer, *The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox*, 19 Hum. Rts. Q. 510, 512 (1997).
- 12 Corte IDH, Resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 19 de noviembre de 1993, Medidas Provisionales Solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Respecto de la República Argentina, Caso Reggiardo Tolosa. Sobre medidas provisionales en casos de desapariciones forzadas puede consultarse, ver Ángel Salvador Ferrer, Medidas provisionales en casos de desaparición forzada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Análisis, crítica y retos, 2016(32) *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, ISSN-e 1697-5197.
- 13 Ver por ejemplo, CIDH, Informe Anual 1983-1984, OEA/Ser.L/V/II.63, 28 de septiembre de 1984, cap. V, Situación de los Derechos Humanos en Varios Países, Argentina; Informe Anual 1980-1981, OEA/Ser.L/V/II.54, 16 de octubre de 1981, cap. V, Situación General de los Derechos Humanos en los Estados Miembros de la OEA y Campos en los cuales han de Tomarse Medidas para dar Mayor Vigencia a los Derechos Humanos, de Conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Los Detenidos-Desaparecidos e Informe Anual 1982-1983, OEA/Ser.L/V/II.61, 27 de septiembre de 1983, cap. III, Campos en los cuales han de Tomarse Medidas para dar Mayor Vigencia a los Derechos Humanos, de Conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 14 Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26 y *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.

y de apertura de una vía para obtener justicia.<sup>15</sup> A pesar de ello, hasta donde existe información pública, los familiares Julien-Grisonas no presentaron una denuncia contra Argentina sobre las desapariciones forzadas de la familia.<sup>16</sup>

## **2. Argentina y el desarrollo de las respuestas nacionales, regionales y universales a las desapariciones forzadas. La escasa utilización e influencia del caso Julien-Grisonas en el sistema interamericano**

La decisión de la Corte en *Julien-Grisonas* debe considerarse en el estado actual del desarrollo normativo e institucional de los mecanismos nacionales e internacionales en materia de desapariciones forzadas. La identificación de Anatole y Victoria en Chile en 1979, “electrizó” a las Abuelas de Plaza de Mayo, confirmó las sospechas sobre la coordinación represiva entre Argentina, Uruguay y Chile y dio la esperanza que otros bebés y niños también estarían vivos<sup>17</sup> a organizaciones de toda la región.

Clamor, una organización basada en Brasil jugó un papel fundamental en la búsqueda e identificación y reencuentro de los hermanos Julien Grisonas con sus familiares biológicos. La Vicaría de la Solidaridad en Chile apoyó en el proceso de reencuentro y en la mediación entre la familia adoptiva y la biológica.<sup>18</sup> La solidaridad entre Clamor y las Abuelas de Plaza de Mayo quedó sellada con el caso Julien Grisonas. Muchas Abuelas viajaron a Chile en busca de sus nietos.<sup>19</sup> Sin perjuicio de ello, el SIDH no fue el espacio principal durante esos años ni posteriormente donde los esfuerzos en torno a los hechos trágicos de la familia Julien-Grisonas fueran analizados y tratados. Como se explicará, recién en el año 2005 se presentaría una petición ante la CIDH.<sup>20</sup>

El régimen internacional de los derechos humanos y el terrorismo de Estado en Argentina, incluido su legado, se han influenciado recíprocamente desde 1976 hasta nuestros días.<sup>21</sup> Las normas internacionales sobre desapariciones forzadas tienen el sello argentino.<sup>22</sup> La respuesta a las desapariciones en Argentina ha generado precedentes legales, culturales e institucionales que influyeron en el desarrollo de las respuestas globales a este fenómeno. El caso argentino ha puesto en movimiento preceden-

15 Novaro, M. y Avenburg, A. (2009): La CIDH en la Argentina: Entre la Democratización y los Derechos Humanos. *Desarrollo Económico*, 49(143), 83; y David Weissbrodt, D. y Bartolomei, M. L. (1991). The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina, 1976-1983. *Minnesota Law Review*, 75, 1009-1035, 1021.

16 Tal como se informa más adelante, sí existe un caso contra Uruguay por estos hechos.

17 Arditti, R. y Pons, H. (2000). *De por vida, historia de una búsqueda. Las Abuelas de Plaza de Mayo y los niños desaparecidos* (pp. 95-96). Buenos Aires: Grijalbo.

18 Enrique Serra Padrós - Clamor e os irmãos Julien Grisonas: a solidariedade contra o Condor. En C. L. Silva; G. Grassi Calil y M. A. Both da Silva (orgs.), *Ditadura, transição e democracia: estudos sobre a dominação burguesa no Brasil contemporâneo* (p. 90 y pp. 96-97). Puerto Alegre.

19 Catoggio, M. S. (2014). La trama religiosa de las redes humanitarias y el activismo transnacional en las dictaduras del Cono Sur de América Latina. En S. Jensen & S. Lastra (edits.), *Exilios: militancia y represión. Nuevas fuentes, nuevos abordajes de los destierros de la Argentina en los años setenta*. La Plata: EDULP.

20 *Idem*, nota 2, párr. 2.

21 Thomas Wright, *State Terrorism in Latin America: Chile, Argentina, and International Human Rights* (2006), pág. XV.

22 *Idem*, nota 22, pág. 125.



tes procesales como sustantivos a nivel internacional que luego vendrían a limitar o circunscribir las respuestas políticas, legales y judiciales a las desapariciones forzadas dentro como fuera del país. La relación entre desapariciones forzadas en Argentina y el derecho internacional de los derechos humanos demuestra dos procesos paralelos, el de la universalización de problemas locales y el de la globalización de soluciones locales.<sup>23</sup> Las experiencias argentinas traumáticas y desde la periferia se han transformado en respuestas globales, tanto en lo legal como en lo político y social.<sup>24</sup> Tan es así, que se ha hablado del proceso de argentinización de las desapariciones forzadas<sup>25</sup> o del “desaparecido originario” argentino.<sup>26</sup> Por ejemplo, la inclusión de normas específicas sobre desaparición de niños y el derecho a la identidad en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y en la Convención sobre los Derechos de los Niños se deben a iniciativas y a la experiencia argentina (incluido el caso de los hermanos Julien-Grisonas).<sup>27</sup>

El retorno a la democracia en Argentina estuvo signado por la respuesta que el nuevo Gobierno y la sociedad en su conjunto daría a las desapariciones forzadas del pasado. Ello produjo intensos debates al interior de la sociedad argentina, en el que ni la CIDH ni la Corte IDH participaron ni tampoco sus doctrinas tuvieron una influencia determinante, ni la respuesta en materia judicial ni en materia de verdad o reparaciones estuvieron condicionadas por la jurisprudencia o práctica interamericana. Al menos al comienzo del diseño de las políticas de justicia y verdad, los mecanismos de derechos humanos regionales y universales estuvieron ausentes y sus posiciones o jurisprudencia no fueron centralmente relevantes.

De allí, que no sorprenda que, en esos años, la respuesta fue desde el derecho nacional argentino.<sup>28</sup> Así, la famosa sentencia en el Juicio a los Juntas no menciona casos o estándares interamericanos.<sup>29</sup> El Juicio a las Juntas y con la CONADEP, no necesariamente fueron acompañados de cerca<sup>30</sup> o influidos

23 Levy, D. (2010). Recursive cosmopolitanization: Argentina and the global Human Rights Regime. *The British Journal of Sociology*, 61(3).

24 Pino-Ojeda, X. W. (2015). Ethics of Responsibility or Ethics of Principles? Trauma and Neoliberalism in Latin America: The ‘Periphery’ Gone Global. *Borderlands e-Journal: New Spaces in the Humanities*, 14(2), 1-27.

25 Faber, S. (2012). Raising the Specter of “Argentinization”: The Temptation of Spanish Exceptionalism. *Hispanic Issues Series*. Recuperado de University of Minnesota Digital Conservancy, <http://hdl.handle.net/11299/184377>

26 Gatti, G. (2011). De un continente al otro: el desaparecido transnacional, la cultura humanitaria y las víctimas totales en tiempos de guerra global. *Política y Sociedad* 48(3), 519-536.

27 Véase especialmente, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Produced in cooperation with Save the Children Sweden, Legislative History of the Convention on the Rights of the Child (2007), págs. 384-387 y Cerda, J. S. (1990). The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights. *Human Rights Quarterly*, 12(1), 115-119. JSTOR, [www.jstor.org/stable/762169](http://www.jstor.org/stable/762169). págs. 115 y 116.

28 Zunino, M. (2019). Justice Framed: A Genealogy of Transitional Justice, pág. 102 y 184.

29 Alonso, L. (2015). La Definición de las Ofensas en el Movimiento por los Derechos Humanos en Argentina y la Calificación de “Genocidio”. *Contenciosa*, (1). <https://doi.org/10.14409/contenciosa.v0i1.5044>, pág. 10 (explicando como la propuesta de Eduardo Barcesat y otros juristas de utilizar el concepto de genocidio reflejado en el derecho internacional no fue seguido ni por la CONADEP ni el Juicio a las Juntas).

30 Sí debe reconocerse que la CONADEP invitó al secretario ejecutivo de la CIDH a viajar a Argentina y reunirse con ella. El secretario ejecutivo de la Comisión viajó a Buenos Aires entre los días 26 al 31 de marzo de 1983, entregándole toda la documentación que obraba en poder de la Comisión y que consideró pertinente e indispensable para el importante propósito en que las nuevas autoridades están empeñadas en el esclarecimiento de este grave problema. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

directamente por la CIDH<sup>31</sup> o por la Corte.<sup>32</sup> Tampoco el derecho internacional o interamericano se había desarrollado suficientemente. En 1983, todavía no había claridad en qué consistía ni en qué debía consistir la sanción por las violaciones a los derechos humanos.<sup>33</sup> Diez años después, en 1993, aún se sostenía que “parecería estar emergiendo una tendencia hacia el reconocimiento de una obligación internacional de investigar, juzgar y eventualmente sancionar las graves violaciones a los derechos humanos”.<sup>34</sup>

Argentina produjo un impacto muy importante tanto en la práctica latinoamericana como en el desarrollo jurídico interamericano. Los avances en los primeros años de la democracia en materia de enjuiciamiento y verdad luego serían copiados, adaptados, estudiados en otros países de la región. Y el sistema interamericano, en parte influenciado por el modelo argentino y por las demandas de la sociedad civil argentina, comenzaría a desarrollar de manera más clara los deberes de justicia, verdad y reparaciones. Aquí se encuentra otra clave de la relación argentina con el sistema interamericano en materia de desapariciones. El país no es receptor pasivo de estándares interamericanos, sino que desarrolla prácticas y respuestas domésticas que luego influyen en el contenido normativo y jurisprudencial interamericano.

Desde el retorno a la democracia, los gobiernos argentinos, en mayor o menor medida, han considerado como un factor relevante al momento de tomar una decisión su compatibilidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos conjugando sus necesidades o intereses políticos con el cumplimiento de los compromisos en materia de derechos humanos.<sup>35</sup> Por ejemplo, en *Julien-Grisonas* el Gobierno optó por una estrategia de reconocimiento de la responsabilidad y explicación de los avances logrados como consecuencia de la movilización social y la política de Estado adoptada desde el retorno a la democracia. A diferencia de otros países, la Argentina no utilizó defensas procesalistas

1983-1984, OEA/Ser.L/V/II.63, doc. 10, 28 septiembre 1984, Original: español, Capítulo IV, Situación de los Derechos Humanos en varios Estados, Argentina, párr. 8.

- 31 Recién en 1986, la CIDH de manera categórica diría sobre el derecho a la verdad que: “Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. CIDH, Informe Anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 septiembre 1986, Capítulo V. En ese mismo informe, y con relación al deber de investigación, de hecho, la CIDH dejó espacio para la adopción de amnistías al sostener que “Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que ésta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella –así como cualquier otro órgano internacional– puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia. Considera la Comisión, por lo tanto, que sólo los órganos democráticos apropiados –usualmente el Parlamento– tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de ésta, sin que, por otra parte, puedan tener validez jurídica las amnistías decretadas previamente por los propios responsables de las violaciones”. *Idem*.
- 32 De hecho, el primer caso sobre desapariciones forzadas que sería decidido por la Corte donde se establecerían los deberes fundamentales de verdad y justicia, se produciría cinco años después del inicio de la transición argentina con el famoso caso Velázquez Rodríguez, resuelto por la Corte en 1988.
- 33 Jelin, E. (1995). La Política de la Memoria: El movimiento de derechos humanos y la construcción democrática en la Argentina. En C. Acuña y otros, *Juicio, castigos, memoria. Derechos humanos y justicia en la política argentina* (p. 120). Buenos Aires: Nueva Visión.
- 34 Garro, A. (1993). Nine Years of Transition to Democracy in Argentina: Partial Failure or Qualified Success? *Columbia Journal of Transnational Law*, 31, 1-101, nota 20 (traducción propia).
- 35 Filippini, L. (2007). Argentina. En Due Process of Law Foundation, *Victimas sin mordaza, el impacto del Sistema Interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*. México D.F., DPLF / Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

para evadir su responsabilidad, por lo que no discutió “los crímenes perpetrados”, ni los “gravísimos hechos que damnificaron profundamente a la familia”.<sup>36</sup>

En la década de 1990, luego de la aprobación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, los indultos del presidente Menem y una Corte Suprema que ratifica la constitucionalidad de las políticas de impunidad y rechaza los juicios para obtener reparaciones por las desapariciones forzadas y otras violaciones a los derechos humanos, comienza a desarrollarse una nueva dinámica. Las organizaciones y abogados de derechos humanos comienzan a acudir y utilizar el sistema interamericano de derechos humanos principalmente a través de su sistema de casos.<sup>37</sup> En particular, tramitó importantes casos sobre temas centrales en materia de desapariciones forzadas, que no incluyó el caso Julien-Grisonas, pues la familia no acudió a la CIDH hasta el 2005, como llevamos dicho. Por un lado, la Comisión recibió múltiples denuncias por las leyes de impunidad que concluyeron con la adopción del Informe N° 28/92.<sup>38</sup> Vale la pena insistir en que la familia Julien Grisonas no fue parte de este caso ante la CIDH.<sup>39</sup> Esta decisión fue realmente innovadora y dio ímpetu al movimiento global contra la impunidad y el cuestionamiento del uso de amnistías en casos de desapariciones forzadas. Aquí vemos una característica que también había estado presente desde el tiempo de la dictadura. Los casos y las demandas de la sociedad civil argentina influyen el desarrollo de la jurisprudencia interamericana, que luego se expande mundialmente.

Argentina y los peticionarios argentinos también contribuyeron al impulso de nuevos mecanismos institucionales o al perfeccionamiento de procedimientos de la CIDH, a la par de obtener importantes avances a nivel doméstico gracias a la intervención de la Comisión. Argentina fue pionera en el uso de las soluciones amistosas en materia de desapariciones forzadas. Por ejemplo, en el caso de Guillermo Birt,<sup>40</sup> origen del sistema de reparaciones en Argentina o el caso Aguiar de Lapacó,<sup>41</sup> en el que se reconoce específicamente el derecho a la verdad sobre los desaparecidos.<sup>42</sup>

En democracia también se produjo un cambio muy importante en Argentina, que es el comienzo de la utilización más asidua de la jurisprudencia interamericana. Este proceso comenzó con la decisión de la Corte Suprema en 1992 sobre el caso Ekmekdjian contra Sofovich,<sup>43</sup> que ubicó al derecho interamericano por encima del derecho local. En este marco, la reforma constitucional de 1994 consolidó esta apertura internacional al incorporar, con rango constitucional, la CADH y otros instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos facilitando tanto el uso de argumentos internacionales

36 *Idem* nota 2, párr. 55.

37 Engstrom, P. (2013). Transitional Justice, Democratization and the Politics of the Death Penalty in Argentina. In M. Futamura y N. Bernaz (eds.), *The Politics of the Death Penalty in Countries in Transition* (pp. 47-67). Londres: Routledge.

38 CIDH, Informe Anual 1992-1993, Informe 28/92, OEA/Ser.L/V/II.83, 12 de marzo de 1993, párr. 4.

39 *Idem* nota 38, párr. 2.

40 CIDH. Informe No. 1/93 (solución amistosa), Casos 10.288, 10.310, 10.436, 10.496 10.631 y 10.771, Guillermo Alberto Birt y otros, Argentina, 3 de marzo de 1993.

41 CIDH. Informe No. 21/00 (solución amistosa), Caso 12.059, Carmen Aguiar de Lapacó, 29 de febrero de 2000, párr. 15.

42 Barbuto, V. (2010). Argentina. En Fundación para el Debido Proceso Legal, *Las víctimas y la justicia transicional ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?* Washington.

43 CSJN, Fallos 315: 1492.

a nivel doméstico como el uso de mecanismos internacionales para luego regresar al país y buscar la implementación de los estándares desarrollados o de las decisiones obtenidas.<sup>44</sup> La propia CSJN señala, recurrentemente, la posibilidad de una condena de responsabilidad internacional como una de las razones para obedecer las decisiones interamericanas. Ello hasta el fallo “Fontevéchhia y D’Amico”, donde por primera vez la Corte Suprema de manera explícita rechazó implementar una decisión de la Corte Interamericana contra el país.

La influencia de la jurisprudencia interamericana en la doctrina judicial de los tribunales argentinos es innegable. Puede mencionarse que, en la Causa por el Operativo Cóndor, que incluyó los hechos relativos a la familia Julien Grisonas, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal 1 citó a la Corte Interamericana 65 veces.<sup>45</sup>

### 3. ¿Por qué Julien-Grisonas como primer caso ante la Corte y solamente contra Argentina?

Nosotros cuestionamos los motivos por los cuales la CIDH eligió referir *Julien-Grisonas* a la Corte. Sistémicamente se sostiene que Argentina ha sido el país que ha producido más avances en materia de verdad, justicia, reparaciones y memoria por las desapariciones forzadas.<sup>46</sup> Las leyes y decretos que tuvieron en los hechos efectos similares a amnistías ya han sido anulados y declarados inconstitucionales. El delito de desaparición forzada ha sido incorporado al Código Penal.

En el caso específico, los niños desaparecidos fueron hallados y recuperaron su identidad en 1979; la vía judicial ha producido condenas ejemplares en al menos 4 procesos judiciales. Se ha obtenido reparación pecuniaria y existen vías aún abiertas. Por ello, no sorprende que la Corte apenas estableció ciertas violaciones que no cuestionan, en general, la respuesta dada por Argentina a la familia Julien Grisonas. Por ejemplo, la Comisión y el representante alegaron una “situación de impunidad” en este caso.<sup>47</sup> Sin embargo, la Corte IDH rechazó tal alegato sosteniendo que Argentina “cumplió con su obligación de investigar y sancionar” valorando “positivamente los avances logrados por las autoridades”.<sup>48</sup> También reconoció que los jueces realizaron un “adecuado control de convencionalidad”<sup>49</sup> al

44 Engstrom, P. and Pereira, G. (2012). From Amnesty to Accountability: The Ebb and Flow in the Search for Justice in Argentina. En *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability, Comparative and International Perspectives*, ed. Lessa and Leigh A. Payne, 103 New York: Cambridge University Press, pág. 109-110.

45 Sentencia emitida por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 el 9 de agosto de 2016, causas No. 1504, 1951, 2054 y 1976 recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/plan-condor/files/2019/04/Sentencia-Plan-C%-C3%B3ndor.pdf>

46 Ver, por ejemplo, Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas, Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances - Addendum - Follow-up report to the recommendations made by the Working Group Missions to Argentina and Bosnia and Herzegovina, A/HRC/27/49/Add.2, párr. 20 (el Grupo de Trabajo felicita al Estado argentino por los avances alcanzados para brindar verdad, justicia y reparación a las víctimas de los graves crímenes cometidos en el pasado, incluyendo las desapariciones forzadas.) y Kathryn Sikkink, From pariah state to global human rights protagonist: Argentina and the struggle for international human rights. *Lat. Am. Polit. Soc.* 50(1), 1-29.

47 *Idem*, nota 2, párr. 168.

48 *Idem*, nota 2, párr. 175.

49 *Idem*, nota 2, párr. 194.

anular las leyes de Punto Final y Obediencia Debida dando así “una solución”, haciendo cesar sus efectos y reparando normativamente, lo que “fortaleció la garantía interna de los derechos humanos”.<sup>50</sup>

Argentina ha sido y es un líder indiscutible en responder quizás de la manera más integral posible a las desapariciones forzadas en materia de verdad, justicia, reparación y memoria. La segunda premisa es que el SIDH ha contribuido e influido de una manera muy importante y quizás única en este proceso argentino. Estas dos premisas se dan, a pesar de que, a diferencia de Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil, Perú, Colombia, Panamá, El Salvador, Honduras, México y Guatemala, la Corte IDH no había resuelto ningún caso de desapariciones ocurridas durante la dictadura, guerra civil o guerra sucia.

¿Por qué la CIDH no remitió un caso de países como Paraguay,<sup>51</sup> Brasil,<sup>52</sup> El Salvador,<sup>53</sup> México,<sup>54</sup> por citar algunos donde reina una casi completa impunidad en casos de desapariciones forzadas y no existen mecanismos para garantizar la reparación y poco o nada se ha hecho en materia de verdad? Cabe preguntarse dada la poca cantidad de casos que la CIDH remite, ¿por qué no se eligieron otros casos de Argentina donde no hay recuperación de identidad<sup>55</sup> o no hay ningún tipo de sentencia judicial?

Genera dudas adicionales las razones por las cuales el caso se tramitó solo para determinar la responsabilidad de Argentina cuando la propia CIDH<sup>56</sup> y la Corte IDH<sup>57</sup> reconocieron que ha habido participación de fuerzas uruguayas, que al menos los hermanos estuvieron detenidos en Uruguay y que los niños fueron encontrados y adoptados en Chile. Ningún análisis ni explicación provee la CIDH sobre esta limitación y la Corte IDH arroja pocas luces al respecto, salvo sostener que Chile y Uruguay no fueron demandados.<sup>58</sup>

Un aspecto que parecería una constante en la manera en que los casos relacionados con la Operación Cóndor o en aquellos donde existe cooperación, coordinación, asistencia, tolerancia/o aquiescencia entre dos o más países es que los peticionarios no presentan denuncias conjuntas y que la Comisión y posteriormente la Corte no utilizan sus facultades de oficio para incluir de alguna manera a otros Estados que tendrían una responsabilidad conjunta con Argentina en ciertos casos de desapariciones.

50 *Idem*, nota 2, párr. 195.

51 Comité contra la Desaparición Forzada, Observaciones finales sobre el informe presentado por el Paraguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/PRY/CO/1, párr. 17.

52 CIDH. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil, 2021, párr. 418.

53 Visita a El Salvador - Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 09 Jul 2020, A/HRC/45/45/Add.2, párr. 48.

54 Informe del Comité contra la Desaparición Forzada sobre su visita a México al amparo del artículo 33 de la Convención.

55 De acuerdo a las Abuelas de Plaza de Mayo, alrededor de 500 niños desaparecieron durante la dictadura, de los cuales 130 han sido recuperados. Ver *Historia, Abuelas de Plaza de Mayo*, en <https://www.abuelas.org.ar/abuelas/historia->

56 CIDH. Informe No. 56/19, CASO 13.392, Informe de Admisibilidad y Fondo, Familia Julien – Grisonas, Argentina, párr. 24 entre otros aclarando que “los hechos denunciados se llevaron a cabo en el territorio de tres Estados en el marco de la “Operación Cóndor”. A pesar de decidir no “analizar la eventual responsabilidad internacional por hechos ocurridos en Uruguay y en Chile”, efectuará “determinaciones de hecho ocurridas en tales países, a fin de entender la integralidad de los hechos sufridos por las presuntas víctimas y el alcance completo de la responsabilidad internacional del Estado de Argentina.” Es decir, la Comisión considera que tiene competencia para hacer determinaciones de hecho sobre situaciones ocurridas en Chile y Uruguay, pero no para establecer la responsabilidad de dichos países.

57 *Idem*, nota 2, párr. 118 entre otros.

58 CIDH. Informe No. 56-19, párr. 24 y nota 2, párr. 119.

Especialmente la Corte podría haber solicitado informaciones<sup>59</sup> a Chile y Uruguay sobre las investigaciones, juicios, reparaciones que podrían haberse producido en dichos países con relación a la familia Julien Grisonas.<sup>60</sup> En *Fairen Garbi*, uno de los tres casos hondureños sobre desapariciones forzadas (junto a Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz), la Corte se mostró más abierta y diligente que en *Julien-Grisonas*. En efecto, solicitó de oficio información a El Salvador y Guatemala y recibió información del Gobierno de Costa Rica, a pesar de que la demanda era solo contra Honduras.

En los casos *Goiburú contra Paraguay*<sup>61</sup> y *Gelman contra Uruguay*,<sup>62</sup> la Corte determinó que ambos fueron parte de la Operación Cóndor.<sup>63</sup> *Goiburú* y *Gelman*, al igual que *Julien-Grisonas* tienen al menos dos dimensiones transnacionales. Por un lado, los hechos tienen su origen en Argentina, pero su ejecución continua en otro Estado (Paraguay en *Goiburú*, Uruguay en *Gelman* y Uruguay y Chile en *Julien-Grisonas*). Al menos en el caso *Julien-Grisonas* la Corte reconoció la segunda dimensión de la *transnacionalidad* del fenómeno: la investigación requiere el ejercicio de la jurisdicción por más de un Estado.<sup>64</sup> El Tribunal en los tres casos da por probado que el comienzo de la desaparición ocurre en Argentina. Sin embargo, ni los peticionarios alegaron la responsabilidad de los otros Estados, ni la Comisión tramitó los casos contra todos los Estados involucrados, ni los Gobiernos demandados explicaron que, al menos podría haber alguna especie de responsabilidad compartida o solidaria, y finalmente la Corte no involucró de manera alguna a los terceros Estados en el proceso.

Esta fragmentación de la desaparición forzada por los actores del sistema sorprende dada la jurisprudencia interamericana. Correctamente, y de manera “precursora”,<sup>65</sup> la Corte ha entendido, que

el fenómeno de la desaparición forzada de personas requiere de un análisis sistémico y comprensivo, por lo cual este Tribunal considera adecuado reiterar el fundamento jurídico que sustenta la necesidad de una perspectiva integral de la desaparición forzada en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la Convención.<sup>66</sup>

Por ello, se debe “tratar integralmente la desaparición forzada como una forma compleja de violación de derechos humanos”<sup>67</sup> y considerando su carácter pluriofensivo.<sup>68</sup> El análisis de una posible desapa-

59 La Corte ordenó pruebas e información para mejor resolver. *Idem*, nota 2, párr. 12.

60 Como lo sugiere en su voto concurrente el juez Pazmiño Freire.

61 Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

62 Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

63 *Idem*, nota 61, párr. 62; nota 62, párr. 44.

64 *Idem*, nota 2, párr. 119.

65 Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253, párr. 195.

66 Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 57.

67 *Idem*, nota 61, párr. 81

68 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 106.

rición forzada no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentada solo en la detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida, sino más bien el enfoque debe ser en el conjunto de los hechos que se presentan en el caso.<sup>69</sup> El análisis de la desaparición forzada debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias, teniendo en cuenta el corpus juris de protección tanto interamericano como internacional.<sup>70</sup>

Por ejemplo, en Uruguay ha habido investigaciones y condenas tanto por las desapariciones de los padres como de los menores Julien-Grisonas.<sup>71</sup> En Chile no existe información sobre alguna investigación sobre la manera en que los niños llegaron a dicho país. En el contexto de la detención en Londres del dictador Augusto Pinochet, los querellantes incluyeron la situación de los niños Julien Grisonas como uno de los hechos imputados a Pinochet.<sup>72</sup> Todo ello no consta en el expediente probatorio por lo que el mismo está incompleto al no contarse con todo el marco fáctico que rodea estas desapariciones.

En *Julien-Grisonas* hay otros elementos que hacen aún más llamativo que la CIDH y la Corte hayan omitido involucrar a Uruguay y Chile. La Comisión recibió una denuncia en 1977 contra Uruguay registrada bajo el número 2245 sobre la desaparición forzada de cinco niños uruguayos, entre ellos, los hermanos Julien Grisonas.<sup>73</sup> El Gobierno uruguayo respondió al menos una vez a la CIDH en dicho caso el 9 de enero de 1978.<sup>74</sup> Al igual que muchas otras denuncias sobre desapariciones forzadas presentadas en los años 70, se desconoce la resolución que la CIDH le haya dado a este caso.

La propia Corte IDH ya se había pronunciado que los niños Julien Grisonas se encontraron en algún momento detenidos en Uruguay. En efecto, en *Gelman* el Tribunal determinó que Claudia y Macarena Gelman estuvieron detenidas en el SID en Uruguay “en una habitación en planta baja, separada del resto de los detenidos, a excepción de *otros dos niños, los hermanos Julien-Grisonas*, con quienes compartían el mencionado espacio”.<sup>75</sup> Sin embargo, ni en el informe de la CIDH ni en la nota de remisión a la Corte, ni en la sentencia de la Corte se hace referencia alguna a que existe este caso contra Uruguay por los mismos hechos. Esto podría haber generado algún problema de cosa juzgada o litispendencia o al menos una posible excepción preliminar por falta de jurisdicción territorial del Tribunal.

69 Corte IDH. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, párr. 175.

70 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 146.

71 Causa 2-20548/2008, Denuncia Penal por desaparición forzada y sustracción de menor contra Juan Carlos Blanco Estradé, José Gavazzo, Luis Maurente, Manuel Cordero y otros, Tribunal Penal de 25º Turno – Montevideo, <https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/2-205482008.pdf>

72 Ver Demanda de Extradición de Augusto Pinochet Ugarte. Sumario 19/97-L. Solicitud de la Acusación Popular. Madrid, 23 de octubre de 1998, <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/extraac.html>; Ver también *Decisión del Juez Garzón: Más Cargos Contra Pinochet*, Clarín Digital (8 de abril de 1999), [https://www.clarin.com/ediciones-antteriores/cargos-pinochet\\_0\\_Bkil-10eCFI.html](https://www.clarin.com/ediciones-antteriores/cargos-pinochet_0_Bkil-10eCFI.html) (explicando como las Abuelas de Plaza Mayo, como parte litigante contra Pinochet, “también se denuncia el caso de los hermanos Anatole y Victoria Julien Grisonas, secuestrados en Buenos Aires con sus padres”).

73 Investigación Histórica sobre Detenidos Desaparecidos: Tomo IV, 590-598 (IMPO 2007), [http://archivo.presidencia.gub.uy/\\_web/noticias/2007/06/tomo4.pdf](http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/noticias/2007/06/tomo4.pdf) pág. 590 y siguientes.

74 *Idem* nota 73.

75 *Idem*, nota 62, párr. 86 (el resaltado nos pertenece).

El proceso ante la CIDH y ante la Corte tampoco contó con la información que en el año 1979 el Comité sobre Convenciones y Recomendaciones de la UNESCO recibió una denuncia contra Argentina, Uruguay y Chile por la desaparición y reaparición de los hermanos Julien Grisonas.<sup>76</sup> La UNESCO, a diferencia de la Corte, le solicitó en su momento información a los tres gobiernos que respondieron cada uno deslindando sus responsabilidades.<sup>77</sup> Aún más sorprendente resulta este silencio pues cuando se anunció, en Argentina, la desclasificación de la información en posesión de la UNESCO se hizo expresa mención al caso de los hermanos Julien Grisonas.<sup>78</sup>

De modo que el marco fáctico y las consecuencias jurídicas estuvieron limitadas al haberse demandado y condenado solamente a Argentina. Ello no solamente creó una visión compartamentalizada y fragmentada de la desaparición forzada. La propia Corte sostiene que

los tres Estados estaban en la obligación de resguardar y garantizar los derechos humanos y, por ende, las múltiples violaciones cometidas podrían acarrear, eventualmente, algún tipo de responsabilidad concurrente entre aquellos. No obstante, el Tribunal recuerda que el caso fue sometido a su conocimiento únicamente respecto del Estado argentino.<sup>79</sup>

También constituyó una severa limitación al efecto reparatorio de la propia sentencia de la Corte que, entre otras cosas, como su jurisprudencia constante lo sostiene, contribuyen a la preservación de la memoria histórica.<sup>80</sup>

La Corte superó parcialmente esta limitación al ordenar, por primera vez, la creación de un mecanismo regional de cooperación. En efecto, el Tribunal dispuso que la Argentina impulse la creación de un “Grupo de trabajo para coordinar esfuerzos a nivel interestatal para el esclarecimiento de las graves violaciones a derechos humanos ocurridas en el contexto de la “Operación Cóndor””.<sup>81</sup> Lamentablemente el Tribunal actuó con total deshonestidad intelectual al tratar este tema. La Comisión, los representantes de la familia Julien Grisonas y el Gobierno argentino no solicitaron ni se pronunciaron sobre la necesidad de coordinación regional ni la participación de Uruguay y Chile. Los únicos que lo hicimos fuimos mis estudiantes y el autor de este artículo en un *amicus* que presentamos a la Corte oportunamente.<sup>82</sup> El Tribunal copió casi textualmente algunos de nuestros argumentos,<sup>83</sup> a los que

76 Case No. 154/79 Concerning Argentina, Chile and Uruguay Case of Anatole Boris Julien Grisona (sic) and Eva Lucia Julien Grisona (sic) Communication of 6 August 1979 submitted by Jean-Louis Weil. (en adelante, UNESCO).

77 *Idem*.

78 Ministerio de Relaciones Exteriores, Información para la Prensa N°: 133/16, La Argentina anuncia la publicación de documentos de la UNESCO sobre violaciones a los DDHH en nuestro país. Recuperado de <https://cancilleria.gob.ar/es/actualidad/comunicados/la-argentina-anuncia-la-publicacion-de-documentos-de-la-unesco-sobre>

79 *Idem*, nota 2, párr. 118.

80 *Idem*, nota 2, párr. 131 y nota 65, párr. 53.

81 *Idem*, nota 2, párrs. 286-289.

82 *Idem*, nota 2, párr. 11 y nota a pie de página 9.

83 Por ejemplo, párr. 287-289.



describió como “doctrina de la responsabilidad compartida entre Estados”<sup>84</sup> sin citar nuestro escrito<sup>85</sup> y luego de haber rechazado nuestra solicitud de ser escuchados en audiencia. Además, la Corte supuestamente ordenó la creación del Grupo de Trabajo “en congruencia con las solicitudes efectuadas”.<sup>86</sup> Pero ni la CIDH<sup>87</sup> ni el representante<sup>88</sup> solicitaron medida alguna de carácter regional. Celebramos que nuestras ideas hayan sido receptadas por la Corte, aunque sería deseable que en el futuro reconozca el origen y las contribuciones que los *amicus* hacen al trabajo del Tribunal.<sup>89</sup>

#### 4. Los desajustes entre las órdenes de la Corte y los procesos internos

Entendemos que existe una necesidad de estar atentos a los procesos domésticos internos para entender cómo la Corte IDH influye y participa y cuál es el contexto en que emergen y operan las normas y prácticas domésticas que luego son evaluadas por el Tribunal. Pareciera haber acuerdo que una comprensión más sofisticada de la Corte IDH del espacio nacional sería bienvenida. Desde esta perspectiva, lo fundamental es que la Corte, como lo demuestra Huneus, tiene influencia en los procesos domésticos a través de la fijación de ciertos estándares. Dada esta relación, a modo de incrementar su impacto y eficacia, el Tribunal debe desarrollar estrategia que le permitan construir alianzas con actores nacionales, particularmente los tribunales.<sup>90</sup>

Al igual que Gargarella,<sup>91</sup> pensamos que debe prestarse atención al origen y contenido de las medidas que son debatidas en el caso concreto. Reconciliamos ambas posiciones entendiendo que lo fundamental es que la Corte fije los parámetros generales mínimos, indispensables que deben ser satisfechos y luego si los procesos y actores nacionales actúan dentro de esos parámetros, la Corte apoye explícitamente las soluciones alcanzadas. Es decir, permitir una interpretación flexible de la CADH reforzando los principios de subsidiariedad y complementariedad.<sup>92</sup>

84 *Idem*.

85 Como sí lo hizo explícitamente en Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párrs. 193 y 296.

86 *Idem*, párr. 288.

87 *Idem*, párr. 283.

88 *Idem*, párr. 284.

89 La Corte ha expresado que los *amicus* constituyen “valiosas contribuciones, las cuales asistieron en ilustrar al Tribunal sobre los distintos temas sometidos a consulta”. Corte IDH. *El Medio Ambiente y los Derechos Humanos*. Opinión Consultativa OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, serie A No. 23, párr. 11. Ver igualmente, Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, párr. 13.

90 Courtney Hillebrecht, Alexandra Huneus, with Sandra Borda, *The Judicialization of Peace*, 59 Harv. Int'l L.J. 279 (2018) y Response to Gargarella's “Some Reservations Concerning the Judicialization of Peace”. Recuperado de [https://harvardilj.org/2019/09/response-to-gargarellas-some-reservations-concerning-the-judicialization-of-peace/#\\_ftnref7](https://harvardilj.org/2019/09/response-to-gargarellas-some-reservations-concerning-the-judicialization-of-peace/#_ftnref7); Alexandra Huneus, *International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts*, 107 AM. J. INT'L L. 1, (2013) y Huneus, Alexandra (2011) *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights*, *Cornell International Law Journal*, 44(3), Article 2.

91 Sus ideas están desarrolladas, entre otros en Roberto Gargarella, *Some Reservations Concerning the Judicialization of Peace*, 59 Harv. Int'l L.J. Comment (Feb. 3, 2019) y Roberto Gargarella, *No Place for Popular Sovereignty. Democracy, Rights, and Punishment in Gelman v. Uruguay*, Yale Law School SELA (Seminaro en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, 2013.

92 En este sentido, nuestra posición se acerca a la de Jorge Contesse. Ver *Settling Human Rights Violations*,

En los procesos de determinación de políticas públicas en materia de desapariciones forzadas hay una multiplicidad de actores entre familiares, organizaciones de derechos humanos, perpetradores y quienes los apoyan, fiscales y defensores, jueces, congresistas, miembros del Poder Ejecutivo, la prensa, por mencionar algunos. Excluir a ciertos actores, significa que los entendimientos fácticos y jurídicos también son excluidos del diagnóstico y soluciones.

En el proceso ante la Corte, por una parte, generalmente intervienen solo abogados (sean de la CIDH, de los representantes de las víctimas o del Estado y los jueces y miembros de la Secretaría de la Corte). Pero además en el diagnóstico del problema participan la Comisión, los representantes de las víctimas y los del Estado. Quizás también otras partes pueden aparecer como testigos o peritos<sup>93</sup> o como *amicus curiae*.<sup>94</sup> Otros actores relevantes como parlamentarios, jueces, perpetradores o quienes los apoyan, por mencionar algunos, no tienen una participación formal en el proceso ante la Corte. Será el Tribunal quien en su sentencia realice el diagnóstico judicial y ordene las reparaciones que solucionarían el problema. En esta determinación, la Corte tiene amplia discreción para determinar qué hechos son los problemáticos en el caso concreto.<sup>95</sup> Por ejemplo, a más de lo que llevamos dicho sobre la ausencia de Uruguay y Chile en el caso, toda la reconstrucción fáctica se hizo en base a los procesos judiciales que se llevaron a cabo en Argentina.<sup>96</sup> De modo que el procesamiento del caso *Julien-Grisonas* no aportó nada nuevo en materia de verdad.

El desajuste ocurre cuando se produce la ausencia de actores en el diseño de tratamientos o soluciones en respuesta al diagnóstico. Ello produce un doble efecto que afecta la implementación: es probable que la calidad de la solución sea menor, ya que se basa en diagnóstico más débil, y además la exclusión en el diagnóstico y respuesta de ciertos actores puede disminuir la legitimidad de la orden para ciertas partes, reducir el cumplimiento y generar resistencia en su implementación.<sup>97</sup> Ello es muy claro en las decisiones de la Corte que confrontan todos y cada uno de estos problemas.<sup>98</sup>

60 Harv. Int'l L.J. 317 (2019); Resisting the Inter-American Human Rights System, 44 Yale J. Int'l L. 179 (2019); The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine, 22 Int'l J. Hum. Rts. 1168 (2018); The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights, 15 Int'l J. Const. L. 414 (2017) y Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System, 79 Law & Contemp. Probs. 123 (2016).

93 Paul, Á. (2019). Prueba Testifical y Pericial en la Práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ius et Praxis* [online], 25(1) [citado 2020-05-31], 19-48. Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122019000100019&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000100019&lng=es&nrm=iso) o <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100019>.

94 Rivera Juaristi, F. (1/8/2014). The Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights (1982-2013). Recuperado de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2488073> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2488073>

95 García Chavarría, A. B. (2019). Debates sobre la prueba en el litigio ante la Corte Interamericana. *Anu. Mex. Der. Inter* [online], 19 [citado 2020-05-31], 293-325. Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542019000100293&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542019000100293&lng=es&nrm=iso) Epub 11-Mayo-2020. o <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487872e.2019.19.13326>.

96 *Idem*, nota 2, párrs. 49-53 y 57-117.

97 Terence C. Halliday & Bruce G. Carruthers, pág. 1188-1189.

98 Por ejemplo, el Grupo de Trabajo ha dicho que “los grupos de víctimas, en particular las asociaciones defamiliars no han sido debidamente consultadas ni tenidas suficientemente en cuenta en el proceso de adopción de medidas, lo que resultó en que las mismas hayan sido insuficientes y, en muchos casos, ineficaces”. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, Misión a España, 2014, párr. 18.

Estas limitaciones se ven claramente en el caso *Julien-Grisonas*. Así, la Corte ordena elaborar un documental audiovisual sobre las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el marco del “terrorismo de Estado” durante el período 1976-1983 y las coordinaciones interestatales en el contexto de la “Operación Cóndor”. “En consenso con las víctimas, el documental incorporará el enfoque sobre el impacto diferenciado que los hechos ocurridos tienen en niños, niñas y mujeres”.<sup>99</sup> La Corte estima que esta medida es necesaria para recuperar y preservar la memoria histórica y el reconocimiento de la dignidad de las víctimas.<sup>100</sup>

Esta orden, que repite la que el Tribunal ordena en muchos casos,<sup>101</sup> desconoce la realidad argentina por completo. Por ejemplo, como dijimos, la sentencia no aporta nada nuevo en materia de verdad o memoria pues solo descansa en prueba proveniente de expedientes judiciales argentinos. Tampoco contribuye a clarificar los puntos desconocidos, como pueden ser qué sucedió con los cuerpos del matrimonio Julien Grisonas ni los detalles sobre cuánto tiempo los hermanos estuvieron en Uruguay o cómo y cuándo fueron trasladados a Chile. Difícil entender cómo estos vacíos, sobre los cuales la Corte se negó a solicitar información, puedan contribuir a recuperar o preservar la memoria.

Pero, además, la orden de la Corte desconoce todos los audiovisuales existentes en Argentina que dan cuenta del terrorismo de Estado, del robo de niños y de los esfuerzos en materia de verdad, justicia, reparación y memoria.<sup>102</sup> Además, desconoce a los actores centrales en el país. Hacer un audiovisual que incorpore el “enfoque sobre el impacto diferenciado que los hechos ocurridos tienen en niños, niñas y mujeres” sin la participación de las Abuelas de Plaza de Mayo necesariamente carecerá de legitimidad, trascendencia, impacto y de cualquier efecto sobre la memoria colectiva. Por lo menos, la CIDH mostró más humildad que el Tribunal y ya en el año 1986 consideraba

necesario destacar y apoyar las gestiones que han venido realizando las Abuelas de Plaza de Mayo y otros grupos similares tendiente a solucionar el problema de los hijos menores de personas desaparecidas que fueron separados de sus padres y con reclamados por sus verdaderas familias.<sup>103</sup>

99 *Idem*, nota 2, párr. 282.

100 *Idem*, nota 2, párr. 281.

101 Ver por ejemplo, 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. 210 y *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 579.

102 Ver, por ejemplo, en el sitio Multimedia de las Abuelas de Plaza de Mayo, enlaces a Sports, programas TV, testimonios de Abuelas, conferencias, películas, videos educativos, la serie Nietos, Historias con Identidad o testimonios de nietos. Disponible en <https://www.abuelas.org.ar/galeria-videos/spots-1>

103 CIDH. Estudio sobre la Situación de los Hijos Menores de Personas Desaparecidas que Fueron Separados de sus Padres y son Reclamados por Miembros de sus Legítimas Familias.

## 5. Palabras finales

Optamos por palabras finales antes que conclusiones. Lo hacemos, pues compartimos el sentimiento de Pochak cuando indica que

No deja de quedarnos un sabor amargo por este fallo ya que el proceso de memoria, verdad y justicia que protagonizó Argentina es modelo en el mundo, sin embargo, nuestro país termina siendo condenado por la Corte Interamericana por un caso puntual, por hechos que no representan en absoluto los avances que hemos tenido en la materia. De hecho, el fallo no ordena ninguna medida de fondo vinculada a nuestras políticas de justicia y reparación.<sup>104</sup>

Los errores de la CIDH, de los representantes y de la Corte, contribuyeron a este “sabor amargo”.

---

<sup>104</sup> Andrea Pochak, subsecretaria de Protección y Enlace Internacional en Derechos Humanos de la Nación, citada en Bullentini, op. cit.

# Derecho a la salud. Prestadores privados. Discapacidad

## Corte IDH. Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de octubre de 2021. Serie C No. 439

*Por Sebastián Smart<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

El presente trabajo analiza el razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o la Corte) en su sentencia en el caso Vera Rojas vs. Chile, emitida en octubre del año 2021, que interpretó los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. La Corte se pronunció sobre el derecho a la vida e integridad personal y el derecho a la salud de la niña Martina Vera Rojas, particularmente en relación con la responsabilidad del Estado chileno para regular el sistema privado de salud y la potencial afectación cometida por agentes privados.

Según los hechos del caso, en el año 2011, Martina Vera Rojas, una niña que actualmente habita en la ciudad de Arica y que padece el Síndrome de Leigh –una enfermedad neurológica progresiva– interpuso, junto a su familia, diversas acciones judiciales contra la Isapre Más Vida, una entidad privada de salud. La demanda se basaba en el hecho de que en 2010 la Isapre Más Vida decidió retirar unilateral y arbitrariamente el régimen de hospitalización domiciliaria que la niña requería para el tratamiento de

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Católica de Chile). Magister en Derechos Humanos y doctor en Derechos Humanos y Estudios Latinoamericanos (University College of London). Profesor de la Universidad Austral de Chile y funcionario del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Este trabajo ha sido financiado por el Fondecyt de Iniciación, Proyecto 11200195.

su enfermedad, así como para los cuidados especiales que pretendía por su condición de niña en situación de discapacidad.

La Corte IDH dictaminó que el Estado debe garantizar la continuidad del tratamiento médico de Martina, así como el que pueda necesitar en el futuro. Se trata de la primera vez que se responsabiliza internacionalmente a un Estado por la decisión realizada por una aseguradora sanitaria, lo que abre un amplio margen de litigio en casos similares. El Tribunal señaló que la decisión de la aseguradora se adoptó en base a una disposición normativa contraria a los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere a la obligación de regular los servicios sanitarios prestados por particulares. Además, el Tribunal señaló que, aunque el régimen de hospitalización domiciliaria fue restituido posteriormente a Martina en virtud de un laudo arbitral, el riesgo de afectación de los derechos de la niña continúa hasta el día de hoy.

La decisión de la Corte IDH tiene especial relevancia en el avance de estándares de derechos humanos en, al menos, dos áreas. Por una parte, trata en extenso el derecho a la vida e integridad personal, en su relación con el derecho a la salud (Cabrera y Ayala, 2013; Keener y Vásquez, 2008). Cuestión de especial relevancia en un sistema de salud hiperprivatizado como el chileno (Crispi, Cherla, Vivaldi y Mossialos, 2020). Por otra parte, trata sobre las obligaciones del Estado en la supervisión de agentes privados, en este caso del sistema de Isapres (Gonza, 2017). En este sentido se transforma en un avance concreto del fin policéntrico de los estándares sobre derechos humanos y empresas (Rodríguez-Garavito, 2017). El objetivo de este trabajo es analizar los argumentos utilizados por la Corte IDH en su aplicación de dichos estándares.

Para ello, luego de esta introducción, en la segunda parte se hace un breve resumen procesal de los esfuerzos que llevaron a la familia Vera Rojas a presentar este caso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En la tercera parte se analiza el desarrollo del derecho a la salud, particularmente en relación con niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. En la cuarta parte se analizan los estándares aplicados a la fecha por la Corte IDH en materia de derechos humanos y empresas. Por último, a modo de conclusión, se hace una revisión crítica sobre las medidas propuestas por la Corte, así como sobre sus potenciales problemas de implementación.

## **2. El caso de Martina Vera Rojas**

Al momento del fallo de la Corte IDH Martina Vera Rojas tenía 15 años de edad. A los tres meses de vida fue adoptada por Carolina Rojas y por Ramiro Vera y una vez que cumplió un año de edad fue diagnosticada con el Síndrome de Leigh, una patología neurodegenerativa que le generó secuelas neurológicas y musculares. El mismo año en que fue diagnosticada, el padre de Martina contrató con la empresa privada Isapre Más Vida un seguro de salud con una cobertura especial para enfermedades catastróficas, lo que permitió la hospitalización domiciliaria desde el 28 de noviembre de 2007 por medio de la empresa Clinical Service. Tres años después, en octubre de 2010, la Isapre envió una carta al Sr. Vera comunicándole la terminación del servicio de hospitalización domiciliaria, argumentando

que se excluyen de ella los tratamientos de enfermedades crónicas. En este caso, de acuerdo a lo señalado por la Isapre, el prestador de servicios de salud debiera ser el Hospital de Arica.

El mismo día de la notificación de la Isapre, la familia Vera Rojas inició trámites administrativos y judiciales. Primero presentó un reclamo ante la Superintendencia de Salud, que derivó los antecedentes a la Isapre, resultando definitivamente en la negación de la prestación solicitada. En paralelo, la familia presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Concepción, alegando la arbitrariedad e ilegalidad de la decisión de la Isapre. La Corte de Apelaciones resolvió a favor de las pretensiones de la familia Vera Rojas, al señalar que la posibilidad de excluir enfermedades crónicas “no puede incluir aquellas prestaciones que son necesarias para mantener la vida y la salud del paciente, máxime si ello se pondría en riesgo al ser atendido en un establecimiento hospitalario”.<sup>2</sup>

La Isapre Más Vida apeló a la Corte Suprema, que accedió a sus pretensiones. En el fallo de mayo de 2011, señaló que “la Isapre Más Vida S. A. ha podido legítimamente negar la aplicación del seguro catastrófico, pues ha actuado bajo el amparo de las normas que regulan el otorgamiento de este beneficio excepcional”. Asimismo, consideró que “no le asiste a los recurrentes algún título o derecho para exigir que la mencionada entidad privada de salud otorgue la cobertura requerida si no concurren los supuestos establecidos en la normativa para acceder a ella”. En consecuencia, estableció que “la actuación cuestionada no adolec[ía] de ilegalidad ni arbitrariedad, pues se ha sujetado a la reglamentación vigente”.<sup>3</sup>

Agotadas las instancias judiciales, la familia formuló una solicitud de arbitraje ante la Superintendencia de Salud. En este caso, la jueza árbitro que conoció del caso resolvió a favor de la reinstalación de la hospitalización domiciliaria para Martina Vera Rojas. Entre los argumentos sostenidos, se encuentra el hecho de que (a) privar a la niña de su hospitalización domiciliaria, y mantenerla solamente con el plan de salud, haría insostenible para sus padres mantener la prestación, y (b) este hecho obligaría a Martina a reingresar al Hospital de Arica, que no tiene la capacidad técnica para acogerla, o (c) hospitalizarla en un prestador fuera de la región, que sería insostenible económicamente tanto para la Isapre como para los padres; (d) por último, la decisión de la Isapre resulta contraria al derecho a la vida y a la salud.<sup>4</sup>

Los recursos de reposición y de apelación interpuestos por la Isapre no fueron efectivos, por lo que desde 2012 a la fecha se ha mantenido el régimen de hospitalización domiciliaria. Sin embargo, la familia de Martina ha reclamado ante la Isapre y la Superintendencia de Salud la discontinuidad de los servicios y la incertidumbre de los mismos; alegando retrasos, falta de medicamentos, falta de especialistas, entre otros. Lo que llevó a la familia a utilizar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2 Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 520-2010, 26 de enero de 2011, considerando noveno.

3 Corte Suprema de Chile, rol 1263-2011, 9 de mayo de 2011, considerandos segundo, tercero y cuarto respectivamente.

4 Sentencia de la jueza árbitro Liliana Escobar Alegría, intendenta de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, 19 de abril de 2012.

### 3. Derecho a la salud

El derecho a la salud ha sido abordado por la Corte IDH mediante dos enfoques. El primero, en conexión con otros derechos a la luz del artículo 26 de la CADH.<sup>5</sup> El segundo, y más reciente, de manera autónoma.<sup>6</sup> Ambos enfoques de justiciabilidad del derecho a la salud siguen siendo complementarios. En todos ellos, la Corte IDH ha incorporado a su jurisprudencia lo establecido por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC) en materia de elementos esenciales del derecho a la salud: accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad.<sup>7</sup>

Además, la Corte IDH también ha distinguido entre obligaciones de exigibilidad inmediata<sup>8</sup> y obligaciones de realización progresiva.<sup>9</sup> Por último, la jurisprudencia del tribunal interamericano también ha determinado en diferentes oportunidades que los Estados tienen un deber de regular, supervisar y fiscalizar los servicios de salud, incluso cuando el servicio es prestado por una entidad privada.<sup>10</sup> Al respecto, ha señalado que el Estado tiene el deber de regular de manera específica las actividades que implican riesgos significativos para la salud de las personas.<sup>11</sup>

En Chile la atención médica se brinda bajo un sistema mixto de seguridad social, es decir, la prestación de los servicios médicos está a cargo de instituciones públicas. La participación pública es a través de Fonasa y la participación privada es a través de Isapres. Estos últimos pueden recibir cotizaciones de seguro médico obligatorio, lo que permite que las instituciones privadas proporcionen y financien servicios médicos. Luego, la Isapre es supervisada por un inspector de salud que establece los estándares regulatorios y establece un mecanismo de reclamo que se puede activar después de que la propia Isapre conozca y resuelva previamente una queja privada (ver Smart y Letelier, 2019).<sup>12</sup>

En conocimiento de dicho sistema, la Corte IDH vuelve a enfatizar en el caso Vera Rojas que los Estados tienen dos tipos de obligaciones que derivan del reconocimiento de los DESC, conforme al artículo 26 de la CADH: aquellas de exigibilidad inmediata y aquellas de carácter progresivo. En

5 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 173.

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

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

8 *Idem*, nota 6, párr. 104. Respecto de las obligaciones de exigibilidad inmediata, y siguiendo los lineamientos del Comité DESC, la Corte IDH ha entendido que los Estados tienen dos obligaciones: (i) la garantía de no discriminación, y (ii) la obligación de adoptar medidas a fin de lograr la plena realización del derecho a la salud. Conf. Corte IDH. *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus Familiares Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, párr. 20.

9 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párrs. 141-148. En cuanto a las denominadas obligaciones de realización progresiva, y en lo relativo al derecho a la salud, la Corte ha considerado que “el Estado incumple sus obligaciones convencionales de realización progresiva al no contar con políticas públicas o programas que de facto –y no sólo de jure– le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud” y que “la determinación sobre cuándo el Estado ha incumplido con este deber deberá realizarse atendiendo las circunstancias particulares de la legislación de un Estado y los recursos disponibles”.

10 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 95 y 141.

11 *Idem*, nota 5, párr. 178.

12 Corte IDH. *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 80.



consecuencia, y tal como se señala en el párrafo 124 del fallo *en comento*, los Estados tienen el deber de garantizar la prestación de salud, al igual que la de regular y fiscalizar la actividad de las empresas privadas de servicios de salud, incluidos los servicios de las aseguradoras, en tanto su actuación se encuentra en la esfera de un servicio de naturaleza pública, por lo que actúa a nombre del Estado, algo que se analizará en detalle en la siguiente sección.

Antes de ello, es preciso mencionar que el hecho de que la Superintendencia de Salud considerara la posibilidad de retirar la hospitalización domiciliaria ante enfermedades crónicas, constituye una potencial violación a los derechos humanos. En particular, la Corte IDH señala que esta disposición, refiriéndose a la circular número 7 de la Superintendencia,

al no establecer ningún requisito adicional para el retiro del hospital domiciliario, más allá de la consideración acerca de la naturaleza “crónica” de la enfermedad, constituía un riesgo para los derechos humanos, pues podía restringir el acceso a un tratamiento médico que podía ser fundamental para preservar la salud, integridad y vida de las personas, y particularmente de niñas y niños que tuvieran enfermedades como la de Martina, y que tenían alguna discapacidad que los hacía especialmente vulnerables.<sup>13</sup>

En este sentido, la Corte IDH argumenta que en disposiciones generales de salud se debe contemplar la situación particular de grupos de especial protección, además de señalar expresamente que una circular de características generales, tal como la mencionada, puede llevar a interpretaciones que pongan en riesgo los derechos humanos; considerando particularmente que la exclusión de “enfermedades crónicas” es arbitraria toda vez que la progresión de las distintas enfermedades no debiese ser determinante para el tratamiento de la misma.

En cuanto a la accesibilidad del derecho a la salud, la Corte IDH determina que “los tratamientos de rehabilitación y cuidados paliativos pediátricos deben privilegiar, en la medida de lo posible, la atención domiciliaria, o en un lugar cercano al domicilio de la niña o el niño”, lo que obviamente se veía perjudicado por la determinación inicial de la Isapre. En cuanto a la aceptabilidad, la decisión inicial de la Isapre amparada por la circular número 7, también sería vulneratoria, toda vez que el mejor tratamiento que se puede dar a una niña con discapacidad es dentro de su entorno familiar. En materia de calidad, queda en evidencia que la alternativa de someterse al Hospital de Arica constituía una vulneración evidente a los derechos humanos, toda vez que no existían las competencias técnicas ni médicas para asegurarla.<sup>14</sup>

Señala la Corte IDH, además, que la decisión de la Superintendencia de Salud del año 2012 ha permitido la continuidad del servicio de salud, y constatando que la circular que permitía la exclusión de las “enfermedades crónicas” fue modificada,<sup>15</sup> se ha logrado reparar, en parte, las violaciones al derecho a

13 *Idem*, nota 12, párr. 126.

14 *Idem*, nota 12, párrs. 130-135.

15 Circular IF/282 de la Intendencia de Fondos y Seguros de Chile, del 26 de enero de 2017.

la salud. Sin embargo, la persistencia en la falta de personal médico, las demoras en los mismos y otras han llevado a que los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud, particularmente referidos a niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, no se vean del todo satisfechos.

En este sentido, la Corte IDH estima que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la salud en relación con los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal y la niñez. Sin embargo, desecha las pretensiones de la parte solicitante en cuanto a establecer la responsabilidad del Estado por las alegadas violaciones al derecho a acceder a un recurso sencillo y eficaz. El argumento fue la existencia del fallo de la jueza árbitro y del cambio en la circular de la Superintendencia, indicativos de la fiscalización de las acciones de la Isapre Más Vida por parte del Estado.<sup>16</sup>

#### 4. Derechos humanos y empresas

En este caso, tal como hemos visto, el responsable directo de las vulneraciones a los derechos humanos es un agente privado, particularmente asociado a la decisión de la Isapre Más Vida. A diez años de aprobados los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante Principios Rectores), esta decisión de la Corte IDH vuelve concreto el fin policéntrico de los Principios Rectores, un conjunto de normas no vinculantes que busca precisamente su fuerza normativa a través de las decisiones de casos y la legislación nacional (Wettstein, 2015). Se trata precisamente de la capacidad y la agencia que deben tener Estados, organizaciones privadas o individuos afectados en sus derechos humanos por agentes privados de requerir administrativa o judicialmente el avance e implementación de principios que carecen de efecto vinculante y de progresivamente ir adaptándolos a nivel local.

La Corte IDH ha reconocido históricamente la potencial responsabilidad de agentes no estatales en las violaciones de derechos humanos. Basta leer la primera sentencia de la Corte –el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras–, para observar cómo ha ido adoptando estándares en el ámbito de la obligación y garantía de prevención que le corresponde al Estado, al señalar expresamente que

la segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> *Idem*, nota 12, párrs. 148 y 149.

<sup>17</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

Sin embargo, la primera vez que la Corte IDH utilizó los Principios Rectores fue en 2015 en el caso *Kaliña y Lokono vs. Surinam*, en el que adoptó una visión clásica de los derechos humanos. Sin entrar en el Pilar II de los Principios Rectores, esto es en la responsabilidad de las empresas, toma en consideración las obligaciones del Estado en virtud de “adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas [las empresas] puedan cometer”.<sup>18</sup> Un segundo fallo se da en el año 2020 en el denominado *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares Vs. Brasil*. Este caso trajo consigo quizás la decisión más importante en la materia realizada por la Corte IDH, pues si bien reconoce que no es la primera vez que se utilizan los Principios Rectores, reconoce expresamente que estos se deben interpretar en armonía con los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José, así como con otros instrumentos internacionales (como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo).

Esta decisión, además, contempla las obligaciones del Estado en materia de

- i) deber de prevenir violaciones a los derechos humanos en el marco de actividades empresariales, ii) deber de regular y adoptar disposiciones de derecho interno, iii) deber de fiscalizar tales actividades y iv) deber de investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para víctimas en dichos contextos.<sup>19</sup>

De este modo, abre, como veremos, oportunidades para seguir expandiendo la incorporación de los Principios Rectores en la jurisprudencia de la Corte IDH.

En el caso *Vera Rojas vs. Chile*, la Corte elabora su argumento en materia de derechos humanos y empresas en los párrafos 81 a 88 de la sentencia. Como veremos, la Corte adopta una visión Estado-céntrica clásica de las obligaciones en materia de derechos humanos y deriva la responsabilidad de la empresa de la obligación de garantizar los derechos humanos que corresponde al Estado. Esto en cuanto “la obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, y abarca el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos”. Esta obligación de garantizar se ve reflejada en la ya conocida doctrina del control de convencionalidad amplio que aplica la Corte IDH, que promueve la idea de que todas las autoridades del Estado tienen la obligación de interpretar el derecho nacional en concordancia con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

En este sentido, la Corte IDH decide adoptar una posición más bien clásica de la discusión sobre derechos humanos y empresas, siguiendo una línea Estado-céntrica. Así lo señala en su considerando 85 al establecer que

<sup>18</sup> Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 224.

<sup>19</sup> Corte IDH. *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus Familiares Vs. Brasil*, nota 8, párr. 10.

los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran.

La novedad en el caso Vera Rojas, en materia de derechos humanos y empresas, aparece desde el párrafo 89 en adelante, donde la Corte elabora estándares para empresas que cumplen una función pública, en este caso la provisión de servicios de salud. Allí le cabría una responsabilidad especial al Estado en materia de regulación. El argumento es el siguiente:

dado que la salud es un bien público, cuya protección está a cargo del Estado, éste tiene la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud.<sup>20</sup>

De dicha frase surgen tres temas de relevancia. El primero es la especial protección de un bien público, en este caso la salud. El segundo, la obligación de prevenir que se traduce principalmente, como veremos, en el deber de regular. Y tercero, la calidad de persona vulnerable de la víctima. Desarrollaremos cada uno de estos argumentos a la luz de las obligaciones y responsabilidades en materia de empresas y derechos humanos.

Como ya hemos visto, la salud como bien público ha sido tratado en diversos fallos de la Corte IDH. Esta obligación supone el ejercicio del respeto, protección y cumplimiento por parte del Estado de este derecho. En otras palabras, el Estado debe abstenerse de realizar acciones que puedan perjudicar la salud; debe generar medidas para que terceros no interfieran con el derecho a la salud y, por último, debe generar medidas legislativas, administrativas y judiciales para dar cumplimiento a este derecho.<sup>21</sup> Como se vislumbra en este caso, el Estado chileno ha delegado la función de la garantía del derecho a salud en instituciones privadas, incluidas las Isapres.

Es precisamente de esta delegación de funciones para garantizar un bien público que se deriva la obligación de regular y fiscalizar la operación de privados. Esta obligación estatal recae en el “deber especial de protección a la vida y la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado”.<sup>22</sup> En el contexto particular de Chile, la Corte señala que

---

20 *Idem*, nota 12, párr. 89.

21 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de actividades empresariales, 10 de agosto de 2017, párr. 33.

22 *Idem*, nota 10, párr. 89, y nota 5, párr. 175.

en el sistema de seguridad social chileno, en tanto el financiamiento es un elemento central en el acceso a los servicios de salud que ofrecen las instituciones particulares, el Estado está obligado a regular y fiscalizar sus acciones, pues sus actividades pueden implicar graves riesgos al acceso a la salud de las personas, e incluso comprometer la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento del deber de respetar los derechos.<sup>23</sup>

Esto último es especialmente relevante cuando una empresa privada presta un servicio de naturaleza pública y está ejerciendo funciones inherentes al poder público, como es el caso de las Isapres en el sistema de salud chileno (ver Chapman, 2014).

En ese sentido, el Tribunal recuerda que, dado que la salud es un bien público, los Estados tienen la obligación de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada por particulares, como deber especial de protección de los derechos que se pueden ver afectados por la inadecuada prestación de los servicios de salud. De igual forma, resulta pertinente señalar que son las empresas privadas las primeras encargadas en tener un comportamiento responsable respecto de las actividades que realicen, lo que implica que deben adoptar las medidas necesarias para que sus actividades no tengan impactos negativos en los derechos humanos de las personas, subsanar dichas violaciones cuando ocurran y adoptar prácticas con un enfoque dirigido a que sus actividades respeten los derechos humanos. Esto último es especialmente relevante cuando una empresa privada presta un servicio de naturaleza pública y está ejerciendo funciones inherentes al poder público, como es el caso de las Isapres en el sistema de salud chileno.

## 5. Conclusión

Como hemos visto, el fallo hace avances importantes en el reconocimiento del derecho a la salud y en el avance de estándares sobre derechos humanos y empresas. Respecto del primer punto, se hace un reconocimiento de la exigibilidad del derecho a la salud en relación con los derechos a la vida, integridad personal, niñez y discapacidad. Además, el fallo es enfático en señalar estándares específicos en materia de accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud, señalando que la normativa aplicable en Chile y al caso específico no es suficiente para garantizar dichos atributos del contenido del derecho a la salud. A pesar de ello, en su parte resolutive, la Corte IDH determina que habiéndose mantenido la situación de hospitalización domiciliaria y no habiéndose determinado la responsabilidad internacional del Estado por la normativa constitucional o legal que regula el sistema de salud chileno en general, se considera que no existen elementos para ordenar medidas de reparación relativas a la regulación de dicho tratamiento médico.<sup>24</sup> Esta es definitivamente una oportunidad perdida, toda vez que el propio Comité DESC viene señalando al menos desde 2015 que el sistema de

---

<sup>23</sup> *Idem*, nota 12, párr. 92.

<sup>24</sup> *Idem*, nota 12, párr. 178.

salud en Chile no asegura la accesibilidad a servicios básicos de salud particularmente para los grupos marginados y desfavorecidos.<sup>25</sup>

Y aunque la sentencia *en comento* destaca el avance de los Principios Rectores en materia de empresas y derechos humanos, tiende a someter todos los estándares a obligaciones estatales. Así en virtud de la obligación de garantía, la Corte estima que los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir violaciones a los derechos humanos (en concordancia con el Pilar I de los Principios Rectores) e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran (en concordancia con el Pilar III de los Principios Rectores).

Sin embargo, en su posición Estado-céntrica atribuye la responsabilidad de las empresas a la obligación de garantía del Estado, es decir, considera que es una obligación del Estado generar las medidas internas que aseguren la responsabilidad de las empresas de tener políticas de derechos humanos, de generar procesos de debida diligencia y de reparar cuando hayan cometido violaciones a los derechos humanos. Nada dice la Corte respecto de la obligación que recae también sobre las entidades privadas. Esto sin duda es un retroceso en el contexto actual de los estándares en materia de derechos humanos y empresas.

En primer lugar, las discusiones a nivel de Naciones Unidas respecto de la responsabilidad de las empresas trascienden lo que el Estado debe o no hacer en materia de legislación interna. Los Principios Rectores se transforman en un avance precisamente por establecer un mecanismo policéntrico de los derechos humanos, atribuyendo la responsabilidad a las empresas sin importar el contexto jurídico en el que actúen. Este principio fundamental se da precisamente para controlar a empresas que se aprovechan de marcos jurídicos y regulatorios débiles para operar sin perjuicio de su potencial responsabilidad en materia de derechos humanos (Bilchitz, 2016).

A pesar de esta visión Estado-céntrica, la Corte IDH intenta atribuir cierto grado de responsabilidad en la operación de las empresas. Así lo afirma expresamente en el párrafo 85, al señalar que “son las empresas las primeras encargadas de tener un comportamiento responsable en las actividades que realicen, pues su participación activa resulta fundamental para el respeto y la vigencia de los derechos humanos”. Sin embargo, en su parte resolutive nada dice respecto de dicha obligación. Esperamos que, en un contexto global de creciente privatización de bienes públicos, la Corte asuma el rol de garante de derechos que puede tener en este ámbito.

---

25 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, 55º período de sesiones, 1 a 19 de junio de 2015, E/C.12/CHL/CO/4, párr. 28.

## Bibliografía

- Bilchitz, D. (2016). The Necessity for a Business and Human Rights Treaty. *Business and Human Rights Journal*, 1(2), 203-227.
- Cabrera, O. A. y Ayala, A. S. (septiembre de 2013). Advancing the Right to Health through Litigation. En J. M. Zuniga, S. P. Marks y L. O. Gostin (eds.), *Advancing the Human Right to Health*. Oxford: Oxford Scholarship Online. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199661619.003.0002> [29 de marzo de 2022].
- Chapman, A. R. (2014). The Impact of Reliance on Private Sector Health Services on the Right to Health. *Health & Hum. Rts. J.*, 16, 122.
- Crispi, F.; Cherla, A.; Vivaldi, E. A. y Mossialos, E. (2020). Rebuilding the Broken Health Contract in Chile. *The Lancet*, 395(10233), 1342.
- Gonza, A. (2016). Integrating Business and Human Rights in the Inter-American Human Rights System. *Business and Human Rights Journal*, 1(2), 357-365. doi:10.1017/bhj.2016.18.
- Keener, S. R. y Vasquez, J. (2008). A Life Worth Living: Enforcement of the Right to Health Through the Right to Life in the Inter-American Court of Human Rights. *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 40, 595.
- Smart, J. y Letelier, A. (2019). Bridging Human Rights and Social Determinants of Health: Argentina, Chile, Paraguay, and Uruguay. *International Journal of Human Rights in Healthcare*.
- Wettstein, F. (2015). Normativity, Ethics, and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Critical Assessment. *Journal of Human Rights*, 14(2), 162-182.





# Derechos reproductivos

## Corte IDH. Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441

*Por Morena Herrera<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

La sentencia de la Corte IDH que se comenta en este artículo representa un hito histórico en la República de El Salvador, porque si bien establece la responsabilidad internacional del Estado “por la violación de los derechos: i) a la libertad personal y a la presunción de inocencia en perjuicio de Manuela; ii) a la defensa, a ser juzgada por un tribunal imparcial, a la presunción de inocencia, el deber de motivar, la obligación de no aplicar la legislación de forma discriminatoria, la igualdad ante la ley, el derecho a no ser sometida a penas crueles, inhumanas o degradantes y la obligación de garantizar que la finalidad de la pena privativa de la libertad sea la reforma y la readaptación social de las personas condenadas, en perjuicio de Manuela; iii) a la vida, a la integridad personal, a la vida privada, a la igualdad ante la ley, a la salud e igualdad ante la ley, en perjuicio de Manuela, y iv) a la integridad personal en perjuicio de la madre, el padre, el hijo mayor y el hijo menor de Manuela, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Manuela”, todos los hechos violatorios ocurrieron en el ámbito de los derechos

---

<sup>1</sup> Máster en Relaciones de Género (Universidad de Girona). Máster en Desarrollo Local (Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”). Egresada de Estudios de Doctorado en Filosofía Iberoamericana (UCA). Docente de pos grado en varias universidades. Presidenta de Agrupación Ciudadana por la despenalización del aborto en El Salvador, una de las organizaciones peticionarias en el caso “Manuela y otros”.

reproductivos, que es hasta ahora un campo de ambiguo y difícil reconocimiento por parte de las instituciones públicas salvadoreñas.

La sentencia, basada en la constatación de la violación de derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención de Belém do Pará, se inscribe en un contexto de injusticias reproductivas, tal y como lo afirma el propio tribunal:

en el marco del sistema universal de protección de los derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos, el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han señalado que, desde que entró en vigor la penalización absoluta del aborto en El Salvador, se ha criminalizado a mujeres que han sufrido abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas.<sup>2</sup>

## 2. Contexto y antecedentes

En El Salvador la legislación penal se modificó en el año 1997, entrando en vigor en 1998. Con este cambio se eliminaron todas las formas de aborto no punible que existían con anterioridad.<sup>3</sup> Si bien esta nueva legislación no alude de forma directa a las emergencias y complicaciones durante el embarazo, es importante tener claridad que uno de sus impactos ha sido la persecución, criminalización y condena arbitraria de mujeres que sufren emergencias obstétricas. Se trata de una práctica que ha llevado a que sobre estas mujeres pese una presunción de aborto y, por tanto, tiendan a ser detenidas preventivamente y procesadas en la mayoría de los casos por el delito de homicidio agravado. En consecuencia, El Salvador impone un régimen que favorece la criminalización de la mujer sobre su vida y salud reproductiva.

A ello se agregó que el Código Penal de 1998 eliminó el tipo penal de homicidio atenuado, el cual contemplaba una pena de prisión de hasta cuatro años para “la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o dentro de las setenta y dos horas subsiguientes”.<sup>4</sup> A partir de aquí, todas las conductas que podían interpretarse como constitutivas de este delito, inicialmente se consideraban un aborto y en el proceso judicial pasaron a calificarse de forma automática “bajo el tipo penal de homicidio agravado en perjuicio de descendiente, establecido en los artículos 128 y 129.1 del Código Penal con penas privativas de la libertad que alcanzan hasta los 50 años”.<sup>5</sup>

2 Corte IDH. *Caso Manuela y otros Vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441, párr. 42.

3 Código Penal, Decreto Legislativo N° 1030 del 26 de abril de 1997, publicado en el *Diario Oficial* N° 105, tomo N° 335, del 10 de junio de 1997.

4 Código Penal de El Salvador, Decreto N° 270 de 1973, art. 155: “La madre que matare a su hijo durante el nacimiento o dentro de las setenta y dos horas subsiguientes, en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieran excusable, será sancionada con prisión de 1 a 4 años”. Recuperado de <https://www.scribd.com/doc/60806391/Codigo-Penal-1973>.

5 Feusier, O. E. (2012). *Pasado y presente del delito de aborto en El Salvador*. San Salvador: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA), Departamento de Ciencias Jurídicas, p. 46. Recuperado de [http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/95bbb4\\_pasadoypresentedeldelitodeabortoenelsalvador.pdf](http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/95bbb4_pasadoypresentedeldelitodeabortoenelsalvador.pdf)

Pese a la gravedad de esta situación, era una realidad desconocida que pasaba inadvertida para la mayoría de las personas, incluso en instancias dedicadas a la defensa de los derechos humanos, como organizaciones que analizaban las faltas y violaciones al debido proceso. Fue hasta finales de la primera década del presente siglo que se empezó a gestar un discurso que denunciaba la criminalización de mujeres que han tenido problemas durante el embarazo con la penalización absoluta del aborto, tal y como lo muestra el estudio “Perseguidas, excluidas, encarceladas. El impacto de la criminalización absoluta del aborto en El Salvador”.<sup>6</sup>

En este marco cobra relevancia la constatación de la Corte IDH de que “desde que entró en vigor la penalización absoluta del aborto en El Salvador, se ha criminalizado a mujeres que han sufrido abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas”.<sup>7</sup>

El tribunal ha puesto en evidencia que no se trata de hechos y denuncias aisladas, sino de una sistemática violación de derechos de las mujeres que, habiendo sufrido emergencias obstétricas, han sido sometidas a procesos judiciales en los que se las acusaba inicialmente de haberse provocado un aborto y luego eran condenadas a penas de treinta a cincuenta años de cárcel.

Adicionalmente, la Corte IDH advirtió que

la mayoría de las mujeres procesadas por estos hechos tienen escasos o nulos ingresos económicos, provienen de zonas rurales o urbanas marginales y tienen baja escolaridad. Además, es frecuente que las denuncias sean presentadas por el personal médico de la institución de salud donde estaba siendo atendida la mujer.<sup>8</sup>

Se trata, por tanto, de un contexto discriminatorio en el que la violación de derechos ocurre en un marco de injusticias reproductivas contra mujeres que viven en situación de pobreza y vulnerabilidad.

### 3. Los hechos del caso

Manuela fue una de esas mujeres perseguidas, excluidas y criminalizadas. Murió de cáncer cuando apenas había cumplido 33 años. Las últimas semanas estuvo recluida en un pabellón de reos del Hospital Rosales, mientras cumplía una condena de treinta años de prisión por el delito de homicidio agravado al que había sido condenada tras haber sufrido una emergencia obstétrica. Manuela tenía pocos recursos económicos, era analfabeta, vivía con su familia, dos hijos pequeños, su madre y su padre en una comunidad rural alejada del casco urbano de su municipio.

6 Investigación realizada por el Centro de Derechos Reproductivos en coordinación con la Agrupación Ciudadana por la despenalización del aborto en El Salvador. Recuperado de <https://clacaidigital.info/handle/123456789/519>

7 *Idem*, nota 2, párr. 42.

8 *Idem*, nota 2, párr. 46.

De acuerdo con la sentencia de la Corte IDH,

en el presente caso no existe controversia sobre que Manuela estaba embarazada, dio a luz y sufrió de pre-eclampsia, una complicación del embarazo, la cual, al constituir un riesgo grave para la salud, debe ser caracterizada como una emergencia obstétrica.<sup>9</sup>

Los datos del expediente médico muestran que entre agosto de 2006 y agosto de 2007 Manuela sufrió de diversos padecimientos de salud, incluyendo el desarrollo de varias masas en el cuello. En ese período no recibió un diagnóstico claro relacionado al cáncer linfático que padecía (Linfoma de Hodgkin).

En la sentencia se destaca que, en febrero de 2008, Manuela, mientras lavaba ropa en un río cercano, sufrió una fuerte caída en la que se lastimó la región pélvica, lo que le generó un dolor lumbopélvico que fue aumentando en intensidad y duración, y derivó en un sangramiento transvaginal. Al día siguiente, su madre fue a buscarla a su cuarto, donde la encontró pálida, sangrando por la vagina, sudada e inconsciente, por lo que fue llevada al Hospital Nacional de San Francisco Gotera. En los registros del hospital consta que Manuela tuvo un “parto extrahospitalario, retención de placenta y desgarro perineal”. El personal médico concluyó que Manuela había tenido un preeclampsia grave posparto, más anemia producida por pérdida de sangre importante.

El día que Manuela ingresó al hospital, la médica que la atendió presentó una denuncia en su contra ante la Unidad de Recepción de Denuncia, Fiscalía Sub-Regional de Morazán, que dio inicio al proceso penal. El 28 de febrero de 2008 la policía interrogó a la médica respecto de su denuncia y allanaron la vivienda donde residía Manuela y su familia. En dicha diligencia se encontró al interior de una fosa séptica un cuerpo de un recién nacido muerto y el padre de Manuela presentó una denuncia en contra de su hija. Posteriormente, el padre señaló que los policías lo presionaron y “amenazaron para que pusiera su huella”.<sup>10</sup> Ese mismo día, mientras Manuela recibía atención médica en el hospital fue detenida, acusada “por el delito de homicidio en perjuicio de su hijo recién nacido”. Al igual que otras mujeres que han transitado *Del hospital a la cárcel*,<sup>11</sup> fue esposada a la camilla donde se encontraba, y en aplicación del criterio de captura en flagrancia, fue llevada directamente a la cárcel.

En un proceso judicial breve que duró apenas cinco meses, realizaron la audiencia inicial, la audiencia preliminar, la audiencia de revisión de la medida de prisión preventiva y la audiencia de vista pública. El Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera la condenó a la pena de treinta años de prisión por el delito de homicidio agravado. La sentencia quedó en firme el 26 de agosto de 2008, ya que no se presentó ningún recurso en su contra.

9 *Idem*, nota 2, párr. 91.

10 *Idem*, nota 2, párr. 63.

11 *Del hospital a la cárcel*. Investigación en tres ediciones realizada por la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto en El Salvador. Recuperado de <https://agrupacionciudadana.org/download/del-hospital-a-la-carcel-tercera-edicion/>

Un año después de haber ingresado al hospital y haber sido privada de libertad a Manuela le diagnosticaron Linfoma de Hodgkin con esclerosis nodular y recibió tratamiento de forma inconsistente. El 10 de enero de 2010 fue ingresada al Pabellón de Reos del Hospital Nacional Rosales, donde falleció el 30 de abril de 2010.

A petición de sus familiares en el año 2011 las representantes presentaron un recurso de revisión contra la sentencia condenatoria de Manuela. El 22 de enero de 2012 el Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera declaró inadmisibile el recurso de revisión.

#### 4. La sentencia de la Corte IDH

Al analizar las condiciones y valoraciones en que el Tribunal fundamentó la detención preventiva de Manuela, en cuanto a la amenaza que representaba en la obstaculización del proceso judicial y en la supuesta “alarma social” que podría causar en la comunidad, la Corte IDH considera que la prisión preventiva constituyó una violación adicional de la CADH, fue arbitraria y violó el derecho a la presunción de inocencia en perjuicio de Manuela.<sup>12</sup>

El tribunal también analizó el derecho a la defensa de Manuela, la utilización de estereotipos de género, las garantías procesales y la pena impuesta a Manuela por el supuesto delito de homicidio agravado.

La Corte IDH destaca que el desempeño y actuación de la defensa pública dejó en situación de indefensión a Manuela; las líneas de investigación estuvieron orientadas a afirmar su culpabilidad basada en estereotipos de género “que condicionan el valor de una mujer a ser madre, y, por tanto, asumen que las mujeres que deciden no ser madres tienen menos valía que otras”, así como en interpretaciones y aplicación discriminatoria de la ley, “que constituyó una violación del derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial, así como a la obligación de motivar las decisiones judiciales”.<sup>13</sup>

En base a estas consideraciones concluyó que

la investigación y procedimiento al que fue sometido la víctima no cumplió con el derecho a la defensa, el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial, la presunción de inocencia, el deber de motivar, la obligación de no aplicar la legislación de forma discriminatoria, el derecho a no ser sometido a penas crueles, inhumanas o degradantes y la obligación de garantizar que la finalidad de pena privativa de la libertad sea reforma y la readaptación social de las personas condenadas.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> *Idem*, nota 2, párr. 94.

<sup>13</sup> *Idem*, nota 2, párr. 155.

<sup>14</sup> *Idem*, nota 2, párr. 162.

La Corte IDH también analiza y constata las falencias en la atención médica y clínica a Manuela y sus problemas de salud, antes y durante la emergencia obstétrica, así como posteriormente mientras estaba ya privada de libertad, y la violación del secreto profesional médico. Para el tribunal, el incumplimiento de la obligación de mantener el secreto profesional y la divulgación de la información médica de Manuela constituyó una violación a su derecho a la vida privada y al derecho a la salud, en relación con la obligación de respetar y garantizar y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.<sup>15</sup>

Al no atender adecuadamente las necesidades de salud de Manuela, la Corte IDH considera que el Estado incumplió su responsabilidad de garantizar su derecho a la vida. La Corte señala que las circunstancias de denuncia y de ineficiente atención sanitaria ocurren a mujeres que acuden a centros de salud pública debido a que carecen de recursos económicos para acudir a centros de salud privada, lo cual refleja situaciones de discriminación por ser mujer y ser pobre, lo cual refleja falta de igualdad ante la ley.<sup>16</sup>

Por último, la sentencia afirma que los familiares de Manuela fueron sometidos a un alto nivel de afectación y dolor, no solo por su muerte sino también por el estigma y profundo sufrimiento y angustia que les generó su detención, juzgamiento y encarcelamiento.

Un aspecto importante del fallo es el relativo a las reparaciones. La Corte IDH toma como antecedente la sentencia del *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*<sup>17</sup>, en el que sostuvo que “las reparaciones deberán incluir un análisis que contemple no solo el derecho de las víctimas a obtener una reparación, sino que, además, incorpore una perspectiva de género tanto en su formulación como en su implementación”.

Como medidas de satisfacción ordenó la publicación de la sentencia y que el Estado realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del presente caso. A un año de aprobada la sentencia, ninguna de estas dos medidas ha sido cumplida por el Estado, las cuales son de gran importancia para la rehabilitación de la memoria de Manuela, en especial ante su comunidad, contribuyendo de manera muy relevante a la reparación para sus hijos, su madre y su padre.

También como medida de satisfacción ordenó la concesión de becas de estudio para los hijos de Manuela, puesto que lo ocurrido a Manuela ocasionó cambios significativos en el proyecto de vida de sus hijos, teniendo impacto en sus desarrollos personal y profesional.<sup>18</sup>

Un segundo apartado de reparaciones son la denominadas “Medidas de rehabilitación”, que consisten en brindar gratuitamente, a través de instituciones de salud especializadas y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico, psicológico y/o psiquiátrico que requieran los padres de Manuela, incluida la provisión gratuita de medicamentos, previo consentimiento informado y por el tiempo que sea necesario.<sup>19</sup>

---

15 *Idem*, nota 2, párr. 229.

16 *Idem*, nota 2, párr. 160.

17 Corte IDH. *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405.

18 *Idem*, nota 2, párr. 279.

19 *Idem*, nota 2, párr. 282.

Tanto las becas de estudio como los tratamientos han empezado a implementarse por parte del Estado, para lo que se ha conformado una comisión de seguimiento integrada por las organizaciones representantes de las víctimas, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Educación y el Ministerio de Salud, así como un miembro de la familia de Manuela, lo cual está permitiendo agilizar y coordinar la atención de forma que cumpla sus objetivos con los estándares de calidad necesarios y se adapte a las condiciones de edad, físicas y expectativas de la madre, padre e hijos de Manuela.

Con el fin de que no se repitan en El Salvador casos como el de Manuela, la Corte ordena diferentes reformas normativas. La primera de ellas es la adopción de un protocolo para la atención de mujeres que requieran atención médica de urgencia por emergencias obstétricas, dirigido a todo el personal de salud público y privado de El Salvador, estableciendo criterios claros para asegurar que, en la atención de estas mujeres:

- i) se asegure la confidencialidad de la información a la que el personal médico tenga acceso en razón de su profesión;
- ii) el acceso a servicios de salud no esté condicionado por su presunta comisión de un delito o por la cooperación de las pacientes en un proceso penal; y
- iii) el personal de salud se abstenga de interrogar a las pacientes con la finalidad de obtener confesiones o denunciarlas. En la elaboración del protocolo, el Estado deberá tener en cuenta los criterios desarrollados en esta sentencia y en la jurisprudencia de la Corte.<sup>20</sup>

La Corte recordó que se deberá contemplar los estándares desarrollados en la sentencia que disponen que

- El personal médico y sanitario no tiene una obligación de denunciar a mujeres que hayan recibido atención médica por posibles abortos;
- El personal médico debe mantener el secreto profesional médico frente a cuestionamientos de las autoridades;
- La falta de denuncia por parte del personal de salud no conlleva represalias; y
- La regulación debe prever cuáles son los supuestos en los que se puede difundir la historia clínica.<sup>21</sup>

Asimismo, la Corte IDH ordena que el Estado debe reformar su legislación procesal penal a efectos de compatibilizarla con los estándares relativos a la prisión preventiva desarrollados en la jurisprudencia

---

<sup>20</sup> *Idem*, nota 2, párr. 211.

<sup>21</sup> *Idem*, nota 2, párr. 227.

de la Corte<sup>22</sup> y realizar una reforma a su legislación penal a efectos de compatibilizarla con los estándares relativos a la proporcionalidad de las penas en este tipo de casos. Mientras se realiza esta modificación, las autoridades estatales y en particular los jueces tienen la obligación de aplicar el control de convencionalidad en sus decisiones.<sup>23</sup>

La sentencia también contempla la capacitación y sensibilización de funcionarios públicos respecto del “carácter discriminatorio del uso de presunciones y estereotipos de género en la investigación, el juzgamiento penal de las mujeres acusadas por estos delitos, la credibilidad y la ponderación dada a las opiniones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, en su calidad de partes y testigos, y el efecto de las normas inflexibles (estereotipos) que suelen elaborar los jueces y fiscales acerca de lo que consideran un comportamiento apropiado de las mujeres”.<sup>24</sup>

En el cumplimiento de estas medidas se están dando algunos avances, mediante un proceso de coordinación entre las organizaciones representantes y la Procuraduría General de la República.

Respecto del personal de salud, la Corte IDH ordena al Estado que diseñe e implemente un curso de capacitación sobre el secreto profesional médico, dirigido al personal sanitario y médico del Hospital Nacional Rosales, de conformidad con los estándares desarrollados en la presente sentencia relativos a los alcances del secreto profesional médico, sus excepciones y los estereotipos de género, así como con el protocolo para la atención de mujeres que requieran atención médica de urgencia por emergencias obstétricas ordenado por esta Corte.<sup>25</sup>

La Corte IDH igualmente ordenó la realización de un programa de educación sexual y reproductiva en el ámbito escolar, que debe ser integral, no discriminatorio, que esté basado en pruebas, que sea científicamente riguroso y que sea adecuado en función de la edad y teniendo en cuenta las capacidades evolutivas de los niños, niñas y adolescentes.<sup>26</sup>

El Estado no solo no ha informado ningún avance en el cumplimiento de esta reparación, sino que, por el contrario, en septiembre y octubre de 2022 ha dado un grave retroceso al retirar el Ministerio de Educación el programa de Educación Integral en Sexualidad que estaba ya distribuido en los Centros Educativos Públicos.

La última medida de no repetición ordenada es de gran relevancia pues se trata de la regulación de la atención para casos de emergencias obstétricas. Aunque el tribunal advierte que el Estado tiene diversas guías y lineamientos técnicos del Ministerio de Salud relativas a la atención obstétrica, entendió que el Estado debe tomar de forma inmediata las medidas necesarias para asegurar la atención médica integral de las mujeres que sufran emergencias obstétricas.<sup>27</sup>

---

22 *Idem*, nota 2, párr. 449.

23 *Idem*, nota 2, párr. 295.

24 *Idem*, nota 2, párr. 293.

25 *Idem*, nota 2, párr. 294.

26 *Idem*, nota 2, párr. 297.

27 *Idem*, nota 2, párr. 299.



Para concluir, la Corte IDH ordenó reparaciones económicas para las víctimas y desestimó las demás solicitudes presentadas por la CIDH y los representantes de las víctimas.

## **5. Palabras de cierre**

La sentencia que aquí se comenta tiene una importancia crucial para la sociedad salvadoreña y para todas aquellas en las que, debido a prejuicios y estigmas contra el aborto se actúa negando la autonomía y libertad reproductiva de las mujeres.

La criminalización de las emergencias obstétricas con penas de cárcel desproporcionadas y crueles como las que sufrió Manuela solo se explica por actuaciones institucionales que tienen a la base una enorme carga ideológica que impregna las leyes y su aplicación, que provoca prácticas nocivas contra las mujeres, especialmente las que viven en condiciones más vulnerables, pero también contra la aplicación imparcial de la justicia como uno de los pilares en los que se fundamenta la construcción democrática y el respeto a los derechos humanos.

Esta sentencia alumbra el camino para superar estas violaciones de derechos humanos que tienen como telón de fondo las injusticias reproductivas.



# Desaparición forzada. Desplazamiento forzoso. Sustracción de niños. Impunidad

## Corte IDH. Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C No. 442

Por Noe Vásquez Reyna<sup>1</sup>

### 1. Antecedentes históricos

De acuerdo con los datos recopilados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre los años 1962 y 1996 en Guatemala hubo un conflicto armado interno que provocó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales. La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) estimó que “el saldo en muertos y desaparecidos del enfrentamiento armado interno llegó a más de doscientas mil personas”.

Asimismo, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto en varios casos<sup>2</sup> y ha advertido que el Estado aplicó, en el marco del referido conflicto armado interno, la “Doctrina de

1 Escribiente y columnista. Licenciada en Literatura (Universidad de San Carlos de Guatemala). Posgrado en Formación Periodística (Universidad del Istmo). Máster en Comunicación Virtual (USAC). Desde 2021 se encarga de la comunicación institucional de la Asociación Familiares de Detenidos Desaparecidos de Guatemala (FAMDEGUA), formada en 1992 a partir de la integración de varios familiares de personas que fueron detenidas-desaparecidas durante el conflicto armado interno (1960-1996).

2 Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36; *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37; *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70; *Caso Mirna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101; *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250; *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253 y *Caso*

Seguridad Nacional”, utilizando la noción de “enemigo interno” que, si bien inicialmente incluía a organizaciones guerrilleras, fue ampliándose para incluir a otros grupos y personas, cometiéndose así graves violaciones de derechos humanos contra civiles desarmados, incluso mujeres y niños, algunas de carácter masivo, como fueron las masacres. Pueblos indígenas y comunidades campesinas fueron especialmente objeto de ejecuciones masivas. Durante la época de los hechos en Guatemala también existía un patrón de separación de niños y niñas de sus familias, posterior a las masacres perpetradas por las fuerzas armadas, y de sustracción y retención ilegal de estos niños y niñas, en algunos casos por los propios militares.

En el año de 1970, durante el gobierno militar del general Carlos Manuel Arana Osorio, se creó e impulsó la empresa denominada Fomento y Desarrollo Económico del Petén (FYDEP), la cual tuvo la dirección del coronel Jorge Mario Reyes Porras. El objetivo principal de esta empresa era fomentar el desarrollo de la región mediante la colonización de las tierras, facilitando la entrega de parcelas a los campesinos, a fin de cultivar productos de la canasta básica. Aunado a ello, desarrollar proyectos de infraestructura como escuelas, caminos, centros de salud o dispensarios.

Ante esta oportunidad de desarrollo, el 16 de diciembre de 1970, sale el primer grupo de migrantes campesinos oriundos de Escuintla, quienes se dirigieron hacia las tierras del municipio de Sayaxché. Los campesinos, trabajadores de las fincas de la costa sur, provenían de la cabecera departamental de Escuintla, de los municipios de la Democracia, Tiquisate y Masagua, y de otras regiones, quienes iban en búsqueda de un proyecto de vida para su familia.

Este marco de desarrollo y colonización de la región petenera propició que un grupo de 35 familias originarias de Puerto de San José, departamento de Escuintla, migrara un año después, en 1971 hacia el municipio de la Libertad, ubicándose inicialmente en la finca denominada La Calavera, que posteriormente se conoció como finca El Zapote. Uno de los problemas era la obtención de una fuente de agua, la cual encontraron en el lugar conocido como el “arroyo del Pucté”, por lo que iniciaron un proceso de gestión ante el FYDEP para que les otorgara esas tierras cercanas al arroyo. Sin embargo, por decisión del coronel Reyes Porras, esa área estaba destinada para la construcción de un centro turístico, lo cual obligó a las familias a reubicarse en otra área.

El asentamiento de las 35 familias finalmente se estableció en el área conocida como El Pozón, donde tenían en las cercanías un nacimiento de agua. Entre 1972 y 1973 los comunitarios realizaron gestiones ante el FYDEP para adquirir 70 caballerías agrícolas y 4 para la comunidad, para el desarrollo de la vida campesina. A finales de 1973, en asamblea comunitaria se nombró la comunidad como “Los Josefinos”, en consideración a que la mayoría de las familias asentadas eran originarios de Puerto de San José. Las actividades productivas principales de la aldea Los Josefinos se centraban en la siembra de maíz, frijol, chile cobanero, chile jalapeño, maní, frutas variadas, caña de azúcar, para el autoconsumo y excedentes para el comercio. En el proceso de distribución y comercialización de la producción

se construyeron bodegas de compra y venta de granos básicos, como también se generó empleo para la carga y descarga de productos en camiones y tractores.

Durante las décadas de 1970 y 1980 se acrecentó la presencia de grupos insurgentes en la región petenera, situación devenida por el cierre de espacios políticos, la creciente corrupción, la usurpación de tierras de los pueblos mayas, principalmente de la Franja Transversal del Norte y la militarización de todo el país, lo que originó mayores niveles de confrontación armada interna.

La intención del FYDEP de llevar desarrollo a Petén desapareció a mediados de la década de 1980, revirtiéndose con ello la política estatal y que en consecuencia generó problemas en el área petenera, que evidenciaba la presencia de grupos de narcotraficantes, miembros de la insurgencia guatemalteca y más personas migrantes sin posibilidad de tener tierras, lo cual afectó el desarrollo de la región.

Hoy en día, aún permanecen un aproximado de 60 núcleos familiares que originalmente se asentaron en el área denominada El Pozón, los cuales regresaron a partir de 1984, pero bajo supervisión y ubicación del Ejército de Guatemala dentro del marco de la política contrainsurgente denominada “Polos de Desarrollo”.

## 2. Enfrentamientos violentos y una masacre

Desde mediados de 1970, la guerrilla o fuerzas armadas rebeldes se encontraban activas en el municipio de la Libertad, departamento de Petén, donde está ubicada la aldea Los Josefinos, y frecuentemente tenían lugar enfrentamientos violentos con el Ejército en la aldea. Debido a esos enfrentamientos, el Ejército perpetró una serie de asesinatos y capturas de sujetos, acusados de colaborar con la guerrilla en la época inmediatamente anterior a los hechos.

En este contexto político de conflictividad armada, entre octubre de 1981 y marzo de 1982, la comunidad, que para el censo de 1981 develaba la existencia de aproximadamente más de cinco mil núcleos familiares, se vio afectada con la desaparición y ejecución de personas residentes de la localidad, situación que empeoró el 29 y 30 de abril de 1982.

Según la sentencia de la Corte IDH,<sup>3</sup> en la mañana del 29 de abril de 1982, miembros de la guerrilla entraron en la aldea y convocaron a sus habitantes a acudir a la cancha de fútbol. Allí realizaron un mitin y ejecutaron a dos hombres quienes, según la guerrilla, estaban vinculados al Ejército de Guatemala. A raíz de ello, en horas de la tarde la guerrilla y miembros del Ejército tuvieron un enfrentamiento en un lugar cercano a la aldea. Posteriormente, el Ejército sitió la aldea para no dejar salir a sus habitantes. A medianoche los soldados ingresaron al caserío, asesinando a las personas que ejercían labores de vigilancia, salvo a una que pudo huir. Miembros del Ejército quemaron los ranchos y ejecutaron a quienes se encontraban dentro de las viviendas. Testigos relataron que soldados con uniformes

3 Corte IDH. *Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C No. 442, pp. 12-14.

de camuflaje entraban en las viviendas para asegurarse que no quedaran sobrevivientes, matando con armas de fuego y a golpes a familias enteras. Según testigos, algunas de las mujeres y niñas fueron víctimas de violación sexual antes de que fueran ejecutadas.

En total, aparte de las 2 personas asesinadas por la guerrilla y las 5 personas que ejercían labores de vigilancia asesinados por el Ejército, al menos 38 personas murieron como consecuencia de la Masacre, incluidos hombres, mujeres, niñas y niños. De estos se han podido identificar a 16 niñas y niños. Sin embargo, este número es mayor, toda vez que, a la fecha, no existe certeza de la identidad y el número total de personas que perdieron la vida como consecuencia de los hechos.

Durante la mañana del 30 de abril de 1982, miembros del Ejército acudieron a la aldea, recogieron a 19 personas asesinadas, las subieron a un carretón y las enterraron en una fosa común ubicada en el cementerio de la aldea, sin haber sido identificadas previamente. Después de los hechos, algunas personas huyeron de la aldea, refugiándose en otros lugares, incluso fuera del país, en México o Belice. Algunas de las personas sobrevivientes volvieron a la aldea 11 meses después de los hechos, acompañadas del Ejército, el cual abandonó el lugar una vez que llegaron 10 familias a la aldea.

### **3. Impunidad: buscar justicia fuera de Guatemala**

De acuerdo con la CIDH,<sup>4</sup> el Estado de Guatemala no inició una investigación de oficio por estos hechos. Además, si bien los sobrevivientes identificaron a los soldados del Ejército como responsables de los hechos, alegaron que no se atrevieron a denunciarlos de inmediato por temor a represalias. Solo una vez iniciadas las negociaciones de paz, el 15 de enero de 1996, la Asociación Familiares de Detenidos Desaparecidos de Guatemala (FAMDEGUA) solicitó la exhumación de los cadáveres enterrados en la fosa común, como anticipo de prueba y acompañando declaraciones notariales. Entre marzo de 1996 y marzo de 1997 se llevó a cabo la exhumación de los restos enterrados en la fosa común por parte del Equipo de Antropología Forense de Guatemala (EAFG) y se inició formalmente una investigación.

Después de ciertas diligencias, el caso quedó inactivo hasta que, en mayo de 2005, la Corte Suprema de Justicia requirió una certificación del proceso para envío a la CIDH, lo que derivó en una reactivación parcial de la investigación, que aún permanece abierta, y sin conclusión a la fecha.

En julio de 2019, la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH y el 17 de febrero de 2021, la Corte realizó la audiencia pública del caso.

El 3 de noviembre de 2021 la Corte IDH dictó sentencia en este caso encontrando al Estado de Guatemala responsable internacionalmente por la desaparición forzada de 14 personas, el desplazamiento forzado de 7 personas y sus núcleos familiares, la violación al derecho a la familia en perjuicio de 6

<sup>4</sup> CIDH. Informe No. 16/19. Caso 12.991. Fondo. Masacre de la Aldea Los Josefinos. Guatemala. 12 de febrero de 2019, p. 3.

personas, la violación del derecho a la niñez de 6 niños y niñas, la violación del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, así como el derecho a conocer la verdad, en perjuicio de 1.439 personas.

Es necesario recordar que Guatemala ocupa el segundo lugar en Latinoamérica en cuanto a sentencias por graves violaciones de derechos humanos. En el marco del postconflicto, registra 21 sentencias condenatorias por parte de la Corte IDH, lo cual evidencia y devela el nivel de represión estatal que afectó y afecta aún a más de 250.000 viudas, 440 aldeas arrasadas y las familias de más de 45.000 personas detenidas desaparecidas, incluidos 5.000 niñas y niños en el marco del conflicto armado interno.

#### **4. Una sentencia por cumplir**

En ese escenario, la sentencia condenatoria en el Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos reviste vital importancia para las más de 1.400 víctimas que sufrieron el terror, horror y miedo de la política represiva del Estado, aplicada por las Fuerzas Armadas y de Seguridad, que no escatimó esfuerzos para ocultar la barbarie y considerar como enemigo interno a toda persona que se oponía a las dictaduras militares o civiles militarizadas impuestas desde 1954 hasta 1996.

La sentencia de la Corte IDH devela después de 40 años la responsabilidad del Estado de Guatemala en la comisión de delitos de lesa humanidad, en donde se obvió aplicar y garantizar el derecho internacional humanitario de la comunidad de la Aldea Los Josefinos.

Para FAMDEGUA y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), quienes han acompañado a la comunidad de Los Josefinos en la lucha legal en el sistema interamericano por los crímenes de lesa humanidad que cometió el ejército de Guatemala, la sentencia de la Corte IDH representa un avance en la justicia en un caso que permanece en la impunidad.

Marcela Martino, subdirectora de CEJIL, indicó:

Es importante que la Corte destaque la persistencia de obstáculos a la investigación, como es la obstrucción que hace el Ministerio de la Defensa, de información indispensable para el esclarecimiento de los hechos y la búsqueda de responsables, y esa es una ruta que ahora el Estado deberá seguir para cumplir con sus obligaciones internacionales.

Manuel Antonio Mendoza Farfán, presidente de FAMDEGUA, reconoció el incansable esfuerzo de las personas sobrevivientes de la masacre y sus familias y afirmó: “Las seguiremos acompañando en el camino por la justicia y reparación de los hechos de los que se hace responsable al Estado de Guatemala, al que exigimos que cumpla a cabalidad con la sentencia dictada”.

Para ambas entidades es claro que todas las violaciones reconocidas por la Corte en este caso son problemas estructurales que siguen sin tener una respuesta de políticas públicas por parte del Estado, a pesar de que Guatemala es uno de los países de la región con más personas desaparecidas y desplazadas. Es así que la sentencia se convierte en una oportunidad para que el Estado repare no solo a las víctimas de Los Josefinos, sino también para que aborde las deudas con todas las personas cuyos derechos se ven afectados por estos flagelos.

El 29 de enero de 2022, la comunidad de Los Josefinos organizó una conferencia de prensa en la Municipalidad de Las Cruces para exigir que se cumpla la sentencia de la Corte IDH. Allí exigió que el Ministerio Público agilice las investigaciones, sin dilaciones ni obstáculos, para que los autores materiales e intelectuales de la masacre sean puestos a disposición de la ley. Asimismo pidió al Ministerio Público que investigue y nombre a todas las víctimas de Los Josefinos. Por último, exigió al Estado de Guatemala que no obstaculice la búsqueda de la verdad y la justicia, y cumpla a cabalidad con la sentencia dictada por la Corte IDH.

La sentencia es una herramienta e instrumento fundamental para las familias víctimas sobrevivientes de la Aldea Los Josefinos, puesto que les permite incidir políticamente a nivel de diferentes instancias estatales, a efecto de viabilizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Guatemala, en cuanto a las medidas de reparación ordenadas, siendo las principales en materia de justicia.

La necesidad de profundizar con la investigación, así como la captura, juzgamiento y sanción a los autores intelectuales y materiales de las violaciones a los derechos humanos de las más de 1.400 víctimas sobrevivientes de los hechos ocurridos entre el 29 y 30 de abril de 1982. Esta medida de reparación es de vital importancia porque es deber del Estado de Guatemala garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas, así como cumplir con el objetivo que persiguen los familiares víctimas sobrevivientes de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido.

El derecho a la verdad implica la prerrogativa que tienen las familias víctimas sobrevivientes y la sociedad en su conjunto, de conocer lo sucedido a una o varias personas que fueron agraviadas por la política represiva del Estado, lo cual incluye el derecho a la información de todo lo sucedido en relación con las graves violaciones de derechos humanos acaecidas antes, durante y después de ocurrida la masacre de la Aldea Los Josefinos.

Finalmente, es importante mencionar que la prohibición para recurrir a figuras que excluyen la responsabilidad penal (decretos de amnistía) garantiza la tutela judicial efectiva de las familias víctimas sobrevivientes. Además, la Corte IDH ha afirmado que “ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos”.<sup>5</sup>

---

5 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, supra nota 2, p. 39.



# Derecho a la seguridad social

## Corte IDH. Caso *Profesores de Chañaral y otras municipalidades Vs. Chile*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2021. Serie C No. 443

*Por Boris Hau<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

Hace unos años uno podía ver en la plaza frente a La Moneda unas mujeres de edad avanzada con unos carteles que decían “Paguen la deuda histórica de los profesores”. Estaban ahí presentes a pesar de los años, a pesar de que generaciones de jóvenes chilenos no conocen lo que fue la “deuda histórica de los profesores”. Pasaron los años de la dictadura, la transición, la democracia y esta deuda seguía siendo un tema no asumido, ignorado de parte del Estado de Chile, un tema que en la práctica no le importó a ningún gobierno ni resolvió ninguno de ellos, ni de izquierda, ni de derecha. Eran profesores, ya todos de tercera edad, los únicos que exigieron durante años una respuesta. Hasta que el 10 de noviembre de 2021, la Corte IDH dictó sentencia contra el Estado de Chile por la deuda histórica con 846 profesoras y profesores.

Este trabajo dará cuenta de los esfuerzos de profesoras y profesores chilenos que no tuvieron respuesta de parte del Estado de Chile, pero también del debate sobre el Sistema de Administración de Fondos

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Alberto Hurtado). Magister en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y doctor (candidato) en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Universidad Carlos III de Madrid). Profesor de la Universidad Alberto Hurtado.

de Pensiones (en adelante, AFP). Luego de la introducción se dará cuenta de esta situación de debate público sobre el modelo de seguridad social en Chile, el origen de este sistema, así como la situación actual del modelo de AFP. En una segunda parte se dará cuenta de los hechos que derivaron a este grupo de docentes de llevar su caso al SIDH. Se analizará la sentencia de la Corte IDH, para culminar con las respuestas que esta ha tenido de la opinión pública e instituciones del Estado.

## **2. Un sistema de seguridad social en el debate público por sus resultados**

En 1980 la dictadura realizó un cambio en la seguridad social de Chile. A través del Decreto-Ley N° 3500 se creó el Sistema de AFP, que obligó a todo trabajador y trabajadora que ha firmado un contrato de trabajo a ser parte de este sistema de seguridad social, que tiene por característica que la administración de estos fondos corresponde a instituciones privadas. Pero los antiguos trabajadores que cotizaban para la seguridad social en las antiguas “cajas” o mutuales pasaron a ser parte de una institución del Estado si es que ellos voluntariamente no traspasaron sus recursos a estas nuevas instituciones de seguridad social. Por tanto, hubo docentes que según su voluntad siguieron en las antiguas “cajas de previsión” y algunos docentes que se sumaron al sistema de previsión social de las AFP. Actualmente las AFP son empresas del rubro de los seguros, donde la mayoría son de capitales extranjeros, que ven este sistema de previsión como un negocio dentro del rubro de los seguros. No existe otra posibilidad de estar vinculado a cualquiera de las solo siete AFP que son parte del sistema.<sup>2</sup>

Un capítulo del Informe de Derechos Humanos 2022 del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales denominado “El sistema de pensiones en Chile: 42 años de ajustes y reformas” analizó la situación de la seguridad social en Chile desde la perspectiva del derecho a la seguridad social.

Este documento plantea que la primera constatación del sistema de pensiones en Chile es que existe una tremenda brecha entre el nivel de las pensiones efectivamente recibidas por los jubilados con el nivel proyectado como planificado al comienzo de la vigencia del sistema. Dicho de otro modo, lo que se planeó en un principio como uno de los objetivos de la reforma de pensiones no se cumple: las pensiones que reciben los jubilados por este sistema están lejos de la expectativa de una pensión digna. La realidad es que quienes se han jubilado en este sistema tienen pensiones tan precarias que deben seguir trabajando.

A pesar de que en los últimos años se han hecho reformas al sistema, en la práctica estos cambios no lo han afectado. Incluso surgió un movimiento ciudadano denominado “No Más AFP”, que logró poner el tema en el debate público, lo que provocó que los partidos políticos se comprometieran a dar una respuesta a esta demanda ciudadana.

---

<sup>2</sup> Chile, Superintendencia de Pensiones. *¿En qué consiste la comisión que cobra una AFP?* Recuperado de [https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-propertyvalue-9897.html#recuadros\\_articulo\\_4130\\_2](https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-propertyvalue-9897.html#recuadros_articulo_4130_2)

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha exigido que cuando son los privados quienes administran los sistemas de seguridad social, “el Estado tiene el deber de regular dichos planes de seguridad social, a través de un sistema de fiscalización eficaz que permita sanciones –usualmente administrativas– en caso de incumplimiento”.<sup>3</sup>

Este Comité ha hecho dos informes sobre Chile, en el año 2004 el reporte denunció la situación de mujeres –dueñas de casa o sin empleo formal–, que están al margen del sistema de la seguridad social, exigiendo al Estado políticas en favor de ellas. En un segundo informe en el año 2015 nuevamente denunció la situación de precariedad de un grupo de personas que están “fuera del sistema previsional y que el Estado parte aún no cuente con un sistema de protección social universal que brinde niveles mínimos de protección”.<sup>4</sup>

Como es el empleador el responsable de pagar mes a mes la cuota previsional a la AFP, hay empleadores que no cumplen con esta obligación debiendo en Chile establecerse tribunales especiales para el cobro de esta prestación al empleador. Se crearon por la Ley N° 20022, del 30 de mayo de 2005, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional.<sup>5</sup>

Son tribunales que tienen en una de sus tareas el exigir el pago de parte del empleador de las cotizaciones atrasadas a la AFP. Para asegurar aún más el pago de las cotizaciones de parte del empleador se creó la Ley N° 19631,<sup>6</sup> que impone la obligatoriedad, al empleador, del pago de cotizaciones previsionales atrasadas como requisito para poner término al contrato de trabajo. A este sistema se le realizó una reforma relevante en el 2008, a través de la Ley N° 20255, que creó y estableció el sistema de pensiones solidarias por el cual el Estado se responsabiliza de la entrega de las pensiones básicas solidarias como de los aportes previsionales solidarios de vejez e invalidez.<sup>7</sup>

Entre el 4 de julio de 2021 y el 4 de julio de 2022, una Convención Constituyente propuso al país un texto constitucional que fue rechazado de forma contundente por la ciudadanía. Este texto expresamente señalaba un sistema de seguridad público, lo que se puede interpretar que exigía la entrada del Estado al sistema de seguridad social, en conjunto con las empresas de AFP, porque el artículo 45 señalaba que:

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social, fundada en los principios de universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, igualdad, suficiencia, participación, sostenibilidad y oportunidad. 2. La ley establecerá un sistema de seguridad social público, que otorgue protección en caso de enfermedad, vejez, discapacidad, supervivencia, maternidad y paternidad, desempleo, accidentes del trabajo.<sup>8</sup>

3 Arteaga, Javiera y Fuentes, Ignacio (2022). El sistema de pensiones en Chile: 42 años de ajustes y reformas (pp. 137-177). En el *Informe de Derechos Humanos 2022 del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales. Recuperado de [https://derechos-humanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2022/11/DDHH2022\\_04\\_Pensiones.pdf](https://derechos-humanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2022/11/DDHH2022_04_Pensiones.pdf)

4 *Ibidem*, pág. 147.

5 Biblioteca del Congreso Nacional, *Ley N° 20022*. Recuperado de <https://bcn.cl/34ckj>

6 Biblioteca del Congreso Nacional. *Ley N° 19631*. Recuperado de <https://bcn.cl/2g0bw>

7 *Idem*, nota 3. pág. 150.

8 Chile, Convención Constitucional. *Propuesta de Constitución Política de la República de Chile*. Recuperado de <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf>

Frente a este proyecto, una campaña en los medios de comunicación promovió publicidad en la que se señalaba que esta propuesta constitucional concluiría en una “estatización” de los fondos previsionales de los chilenos, tal como se señala en la proclama “Que la Constitución y las leyes garanticen que los ahorros son de los trabajadores, que son heredables y nadie se los puede quitar”.<sup>9</sup>

Pero, en la realidad, el objetivo de este nuevo artículo 45 era fortalecer el derecho a la seguridad social, tal como lo expresaron un grupo de profesores constitucionalistas del colectivo “Constitucionalista”, señalando que promovía un cambio de paradigma desde el sistema neoliberal de la Constitución de 1980 a un nuevo modelo de seguridad social:

El derecho a la seguridad social propuesto por el borrador, en cambio, tiene sustancia: contiene todo lo necesario para revertir la trayectoria neoliberal sobre la que se sostiene el modelo de seguridad social vigente, el cual hoy es incapaz de, entre otras cosas, garantizar pensiones dignas.<sup>10</sup>

### **3. El caso “Profesores de Chañaral y otras municipalidades vs. Chile”**

Jubilarse, viene de la palabra júbilo, latín *iubilare*, que quiere decir expresar alegría. Lamentablemente un grupo de docentes en Chile nunca pudo tener una alegría plena luego de haber servido a la educación pública, debido a que su jubilación tendría una merma económica provocada por el no pago de una obligación de parte del Estado con sus pensiones.

Este no pago es lo que se denominó la “deuda histórica con los profesores”, que tiene su origen en el cambio del sistema educacional en Chile. Los profesores que pasaron del Estado a la municipalidad no recibieron un “bono de asignación especial”. Este bono, emanado del Decreto-Ley N° 3551 de 1980, entregó a los profesores fiscales un bono de acuerdo con su sueldo base. Entonces hubo profesores y profesoras que fueron transferidos del Estado a las municipalidades y no recibieron este bono. Pero algunas municipalidades sí reconocieron este pago para ser entregado a los docentes. Al regreso de la democracia en 1990 los docentes iniciaron una serie de demandas para exigir este pago en sus municipios.<sup>11</sup>

La Corte IDH recibió el caso en relación con trece procesos judiciales contra los municipios de Chañaral, Chanco, Pelluhue, Parral, Vallenar y Cauquenes. Los tribunales dictaron sentencias que reconocieron el pago de esta deuda a 846 docentes. El resultado es que luego de las sentencias judiciales que ordenaban a los municipios este pago, los alcaldes argumentaron que no contaban con un respaldo patrimonial para poder cancelar el pago de sentencia.

<sup>9</sup> Campaña “Con mi plata no”. Recuperado de <https://conmiplatano.cl/>

<sup>10</sup> Constitucionalista (28/06/2022). *La seguridad social como derecho*. CiperChile. Recuperado de <https://www.ciperchile.cl/2022/06/28/13-la-seguridad-social-como-derecho/>

<sup>11</sup> Corte IDH. *Profesores de Chañaral y otras Municipalidades vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2021. Serie C No. 443, párr. 56.

En ninguno de los procesos se había logrado cancelar la totalidad de lo adeudado a los profesores e incluso algunos municipios intentaron demandar al Estado con el fin de obtener los fondos necesarios para cumplir con el pago de las sentencias, pero estas demandas fueron rechazadas.<sup>12</sup>

En su sentencia la Corte IDH dio cuenta de la situación etaria de los docentes que no tuvieron ninguna respuesta luego de haber logrado las sentencias condenatorias contra las municipalidades. Al momento de realizarse los alegatos finales del caso ante la Corte IDH,

149 presuntas víctimas, es decir el 18% del total, se encontraban entre los 80 y 92 años de edad; 325 presuntas víctimas, es decir el 38% del total, entre los 70 y 79 años de edad y 189 presuntas víctimas, es decir el 22% del total, entre los 61 y 69 años de edad.<sup>13</sup>

De los docentes que fueron parte de este caso, 185 fallecieron antes de la audiencia ante la Corte.

La sentencia de la Corte IDH toma nota del largo plazo de años por los cuales estos docentes han esperado justicia, luego da cuenta de los deberes del Estado con estos docentes, al no adoptar políticas públicas para terminar en relación con el derecho de propiedad que ha sido afectado.

Sobre el derecho a la protección judicial, la Corte IDH señaló que, como parte de las obligaciones contenidas en el artículo 25 de la CADH, los Estados tienen la obligación de garantizar a las personas una protección que emana desde recursos judiciales ante tribunales que sean eficaces para aquellos que demandaron por la vulneración de derechos. En este caso, la Corte toma nota de la ausencia de respuesta del Estado ante la negativa de las municipalidades de responder por el pago ordenado en la sentencia en los tribunales chilenos. Para la Corte IDH esto se agrava en consideración de la edad de los docentes, todas personas adultas mayores:

la Corte considera que surge un derecho a un tratamiento preferencial de las personas mayores en la ejecución de las sentencias a su favor y un correlativo deber estatal de garantizar un acceso diligente, célere y efectivo de las personas mayores a la justicia, tanto en los procesos administrativos como judiciales.<sup>14</sup>

En relación con el plazo razonable, en este caso las sentencias judiciales emanadas de los tribunales chilenos no han sido cumplidas durante décadas. Por tanto, la Corte considera que el Estado violó el artículo 8.1 de la CADH al dejar por 25 años a adultos mayores esperando la ejecución de una sentencia firme que nunca fue respondida. Para la Corte IDH estos hechos constituyen una vulneración al “criterio de celeridad” de cumplimiento de acciones judiciales.<sup>15</sup>

---

12 *Idem*, nota 11, párr. 123.

13 *Idem*, nota 11, párr. 125.

14 *Idem*, nota 11, párr. 149.

15 *Idem*, nota 11, párr. 184.

La sentencia de la Corte responsabilizó al Estado de Chile de no cumplir con lo expresado en el artículo 2 de la CADH, en sentido de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos por la Convención. La Corte considera que hubo un incumplimiento de “la obligación del Estado de dotar de fondos a las municipalidades para pagar dichas sentencias”.<sup>16</sup>

La sentencia de la Corte agrega un derecho vulnerado: el artículo 21 de la Convención en relación con el derecho de propiedad de que gozan los docentes de un dinero que nunca fue entregado de parte del Estado. “La falta de pago por la imposibilidad práctica de ejecutar las sentencias en contra de las Municipalidades implicó entonces una afectación a los derechos adquiridos sobre montos que habían ingresado al patrimonio de las víctimas”.<sup>17</sup>

Tal como ha sido constante en la jurisprudencia de la Corte IDH, ordenó una serie de medidas de reparación integral. En este caso, el Estado debe garantizar el pago de los montos adeudados a los profesores por las municipalidades, montos que deben ser reajustables al interés por el paso de los años. La Corte ordenó la publicación de la sentencia en Chile y la realización de un acto oficial en el que el Estado reconozca su responsabilidad internacional en este caso, en desagravio de las víctimas, mediante una ceremonia pública en presencia de altos funcionarios del Estado y las víctimas.<sup>18</sup> Como garantía de no repetición, la Corte toma en consideración que se debe garantizar la debida diligencia como el tratamiento preferencial a las personas adultas mayores en el acceso a la justicia. La Corte ordenó “al Estado crear e implementar, en el plazo de un año, un plan de capacitación y sensibilización a los operadores judiciales sobre el acceso a la justicia de las personas mayores”.<sup>19</sup>

#### **4. Conclusiones. Una deuda con 846 profesoras y profesores**

A través de un comunicado público que se transmitió por televisión el 2 de noviembre del 2022, el presidente Gabriel Boric se comprometió públicamente a iniciar una reforma integral al sistema de pensiones. “Esta reforma, en particular, es central en nuestra tarea de entregar certezas y garantizar seguridad social a todos nuestros compatriotas”, afirmó.<sup>20</sup>

Para ello se creará una institución estatal que tenga por objetivo recibir las cotizaciones para luego entregar pensiones. En este nuevo sistema terminarán las AFP, creándose otras instancias privadas, pero ahora todas las personas tendrán la oportunidad de elegir qué institución va a administrar esos fondos de pensiones, esperando entonces que este sistema mejore para una mejor vejez de todas las personas.

---

16 *Idem*, nota 11, párr. 188.

17 *Idem*, nota 11, párr. 191.

18 *Idem*, nota 11, párr. 215.

19 *Idem*, nota 11, párr. 216.

20 Montes, R. (02/11/2022). Boric presenta una profunda reforma de pensiones en Chile que pone fin a las administradoras privadas de los fondos. *El País*. Recuperado de <https://elpais.com/chile/2022-11-03/boric-presenta-una-profunda-reforma-de-pensiones-en-chile-que-pone-fin-a-los-fondos-privados.html>

# Derecho de huelga. Libertad sindical. Derecho al trabajo

## Corte IDH. Caso *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 17 de noviembre de 2021. Serie C No. 445

*Por Juan Manuel Pedreira<sup>1</sup>*

.....

### 1. Introducción

En el presente comentario analizaré el fallo dictado por la Corte IDH el 17 de noviembre de 2021 en el caso *Ex Trabajadores del Organismo Judicial*, en el que declaró la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones a diversos derechos en perjuicio de 65 personas ex trabajadoras/es del Organismo Judicial de Guatemala despedidas/os por haber participado en una huelga, que había sido declarada ilegal. Se vincula con el ejercicio del derecho de huelga asociado a la garantía de libertad sindical, el derecho al trabajo y las condiciones que debe respetar la normativa interna en orden a la regulación de dichos derechos.

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Profesor de Derecho del Trabajo (UNPAZ, UBA y UCES). Coordinador Académico de la Diplomatura en Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo (UNPAZ). Funcionario de la Procuración General de la Nación.

## 2. Hechos del caso

El 1° de septiembre de 1999 la Corte Suprema de Justicia de Guatemala procedió a ejecutar los despidos de 404 trabajadoras/es producto del ejercicio del derecho de huelga. Ello tuvo lugar, luego de que se declarara la ilegalidad de la medida de acción directa llevada adelante y de que la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social fijara el término de 20 días al Organismo Judicial para dar por terminados los contratos de las/os trabajadoras/es huelguistas. De ese universo de afectadas/os, la CIDH ha analizado el reclamo de 93 trabajadoras/es cesanteadas/os, de los cuales 28 fueron recontratados y 65 no.

En lo que resulta relevante a estos fines, cabe puntualizar que, en 1994, en el marco del ejercicio de los derechos derivados de la negociación colectiva, el Sindicato de Trabajadores del Organismo Judicial denunció el Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo suscrito entre el Organismo Judicial y el Sindicato ante la Inspección General de Trabajo con el fin de iniciar las negociaciones para suscribir una nueva norma colectiva. Ante el fracaso de la negociación, el Sindicato promovió un conflicto de carácter económico y social. Agotadas las negociaciones, se constituyó un Tribunal de Conciliación, el cual dio una serie de recomendaciones que no fueron aceptadas por las partes, por lo que se dio por terminado el proceso de conciliación el 15 de febrero de 1996.

El marco normativo vigente al momento de los hechos establecía que para declarar una huelga legal se necesitaba la participación de por los menos las dos terceras partes de las personas trabajadoras (conf. art. 241 del Código de Trabajo). En esa inteligencia, luego de agotado el proceso de conciliación, el Sindicato solicitó que se ordenara a la Inspección General proceder con el conteo de las/os trabajadoras/es que participaron del conflicto, con el fin de determinar si constituían por los menos las dos terceras partes del Organismo Judicial y, por ende, declarar la legalidad de la huelga. La interposición de diferentes recursos impidió que se realizara este conteo.

Sin que se pudiera realizar el referido conteo, entre el 19 de marzo y el 2 de abril de 1996, miembros del Sindicato realizaron una huelga. El 23 de abril de 1996, la Procuraduría General de la Nación presentó un incidente con el fin de obtener la declaración de ilegalidad de la huelga, el que fue acogido favorablemente, por lo que se declaró ilegal la huelga y se le dio 20 días al Organismo Judicial en su calidad de empleador, para que determinara quiénes habían participado en la huelga y ejecutara los despidos. Contra esta decisión, el Sindicato interpuso una acción de amparo y un recurso de apelación, los cuales fueron desestimados.

## 3. Trámite ante la CIDH

El 7 de septiembre de 2000 el Centro para Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH) presentó una petición ante la CIDH, en la que alegó que el Estado de Guatemala había incurrido en responsabilidad internacional en perjuicio de ex trabajadoras/es del Organismo Judicial por su destitución derivada del ejercicio del derecho de huelga.



El Estado argumentó que no se violaron ninguno de los derechos aludidos por la parte peticionaria, y que las resoluciones judiciales internas cumplieron con los preceptos de la Constitución Nacional y de la CADH en orden a las garantías judiciales y a la protección judicial invocadas y que se han respetado los derechos a la libertad de asociación e igualdad ante la ley. El Estado concluyó indicando que se cumplió con todas las leyes al declarar ilegal la huelga promovida, ya que la misma vedó a la población el derecho y acceso a la justicia que se encuentra garantizado por la Constitución.

El 22 de octubre de 2003 la CIDH aprobó el Informe de Admisibilidad N° 78/03 y el 28 de septiembre de 2019, el Informe de Fondo N° 157/19. Frente a ello, el Estado presentó un escrito en el cual indicó su voluntad para avanzar en la atención de las recomendaciones. Sin embargo, no presentó propuesta alguna de cumplimiento ni información que indicara que había iniciado contactos con las presuntas víctimas o sus representantes. Además, no solicitó una prórroga para presentar su informe.

Por lo tanto, el 27 de febrero de 2020 la CIDH sometió a la jurisdicción de la Corte IDH el caso en análisis y solicitó que se declarara al Estado responsable por la violación a los derechos a ser oído, de defensa, al debido proceso, a la huelga y al trabajo, consagrados en los artículos 8.1, 8.2.b y c, 25.1 y 26 de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de las 65 personas ex trabajadores y ex trabajadoras que no fueron recontratadas y recontratados.

## **4. La sentencia de la Corte IDH. Derechos violados**

### **4.1. Derecho a ser oído, de defensa, al debido proceso y a la protección judicial**

La Corte IDH define y delimita el marco normativo y valorativo sobre el que funda su decisión, y respecto del derecho a ser oído sostiene que incluye el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones. Reitera que la protección establecida en el artículo 8 de la CADH

supone que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que estos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Corte IDH. *Caso Ex trabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 17 de noviembre de 2021. Serie C No. 445, párr. 70.

En el caso, la Corte IDH considera que el Estado debió asegurar un procedimiento en relación con cada una de las presuntas víctimas para determinar si había efectivamente participado en la huelga, durante el cual se garantizara su derecho de audiencia y de defensa.<sup>3</sup>

El derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada (conf. art. 8.2.b de la CADH), según la Corte IDH, implica que se haga una descripción material de la conducta imputada que contenga los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa. De ahí que el acusado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan.<sup>4</sup>

En el caso *Barreto Leiva Vs. Venezuela*, la Corte IDH señaló que, para satisfacerlo, “el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos”.<sup>5</sup>

Por último, el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa (conf. art. 8.2.c de la CADH) obliga al Estado a permitir el acceso de la persona al conocimiento del expediente llevado en su contra e implica que se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de la persona en el análisis de la prueba.<sup>6</sup>

La Corte IDH concluye que el Estado de Guatemala resulta responsable por la violación de los derechos a ser oído, a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa en perjuicio de las 65 personas ex trabajadoras/es del Organismo Judicial.

En orden a la garantía de protección judicial, recuerda que el artículo 25 de la CADH establece la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo ante juez o tribunal competente, contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Agrega que los artículos 8, 25 y 1 del tratado se encuentran interrelacionados en la medida que

[L]os [...] recursos judiciales efectivos [...] deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, [...] dentro de la obligación general a cargo de los [...] Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1).<sup>7</sup>

3 *Idem*, nota 2.

4 *Idem*, nota 2, párr. 71.

5 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 28.

6 *Mutatis mutandi*, Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 178, y *Caso Cuya Lavy y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de septiembre de 2021. Serie C No. 438, párr. 154.

7 *Idem*, nota 2, párr. 77.

Sobre esa base, individualiza dos obligaciones específicas que recaen en los Estados. La primera consiste en consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de estas. La segunda refiere a la garantía de que existan medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos.<sup>8</sup>

A este respecto, la Corte IDH concluye que, en cuanto a la posibilidad de impugnar la declaratoria de ilegalidad de la huelga, el Estado es responsable por la violación al derecho a la protección judicial (conf. art. 25 de la Convención), en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos y con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno contenidos en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. En cambio, concluye que el Estado no violentó ese derecho, respecto de los recursos de reconsideración y del proceso de amparo seguido por el Sindicato.<sup>9</sup>

Arribó a tal conclusión debido a la falta de claridad de la normativa interna respecto del procedimiento de declaratoria de ilegalidad de una huelga y, sobre todo, a la imposibilidad de recurrir esta decisión, que colocó a las personas trabajadoras del Organismo Judicial en una situación de desprotección.<sup>10</sup>

Por el contrario, consideró que las resoluciones judiciales fueron motivadas y permitieron al Sindicato presentar una argumentación en contra de los actos de despido. En esa inteligencia, entendió que las decisiones a las que arribaron los jueces en el amparo no resultan manifiestamente arbitrarias o irrazonables y el análisis de la efectividad de los recursos no depende de una eventual decisión favorable a los intereses de las presuntas víctimas.<sup>11</sup>

## 4.2. Derecho de huelga, vinculado con el derecho a la libertad sindical

La Corte IDH analiza el derecho de huelga, de conformidad con el alcance previsto en el artículo 26 de la CADH, desde una cosmovisión sistémica y en su estrecha relación con el derecho de asociación y la libertad sindical.

El presente fallo, en cuanto a la temática en estudio, adquiere mayor relevancia en momentos en que, en el seno de la Organización Internacional de Trabajo, se viene observando un fuerte debate en torno al reconocimiento del derecho de huelga y si el mismo deriva de los derechos consagrados en el Convenio OIT 87.

La Corte IDH sostiene que la libertad de asociación y la libertad sindical tienen una relación de género y especie, donde la primera es entendida como el derecho de las personas de crear organizaciones

8 *Idem*, nota 2, párr. 79.

9 *Idem*, nota 2, párr. 85.

10 *Idem*, nota 9.

11 *Idem*, nota 2, párr. 87.

y actuar colectivamente en la persecución de fines legítimos (conf. art. 16, CADH) y la segunda se vincula con la especificidad de la actividad y la importancia de la finalidad perseguida por la actividad sindical, así como por su protección específica derivada del artículo 26 de la CADH y el artículo 8 del Protocolo de San Salvador.<sup>12</sup>

Una vez establecido que la libertad sindical es una especie dentro de la libertad de asociación, puntualiza que la protección del derecho a la negociación colectiva y a la huelga son herramientas esenciales del derecho de asociación y de la libertad sindical.

A tal fin, reconoce el derecho de huelga sobre la base, entre otras argumentaciones, de la labor realizada por la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). En efecto, dicho organismo sostiene que el derecho de huelga está basado en el artículo 3 del Convenio OIT 87, que recoge que: “[l]as organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de... organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción”, y el artículo 10 que define “organización”, en el sentido del Convenio, como toda organización “que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”.<sup>13</sup>

Esta postura es fuertemente cuestionada dentro del ámbito de la OIT por los representantes del sector patronal, quienes sostienen, por el contrario, que el derecho de huelga no se encuentra reconocido en dicho Convenio, sobre la base del historial legislativo del citado tratado. En este sentido, señalan que el informe preparatorio de 1948 de la OIT recoge que “el convenio propuesto está relacionado solamente con la libertad de asociación y no con el derecho de huelga”. Además, en las discusiones sobre el referido convenio en la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) de 1947 y 1948, no se aprobó ni se presentó enmienda alguna en relación con el derecho de huelga. En cambio, el sector patronal reconoce que se han introducido referencias a la huelga en convenios, recomendaciones y resoluciones posteriores de la OIT. De todos modos, a su entender, eso no altera el hecho de que no haya regulación alguna en materia de huelga en el Convenio 87 ni en ningún otro instrumento de la OIT.<sup>14</sup>

El Tribunal regional hace propio también el concepto de huelga elaborado por el Comité de Libertad Sindical, que la define como “la interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores”.<sup>15</sup>

Considera que el derecho a la huelga es uno de los derechos fundamentales de las/os trabajadoras/es y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, so-

12 *Idem*, nota 2, párr. 110.

13 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_087430.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087430.pdf)

14 Organización Internacional de Empleadores (2014). Los convenios 87 y 98 de la OIT ¿reconocen el derecho de huelga? Recuperado de [https://www.ioe-emp.org/fileadmin/ioe\\_documents/publications/Policy%20Areas/international\\_labour\\_standards/ES/\\_2014-10-08\\_\\_IOE\\_Nota\\_de\\_la\\_OIE\\_sobre\\_el\\_derecho\\_de\\_huelga\\_en\\_los\\_Convenios\\_87\\_y\\_98\\_con\\_glosario.pdf](https://www.ioe-emp.org/fileadmin/ioe_documents/publications/Policy%20Areas/international_labour_standards/ES/_2014-10-08__IOE_Nota_de_la_OIE_sobre_el_derecho_de_huelga_en_los_Convenios_87_y_98_con_glosario.pdf)

15 *Idem*, nota 2, párr. 109.

ciales y profesionales. Se trata de un recurso que ejercen las/os trabajadoras/es como medio de presión sobre el empleador, a fin de corregir una injusticia, o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social, y a los problemas que se plantean en las empresas y que interesan directamente a las/os trabajadoras/es.<sup>16</sup> También cita la calificación que ha dado el Tribunal Europeo, en orden a que la huelga es el instrumento “más poderoso” de protección de los derechos laborales.<sup>17</sup>

La Corte IDH advierte, además, que el criterio de legalidad de la huelga es un elemento fundamental respecto de la posibilidad de ejercicio de ese derecho, en el entendimiento de que las condiciones y requisitos previos que la legislación establezca para reconocer su carácter de lícita no debe ser de imposible cumplimiento en la práctica, porque si no quedaría limitado a un reconocimiento formal, que encubriría en sí mismo un impedimento al efectivo ejercicio del derecho a la huelga.<sup>18</sup>

Lo dicho no implica desconocer la posibilidad con que cuentan los Estados para establecer determinadas condiciones previas en el marco del ejercicio del derecho a negociar colectivamente, antes de poder recurrir a medidas de acción directa como la huelga. En este sentido, el Tribunal consideró que tales recaudos deben ser razonables y en ningún momento pueden afectar el contenido esencial del derecho a la huelga o la autonomía de las organizaciones sindicales.<sup>19</sup>

En el caso, explica que “entre el inicio del conflicto en 1994 y la realización del movimiento habían pasado más de dos años, durante los cuales todos los intentos de negociación directa con el Estado patrono fracasaron”. Sobre esa base, concluye que puede considerarse que la única herramienta que le quedaba a las/os trabajadoras/es era la huelga. Agregó que

la multiplicidad de recursos presentados por el Estado contra la decisión que autorizaba el conteo por parte de la Inspección General del Trabajo y su falta de diligencia en ejecutar dicha decisión configuraron una obstrucción arbitraria por parte del Estado para el ejercicio del derecho a la huelga de las personas extrabajadoras del Organismo Judicial.<sup>20</sup>

La Corte IDH entiende que, en el presente caso, también se violaron la libertad de asociación y la libertad sindical. Sostuvo que, si bien no fue alegada por la CIDH, en virtud del principio *iura novit curia* y la estrecha relación existente entre estos derechos y el derecho de huelga, correspondía expedirse sobre la violación de esos derechos.

Ello así, porque las/os extrabajadoras/es despedidas/os en ejercicio del derecho de asociación y de libertad sindical se afiliaron al Sindicato de Trabajos del Organismo Judicial y, como integrantes de este

16 *Idem*, nota 16.

17 TEDH. *Case of Hrvatski Liječnički Sindikat v. Croatia*, Application N° 36701/09, Court (First Section), 27 de noviembre de 2014, párr. 59.

18 *Idem*, nota 2, párr. 118.

19 *Idem*, nota 18.

20 *Idem*, nota 2, párr. 122.

y en ejercicio de la citada libertad sindical, decidieron llevar adelante una medida de acción directa que tuvo las consecuencias aquí analizadas. La Corte IDH destaca que “la libertad de asociación en materia sindical reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de las personas trabajadoras y se enmarca en el *corpus juris* de derechos humanos”.<sup>21</sup>

Sobre esa base, concluye que la declaración de ilegalidad de la huelga no solo vulneró el derecho a la huelga, sino también el derecho de asociación y la libertad sindical de las 65 víctimas del caso.

Por último, se refiere a la regulación en particular del derecho de huelga y al requisito establecido por la normativa vigente en Guatemala vinculado con la realización de un conteo que debía reflejar la participación de al menos 2/3 de las personas trabajadoras para que la huelga sea considerada legal.

A ese respecto, la Corte IDH considera que

una tasa de participación tan alta en el movimiento vuelve en la práctica imposible un movimiento de huelga legal, por lo que su imposición implicó una restricción arbitraria al derecho de huelga, de la libertad de asociación y de la libertad sindical.<sup>22</sup>

A modo de conclusión, considera que Guatemala es responsable por la violación al derecho a la huelga, a la libertad de asociación y a la libertad sindical garantizados por los artículos 16 y 26 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de este mismo cuerpo normativo.

### 4.3. Derecho al trabajo

Sobre este aspecto, en primer lugar, la Corte IDH determina el marco jurídico y de principios que rigen el derecho al trabajo, sobre la base del artículo 26 de la CADH, los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta de la OEA y el artículo 14 de la DADH. A ello agrega lo expresado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 18 sobre el derecho al trabajo, en cuanto “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”, a lo que se añade que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”.<sup>23</sup>

A partir de esa inteligencia jurídica, la Corte IDH precisa el alcance de la garantía de estabilidad laboral e indica que

21 *Idem*, nota 2, párr. 115.

22 *Idem*, nota 2, párr. 126.

23 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 18: El derecho al Trabajo, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005.

no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.<sup>24</sup>

Específicamente, en el caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* se estableció que el Estado incumple con su obligación de garantizar el derecho al trabajo y, por ende, a la estabilidad laboral, cuando no protege a sus funcionarios estatales de separaciones arbitrarias.<sup>25</sup>

## 5. Observaciones finales

El presente fallo constituye un avance trascendente en materia de reconocimiento de derechos sociales, relacionado con el trabajo en su faz individual y colectiva, como son los vinculados con el derecho de asociación, a la libertad sindical, a la huelga y al trabajo.

El análisis sistémico del derecho de huelga, no en forma aislada, sino a través de su vinculación estrecha con el derecho de asociación y la libertad sindical, constituyen un aporte de gran relevancia para la discusión y la resolución de innumerables conflictos de derecho laboral individual y colectivo. Asimismo, brinda una respuesta concreta vinculada con la regulación del derecho de huelga, fijando un estándar fundamental en orden a que la regulación de ese derecho debe garantizar su efectivo ejercicio y no transformarlo en una enunciación formal de imposible ejercicio.

En una etapa en la cual, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, el sector que representa a la patronal insiste en poner en duda el reconocimiento del derecho de huelga y su regulación normativa, el presente fallo constituye un importante aporte para el debate técnico jurídico y un criterio de interpretación para futuros casos que se presenten en los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros de la OEA.

24 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 150, y *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419, párr. 107.

25 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 221.





# Derechos del niño. Separación. Familia de origen

TEDH. *Case of Pavel Shishkov v. Russia*,  
2 de marzo de 2021

Por Marisa Graham<sup>1</sup> y Laura Analía Sarda<sup>2</sup>

---

## 1. Introducción

El caso que aquí comentamos nos sirve como excusa para analizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales para la protección de niños, niñas y adolescentes ante la posible vulneración de derechos que exige tomar acciones rápidas y eficaces para revertir las causas que la originaron.

El Sistema Universal de Derechos Humanos brinda protección a los niños niñas y adolescentes y sus familias en los distintos instrumentos internacionales que conforman, al decir de la Corte IDH,<sup>3</sup> el amplio *corpus juris* internacional de protección de los niños y niñas, a cuya luz nos permite analizar también el fallo del TEDH.

1 Abogada (UBA). Profesora adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Defensora de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ex subsecretaria nacional de Derechos de Niñez y Adolescencia. Directora de la carrera de Actualización de Derechos de la Niñez y la Adolescencia en contextos sociales, políticos y culturales (Facultad de Ciencias Sociales, UBA).

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

3 Conf. Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194.

El *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos, con normas específicas respecto a la protección de la niñez, entre los que se encuentran no solo la Convención sobre los Derechos del Niño, sino el conjunto de tratados, resoluciones y declaraciones de Naciones Unidas y regionales, tales como la CADH y el CEDH.

En este orden de ideas, los niños sujetos en desarrollo son titulares del derecho a la protección especial, lo que implica que les corresponden iguales derechos que a todos los seres humanos y además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponde un correlativo deber de respeto y garantía por parte del Estado e indirectamente un deber de la sociedad a la que pertenecen.

El derecho a la protección especial, que en nuestra región se encuentra plasmado en el artículo 19 de la CADH, debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de esa protección.<sup>4</sup>

Esta noción contribuye a ir avanzando en la protección y defensa de los derechos humanos de los niños. La Corte IDH ha entendido que

tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado 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.<sup>5</sup>

En relación con la temática que se aborda en el fallo objeto de análisis, se considerará especialmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado.<sup>6</sup>

4 Conf. Corte IDH. *Caso Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147, y *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 113.

5 *Idem*, nota 3, párr. 193.

6 El Comité de los Derechos del Niño, en el marco de la competencia que le otorga el artículo 43 de la CDN para supervisar el cumplimiento de la CDN por los Estados Partes, solicita a los Estados Partes que tengan en cuenta el contenido de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños al momento de reportar al Comité sobre el nivel de cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de la CDN, en virtud del artículo 44 de la CDN. Por consiguiente, el Comité entiende que el contenido de las Directrices aporta elementos para comprender de mejor manera y aplicar adecuadamente los artículos de referencia de la CDN en lo relativo a la temática de niños sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos. Documento "Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes en virtud del artículo 44, párrafo 1 b), de la Convención sobre los Derechos del Niño", aprobadas por el Comité en su 55º período de sesiones (13 de septiembre al 1º de octubre de 2010, CRC/C/58/Rev.2.) Citado en: *El Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo Fin a la Institucionalización*. Unicef-CIDH-OEA (17-10-2013).

En nuestra región frente a los casos similares se considera para la interpretación jurídica de la protección de los derechos humanos de los niños los contenidos y alcances del artículo 19 de la CADH y la Opinión Consultiva N° 17/02.<sup>7</sup>

Las familias de origen, hoy en sus diversas formas de constitución, son reconocidas por la comunidad internacional como el medio para el crecimiento y bienestar de los niños y las niñas. Es la familia la llamada a satisfacer sus necesidades afectivas, materiales y psicológicas.

Debe recordarse que el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial, ni a un concepto unívoco e inamovible.<sup>8</sup> La Corte IDH ha hecho referencia a que el término “familiares” “debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”.<sup>9</sup>

El derecho de los niños y niñas a ser criados en un ámbito familiar es un derecho humano y es deber de los Estados apoyar a las familias para que puedan asumir sus responsabilidades dentro de la comunidad, libres de injerencias arbitrarias. El derecho a la protección de la familia y del niño se encuentra reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12.1), en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), en la Convención Americana de Derechos Humanos (11.2) y en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El TEDH en distintos antecedentes jurisprudenciales ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de las familias y que, aun cuando las o los progenitores estén separados de sus hijos e hijas, la convivencia familiar debe estar garantizada. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 del CEDH, frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas y una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de la familia.<sup>10</sup>

Entonces cualquier separación de la niña o niño debe estar debidamente justificada, ser temporal y adoptada en favor de su interés superior y exige a las autoridades los máximos esfuerzos para apoyar a sus padres y madres a cumplir con sus deberes y ejercicio de sus derechos. En primer lugar, para evitar la separación y, en caso en que ello ocurra, para que el niño/a pueda retornar a su familia tan pronto como sea posible.

La sentencia que aquí se analiza hace referencia a la negativa del Poder Judicial de Rusia en sus distintas instancias a restituir a la niña “V” al cuidado de su progenitor y demandante Pavel (“P”), quien peticona la restitución sus dos hijos menores de edad “V” y “K” (2 y 3 años respectivamente) con quienes no convivía, al tomar conocimiento de que habían sido separados transitoriamente del cui-

7 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

8 *Idem*, nota 7, párr. 69.

9 *Idem*, nota 7, párr. 70.

10 *Idem*, nota 7, párr. 72.

dado de su progenitora, quien al poco tiempo de la separación de sus hijos es privada de la autoridad parental, siendo los niños encomendados al cuidado institucional.

Durante el proceso que lleva adelante el demandante para recuperar el cuidado de sus hijos, logra la restitución del niño K, mas no ocurre lo mismo con la niña V, quien luego de un corto período de permanencia en un hogar de niños y niñas es derivada al cuidado de una familia de acogida con fines adoptivos.

Esta vez, nos ubicamos en la ciudad de Orel, Rusia. A pesar de la distancia regional observamos similitud en prácticas, interpretaciones e intervenciones que lejos de ser especializadas en pos de la protección especial, conculcan derechos de niños, niñas, adolescentes y sus familias.

El fallo del TEDH nos conmueve para sostener un diálogo en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes en términos de tensiones entre reglas, principios, derechos e interpretaciones sobre los hechos traídos a conocimiento de los tribunales y objeto de la demanda interpuesta por Pavel, quien ante la injusticia acude ante este tribunal como último recurso para intentar revertir lo resuelto por las autoridades judiciales rusas y lograr finalmente que se garantice el ejercicio de sus derechos y los de su hija V.

No es ánimo nuestro realizar un reproche sobre cómo resuelve el TEDH, que en su fallo no condena a Rusia, sino más bien analizar con una mirada crítica las distintas instancias por las que atravesó una familia, que solo tenía la voluntad de reunificarse y que no encontró una respuesta que hiciera lugar plenamente a sus derechos.

## **2. Algunas valoraciones sobre los hechos del caso**

El solicitante Pavel, residente de la ciudad de Moscú, inicia en el año 2006 una relación de pareja con la señora “Ye”, residente de la ciudad de Orel. Las ciudades se encuentran separadas por una distancia de trescientos sesenta kilómetros. De la unión de la pareja nace en el año 2007 el niño K y en el año 2008 la niña V. Surge del texto que Pavel pasaba la mayor parte de su tiempo en Moscú donde vivía su madre.

En los certificados de nacimiento, ambos niños llevaban el apellido de su progenitora, aunque el nombre de pila, en sus datos patronímicos reflejaba el nombre del progenitor. La pareja no había contraído matrimonio y según Pavel, la señora Ye se había registrado como madre soltera para acceder a prestaciones sociales.

Pavel refiere que la relación de pareja se sostuvo hasta el año 2009, fecha hasta la cual pudo ejercer sin complicaciones el rol parental en la crianza de sus hijos. El solicitante viajaba regularmente a la ciudad de Orel a tales efectos. Fue a partir de la ruptura de la pareja cuando Pavel deja de sostener el vínculo con sus hijos, a causa de las desavenencias entre los adultos como consecuencia de su separación.

El 19 de febrero de 2010 la policía de Orel recibe una denuncia que hacía referencia al descuido de los niños K y V por parte de su progenitora, en la que se aludía al consumo excesivo de alcohol de Ye. El día 22 de febrero la intervención de las autoridades policiales culmina con la separación de los

niños de su madre, quienes son trasladados y alojados en un hospital infantil. Transcurrido un mes, el hospital informa a la autoridad de atención a la infancia de Orel que ningún familiar de los niños se había presentado con la intención de retirarlos, sin hacer referencia a haber mantenido comunicación o entablado búsqueda de otros familiares.

El 5 de abril de 2010, el alcalde de Orel ordenó el traslado de los niños a la tutela pública, afirmando que ambos habían sido abandonados por su madre, de quien señalan que era “soltera”. El abandono según refieren representaba una amenaza para la vida y salud de los niños. Tan es así que, al día siguiente, fueron trasladados a un hogar infantil especializado de Orel. No surge del fallo, la fundamentación de las áreas decisoras sobre las causas del abandono, más allá de un supuesto problema de alcoholismo de Ye.

El 1 de junio de 2010, Ye pidió al hogar infantil Orel que permanecieran allí (con relación a K) durante seis meses. El 24 de diciembre de 2010 hizo una solicitud similar con respecto a su hija V, por el plazo de cuatro meses. En esta instancia, vuelve a omitirse descripción de los motivos que llevan a Ye a realizar tal petición.

El 29 de julio de 2010, K ya había cumplido tres años y es trasladado a otra instalación municipal, el Hogar infantil de Mtsensk, separándolo de su hermana V, quien permaneció en el hogar infantil de Orel.

Hasta aquí hubo una sola intervención de las autoridades de infancia, ante una posible vulneración de derechos de los niños a causa de la posible desatención de su progenitora. Nada se profundiza sobre las causas ni sobre las acciones por parte de las autoridades para revertir los motivos que originaron la separación. Tampoco señalan sobre la búsqueda de otros familiares y/o referentes comunitarios para promover los derechos de los niños a la vida familiar.

El 25 de mayo de 2011, habiendo transcurrido quince meses, el hogar infantil de Orel redactó un informe en el que confirmaba que Ye no había participado hasta el momento en la crianza de V, indicando que no había realizado visitas a la niña durante los últimos cinco meses, no se había interesado por su estado de salud, bienestar y no había contribuido económicamente a su manutención.

Concluyen que teniendo en cuenta que la niña había sido separada de su madre hacía más de seis meses y su desinterés, no era necesario solicitar su consentimiento para dar en adopción a la niña sin tomar en cuenta lo que la progenitora había pedido previamente.

Nos preguntamos ¿cuáles fueron las estrategias que llevaron adelante los equipos especializados del área de protección de infancia a los fines de promover la vinculación de los niños con su progenitora abordando las causas que dieron origen a la separación de ellos de su núcleo familiar en cumplimiento de las normas establecidas en el Código Familiar ruso?

Más allá de que la Sra. Ye se presentara como madre soltera, tampoco las autoridades emprendieron búsqueda alguna de otros familiares de los niños, su progenitor o referentes familiares y comunitarios. Por otra parte, evalúan negativamente la falta de manutención económica de la niña, cuando Ye, según surge del texto, recibía prestaciones sociales y se supone que tendría dificultades económicas.

Separan a los hermanos, dividen la familia, se desconocen los motivos y toman decisiones contrarias a la normativa que protege los derechos de niños, niñas y adolescentes a ser criados en su medio familiar de origen, salvo situaciones excepcionales.

La separación de los niños de la vida familiar fue la primera medida adoptada por las autoridades de infancia y a los pocos meses de ocurrida se presenta el proyecto sobre la posibilidad de la adopción de la niña, sin siquiera adoptar medidas para revertir la situación inicial. No surge que se hayan implementado medidas de *protección ordinarias*, ni que se haya abordado con la progenitora sobre sus *dificultades* para ejercer el rol parental.

El Hogar de Niños de Mtsensk inició una acción judicial solicitando que Ye fuera privada de autoridad parental respecto de K. El día 19 de julio de 2011, el Tribunal de Distrito de Sovetskiy de Orel concedió esa acción, respaldada por la autoridad de atención infantil de esa ciudad, y privó a Ye de la autoridad parental respecto de K. Los argumentos fueron que, desde el traslado de K al hogar –mes de julio de 2010– Ye no había visitado a su hijo, ni mostrado interés alguno. La sentencia no fue apelada. Se desconoce si Ye contó con asesoramiento técnico para el ejercicio de sus derechos y el de sus hijos.

Luego, el hogar infantil de Orel inició un procedimiento judicial similar para privarla de la autoridad parental respecto de V, lo cual sucedió el 15 de noviembre de 2011, sobre la base de los informes del hogar infantil de Orel, que señalaban que desde que V ingresa al hogar en el mes de abril de 2010, la Sra. Ye solo había ido a visitarla en cuatro oportunidades. Sin embargo, cuando Ye impugna dicha afirmación refiere que había visitado a su hija con la mayor frecuencia posible y que en otras ocasiones, cuando quería visitarla, el hogar infantil de Orel no admitía las visitas. Además, como trabajaba, tenía poco tiempo para estar con la niña, pero tenía la intención de llevarla a Moscú, donde vivían el padre de V y la abuela paterna.

Es decir, Ye en el mismo año de iniciado este proceso y más allá de que no recibiera apoyo de las autoridades públicas para sostener la vinculación con sus hijos, había puesto en conocimiento a las autoridades de la existencia de Pavel, progenitor de sus hijos. Pese a ello, el Tribunal de Distrito concluyó que lo mejor para la niña era privar a la Sra. Ye de la autoridad parental respecto de su hija, sentencia que entró en vigor el 29 de noviembre de 2011.

Otra vez la resolución judicial basada en los informes de los equipos de los lugares de cuidado pone foco en inacciones de la Sra. Ye, en cuanto a su desinterés y los escasos días en que pudo asistir a las visitas. En ningún momento se pone de manifiesto ni los impedimentos económicos y laborales expresados por Ye, ni se revisaron los obstáculos institucionales que interpuso el hogar para que Ye pudiera cumplir con sus deberes de madre. No se vislumbra de parte de las autoridades de infancia medidas concretas y no hubo ninguna remisión a las causas iniciales que generaron la separación.

El 25 de noviembre de 2011 el hogar infantil Orel dio su consentimiento para el traslado de V al cuidado de terceros –la Sra. “LP” y el Sr. “Yu P”–. Se señala en un documento que los “futuros padres

adoptivos habían establecido un buen contacto emocional y psicológico con la niña quien necesitaba la atención y el apoyo de adultos cariñosos”.<sup>11</sup>

¿Responde al Interés Superior de V desvincularla de sus progenitores, su madre, por un lado, sin la búsqueda de su padre u otro referente familiar y/o comunitario? ¿Cuál fue la evaluación realizada por las autoridades de infancia en relación con V? ¿Las autoridades habrían realizado los esfuerzos necesarios para que Ye pueda mejorar u obtener “ese vínculo cariñoso” esperado por las/os profesionales del hogar? ¿En su caso, el vínculo que esperaba era el deseado idealmente por los adultos o el auténticamente deseado por la niña?

Hemos dicho en otras ocasiones<sup>12</sup> que, en materia de adopción, el interés de los adultos (representantes de las instituciones), de los pretensos adoptantes, incluso de los progenitores, no puede ni debe primar sobre el interés del niño. Es el niño/a que como persona vulnerable en atención a su edad, quien requiere cuidados especiales y un plus de protección en lo que hace al ejercicio efectivo de sus derechos.

Mediante decisión de 30 de diciembre de 2011, el alcalde de Orel ordenó el traslado de V al hogar de acogimiento de la Sra. LP y el Sr. Yu P. Previo acuerdo entre las partes (autoridades y matrimonio acogedor) el día 11 de enero de 2012 se efectiviza el traslado de la niña a la familia. Tanto era el interés de la niña por la familia, que las autoridades de infancia invitan a los pretensos adoptantes a tomar a su cuidado al hermano de V, quien padecía una discapacidad mental. Enterados de la situación, la familia se niega a alojar a K, hecho que, además, segrega, discrimina y refuerza el desvínculo entre los hermanos. La familia elige a la niña sana y se desentiende del derecho de esta a mantener los vínculos no solo con su familia de origen sino también con el resto, entre los que está su hermano.

¿Era esa la familia que necesitaban los hermanos K y V en pos de crecer y desarrollarse en un ambiente familiar alternativo al de origen, que mejor receptaba las necesidades de los niños para el caso de confirmarse que el origen fuera perjudicial para ellos? Nunca lo sabremos. ¿Cuán amorosa es la familia de acogimiento que decide en un acto de exclusión expresa rechazar a K?

Las autoridades de infancia no solo no acompañaron y apoyaron a la progenitora de los niños, sino que tampoco buscaron lazos afectivos cercanos como la existencia de un padre u otros familiares, ni evaluaron con el mismo rigor, que sí lo hicieron con la familia de origen, a los pretensos adoptantes de V.

El día 5 de abril de 2012 el padre de los niños enterado de los hechos inicia ante la autoridad de atención a la infancia de Orel una solicitud de reconocimiento formal de su paternidad. Invoca su voluntad y la de la abuela paterna de hacerse cargo del cuidado de sus hijos. Refiere que sabía que la madre de los niños había informado a las autoridades de su existencia como la de su abuela paterna, pero no hubo interés en contactarlos. Tenía voluntad de tomar a su cargo el cuidado de sus dos hijos,

11 TEDH. *Case of Pavel Shishkov v. Russia*, Application No. 78.754/13, 2 de marzo de 2021, Court (Third Section), párr. 18.

12 Graham-Sardá: Caso Fornerón. Reproche ético-reproche jurídico. ID: SAIJ: DACF 110150 (enero 2011); Graham-Sardá: Fornerón, el desafío de las reparaciones. Id SAIJ: DACF150767 (julio 2015); Caso Ramírez Escobar y Otros Vs. Guatemala (marzo 2018).

ante la privación de la autoridad parental de Ye, quien le había ocultado dicha decisión judicial. Es decir que viene a reclamar expresamente la restitución de ambos hijos.

Pavel manifestó que si bien conocía el paradero de K no podía establecer el paradero de V, no habiendo podido iniciar estas acciones con anterioridad debido a la falta de información sobre la situación de sus hijos, como consecuencia de la mala relación que tenía con la madre de los niños.

El 15 de mayo de 2012, el demandante solicitó al Tribunal de Distrito que se reconociera legalmente su paternidad con respecto a K y V y que se les asignara su apellido y que fueran a vivir con su papá. En el contexto de esos procedimientos, el 18 de junio de 2012 el Tribunal de Distrito ordenó una prueba de paternidad de ADN respecto a V, ante la duda de los padres preadoptivos. Además de separar las peticiones, por un lado, tramitaba el reconocimiento de la paternidad y por otro el pedido de restitución de los niños al cuidado de Pavel, el 23 de agosto de 2012, reconoció la paternidad del demandante respecto de K y V. emitiéndose nuevos certificados de nacimiento para los niños.

Sin embargo, esta situación no aceleró el proceso en beneficio de la familia de origen. Tanto es así que el día 24 de septiembre de 2012, el Tribunal de Distrito desvinculó la demanda iniciada para lograr el traslado de K a su cuidado, de la demanda incoada en igual sentido por V, suspendiendo llamativamente este último procedimiento, dándole prioridad a los pretensos adoptantes sobre las peticiones del progenitor. Finalmente, se restituye solo a K al cuidado del padre demandante.

El Tribunal, nuevamente en vista de los informes psicosociales, señaló que el demandante y su madre habían visitado regularmente al niño en el hogar de Mtsensk y le habían llevado regalos y ropa. El niño había esperado con ansias sus visitas, estaba feliz de verlos y tenía un buen contacto tanto con su padre como con su abuela. El tribunal quedó satisfecho con las condiciones de vida del solicitante y sus referencias financieras y personales. Señaló que, como padre, el solicitante tenía un derecho preferente a cuidar de su hijo y que lo mejor para K sería vivir con su padre.

Sin embargo, sorprende cómo no se tuvo la misma evaluación respecto a V, siendo que K merecía mayores cuidados por su discapacidad. Una vez más el tribunal decide sostener la relación de acogimiento con la pareja adoptante en demerito de la de origen con las consecuencias lógicas en el vínculo que ello genera. Téngase en cuenta además que su padre desconocía el paradero de su hija. El 21 de febrero de 2013 el tribunal rechazó la pretensión del demandante para que V sea restituida.

Los informes presentados por las autoridades de Orel afirmaron que había buenas y amistosas relaciones entre la niña y los pretensos padres preadoptivos, que estos últimos la cuidaban y la amaban; ella los llamó mamá y papá. Sus condiciones de vida eran buenas, tenía juguetes y libros; la niña asistió a una escuela de infantes; sus padres preadoptivos expresaron interés en su vida, asistieron a todas las reuniones de padres y otros eventos de la guardería.

Sin embargo, también indicaban que cuando la niña acababa de ser trasladada con la familia de acogimiento se había mostrado reacia en ir a la escuela infantil, ya que temía que no la llevaran a casa. Luego la situación cambió, la niña se había vuelto abierta, sociable y cariñosa. Informes similares fue-



ron realizados por las autoridades del jardín de infantes, que señalaban los avances en su socialización y aceptación que había tenido la niña.

El examen psicológico de V realizado el 3 de diciembre de 2012, también valorado por el Tribunal, indicó que incluía a sus padres preadoptivos y a ella misma en su círculo familiar. Tenía un fuerte vínculo emocional con su madre adoptiva; su actitud hacia su padre adoptivo era positiva y amistosa. El examen no había establecido ningún otro adulto importante a quien V estuviera apegada. No es extraña esta apreciación cuando V no conocía, porque se le había sido ocultada, la existencia de su progenitor de origen.

Es extraña esta valoración, dado que se insistió en el fortalecimiento del vínculo con su familia adoptiva y no se realizó ninguna acción, ni se tuvo las mismas contemplaciones en cuanto a los tiempos que lleva la construcción de los vínculos con su padre biológico reclamante.

Luego de dos años de desvínculo familiar y del tiempo inscripto en el vínculo con la familia acogedora se logró la situación de “apego” esperada. Ahora bien, este vínculo emocional generado con esta familia fue logrado a instancias del desvínculo provocado desde lo institucional con su familia de origen.

Esto queda demostrado en los resultados de los informes psicosociales presentados en los expedientes judiciales que evidencian la presencia de mitos, miradas estereotipadas y prejuicios discriminatorios relacionados con la familia de los niños. No hace falta más que revisar los contenidos de los informes presentados en los meses de junio y diciembre del año 2012 relacionados con las condiciones de vida del demandante Pavel. Estos dan cuenta de distintas situaciones valoradas: desorden en la casa, falta de un espacio adecuado para la niña V, falta de arreglos y mejoras en la vivienda, de un seguro médico y de la gestión de una guardería para el caso que se hiciera lugar a la petición de P. de vivir junto a su hija, condiciones que fueron valoradas positivamente para el niño K. Por su parte, el dictamen de los expertos psiquiátricos señaló que el demandante no pudo evaluar adecuadamente las posibles consecuencias psicológicas para su hija en caso de que fuera transferida a su cuidado, dado que ella no lo había visto durante cuatro años. Tampoco pudo anticipar su reacción si conociera a su hermano, a quien no había visto en dos años.

Todas estas merituaciones, de injerencia arbitraria, prejuiciosa e intrusiva en relación con la vida privada de las personas, sobre la infraestructura y orden en el hogar, llaman la atención, en tanto no fueron observadas al momento de decidir la revinculación de K y su progenitor, por el contrario, se concluyó que K debía quedar bajo el cuidado de su padre. Esta contradicción no ha sido observada ni siquiera por el TEDH. Hay una doble vara o estándar, que lamentablemente también existe en nuestra región, para evaluar la desvinculación de un niño o niña de su familia de origen y para evaluar y decidir la vinculación de aquellos con otra familia, sea de acogimiento o por adopción.

En cuanto a la niña, V, nunca fue escuchada, en los términos del artículo 12 de la CDN. La Sra. “S”, psicóloga infantil, según su apreciación profesional afirmó que la separación de ella de sus padres acogedores, quienes consideraba sus únicos padres y con los que sentía un fuerte apego, sería extremadamente estresante. Le costaría entender por su corta edad una posible separación de los padres

preadoptivos para poder ser revinculada con su padre biológico y ello podría hacerla suponer que había sido nuevamente abandonada.

¿Realmente esta conclusión es realizada desde la escucha efectiva a V? Más bien, se intuye que llevaba una mirada parcial, que solo tuvo en miras la consolidación de la nueva relación familiar construida a partir del desplazamiento de la familia originaria. De este modo, la niña deja atrás su verdadera identidad, sus orígenes, sus lazos fraternos filiales de quienes la buscan y la esperan.<sup>13</sup>

Según Pavel, desde el nacimiento de ambos niños tuvo una buena relación paterno-filial participando en la crianza y manutención de sus hijos, luego de la separación con Ye y habiendo sido anoticiado de la institucionalización de sus niños en hogares, reanudó su contacto con V y la niña había entablado una buena relación tanto con él como con su hermano K y su abuela paterna, e incluso llegó a preguntar cuándo la llevarían a vivir con ellos a Moscú. Nada de esto fue tomado en cuenta.

A la evaluación de la psicóloga infantil se sumaron los dichos de la directora de la escuela preescolar a la que asistía V, quien señaló que, si bien al principio la niña estaba ansiosa, reservada y poco sociable, con el tiempo había cambiado. Es lógico, todo vínculo y desvínculo lleva su tiempo. Tiempo del que se privó a Pavel de gozar con su hija.

Finalmente, el Tribunal, teniendo en cuenta el apego de V a sus padres adoptivos, concluyó que el traslado al cuidado del demandante no era lo mejor para ella y desestimó su demanda. La sentencia fue confirmada el 28 de mayo de 2013 por el Tribunal Regional de Orel señalando que para el caso de que se produjera un cambio en las circunstancias que subyacen a la negativa del tribunal de primera instancia a ordenar el traslado de V al cuidado del solicitante, este estaría abierto a buscar el restablecimiento de su patria potestad.

El 8 de noviembre de 2013 y el 31 de enero de 2014, respectivamente, el Tribunal Regional de Orel y el Tribunal Supremo de Rusia rechazan el recurso de casación interpuesto por el demandante. El Tribunal Regional de Orel declaró en dicha oportunidad que la colocación de un niño en una familia de acogimiento no rompía el vínculo legal entre ese niño y sus padres, con el resultado de que los padres aún podían mantener contacto con el niño.

El 22 de julio de 2013 la autoridad de atención a la infancia de Orel informó al demandante que la Sra. LP y el Sr. Yu P habían sido invitados a discutir la posibilidad de contacto entre V y sus parientes biológicos, incluido Pavel.

13 *Idem*, nota 12, sobre el caso Fornerón: "Igualmente, nos preguntamos acerca del probable trauma que podría tener una niña o niño cuando años más tarde, ya adolescente o adulta, ejerciendo su derecho a la identidad, toma conocimiento que en sus orígenes fue comprada por los padres que la criaron frente a un padre biológico presente, reconociente y reclamante que ha desplegado un importante activismo judicial, y que nunca dejó de pelear por sus derechos llevando incluso su causa a la decisión de admisibilidad de la CIDH. ¿Qué pasará allí con el trauma, con esta presencia-ausencia de su padre biológico? No lo sabemos. Tampoco podemos asegurar que el retorno con su familia de origen, pasado el tiempo podría llegar a traer aparejado el tan nombrado trauma".

La familia preadoptiva se negó a organizar tales reuniones, argumentando que la niña no conocía a ninguna otra familia excepto a ellos mismos. Se invitó al demandante a acudir a un tribunal para resolver la situación. La verdad sobre sus orígenes y la posibilidad de iniciar una revinculación con su padre no fueron de interés para la familia preadoptiva.

El 27 de septiembre de 2013 el Tribunal del Distrito de Orel aprobó un acuerdo de solución amistosa, que preveía sesiones de contacto entre V y el solicitante. El 21 de noviembre de 2013 el mismo juzgado aprobó un acuerdo similar sobre sesiones de contacto entre V y su abuela paterna. Según los términos de los acuerdos, el demandante y su madre podían ver a V dos veces al mes, los sábados o domingos durante dos horas durante los primeros tres meses y cada semana los sábados o domingos durante dos horas en el período siguiente. Nos preguntamos si es posible avanzar en una vinculación con solos dos encuentros mensuales.

Según el gobierno, entre la fecha en que el acuerdo había sido aprobado y el 15 de septiembre de 2014, fecha de presentación por parte del gobierno de sus observaciones, el demandante solo había visto a su hija en dos ocasiones, el 20 de octubre de 2013 y el 8 de junio de 2014, en las que no había mostrado interés por su hija. Pavel, por su parte, manifestó que había asistido a las sesiones de contacto tan a menudo como pudo y si no había podido concurrir a algunas de ellas fue a causa de motivos laborales. Sin embargo, refiere que fueron varias las ocasiones en las que fueron los padres preadoptivos de V quienes cancelaban o posponían las sesiones. Habían sido hostiles hacia él; se habrían negado a aceptar algunos juguetes para V; habrían sido reacios a dejar solos al solicitante y a su hija durante las sesiones de contacto y siempre los supervisaban. Las similitudes con el caso Fornerón Vs. Argentina son irrefutables.

Esta situación irresoluta lleva a Pavel a recurrir al TEDH a los fines de obtener una solución al caso que logre superar los obstáculos interpuestos por la familia, por los organismos de protección y por el Estado de Rusia que conculcaron sus derechos como padre de la niña V.

### 3. La sentencia del TEDH

El TEDH realiza un análisis de la normativa local y del CEDH, más en ningún momento hace referencia a la normativa internacional en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes como la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Rusia el 16 de agosto de 1990.

El artículo 8 del Convenio impone a todo Estado la obligación de tratar de reunir a un padre natural con su hijo. Incluye el derecho de los padres a tomar medidas con vistas a la reunificación con el niño y la obligación de las autoridades nacionales de tomar tales medidas.<sup>14</sup> Respecto de la normativa rusa, el fallo enumera una serie de artículos del Código de Familia en los que se refiere a la protección de los derechos de niños, que son compatibles con la CDN.

---

<sup>14</sup> *Idem*, nota 11, párr. 76.

A esto debe sumarse la jurisprudencia tomada en consideración por la Corte Suprema de Rusia en materia de derecho de familia –sentencia N° 10 del 27-05-98– que refiere que

Al examinar tales casos, el tribunal tiene en cuenta si existe una posibilidad realista de que uno de los padres críe debidamente al niño; la naturaleza de las relaciones entre el padre y el niño, el apego del niño a las personas con las que vive en ese momento, y otras circunstancias particulares que son relevantes para asegurar condiciones adecuadas para la vida y la crianza del niño por sus padres [...] También deben evaluarse si la circunstancias que dieron origen a la separación [...] han cambiado en el momento en que se examina el caso, y si la restitución del niño a sus padres redundaría en su interés.<sup>15</sup>

¿Realmente podemos decir que se evaluó con pautas objetivas cuál era el mejor interés para los niños cuando en primer lugar no se dudó en separarlos y sujetarlos a cuidados de distintas personas?

El interés superior del niño sigue teniendo la característica de ser ambiguo, discrecional y subjetivo. Como venimos diciendo en artículos anteriores merece ser objetivado.<sup>16</sup>

Es claro que en las distintas instancias judiciales se realizó una valoración que no vela cabalmente por el interés de la niña y el derecho de su padre, sino más bien se realizaron evaluaciones basadas en preconceptos, prejuicios sobre la idoneidad y aptitud de la madre primero y del padre después, a quien veían como incapaz de tomar a su cargo la crianza de su hija con las consecuencias derivadas del desvínculo que se venía reforzando, habiéndose omitido acciones de acompañamiento a la familia, tanto de su madre como de su padre, a los fines de promover los vínculos con su familia de origen.

El propio TEDH, contraviniendo los propios antecedentes jurisprudenciales que cita en el fallo en estudio,<sup>17</sup> cayó en lo que a nuestro entender son errores que vulneran los derechos humanos de los niños V y K.

Las decisiones que retrasaron y suspendieron el ejercicio de los derechos de Pavel y sus hijos ponían de resalto la relación extramatrimonial de la pareja P y Ye, la distancia que separaba las ciudades en las que vivía cada uno, el hecho de que tuvieran dos hijos sin cohabitación por cuanto Pavel los visitaba regularmente en Orel hasta el momento de la separación de la pareja, el hecho de que la Sra. Ye decidiera inscribir a los niños con su apellido a los fines de ser titular de prestaciones sociales, las consecuencias de la ruptura de la misma –distancia, desavenencias, desvínculo– hechos todos ponderados negativamente sobre el progenitor.

15 *Idem*, nota 11, párr. 56.

16 *Idem*, nota 12.

17 *Idem*, nota 11, párr. 76. “Debe tenerse en cuenta que la obligación positiva del Estado no es de resultado, sino de medio empleado. La consideración clave es si esas autoridades han tomado todas las medidas necesarias para facilitar el contacto como se puede exigir razonablemente en las circunstancias especiales de cada caso (ver, entre muchas otras autoridades, Suur v. Estonia, no. 41736/18, § 77, 20 octubre de 2020)”.

Una mirada adultocéntrica para resolver asuntos en los que se encuentran afectados niños y niñas se observa en este caso, apartándose de lo que implica el Interés Superior. Responde a un modelo binario propio de la familia tradicional, que hoy en día debe ser analizado desde una concepción amplia tal como lo ha señalado la Corte IDH y el TEDH.

Pavel, con estas condiciones materiales y simbólicas de vida es un buen padre para el niño con discapacidad y un mal padre para la niña sana. Conclusión que viola uno de los cuatro principios fundantes de la CDN, el de no discriminación.

En nuestra región, la Corte IDH ha señalado que, si bien la evaluación sobre el interés superior del niño puede llevar a limitar los derechos de los progenitores o responsables de los niños y las niñas, no exige que el principio rector deba ser justificado adecuadamente, al momento de invocarlo. En varios de sus fallos dictaminó que

la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios.<sup>18</sup>

Además, ha reprochado que se utilice el principio de interés superior del niño de forma meramente nominal sin explicitarse la “adecuación o relación de causalidad” entre las decisiones adoptadas y la mención al interés superior del niño, considerando que de ese modo se constituye en una “motivación especulativa y abstracta” que no es suficiente para justificar la decisión de las autoridades.<sup>19</sup>

En cuanto al derecho del niño a ser escuchado, se encuentra íntimamente relacionado para evaluar su interés superior. V no fue escuchada y su opinión no fue tomada en cuenta conforme su edad y grado de madurez, según lo reconoce el artículo 12 de la CDN. En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha dicho que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12”. Del mismo modo, “el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”.<sup>20</sup> El Comité destacó que “cuando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia [...] debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior del niño”.<sup>21</sup>

18 Corte IDH. *Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero del 2012. Serie C No. 239, párr. 109, y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril del 2012. Serie C. No. 242, párr. 50.

19 *Idem*, nota 18, párr. 100.

20 Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 74; Comentario General No. 14, (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 43.

21 *Idem*, nota 20, párr. 53 y Directrices sobre las Modalidades de Cuidado Alternativo, Directriz 7.

En el caso en examen, el derecho a ser escuchado y su mejor interés fueron evaluados desde una mirada adulta clasista. Fundamentar este principio rector ante la separación de un niño o niña de su familia de origen, en este caso de su progenitor con actitud reclamante, recurriendo a motivaciones basadas en estereotipos sociales, prejuicios, mitos, preconceptos respecto de determinadas personas (hombre “soltero” que junto a su madre tenían la voluntad de tomar a su cargo la crianza de su hija) no es una justificación válida que pueda ser atendida.

Parte de los reproches efectuados a Pavel tuvieron que ver con cómo estaba conformado su hogar, la infraestructura de la casa, el orden, la falta de un seguro para la niña y de un jardín de infantes, aun cuando no estaba la niña bajo su cuidado. Estas apreciaciones discriminatorias, infundadas, sobre la capacidad e idoneidad del padre reclamante para promover el bienestar y desarrollo de su hija no pueden integrar la evaluación sobre lo que puede constituir el interés superior para la niña.

Es importante recordar lo dicho por la Corte IDH en “Fornerón e hija”, al señalar que el interés superior del niño no podía ser utilizado para negar derechos a un padre biológico debido a su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con uno que se ajuste al concepto de familia que responde al modelo tradicional.<sup>22</sup> En aquella oportunidad sostuvo que

no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o paterna, sin que ello obste a que esta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas.

El mejor interés fue evaluado por el mundo adulto, conculcando derechos de quienes son sus titulares legítimos. De este modo, se desatendió el “plus de protección o protección especial” de derechos del que es titular todo niño, niña o adolescente, prevaleciendo en la evaluación de todos los actores decisores el derecho de los adultos, en este caso particular, el de sus pretendientes adoptantes. V continuó siendo criada en el seno de una familia que no era su familia de origen, se la desvinculó de sus afectos presentes como su hermano, su padre y su abuela, afectándose su derecho a la identidad, también vulnerado (art. 7 y 8. 1, CDN).

Supongamos que era necesaria sostener la separación en una fase inicial del proceso –incluso solicitado por la propia progenitora–. Tampoco se cumplió con la excepcionalidad y temporalidad en la adopción de este tipo de medidas, como es la separación de un niño/a de su familia de origen –art. 9.1 de la CDN–. No se indagó acerca de cuáles fueron las medidas de apoyo adoptadas por el Estado para la familia de origen tendientes a que se reviertan las “causas” que dieron sustento a la continuidad de V al cuidado de una familia de acogimiento con pretensiones de adopción.

---

22 Corte IDH. *Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina*, nota 18, párr. 98.

Los Estados tienen la obligación de garantizar la crianza de un niño en su medio familiar. El deber y obligación de adoptar medidas de acción positiva y prestacionales en pos de asegurar el mandato de la protección especial de niños y niñas previsto en todo el *corpus iuris* que aseguran sus derechos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos no fue cumplido.

No se cumplió en un primer momento con la progenitora de los niños y tampoco respecto de Pavel, quien inmediatamente de anoticiado de la situación no dudo en afrontar las responsabilidades (deberes y derechos) que le correspondían como padre. No se advierten acciones en términos de inclusión en planes de ayuda, servicios de apoyo, de fortalecimiento a las familias, intervenciones especializadas a los fines de lograr la vinculación familiar y restitución de V con el menor impacto psicológico negativo a su familia de origen.

La medida de protección excepcional tiene como fin, en primer término, asegurar la protección del niño ante una posible vulneración de derechos. Pero simultáneamente tiene como norte revertir las causas que dieron origen a la misma, para lograr la reintegración del niño a su familia. La temporalidad es fundamental para evitar dilaciones innecesarias o de inactividad en el marco institucional. La aplicación de la medida exige una revisión periódica con evaluación de los contextos y la justificación objetiva de la necesidad de prórroga o finalización.

El impacto emocional en los niños (“trauma”) que fue tenido en cuenta en el fallo como una de las causas que impidieron avanzar en la restitución de V a su padre, no puede ser una justificación válida en los casos de trámites de custodia de personas menores de edad. Trauma que no es evaluado con tanta rigurosidad cuando los niños son separados de su familia de origen. El factor tiempo en la vida de los niños, debe ser tenido en cuenta en el marco de cualquier intervención con ellos, puesto que su falta de atención vulnera derechos. Situación que ocurrió con la niña V.

Una vez más, el factor tiempo no hizo más que configurar un sustrato fáctico, que luego es utilizado como fundamento de las decisiones judiciales en favor de la familia que pretende adoptar a la niña y en contra de su interés superior, el que sin lugar a duda era conformar una familia junto a su padre biológico, quien la quería y la reclamaba, a punto tal que su reclamo llegó al TEDH en busca de justicia.

La resolución del TEDH insta al reclamante a continuar avanzando en la construcción del vínculo con su hija a través de las sesiones de contacto. Nada dice el fallo en relación con realizar acciones por parte de las autoridades administrativas o judiciales para remover los obstáculos que se fueron presentando para propiciar el ansiado encuentro entre padre e hija, entre ellos los opuestos por la familia preadoptiva.

Es por estas consecuencias esperables que el deber de debida diligencia y razonabilidad del plazo no pueden desatenderse en ningún proceso judicial, pero menos aun cuando se trata de resolver cuestiones relacionadas con niños/as que atraviesan su primera infancia, etapa de vital importancia para la construcción de vínculos afectivos sólidos, verdaderos, que consolidan los aspectos más significativos de la personalidad y de la identidad del sujeto.

Así lo ha dicho la Corte IDH al sostener que

en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.<sup>23</sup>

Reforzamos estos aspectos a los fines de enfatizar sobre la importancia de abordar con celeridad estas cuestiones a los efectos de interferir lo menos posible en los vínculos entre padres y madres biológicos con sus hijas e hijos, ya que de lo contrario se favorece la creación de nuevos lazos que naturalmente surgen entre los niños y niñas con sus cuidadores en el marco de una medida de protección excepcional.

Evitar las situaciones de un mayor impacto negativo en la subjetividad del niño/a que implica *per se* una decisión de separación de su familia de origen es responsabilidad esencial de las autoridades, tanto administrativas como judiciales, y también de aquellos que pretenden aún con las mejores intenciones constituir una familia a sabiendas de que se están afectando los vínculos de origen de las niñas y los niños.

#### 4. Conclusión

Numerosos instrumentos reconocen la protección especial que todo niño, niña y adolescente tiene por su condición de persona menor de edad, sujeto en desarrollo. Este reconocimiento se basa en que las niñas y los niños, sobre todo las y los más pequeñas/os tienen una vulnerabilidad esencial por su edad y necesitan, para su desarrollo y crecimiento, de adultos que los acompañen a los fines de ir adquiriendo mayor autonomía en forma progresiva (art. 5, CDN).

Esta protección especial de los derechos de los niños y las niñas y la protección del derecho a la familia son reconocidas ante la comunidad internacional y en el caso de la República Argentina, con jerarquía constitucional. Exige a los Estados la implementación de prestaciones positivas a los fines de asegurar la crianza de los niños en su ámbito familiar y que para el caso que ello no pueda ser posible, la separación solo puede producirse a través de una medida excepcional, de *ultima ratio*, con control judicial, por el menor tiempo posible. Estas acciones deben ser realizadas por organismos administrativos y judiciales con la especialización que exige la protección especial de niños, niñas y adolescentes.

En el caso analizado, la valoración sesgada realizada hacia la familia de los niños por las autoridades policiales y luego sostenidas por las administrativas y judiciales, permitió afianzar las circunstancias de

23 *Idem*, nota 22, párr. 127, y Asunto L. M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 16.



contexto evaluadas en un primer momento e impidió disponer medidas de protección para restituir el derecho de la niña a la vida familiar, que hubieran sido lógicas en una sociedad democrática.

Se insistió en la falta de celeridad del progenitor para iniciar el reclamo, luego en su falta de idoneidad para el cuidado de su hija, mas no para su hijo, para concluir, transcurrido el tiempo, que la restitución podía implicar un impacto psicológico negativo en ella.

El principio de interés superior del niño vuelve a ser valorado subjetivamente por los decisores en contra del mejor interés para V, que era retomar su vida junto a sus familiares. No se tuvo en cuenta el deber de debida diligencia en la respuesta estatal, que consistía en iniciar un proceso de vinculación con los apoyos institucionales necesarios, que interviniera no solo con V y P, sino también con la familia acogedora para dirimir las tensiones naturales que se generan en situaciones como la analizada.

Tampoco surge del fallo que hubiera una escucha efectiva de la niña más allá de su corta edad. Claramente el derecho a que su opinión sea tenida en cuenta fue vulnerado. Del relato se desprende que V en un principio estaba entusiasmada en vincularse con su padre, su abuela paterna y no separarse de su hermano, pero que los obstáculos que se fueron generando fortalecieron el vínculo con la familia acogedora.

El TEDH sostiene que no habiendo violación al artículo 8 del CEDH, no hace lugar a la restitución para que la niña pueda convivir con su padre, su hermano y su abuela paterna y se satisface en limitar la relación paterno-filial a las sesiones de contacto.

Transcurrieron once años desde el primer reclamo del progenitor. Los fundamentos de la justicia local, endilgando responsabilidades a la familia de origen de los niños/as en lugar de propiciar diligentemente el encuentro para su unificación familiar, no hicieron más que profundizar el conflicto entre las partes, sin tener en mira el verdadero interés superior en este caso de la niña.

El TEDH en este fallo termina avalando la postura gubernamental y las evaluaciones y ponderaciones realizadas desde las autoridades administrativas y judiciales, que en base a los principios rectores (interés superior del niño, no injerencias en la vida familiar, derecho a ser oído, debida diligencia en asuntos de guarda y custodia de niños) consolidaron la situación objeto de reclamo entre el progenitor Pavel y su hija.

La decisión final no conforma, en tanto da continuidad a la profundización del desvínculo entre las partes. Si bien es cierto que Pavel, reconocida su paternidad, tuvo derecho a la vinculación con su hija, no es menos cierto que hasta el inicio del reclamo ante el TEDH no había logrado ejercerlo con suficiencia, ante la imposibilidad de remover los obstáculos existentes que le impedían hacer efectiva la construcción del vínculo paterno-filial con su hija. Uno de los obstáculos son los deseos de la familia preadoptiva.

La falta de medidas efectivas de parte de las autoridades administrativas y judiciales solo impulsaron como primer medida la separación de los niños ante una posible situación de vulneración de derechos, pero en ningún momento promovieron la implementación de prestaciones de acción positiva para remover las causas que originaron la separación y que permitieran que tanto V como K pudieran crecer y desarrollarse en el seno de su propia familia, sea junto a su madre, su progenitor y/o en este

caso, su abuela paterna, quien junto a Pavel dieron muestras claras ante la justicia de sus intenciones de reunirse con los niños.

Con el niño K, Pavel pudo lograrlo. No ocurrió lo mismo con V. Sería irritante concluir que Pavel pudo cuidar a su hijo, pues al ser este discapacitado no podía entrar en el circuito de las familias de acogimiento por adopción.

El fallo que hoy comentamos es una oportunidad más para advertir que en nuestro país, en la región y en el mundo perduran prácticas administrativas y judiciales basadas en una conceptualización de interés superior del niño que discrimina a las familias de los sectores vulnerables en franca violación de las normas locales expresas y del amplio *corpus iuris* internacional de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

# Vacunación obligatoria. Vida privada y familiar. Niñez

## TEDH. *Case of Vavříčka and others v. The Czech Republic*, 8 de abril de 2021

*Por Marina Ditieri<sup>1</sup> y Magdalena Perillo<sup>2</sup>*

---

### 1. Palabras introductorias

Si bien la sentencia que aquí se comenta fue dictada en el crudo contexto de la pandemia por el COVID-19, tiene basamento en un grupo de casos anteriores a que fuera declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que expedirse en relación con la objeción de un grupo de progenitores/as a que se vacune a sus hijos/as con vacunas reguladas como obligatorias.

Para ello, debió resolver, por un lado, la tensión existente entre el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del CEDH y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de

---

1 Abogada (UBA). Maestranda en Derechos Humanos (UNLP). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Docente (UBA/UNPAZ). Presidenta de la Comisión de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y secretaria de la Comisión de Derechos Humanos (AABA). Coordinadora general de la revista *online Género y Derecho Actual*. Ex asesora jurídica en la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

2 Abogada (UBA). Docente de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Maestranda en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Responsable del Área de Jurisprudencia de la revista *online Género y Derecho Actual*. Se desempeña laboralmente en el Poder Judicial de la Nación.

religión contemplado en el artículo 9 del mismo instrumento y, por el otro, la vacunación infantil como política de salud pública, destacando los valores de la solidaridad social y el interés superior de los niños/as.

## 2. El caso: breves referencias

El presente caso se originó a partir de seis demandas presentadas entre los años 2013 y 2015 contra la República Checa, que fueron examinadas conjuntamente por el TEDH por la similitud de su objeto.

Los demandantes alegaron, en particular, que las diversas consecuencias para ellos del incumplimiento del deber legal de vacunación, concretamente la aplicación de una multa o rechazo de admisión a un establecimiento de educación preescolar, eran incompatibles con el respeto de su derecho a la vida privada y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

La legislación interna de República Checa establece que las instalaciones preescolares solo pueden aceptar niños/as que hayan recibido las vacunas requeridas, que hayan sido certificados por haber adquirido la inmunidad por otros medios o que no puedan someterse a la vacunación por motivos de salud. De este modo, la persona que viole ese deber comete una infracción leve punible con una multa.<sup>3</sup>

En el caso presentado por el Sr. Vavříčka la plataforma fáctica fue la siguiente: tras no haber cumplido con el deber de vacunar a sus dos hijos, de catorce y trece años, contra la poliomielitis, la hepatitis B y el tétanos, se le impuso una multa equivalente a 110 euros.<sup>4</sup>

El demandante impugnó la decisión a nivel administrativo, ante los tribunales y, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional, que determinó que una autoridad pública que decida sobre la ejecución de la obligación de vacunación o sobre la sanción por incumplimiento de la misma debe tener en cuenta las razones excepcionales alegadas por el reclamante que se niega a someterse a la vacunación.

Si concurren circunstancias que exigen que se preserve la autonomía de esa persona, la autoridad no debe sancionar ni hacer cumplir de otro modo tal deber. Agregó que la autoridad pública y el tribunal administrativo que entienda posteriormente debe tener en cuenta todas las circunstancias relevantes del caso en su toma de decisiones, en particular, la urgencia de las razones alegadas por el interesado, su constitucionalidad, relevancia y el riesgo para la sociedad que pueda ocasionar la conducta de aquel. La coherencia y credibilidad de las afirmaciones de la persona interesada también será un aspecto importante.<sup>5</sup>

Las cinco demandas restantes fueron formuladas por las propias personas que de niños/as habían resultado perjudicadas.

3 TEDH. *Case of Vavříčka and others v. The Czech Republic*, Application no. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 and 43883/15, Court (Grand Chamber), 8 de abril de 2021, párrs. 15 y 17.

4 *Idem*, nota 3, párr. 23.

5 *Idem*, nota 3, párr. 28.

Alegaron que habían sido damnificadas en tanto las autoridades del jardín de infantes o guardería no los habían admitido o se había revocado su admisión tras tomar conocimiento de que no contaban con las vacunas obligatorias. Los motivos de la falta de vacunación esbozados fueron variados: padres que simplemente cuestionaban esa obligación, pediatra de cabecera que no había efectuado una indicación individualizada o padres que habían delineado un plan de vacunación personalizado que implicaba que las vacunas sean colocadas con posterioridad a la edad que indicaba la ley.

La línea mantenida por el Tribunal Constitucional al decidir en el orden interno sobre las cuestiones planteadas por los demandantes radicó principalmente en que una limitación al derecho a la educación, consistente en un requisito de cumplimiento de la obligación de vacunación, no suprime la esencia misma del derecho y persigue claramente el objetivo legítimo de proteger la salud pública.

Además, los medios previstos para lograr este objetivo son racionales y están libres de cualquier arbitrariedad. La vacunación representa un acto de solidaridad social por parte de quienes aceptaron un riesgo mínimo para proteger la salud de la sociedad en su conjunto. Por lo tanto, la obligación cuestionada no implicaba la vulneración de derechos fundamentales.

### **3. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Como punto de partida, el TEDH observa que los demandantes formularon sus quejas en virtud del artículo 8 del CEDH.

En opinión del Tribunal, pese a que lo que se denunciaba eran las consecuencias del incumplimiento de la obligación de vacunación, estas no podían dissociarse significativamente del deber subyacente. Ello así, toda vez que se derivan de forma inmediata y directa de la actitud de los demandantes frente a esa obligación y, por tanto, están intrínsecamente relacionadas con él.<sup>6</sup>

En estas circunstancias, considera que el objeto de las reclamaciones de los demandantes era cuestionar el deber de vacunación y las consecuencias que para ellos tiene su incumplimiento.<sup>7</sup>

El TEDH determina que ello configura una injerencia en su derecho al respeto a la vida privada, pese a no haber mediado una intervención médica involuntaria, incluso en el caso del Sr. Vavříčka como responsable legal del bienestar de sus hijos, en donde se cuestionaba la vacunación de estos y no la propia.<sup>8</sup>

Por tanto, y a fin de determinar si esta injerencia implicaba una violación del artículo 8 del Convenio, el Tribunal debió examinar si se encontraba justificada en virtud del segundo párrafo de dicho artículo, es decir, si la injerencia era conforme a la ley, perseguía uno o varios de los objetivos legítimos especificados en aquella y, a tal efecto, era necesaria en una sociedad democrática.

---

6 *Idem*, nota 3, párr. 259.

7 *Idem*, nota 3, párrs. 258-260.

8 *Idem*, nota 3, párrs. 263 y 264.

Así las cosas, el Tribunal manifiesta que la injerencia en cuestión fue conforme a derecho, dado que las frases “de conformidad con la ley” y “prescrita por la ley” prescriptas en los artículos 8 a 11 del Convenio deben entenderse en su sentido sustantivo y no formal, por lo que no resulta excluyente que la normativa que origina la obligación se trate de una ley del Parlamento.<sup>9</sup>

En otro orden, se estima como legítimo el objetivo de la legislación cuestionada, ya que persigue proteger a los ciudadanos contra las enfermedades que pueden suponer un grave riesgo para la salud. Se busca, así, amparar a las personas contra enfermedades peligrosas y contagiosas mediante la vacunación y a aquellas que no pueden ser vacunadas, a través de la consecución de un alto nivel de vacunación dentro de la sociedad. Entiende el TEDH que este objetivo corresponde a la protección de la salud y de los derechos de los demás, reconocidos por el artículo 8.<sup>10</sup>

Asimismo, una injerencia se considerará necesaria en una sociedad democrática para la obtención de un objetivo legítimo si responde a una necesidad social imperiosa. El Tribunal pondera que existe un consenso general, fuertemente apoyado por los organismos internacionales especializados, en el sentido de que la vacunación es una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables y que cada Estado debe tratar de alcanzar el mayor nivel posible de vacunación entre su población.

A su vez, refiere que las cuestiones de política sanitaria –como ser la vacunación infantil– están comprendidas en el margen de apreciación de las autoridades nacionales. Dicho margen debe ser amplio.

En la República Checa la obligación de vacunación representa la respuesta de las autoridades nacionales a la apremiante necesidad social de proteger la salud individual y pública contra las enfermedades en cuestión y de evitar cualquier tendencia a la baja en la tasa de vacunación de los niños.<sup>11</sup> El deber se impone sobre la base del interés superior de estos.<sup>12</sup>

De este modo, el TEDH considera que no puede considerarse desproporcionado que un Estado exija a aquellos para los que la vacunación representa un riesgo remoto para la salud que acepten esta medida de protección universalmente practicada, por obligación legal y en nombre de la solidaridad social, en beneficio del reducido número de niños vulnerables que no pueden beneficiarse de la vacunación.

En opinión del Tribunal, el legislador checo tenía la posibilidad válida y legítima de tomar esta decisión, que es plenamente coherente con la lógica de la protección de la salud de la población. La supuesta disponibilidad de medios menos intrusivos para lograr este propósito, como sugieren los demandantes, no desvirtúa esta conclusión.<sup>13</sup>

Por lo tanto, resuelve que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

---

9 *Idem*, nota 3, párrs. 269 y 271.

10 *Idem*, nota 3, párr. 272.

11 *Idem*, nota 3, párr. 284.

12 *Idem*, nota 3, párr. 286.

13 *Idem*, nota 3, párr. 306.

Los demandantes también alegaron que las sanciones que les impusieron habían sido contrarias a sus derechos en virtud del artículo 9 del Convenio, que protege la libertad de pensamiento, conciencia y religión y la libertad de manifestar las propias convicciones a través de cualquier práctica.<sup>14</sup>

Al respecto, el Tribunal refiere que las opiniones personales sobre la vacunación obligatoria, basadas en suposiciones totalmente subjetivas sobre su necesidad e idoneidad, no constituyen una creencia en el sentido del artículo 9 del tratado, que pretendía esencialmente proteger las religiones o las teorías sobre los valores universales filosóficos o ideológicos.

Estima que las opiniones profesadas por los demandantes no constituían un punto de vista coherente sobre un problema fundamental.<sup>15</sup> Para así resolver, remarcó que el término “práctica” no abarcaba todos y cada uno de los actos motivados o influidos por una creencia, y señaló que la obligación de vacunarse, tal y como se establece en la legislación controvertida en este caso, se aplica a todas las personas, independientemente de su religión o credo personal.<sup>16</sup>

Por último, algunos de los demandantes también denunciaron la violación de los artículos 2, 6, 13 y 14 del Convenio y sus protocolos. Sin embargo, el Tribunal, tal como lo hiciera al analizar las quejas en virtud del artículo 9 del Convenio, las declaró inadmisibles.<sup>17</sup>

#### 4. La jurisprudencia del TEDH sobre vacunación obligatoria

Previo al caso en comentario, el TEDH ya se había pronunciado sobre la vacunación obligatoria y su vinculación con los artículos 8 y 9 del CEDH.

Tal doctrina comenzó a desarrollarse en *Boffa y otros vs. San Marino*, donde la Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó la pretensión de varios progenitores de no vacunar a sus hijos/as, en contra de la obligación establecida en su legislación nacional, con base en el artículo 9 del Convenio.<sup>18</sup>

No obstante, tal posicionamiento fue modificado en *Salveti vs. Italia*, en el que la demandante era una persona que sufrió de parálisis, ceguera y disartria como resultado de la vacunación obligatoria contra la poliomielitis.<sup>19</sup>

El TEDH afirmó que no había existido violación de los artículos mencionados por la demandante, pero examinó el reclamo bajo el artículo 8 del CEDH, con base en el precedente *Passannante vs. Italia*, donde se estableció que la vida privada incluía la integridad física de la persona.<sup>20</sup>

14 *Idem*, nota 3, párr. 313.

15 *Idem*, nota 3, párr. 315.

16 *Idem*, nota 3, párr. 331.

17 *Idem*, nota 3, párrs. 346 y 347.

18 TEDH. *Boffa and 13 others v. San Marino*, Application no. 26536/95, Decision, Commission (First Chamber), 15 de enero de 1998, p. 34.

19 TEDH. *Salveti v. Italy*, Application no. 42197/98, Decision, Court (First Section), 9 de julio de 2002.

20 TEDH. *Passannante v. Italy*, Application no. 32647/96, Decision, Commission (First Chamber), 1 de julio de 1998, párr. 8.

Así, sostuvo que “las vacunas obligatorias como tratamientos médicos no voluntarios, significan una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada garantizado por el art. 8”.<sup>21</sup>

Sin embargo, dado que la Convención solo regía para hechos posteriores a su entrada en vigor, el TEDH se negó a considerar las circunstancias del caso, relacionadas con una inoculación ocurrida en 1971. Por lo tanto, declaró el caso inadmisibles y simplemente declaró que las vacunas obligatorias dan lugar a una injerencia en virtud del artículo 8 del Convenio, pero no analizó si tal injerencia se hallaba justificada.

El TEDH también se expidió sobre la temática en *Sanofi Pasteur vs. Francia*,<sup>22</sup> caso en el cual una enfermera en formación tuvo que ser vacunada y sufrió daños físicos causados por la inoculación. En tal precedente, la demanda fue interpuesta por el laboratorio de referencia que había sido declarado responsable y condenado por un tribunal francés a pagar los daños y perjuicios causados. En esa oportunidad se discutió la violación del artículo 6 de la CEDH, referido al derecho a un juicio equitativo y a su trámite en un plazo razonable.

Por último, el TEDH en *Solomakhin vs. Ucrania* determinó que se habían violado los derechos del demandante en virtud del artículo 8 de la CEDH, pero, no obstante, la violación estaba justificada por motivos de salud pública.<sup>23</sup>

Como podemos observar, la jurisprudencia del TEDH respecto de la vacunación obligatoria venía siendo relativamente escasa con anterioridad al precedente en comentario.

## 5. Doctrina de la sentencia del TEDH

Como ha sido señalado, puede visualizarse que el Tribunal frente a la tensión entre la autodeterminación y el derecho a la salud, por un lado, y el derecho al respeto de la vida privada y familiar y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, por el otro, ha considerado que las vacunas obligatorias como tratamientos médicos no voluntarios significan una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 8 del CEDH.

También es cierto que en otros precedentes el Tribunal ha considerado a la vacunación como una injerencia prevista por la ley, que persigue el objetivo legítimo de proteger la salud y, por tanto, justificó la interferencia bajo la lógica de la protección del derecho colectivo a la salud frente a los derechos individuales de los litigantes.

En el caso en comentario, y tal como surge del relato de los hechos, las vacunas obligatorias estaban ordenadas por la ley y su utilización en forma obligatoria tenía un objetivo puntual: la protección pública.

---

21 *Idem*, nota 19, párr. 25.

22 TEDH. *Case of Sanofi Pasteur v. France*, Application no. 25137/16, Court (Fifth Section), 13 de febrero de 2020.

23 TEDH. *Case of Solomakhin v. Ukraine*, Application no. 24429/03, Court (Fifth Section), 15 de marzo de 2012, párr. 36.



El Tribunal introduce el concepto de “solidaridad social”, determinando que el fin de la vacunación obligatoria era proteger la salud de todos los miembros de la sociedad, puntualmente de las personas que son particularmente vulnerables ante ciertas enfermedades y para las cuales el resto de la población es invitada a asumir un riesgo mínimo haciéndose vacunar.

Entonces, el objetivo perseguido con el establecimiento de un régimen de vacunación obligatoria no sería únicamente la protección de la salud, sino también la protección de los derechos de las demás personas. Es decir, se revaloriza la salud pública frente a los derechos individuales de las personas.

Aquí la Gran Sala adopta un posicionamiento vinculado a ideales de libertad de creencia que prioriza el interés público sobre las libertades individuales. Tal circunstancia se configura en el modelo social nórdico, donde la sociedad se encuentra altamente secularizada, el Estado y las políticas públicas son centrales en el desarrollo y los gobiernos gozan de gran legitimidad. Allí, los movimientos antivacunas han sido contenidos.<sup>24</sup>

A ello, debe adicionarse que, al vincularse los casos en cuestión con la objeción de los progenitores a vacunar a sus hijos/as, no podía el Tribunal pasar por alto que estaba en discusión la vacunación obligatoria de personas menores de edad y que es obligación de los Estados situar en el centro de sus decisiones el interés superior de los niñas/as cuando se adopten medidas y/o decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses.

Por su parte, se abre aquí otro planteo vinculado al derecho privado, que se relaciona con el ejercicio de los derechos y deberes que emergen de la responsabilidad parental y que permite a los progenitores tomar decisiones respecto de la vida y/o salud de sus hijos/as. El límite o respuesta a tal discrecionalidad, el Tribunal lo encuentra en el respeto del interés superior del niño/a, que se constituye en un principio rector que debe guiar cualquier decisión que se adopte en materia de infancia, conforme lo prevé el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De lo expuesto, queda de resalto que el TEDH en su resolución prioriza el interés público destacando el valor de la solidaridad social y el respeto por los grupos en condiciones de vulnerabilidad –niños/as– y resuelve de este modo la tensión de derechos planteada a favor de la salud pública.

## 6. Palabras de cierre

Si bien la evidencia científica determina que la vacunación constituye una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva, la Pandemia del COVID-19 ha venido a poner en jaque aquellas premisas que resultaban ser para gran parte de la sociedad una verdad de Perogrullo. En el continente europeo rigen diferentes políticas en torno a la vacunación –voluntaria u obligatoria–. El precedente

<sup>24</sup> Wierzba, S. M.; Mansnerus, J. y Malminen, T. (21 de diciembre de 2020). Vacunación: hacia un equilibrio entre libertad de conciencia e interés público Análisis jurídico comparado durante la crisis del COVID-19, tomo La Ley 2021-A, 1, cita online: AR/DOC/3839/2020.

que aquí se analiza devino interesante, en tanto sus hechos acaecieron con anterioridad a que se decretó la pandemia a nivel mundial pero la resolución fue posterior.

El TEDH tuvo la oportunidad de lucirse y así decidir sobre una problemática en la cual imperaban pocos antecedentes y una fuerte tensión entre las posiciones a conciliar. Debió encontrar un equilibrio entre los derechos cuya violación alegaban los demandantes y la salud y seguridad colectiva, en un angustioso escenario global provocado por el COVID-19.

Entendemos que el pronunciamiento además de aclarar una casuística contradictoria, cuyos precedentes datan de más de veinte años, vino a tomar posicionamiento a favor de la vacunación obligatoria adoptando una mirada que prioriza el interés público por sobre los intereses privados de los individuos, en favor de la salud colectiva.

La sentencia no puede separarse del drástico contexto en que fue dictada, y donde las vacunas pasaron a ser una mercancía de alto valor en cada uno de los Estados. Y tal valor creemos que no era otro que el valor de la vida misma.

Por su parte, la decisión de vacunarse o no en el caso de niños/as no puede ser a nuestro juicio considerada una decisión individual de los progenitores, sino que, siguiendo el razonamiento del Tribunal en el caso bajo análisis, por cuestiones de política sanitaria debe estar comprendida en el margen de apreciación de las autoridades nacionales de cada Estado.

# Integridad sexual. Prevención, investigación y sanción. Ejecución de la pena

TEDH. *Affaire E. G. c.*  
*République de Moldova*, 13 de abril de 2021

Por Clarisa Moreyra<sup>1</sup>

---

## 1. Introducción

El 13 de abril de 2021, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió en el caso *E. G.* condenar al Estado por incurrir en responsabilidad internacional al fracasar en la ejecución efectiva de una condena impuesta a tres sujetos por haber cometido una violación grupal. Ello, sostuvo el TEDH, importó la violación de los artículos 3 y 8 del CEDH. Para así entenderlo, consideró no solamente las numerosas fallas estatales durante el proceso judicial que se llevó adelante contra los imputados, que garantizaron la rebeldía de uno de ellos, sino que se pronunció, particularmente, sobre la convencionalidad de la aplicación de la Ley de amnistía N° 188 de Moldavia, que establecía que “una persona condenada a una pena de hasta siete años de prisión, inclusive, quien al momento de la entrada en vigor de esta ley no haya alcanzado la edad de 21 años [...] está exenta de dicha pena”.

El presente comentario intentará, en primer lugar, reseñar la evolución de la jurisprudencia del TEDH acerca de las obligaciones estatales en materia de prevención, investigación y sanción de delitos sexuales para luego poner de relieve la importancia del precedente bajo análisis, que inaugura una línea

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Se desempeña laboralmente en el Ministerio Público de la Defensa.

jurisprudencial en relación con la obligación del Estado, ya no solamente de dictar legislación, interpretarla de conformidad con las pautas europeas y llevar adelante una efectiva investigación al tomar conocimiento de la comisión de un delito contra la integridad sexual, sino ya de efectivamente ejecutar la pena impuesta a un individuo como resultado de dicho proceso. En este marco, se pondrá de relieve la importancia de este caso, enmarcado en una tendencia reciente del TEDH respecto del estándar con el que deben analizarse las amnistías, incluso respecto de delitos cometidos por particulares.

## 2. Evolución jurisprudencial del TEDH sobre las obligaciones estatales en materia de prevención, investigación y sanción de delitos contra la integridad sexual

Para dar efectiva cuenta de la relevancia que tiene el precedente en el marco general del contenido de las obligaciones estatales que el TEDH ha adjudicado a las previsiones contenidas en los artículos 3 y 8 del CEDH en relación con la comisión de delitos graves contra la integridad sexual por parte de individuos, resulta necesario estudiar la evolución jurisprudencial sobre la materia.

El primer caso significativo data de 1985 y es *X e Y v. The Netherlands*. Desde aquel momento el Tribunal estableció que dichos artículos abarcan obligaciones estatales incluso ante delitos contra la integridad sexual en relaciones de individuos entre sí,<sup>2</sup> sin participación de agente estatal alguno en su comisión, e instaló el criterio que al respecto sostendría invariablemente hasta nuestros días.

A lo largo de su jurisprudencia, progresivamente el TEDH ha ido nutriendo de contenido las obligaciones estatales que impone el CEDH en la materia bajo análisis. Así, hasta el fallo que aquí se comenta, podíamos identificar tres grandes ejes de deberes del Estado.

La primera obligación es sancionar leyes de naturaleza penal para castigar graves hechos de abuso sexual.<sup>3</sup> El TEDH jerarquizó la función de prevención general como fundamento del castigo estatal.<sup>4</sup> En el *leading case M. C. v. Bulgaria* no solamente reiteró la obligación del dictado de legislación de naturaleza penal sino que estableció pautas de interpretación de dichas normas, de conformidad con los estándares europeos en la materia.<sup>5</sup>

En el mismo caso, el TEDH abordó un segundo eje de obligaciones estatales: no solamente sancionar normas, sino aplicarlas en la práctica a través de una investigación y enjuiciamiento efectivos.<sup>6</sup> Con ello se abriría una copiosa línea jurisprudencial que dotaría de contenido al concepto de investigación efectiva, tal como se reseñará brevemente en lo que sigue.

2 TEDH, *Case of X and Y v. The Netherlands*, Application no. 8978/80, Court (Chamber), 26 de marzo de 1985, párr. 27. En el mismo sentido, TEDH, *Case of A. v. The United Kingdom*, Application no. 25599/94, Court (Chamber), 23 de septiembre de 1998, párr. 22.

3 *Idem*, nota 2, párr. 24.

4 *Idem*, nota 2, párr. 27, y *Case of Gardel v. France*, Application no. 16428/05, Court (Fifth Section), 17 de marzo de 2010, párr. 43.

5 TEDH, *Case of M. C. v. Bulgaria*, Application no. 39272/98, Court (First Section), 4 de marzo de 2004, párr. 166.

6 *Idem*, nota 5, párr. 153.

En tercer lugar, existieron algunos precedentes, mucho menos robustos en sus determinaciones, respecto del deber estatal de prevención de hechos de abuso sexual entre particulares. Es notable que en ninguno de los casos en los que dichos estándares tuvieron un desarrollo se declarara la responsabilidad internacional del Estado al respecto. Nos referimos particularmente al caso *D. P. & J. C. v. The United Kingdom* y al reciente caso de la Gran Sala *X y otros v. Bulgaria*. El TEDH reconoció que existe una obligación positiva del Estado de actuar en los casos en los que las autoridades supieren o hubieren debido saber de la existencia de un riesgo real e inmediato de malos tratos de un individuo identificado en razón de actos criminales por un tercero y que el fracaso en tomar medidas efectivas en el marco de sus poderes que, razonablemente, hubieran evitado ese riesgo, acarrea la responsabilidad internacional del Estado.<sup>7</sup> No obstante, tomó la precaución de establecer que dicha obligación no puede ser interpretada de forma de imponer un estándar imposible o desproporcionado sobre las autoridades, teniendo en cuenta la predictibilidad de las acciones humanas y las decisiones operacionales que deben tomarse en términos de prioridades y recursos.<sup>8</sup>

Por lo anterior, en lo que sigue analizaremos los dos primeros ejes por ser los más nutridos. Finalmente sostendremos que *E.G. v. República de Moldavia* inaugura un nuevo eje, no contenido en los anteriores: el deber estatal en materia de ejecución de la sentencia de condena por graves delitos contra la integridad sexual.

## 2.1. Legislación e interpretación

Como se ha señalado al introducir este título, desde su primer caso en materia de obligaciones estatales sobre abusos sexuales cometidos por particulares, el TEDH ha establecido la obligación internacional de sancionar leyes de naturaleza criminal que penen los más graves delitos contra la integridad sexual y ha entendido que el fracaso en adoptar un marco regulatorio penal en la materia comprometía la responsabilidad internacional de los Estados.

Esto no solamente fue afirmado en *X e Y v. The Netherlands* y en *M. C. v. Bulgaria*, como se reseñó anteriormente, sino que fue luego reafirmado en su jurisprudencia subsiguiente. A este respecto, el tratamiento del Tribunal en lo sucesivo estuvo signado por la determinación del umbral de gravedad de una acción para suscitar la obligación internacional de tipificarla penalmente. En particular, sobre este límite, vale la pena poner de relieve el *Caso Söderman v. Sweden*. Allí, la Sección y luego la Gran Sala trataron las tensiones y el margen de apreciación estatal respecto de la legislación y la interpretación de dicha legislación relativa a una acción contra la integridad sexual de menor gravedad.

Mientras que la Sección eludió la cuestión de la gravedad de la acción y entendió que la filmación de una niña mientras se desvestía, se encontraba, teóricamente, abarcada en la legislación penal sueca,

<sup>7</sup> TEDH, *Case of X and others v. Bulgaria*, Application no. 22457/16, Court (Grand Chamber), 2 de febrero de 2021, párr. 183, y *Case of D. P. & J. C. v. The United Kingdom*, Application no. 38719/97, Court (First Section), 10 de enero de 2003, párr. 109.

<sup>8</sup> *Idem*, nota 7, párr. 182.

solo que la interpretación que los tribunales daban a dicha norma eran estrechos, pero dentro del margen de apreciación estatal,<sup>9</sup> la Gran Sala sostuvo claramente que respecto de actos entre individuos de menor gravedad, que podrían violar la integridad psicológica, la obligación del Estado bajo el artículo 8 del CEDH de mantener y aplicar un marco regulatorio no siempre exige previsiones de naturaleza penal, sino que podría consistir en remedios de naturaleza civil.<sup>10</sup> Así, la Gran Sala demarcó el límite a la obligación estatal de criminalizar por vía legislativa en el umbral de gravedad exigido. Esta jurisprudencia fue reiterada en el *Caso A., B. y C. v. Latvia* al analizar situaciones de desnudez de adolescentes frente a un entrenador de gimnasia.<sup>11</sup>

El TEDH ha entendido que los Estados tienen el deber de contener, en sus regulaciones, normas penales que sancionen los actos graves contra la integridad sexual y también ha establecido pautas de interpretación de dichos tipos penales. En particular, en *M. C. v. Bulgaria* rechazó la potestad del Estado de interpretar el delito de violación a la luz del requerimiento de resistencia física, estableciendo que, para conformarse con los estándares europeos, dicho tipo penal debe interpretarse tomando en consideración el concepto de consentimiento.

Así, estableció que abordar la persecución penal de delitos sexuales requiriendo prueba de resistencia física en todas las circunstancias importa el riesgo de dejar ciertos tipos de violación impunes y, de este modo, arriesgar la protección efectiva de la autonomía sexual individual. De conformidad con los estándares contemporáneos, la obligación de los Estados miembros bajo los artículos 3 y 8 del CEDH exigen la penalización y efectivo juzgamiento de cualquier acto sexual no consentido, incluyendo aquellos en los que no existe resistencia física de la víctima.<sup>12</sup> Dicha jurisprudencia fue reiterada en *M. G. C. v. Romania*.<sup>13</sup>

## 2.2. Investigación efectiva

Como se ha señalado, es en *M. C. v. Bulgaria* donde se esbozó, por primera vez, el deber estatal de investigación y efectiva persecución penal de delitos contra la integridad sexual y comenzaron a delinearse los requisitos que tendría, bajo los estándares europeos de derechos humanos, una investigación efectiva. Los dos primeros requisitos que se explicitaron allí son la debida celeridad con que las investigaciones deberían llevarse adelante —condenando al Estado por incurrir en demoras significativas—,<sup>14</sup> así como ciertos estándares de valoración de la prueba.

Respecto de la oportunidad y debida celeridad que debe imprimirse a las investigaciones penales de delitos contra la integridad sexual, tras *M. C. v. Bulgaria*, dicho estándar fue precisándose. Así,

9 TEDH, *Case of E. S. v. Sweden*, Application no. 5786/08, Court (Fifth Section), 21 de junio de 2012, párr. 72.

10 TEDH, *Case of Söderman v. Sweden*, Application no. 5786/08, Court (Grand Chamber), 12 de noviembre de 2013, párr. 85.

11 TEDH, *Case of A. B. and C. v. Latvia*, Application no. 30808/11, Court (Fifth Section), 31 de marzo de 2016, párr. 157.

12 *Idem*, nota 5, párr. 166.

13 TEDH, *Case of M. G. C. v. Romania*, Application 61495/11, Court (Fourth Section), 15 de junio de 2016, párrs. 64-65.

14 *Idem*, nota 5, párr. 184, y nota 13, párr. 120.

mientras que allí la demora significativa advertida por el Tribunal fue de un año sin tomar medida de investigación alguna,<sup>15</sup> en *M y C. v. Romania* fue de un año y diez meses sin producción de prueba,<sup>16</sup> en *C. A. S. y C. S. v. Romania* se consideró una demora injustificada: la demora de tres semanas desde la denuncia para ordenar un peritaje médico, casi dos meses para efectuar un llamado a indagatoria y un lapso de siete años entre el día de los hechos y la absolución del imputado.<sup>17</sup>

En *Tyagunova v. Rusia* el Tribunal advirtió que una demora de cinco meses tras la denuncia para instituir una investigación oficial violaba el tratado<sup>18</sup> y en *Y v. Slovenia* llamó la atención sobre una investigación con períodos enteros de completa inactividad.<sup>19</sup> En estrecha vinculación con esto último, con particular énfasis ha condenado el TEDH la inactividad de las autoridades estatales cuando, por consecuencia de las demoras injustificadas, las investigaciones alcanzaron el plazo de prescripción.<sup>20</sup>

En relación con la valoración de la prueba, en *M. C. v. Bulgaria*, el TEDH estableció que la presencia de dos versiones irreconciliables de los hechos, propias de los casos de abuso sexual, demandan una valoración de la prueba sensible al contexto, debiendo evaluarse la credibilidad de las afirmaciones y la verificación de las circunstancias periféricas al hecho, no bastando la afirmación de la ausencia de prueba directa para absolver al imputado. Así, exige a los Estados el agotamiento de toda la prueba indirecta e indiciaria para probar el contexto del hecho.

Dicho estándar sería sostenido en *M. y C. v. Romania*, en donde se llamó particularmente la atención del Estado por no haber otorgado el peso valoratorio adecuado a la particular vulnerabilidad y a factores psicológicos propios de los niños a la hora de evaluar la prueba.<sup>21</sup> En el *Caso Tyagunova v. Rusia*, asimismo, abordó el modo en que deben valorarse las contradicciones periféricas en casos de abuso sexual a la luz del trauma que las víctimas de dichos delitos experimentan.<sup>22</sup>

En relación con la valoración del Tribunal, merece la pena señalar que en el *Caso D. J. v. Croacia* atribuyó a la víctima un derecho a la imparcialidad del tribunal, cuando señaló la importancia de las apariencias en las cuestiones de justicia criminal, en tanto la justicia no solo debe ser hecha, sino que también debe ser percibida como tal, por lo que señalamientos respecto de la ingesta de alcohol en la víctima o circunstancias sobre su vida personal podrían poner en tela de juicio la objetividad e imparcialidad del juez.<sup>23</sup> Esta línea se vería cristalizada en el reciente *Caso J. L. v. Italia* en donde se trató de

15 *Idem*, nota 5, párr. 46.

16 TEDH, *Case of M. and C. v. Romania*, Application no. 29032/04, Court (Third Section), 27 de diciembre de 2011, párr. 120.

17 TEDH, *Case of C. A. S. and C. S. v. Romania*, Application no. 26692/05, Court (Third Section), 24 de septiembre de 2012, párrs. 74-75.

18 TEDH, *Case of Tyagunova v. Rusia*, Application no. 19433/07, Court (Fifth Section), 17 de diciembre de 2012, párr. 67.

19 TEDH, *Case of Y v. Slovenia*, Application no. 41107/10, Court (Fifth Section), 28 de agosto de 2015, párr. 99.

20 TEDH, *Affaire M. N. c. Bulgarie*, Requête no. 3832/06, Cour (Quatrième Section), 27 de noviembre de 2012, párr.47, y *Affaire N. C. c Turquie*, Requête no.40591/11, Cour (Deuxième Section), 9 de febrero de 2021, párr. 124.

21 *Idem*, nota 5, párrs. 116-119. En el mismo sentido, nota 17, párr. 78, y nota 13, párrs. 69-72.

22 *Idem*, nota 18, párr. 68. En el mismo sentido, nota 2, párr. 227.

23 TEDH, *Case of D. J. v. Croatia*, Application no. 42418/10, Court (First Section), 24 de octubre de 2012, párrs. 110-111.

modo más directo la aplicación de estereotipos de género en las sentencias y la consiguiente violación de los estándares europeos que ello acarrea.<sup>24</sup>

Un tercer eje en relación con el deber de investigación efectiva lo constituye el deber de recolección y preservación de evidencia, así como el agotamiento de todas las líneas de investigación. Este deber fue enunciado en el mencionado caso *C. A. S. y C. S. v. Romania*, al afirmar el TEDH que aun cuando la extensión de las obligaciones positivas de los Estados puede diferir entre casos donde los actos contrarios al artículo 3 del CEDH los cometen agentes estatales de cuando son cometidos por particulares, los estándares que debe satisfacer la investigación oficial son similares.

Así, el Estado tiene el deber de establecer los hechos del caso e identificar y castigar a los responsables. De este modo, las autoridades deben tomar todas las medidas razonables para asegurar la evidencia, incluyendo testimonios, evidencia forense, etc.<sup>25</sup> En este mismo sentido se pronunció el Tribunal en *M. N. v. Bulgaria*, en donde, vinculando el deber de celeridad y el de preservación de evidencia, llamó la atención acerca de que el paso del tiempo inevitablemente erosiona la calidad y cantidad de la prueba disponible y la apariencia de falta de diligencia pone en duda la buena fe de las investigaciones realizadas y perpetúa el calvario que viven las víctimas.<sup>26</sup> En el mismo caso, puso de relieve que la desestimación de una línea de investigación que es claramente necesaria compromete seriamente la capacidad de la investigación para establecer las circunstancias del caso y la identidad de las personas responsables.<sup>27</sup>

Finalmente, la incorporación más reciente respecto de estándares de debida diligencia en materia de investigación efectiva la constituye la protección de los derechos de las víctimas durante el proceso. Si bien esta tendencia se había insinuado en *C. A. S. y C. S. v. Romania*, cuando a la hora de analizar la debida diligencia en la investigación el Tribunal *lamentó* que a la víctima no se le hubiera ofrecido asistencia psicológica durante los procedimientos o luego de ellos,<sup>28</sup> no fue hasta el *Caso Y. v. Slovenia* que el TEDH decididamente abordó el derecho de las víctimas a la protección de la integridad personal en los procedimientos penales en los que se investigaba el abuso sexual que habían sufrido.<sup>29</sup> Allí desarrolló los límites al derecho de la defensa de interrogar a los testigos cuando ello importara un riesgo de traumatización y condenó al Estado en tanto ni jueces ni representantes del Ministerio Público evitaron que las preguntas del imputado, confrontado con la víctima, menoscabaran sus derechos. Asimismo, se puso de relieve la incompatibilidad de los peritajes médicos innecesarios, reiterados e incluso sesgados con los estándares europeos en la materia.<sup>30</sup>

Esta jurisprudencia fue reiterada en *G. U. v. Turquía*<sup>31</sup> y, en particular, en *X y otros v. Bulgaria* y *N. C. v. Turquía*. En el primero, cuyas víctimas eran niños en una situación de particular vulnerabilidad, la Gran Sala reseñó los estándares internacionales existentes en relación con los derechos de los niños en

24 TEDH, *Affaire J. L. c. Italie*, Requête no 5671/16, Cour (1<sup>o</sup> Section), 27 de mayo de 2021, párrs. 138-140.

25 *Idem*, nota 17, párr. 70. En el mismo sentido, nota 23, párrs. 94-95.

26 *Idem*, nota 20, párr. 40.

27 *Idem*, nota 20, párr. 48.

28 *Idem*, nota 17, párr. 82.

29 *Idem*, nota 19, párrs. 101 y ss.

30 *Idem*, nota 19, párrs. 103-113.

31 TEDH, *Affaire G. U. c. Turquie*, Requête no. 16143/10, Cour (Deuxième Section), 18 de enero de 2017, párr. 73.



los procedimientos judiciales, enfatizando el deber de los Estados de garantizar el acompañamiento necesario, la protección de su anonimato y el derecho de estar acompañados por sus representantes legales y de ser interrogados en la menor cantidad de oportunidades posibles a los efectos de evitar posteriores traumatizaciones, recomendando el uso de videgrabaciones de sus entrevistas.<sup>32</sup> En el segundo caso se abordó específicamente el concepto de victimización secundaria. Allí se dotó de un robusto contenido al derecho, que ya había sido enunciado por el Tribunal, de protección de la víctima durante el procedimiento. Así, explicitó que importa el derecho de asistencia profesional, de protección contra el acusado, de seguridad; así como se condenó al Estado por haber permitido una reconstrucción inconducente de los abusos sexuales y por ordenar la práctica de repetidos exámenes médicos.<sup>33</sup>

Del desarrollo que se ha realizado hasta ahora, es posible dar cuenta de la creciente evolución, detalle y solidez que, con el paso del tiempo y el desarrollo jurisprudencial, han tomado los estándares fijados por el TEDH en relación con las obligaciones de los Estados en materia de abusos sexuales cometidos por particulares. De este modo, el test de convencionalidad de la actuación estatal ante un caso de abuso sexual incluye un análisis de la suficiencia de la legislación penal en la materia y su interpretación, las posibilidades de prevención del hecho que agentes estatales hubieran tenido, la oportunidad y diligencia en el inicio de la investigación y la debida celeridad en su desarrollo, el modo de recolección y salvaguarda del material probatorio, así como el respeto de las pautas para su valoración, el debido agotamiento de todas las líneas de investigación y la salvaguarda de los derechos de las víctimas durante la totalidad del proceso.<sup>34</sup>

En el marco de este nutrido corpus de obligaciones, el caso *E.G. v. República de Moldavia* viene a dotar de contenido concreto al deber de sancionar, al poner en cabeza del Estado la obligación de ejecutar efectivamente la pena impuesta en una sentencia de condena contra un individuo por ser autor del delito de violación. En lo que sigue, se analizará en profundidad el caso.

### **3. Ejecución de la pena. Análisis del caso *E. G. v. República de Moldavia***

#### **3.1. Breve reseña de los antecedentes del caso**

Durante la noche del 9 y la madrugada del 10 de febrero del 2008, P.G, R.G. y V.B abusaron sexualmente de E.G. Ese hecho originó un proceso penal en la jurisdicción de Chisinau. Durante la etapa previa al juicio, los imputados fueron privados de su libertad preventivamente, pero fueron luego liberados bajo fianza.

---

32 *Idem*, nota 7, párr. 214.

33 TEDH, *Affaire N. C. c Turquie*, Requête no. 40591/11, Cour (Deuxième Section), 9 de febrero de 2021, párrs. 103-119.

34 En relación con la sistematización del test de convencionalidad, corresponde remitirse a la estructura que ha dado la Gran Sala a la evaluación sobre el fondo en nota 7.

El 17 de junio del 2009 el Tribunal de primera instancia de Chisinau condenó a los tres imputados por el delito de “abuso sexual colectivo”<sup>35</sup> a una pena de ejecución condicional. Dicha sentencia fue recurrida por E. G. y el 2 de diciembre de 2009 la Cámara de Apelaciones de Chisinau amplió la calificación jurídica al delito de “violación en banda”.<sup>36</sup> Así, condenó a P. G. a la pena de seis años de prisión, a R. G. a la pena de cinco años y medio de prisión y a V. B. a la pena de cinco años de prisión. Siendo la decisión de la Cámara de Apelaciones ejecutable, ese mismo día P. G. y R. G. fueron detenidos, a diferencia de V. B., quien estuvo ausente durante el proceso recursivo. Así, el 14 de mayo de 2010 se libró una orden de captura para V. B. El 7 de diciembre de 2010, la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión condenatoria de la Cámara de Apelaciones.

El año 2008 fue proclamado por el presidente de Moldavia como el “Año de la Juventud” mediante el Decreto Presidencial N° 1451-IV del 26 de diciembre de 2007. En ese marco, el gobierno estableció un programa especial de actividades y medidas dedicadas a la juventud e incluso invitó al Consejo de Europa a colaborar en la mejora de las políticas destinadas a los jóvenes en ese país. Moldavia había sido anteriormente llamada por organismos internacionales a resolver la situación de sobrepoblación carcelaria en menores de 21 años y en ese marco el Parlamento sancionó en julio del 2008 la Ley N° 188 que, en su artículo 5, exonera de pena a las personas condenadas a pena de prisión por un período de hasta siete años inclusive, que al momento de la entrada en vigencia de dicha ley no hubieran cumplido los 21 años o fueran mujeres embarazadas o madres de niños de hasta 8 años que no estén privadas de la responsabilidad parental.

En ese contexto y volviendo al caso bajo estudio, el 18 de abril de 2011 la defensa de V. B. solicitó la exoneración de pena prevista en la Ley N° 188, al igual que lo había hecho la defensa de R. G. Mientras que la Cámara de Apelaciones denegó a R. G. su solicitud fundándose en que había sido condenado con posterioridad a la entrada en vigor de la amnistía, mediante una decisión del 22 de mayo de 2012 aceptó la solicitud de V. B. con el criterio opuesto; es decir, entendiendo que el artículo 5 era aplicable en tanto el hecho había sido cometido antes de la entrada en vigor de dicha norma.

Tras ello, se inició un largo derrotero recursivo respecto de la amnistía de V. B. El 29 de junio de 2012 la Cámara de Apelaciones admitió el recurso de revisión de la amnistía otorgada a V. B. impulsada por la Fiscalía, reabrió el trámite, anuló la decisión del 22 de mayo de 2012 mediante la que se amnistió a V. B. La defensa del imputado, así como el Ministerio Público, interpusieron recursos extraordinarios contra dicha decisión y el 4 de diciembre de 2012 la Corte Suprema de Justicia anuló la decisión de la Cámara de Apelaciones, dejando firme la amnistía resuelta el 22 de mayo de 2012.

Finalmente, mediante una decisión preliminar, el 4 de septiembre de 2013, la primera instancia, tras un nuevo recurso de revisión fiscal, reabrió el procedimiento de amnistía respecto de V. B. y anuló la decisión del 22 de mayo de 2012. El 18 de noviembre de 2013 la Cámara de Apelaciones confirmó esta

35 Artículo 172.2.c. del Código Penal de Moldavia.

36 Artículo 171.2.c. del Código Penal de Moldavia.

decisión. Para así decidir, sostuvo que la conformación del Tribunal que resolvió la amnistía bajo análisis no tuvo en consideración que V. B. había incumplido las condiciones de su libertad bajo fianza.

Mientras dichos trámites recursivos tenían lugar, el día 22 de octubre de 2012 las autoridades lograron arrestar a V. B., quien fue liberado ese mismo día debido a la decisión de amnistía del 22 de mayo de 2012.

Cuando, luego de la última decisión que anulaba la amnistía a V. B., la víctima requirió conocer si el imputado había sido encontrado y si efectivamente cumplía su sentencia, tomó conocimiento, mediante una nota de la Inspección General de Policía, que no solamente V. B. no había sido arrestado, sino que no existía orden de captura en su contra y que ninguna acción había sido tomada para encontrarlo, ni por la Oficina Fiscal ni por la Cámara de Apelaciones de Chisinau. Mediante una carta del 4 de febrero del 2014 dirigida a la víctima, la Fiscalía reconoció que los jueces habían incumplido su obligación de transmitir, en el plazo de diez días, la decisión de anulación de amnistía a la estación de policía competente para proceder a la detención de V. B.

No fue sino hasta el 28 de enero del 2014 que la Fiscalía solicitó a la policía la ejecución de la sentencia que anulaba la amnistía de V. B. Al reanudar la búsqueda del condenado, la policía tomó conocimiento de que V. B. había abandonado Moldavia el 16 de noviembre de 2013, dirigiéndose a Ucrania. A pesar de que el 20 de febrero de 2014 la policía de Moldavia publicó la orden de captura internacional de V. B., hasta el momento de la resolución del caso por el TEDH continuaba prófugo.

### 3.2. Cuestión relativa a la admisibilidad. Impunidad como vulneración continuada

Al momento de resolver la admisibilidad del caso, el Estado de Moldavia planteó la extemporaneidad de la petición de E. G. En el modo en que el TEDH resolvió esta cuestión preliminar podemos vislumbrar el criterio jurisprudencial que inauguraría al momento de tratar el fondo. El Estado sostuvo que, si el agravio de la peticionaria se dirigía, concretamente, contra la decisión de amnistía de V. B., el plazo reglamentario de seis meses previsto en el artículo 35.1 del CEDH debió haber comenzado a computarse el 22 de mayo de 2012, por lo que se encontraría vencido.

Para el TEDH la violación estatal comprende la amnistía, pero consiste, más ampliamente, en la omisión de dar efectiva ejecución a la sentencia de condena por violación, apelando a la doctrina de la “situación continuada”,<sup>37</sup> en el entendimiento de que el punto central de los agravios de E. G. consistían, en términos generales, en la impunidad *de facto* de V. B. por los hechos de abuso sexual sufridos por ella. Así, entendió que la aplicación ilegítima de la amnistía y la inactividad de las autoridades a la hora de dar búsqueda a V. B. estaban inexorablemente vinculadas dentro del marco amplio de la impunidad de V. B. como violación continuada de los derechos de E. G.

<sup>37</sup> Ver al respecto TEDH, *Case of Hornsby v. Greece*, Application no. 18357/91, Court (Chamber), 19 de marzo de 1997, párr. 35, y *Case of Sabin Popescu v. Romania*, Application no. 48102/99, Court (Second Section), 5 de marzo de 2004, párr. 51.

### 3.3. El tratamiento del fondo

Tras decidir la admisibilidad del caso, el TEDH pasó al análisis del fondo de la controversia. Así, fundamentó la obligación estatal de dar efectiva ejecución a la pena impuesta a un autor de violación a través de un razonamiento breve y esquemático.

A partir de la reseña de parte de la jurisprudencia referida en el apartado anterior, tomó como premisas de su razonamiento que la violación y los hechos graves de abuso sexual se encuentran bajo la órbita del artículo 3 del CEDH; esto es, la prohibición de la tortura. Ello acarrea la obligación positiva de adoptar legislación en materia penal que efectivamente castigue estos actos y aplicarla a través de una investigación y juzgamiento efectivos.<sup>38</sup> Recordó los estándares que completan dicho deber, en particular el de debida celeridad y diligencia al conducir la investigación, y retomó la importancia de preservar la confianza pública para evitar cualquier apariencia de complicidad o tolerancia con esta clase de actos ilegales,<sup>39</sup> renovando su compromiso con una finalidad de prevención general de la pena en este tipo de casos.

Como segundo grupo de premisas, recordó que, en su jurisprudencia reciente en ocasiones en que la víctima había perdido la vida, ha reconocido respecto del artículo 2 del CEDH un deber de ejecución efectiva de la pena impuesta tras un juicio penal. Este es el caso de los precedentes *Akeliene v. Lituania*, *Kitanovska Stanojkovic v. Macedonia* y *Minneker and Engrand v. Belgica*. En *Akeliene v. Lituania* esa circunstancia quedó explícita al establecer el deber de hacer efectiva la ley penal sobre aquellos que “hubieran privado indebidamente de la vida a otro”.<sup>40</sup> En idéntico sentido, el *Caso Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan y Hungary* se trataba de un delito contra la vida, además de que forma parte de una constelación de casos particulares, por la dimensión discriminatoria y por la calidad de agente estatal del perpetrador.<sup>41</sup>

Así extrae una primera conclusión: la efectiva ejecución de una condena por abuso sexual es una parte integral de las obligaciones que incumben a los Estados en razón de los artículos 3 y 8 del CEDH.<sup>42</sup> Esta afirmación, en el contexto de un caso de violación, transforma a este caso en paradigmático en la materia, abriendo un nuevo espectro en materia de obligaciones de los Estados ante la constatación de un delito grave contra la integridad sexual.

Al deber de ejecutar la pena, en *E. G. v. República de Moldavia*, el TEDH le aplicó idénticos estándares en materia de debida diligencia y celeridad que, al deber de investigación y juzgamiento, completando así el corpus de estándares. De este modo, dejando a salvo los períodos en los que el imputado se beneficiaba de una amnistía, que analizaremos a continuación, el Tribunal evaluó con detalle los períodos

38 TEDH, *Affaire E. G. c. République de Moldova*, Requête No. 37882/13, Cour (Deuxième Section), 13 de abril de 2021, párr. 39.

39 *Idem*, nota 38, párr. 40.

40 TEDH, *Case of Akeliene v. Lithuania*, Application no. 54917/13, Court (Fourth Section), 16 de octubre de 2018, párr. 82; *Case of Kitanovska Stanojkovic and others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application no. 2319/14, Court (First Section), 13 de octubre de 2016, párr. 26.

41 TEDH, *Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan y Hungary*, Application no. 17247/13, Court (Fourth Section), 12 de octubre de 2020.

42 *Idem*, nota 38, párr. 41.

de inactividad en materia de búsqueda del condenado mientras la amnistía no se encontraba vigente. Así, puso de relieve la falta de coordinación entre los distintos servicios estatales y las demoras que no pueden explicarse más que en una falta de diligencia de las autoridades.<sup>43</sup>

En segundo lugar, el TEDH examinó la validez del otorgamiento de una amnistía general al condenado. Aquí nuevamente tomó como premisas de su razonamiento estándares anteriores propios de su jurisprudencia y sostuvo que las violaciones han sido comprendidas dentro de la categoría abarcada por el artículo 3 del CEDH, por lo que se aplican los estándares en materia de amnistías propios de la prohibición de la tortura. Esto es, que en materia de tortura o malos tratos infligidos por el Estado, las amnistías no deben ser toleradas,<sup>44</sup> para luego reafirmar que este principio aplica, también, a actos cometidos por individuos. Vale la pena examinar brevemente los casos que se citan para comprender acabadamente el sentido del estándar por el que se decanta aquí el Tribunal.

El primer tamiz que el Tribunal atraviesa es el que el juez Wojtyczek ya había planteado en su opinión disidente en *Mocanu y otros v. Romania*, en relación con la posibilidad de establecer un umbral de gravedad dentro del artículo 3 a los efectos de la prohibición de la amnistía. Incluso en un caso como aquel, en que el imputado era un agente estatal, dicho magistrado sostuvo que “la categoría de malos tratos contiene acciones muy diferentes. Existen consideraciones legítimas de política criminal racional que podría justificar la limitación de amnistías, al menos respecto de casos de menor gravedad”.<sup>45</sup> Esta discusión quedó definitivamente zanjada y abandonada en *E. G. v. República de Moldavia*.

En segundo lugar, vale la pena poner de relieve una tensión anterior existente entre dos estándares respecto de las amnistías que ha sostenido el TEDH. La regla tradicional y generalmente reiterada es que las amnistías y perdones son asuntos de resorte primario de las normas domésticas de los Estados y no son, en principio, contrarios al derecho internacional, a menos que se trate de actos que constituyan graves violaciones a derechos fundamentales. No obstante, este estándar puede tensionarse con lo sostenido, conjuntamente con lo anterior, en *Margus v. Croatia*, donde se le negó a un criminal de lesa humanidad el aprovechamiento de una amnistía con el fundamento de que

una creciente tendencia en el derecho internacional es el ver las amnistías como inaceptables por ser incompatibles con la obligación unánimemente reconocida de los Estados de juzgar y castigar graves violaciones a los derechos humanos. Incluso si se aceptara que las amnistías son posibles cuando existen particulares circunstancias, como procesos de reconciliación o formas de compensación a las víctimas.<sup>46</sup>

43 *Idem*, nota 38, párrs. 46-48.

44 Con cita de TEDH, *Case of Mocanu and others v. Romania*, Applications nos. 10865/09, 45886/07 and 32431/08, Court (Grand Chamber), 17 de septiembre de 2014, párr. 326.

45 *Idem*, nota 44, partly dissenting opinion of Judge Wojtyczek, párr. 11.

46 TEDH, *Case of Margus v. Croatia*, Application no. 4455/10, Court (Grand Chamber), 27 de mayo de 2014, párr. 139.

Ello para luego sostener que la amnistía que, en el caso, el imputado pretendía aprovechar, no sería aceptable en esos términos, en tanto “nada indica que existiera alguna de esas circunstancias”.<sup>47</sup>

Si bien existe un punto en común en estos dos estándares, pareciera que la presunción que subyace a ellos cambia. En la postura tradicional, el principio parecía ser la discrecionalidad estatal respecto de la decisión de amnistiar, con una variación incluso más restrictiva que se vislumbra en la posición del juez Wojtyczek. En el segundo caso, por el contrario, podría sostenerse que las amnistías en casos de violaciones a los derechos humanos no son admisibles a menos que pueda demostrarse que existía un proceso de reconciliación o de justicia transicional. Ello decanta en una tendencia cada vez más restrictiva a la hora de dar margen a los Estados para amnistiar. En esta línea puede mencionarse el caso *Pulfer v. Albania*, en donde se demarcó la prohibición de amnistías incluso respecto de actos cometidos por particulares.<sup>48</sup> Esta tendencia creciente se cristaliza con toda claridad en *E. G. v. República de Moldavia*.

#### 4. Reflexiones finales

El estudio del caso en el contexto de la jurisprudencia que lo contiene permite afirmar que *E. G. v. República de Moldavia* es, en más de un sentido, paradigmático. En primer lugar, por adicionar al corpus de obligaciones del Estado respecto de abusos sexuales graves cometidos por particulares el deber ya no solamente de prevenir, legislar penalmente, interpretar la legislación de conformidad con las pautas de fondo del sistema europeo, investigar y juzgar los hechos que lleguen a su conocimiento satisfaciendo los estándares de celeridad y debida diligencia, sino también de ejecutar efectivamente las sentencias, lo que importa, en su caso, una prohibición de beneficiar a dichos condenados de amnistías generales.

Esta opción por el deber de castigar efectivamente por sobre los motivos de política criminal y general que puedan dar fundamento a leyes de amnistía general como la de Moldavia pone de relieve, tal como se ha sostenido, una opción clara del TEDH respecto de la función de prevención general del castigo, jerarquizándolo sobre otras políticas estatales en materia de derechos humanos.

Finalmente, si bien puede resultar valioso el compromiso del TEDH con la efectividad de las normas que castigan hechos tan graves como la violación y casos graves de abuso sexual, será interesante continuar analizando la evolución de esta nueva línea de obligaciones y sus contornos, en particular en relación con la posibilidad de tener en consideración los derechos de las víctimas de participar en procesos alternativos a la prisión, que parecieran quedar obturados en los términos en los que está dictado el caso *E. G. c. Moldavia*.

47 *Idem*, nota 44.

48 TEDH, *Case of Pulfer v. Albania*, Application no. 31959/13, Court (Second Section), 20 de noviembre de 2018, párr. 83.

# Violencia doméstica. Detección oportuna del riesgo

TEDH. *Case of Kurt v. Austria*,  
15 de junio de 2021

*Por Diego Oscar Ortiz<sup>1</sup>*

---

## 1. Introducción

La idea de este comentario al fallo es plantear algunos temas de incidencia práctica en la temática de violencia de género familiar, como el desaprovechamiento de la oportunidad de proteger a la demandante, la ineficacia de la intervención institucional, la no dimensión del nivel de riesgo en el que se encontraba la mujer y/o hijos y la responsabilidad del Estado por la omisión de los cuidados necesarios de la solicitante e hijos.

## 2. Los hechos del caso

En el caso, la demandante casada con E. tiene dos hijos. El 10 de julio de 2010 llamó a la policía porque su marido la había golpeado. La policía notó lesiones y se emitió una orden de exclusión y protección por catorce días. El Tribunal Penal Regional condenó a E. por lesiones corporales y amenazas peligrosas a la pena de tres meses de prisión, con suspensión de tres años con libertad condicional.

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Profesor Universitario en Ciencia Jurídicas (UBA). Especialista en Violencia Familiar (UMSA).

El mismo día que la demandante solicitó el divorcio, denunció a su esposo por violación y amenazas peligrosas. Manifestó que su marido la había golpeado con regularidad y, en ocasiones, también abofeteaba a los niños.

La policía revisó el registro de armas de fuego para verificar si el esposo tenía un arma a su disposición y el resultado fue negativo. El informe de la policía señaló entre otras cosas: (a) actos violentos notificados / no denunciados conocidos; (b) escalada; (c) factores de estrés actuales y (d) una fuerte tendencia a negar la violencia.

El 24 de mayo de 2012, la policía interrogó a E., quien confesó que les pegaba a los niños “de vez en cuando”, pero “solo como medida educativa”, “no en la cara” y “nunca de forma agresiva”. Ese día el fiscal solicitó al Tribunal Regional que interrogara a la demandante y a sus hijos, y solicitó la participación de un experto en psicología infantil.

Al otro día, E. fue a la escuela de sus hijos. El maestro encontró a A. en el sótano de la escuela con un disparo en la cabeza, acto que presenció su hermana. Ese mismo día, el señor E. fue encontrado muerto en su automóvil de un disparo. El 27 de mayo de 2012 el niño murió.

La demandante inició un procedimiento de responsabilidad oficial. Sostuvo que había existido un riesgo real e inmediato de que E. reincidiera contra su familia. Reclamó 37.000 euros en concepto de indemnización por daños morales. El Tribunal Regional de St. Pölten desestimó la demanda, pues sostuvo que E. había cumplido con la orden de exclusión y protección. La demandante apeló, ya que afirmó que las autoridades habían sido conscientes de que la violencia de E. contra ella había aumentado desde febrero de 2012. De hecho, había amenazado específicamente con que mataría a los niños frente a la demandante y que se mataría a sí mismo.

Luego de la desestimación del Tribunal de Apelación de Viena y el rechazo del recurso del Tribunal Supremo, el gobierno afirmó que la demandante no agotó los recursos internos, ya que tenía la posibilidad de solicitar al tribunal de distrito competente una orden de restricción temporal. La demandante alegó que si incluso hubiera solicitado una orden de restricción temporal el mismo día en que solicitó el divorcio, el tribunal de distrito probablemente no se habría pronunciado a tiempo.

Plantea que los esfuerzos de las autoridades se habían centrado en protegerla sin reconocer el riesgo para los niños. Destacó que había informado a las autoridades de todos los factores relevantes que deberían haberles permitido reconocer el alto riesgo que su esposo representaba para sus hijos y para ella misma. A pesar de ello, las autoridades no habían tomado las medidas necesarias para evitar ese riesgo. Alegó que las autoridades no habían tenido en cuenta el contexto específico de la violencia doméstica.<sup>2</sup>

El gobierno consideró que las autoridades nacionales habían cumplido con sus obligaciones positivas en virtud del artículo 2 del CEDH. Alegó que no habían tenido información de la que pudieran haber concluido que existía una amenaza real e inmediata para la vida de los hijos de la demandante,

<sup>2</sup> TEDH, Case of Kurt v. Austria, Application no. 62903/15, Court (Grand Chamber), 15 de junio de 2021, párrs. 102, 116 y 119.



razón por la cual los niños no habían sido mencionados expresamente como “personas en peligro” en el informe policial sobre la prohibición y orden de protección. El marido no solo se había adherido a la orden de prohibición y protección en 2010, sino que posteriormente también había ido al hospital por su propia voluntad para recibir tratamiento.<sup>3</sup>

Dentro de la evaluación del TEDH se plantea que una evaluación del riesgo de letalidad, la gravedad de la situación y el riesgo de violencia repetida son elementos cruciales de prevención en los casos de violencia doméstica. Las autoridades tienen el deber de realizar una evaluación del riesgo de letalidad que sea autónoma, proactiva y completa.<sup>4</sup>

El Tribunal considera que las autoridades realizaron esta evaluación, cuyo resultado les llevó a emitir una orden de prohibición y protección. Sin embargo, la evaluación de riesgo no indicó un riesgo de letalidad real e inmediato para el hijo del solicitante. Por lo tanto, no se generó la obligación de tomar medidas operativas preventivas al respecto.<sup>5</sup>

El Tribunal observa, sin embargo, que la demandante no presentó esta denuncia en su solicitud inicial, sino que fue presentada fuera del plazo de seis meses y, por lo tanto, la declara inadmisibile.<sup>6</sup>

En el voto concurrente, los jueces están de acuerdo con la sentencia. Si bien el caso se refiere al problema de la violencia doméstica, el contexto y el alcance de la sentencia están, como siempre, limitados por las circunstancias. Tanto la naturaleza como la intensidad del riesgo pueden variar en relación con los diferentes miembros de la familia en cuestión. Las funciones operativas preventivas se determinan en función del riesgo y la acción. El riesgo requerido, que desencadena el deber, es calificado, y la respuesta preventiva requerida es, a su vez, calificada con relación a ese riesgo.<sup>7</sup>

En el voto disidente conjunto se plantea, entre otras cosas, que la evaluación de riesgo realizada fue inadecuada, un riesgo para la vida del hijo de la demandante era suficientemente perceptible en el momento relevante, y las autoridades no tomaron las medidas preventivas adecuadas.<sup>8</sup>

En su voto disidente, el juez Elosegui plantea, entre otras cosas, que las autoridades austríacas no realizaron una evaluación de riesgos correcta y completa. Había muchos factores de riesgo que no tuvieron en cuenta: (i) La adicción al juego del marido; (ii) la dependencia económica de la demandante (y viceversa, su dependencia de él, en un sentido emocional y en relación con la tradicional división de roles); (iii) la presunta violación; (iv) la categoría socioeconómica desfavorecida a la que ambos pertenecían y la descripción de sus ocupaciones; (v) el trasfondo cultural. Es sorprendente que en este juicio nunca se diga una palabra sobre la ocupación de la Sra. Kurt o su nivel de estudios. Este tiene que ser el punto de partida. De lo contrario, ¿cómo pueden las autoridades poner en marcha medidas de

3 *Idem*, nota 2, párrs. 116 y 125.

4 *Idem*, nota 2, párr. 190.

5 *Idem*, nota 2, párrs. 208, 211 y 212.

6 *Idem*, nota 2, párrs. 214 y 215.

7 *Idem*, nota 2, párr. 7.

8 *Idem*, nota 2, párrs. 6 y 7.

protección, si no detectan una situación de riesgo? Las autoridades austríacas imponen la carga total a la víctima para evaluar sus propios riesgos y tomar sus propias medidas de protección.<sup>9</sup>

La conclusión es que hubo una violación del artículo 2 del Convenio en su parte sustantiva en las circunstancias particulares de la demandante, porque el Estado no implementó las medidas suficientes para evitar o mitigar el riesgo.

### 3. El contexto

Previo a realizar cualquier análisis del fallo, es importante resaltar el contexto de violencia de género en el que se enmarca la petición de la solicitante. Dicho contexto se relaciona directamente con las pretensiones de la misma en cada instancia. Algunas de esas situaciones que grafican el contexto referido son episodios de violencia física ejercida por el agresor (golpes, sujeción del cuello) hacia ella y los niños (bofetadas), adicción al juego, deudas y desempleo del señor E., lesiones visibles, agresiones verbales, violencia psicológica conformada por celos, aislamiento mediante la quita de celular y/o encierro, violencia simbólica (como decirle puta, mencionar algunos estereotipos de género de lo que significa ser hombre, decirle que es una mujer fría o mencionar estereotipos de tipos de castigo que debe impartir un padre a sus hijos con una finalidad educativa), violencia sexual como abuso sexual a la demandante y disuadirla a tener relaciones sexuales, conducta estereotipada como comportamiento típico de las mujeres turcas, según el demandado, el asesinato de uno de sus hijos y la afectación de su hija por presenciar el asesinato de su hermano, etc.

Todo este escenario expuesto en diferentes momentos a las instituciones del Estado sirve para dimensionar la gravedad del asunto y verificar lo proyectado para proteger a la demandante e hijos.

### 4. Las intervenciones del caso

Dado el contexto descrito anteriormente, es dable mencionar las intervenciones institucionales que se han realizado previas al asesinato del hijo de la solicitante (previéndolo o no en base a lo informado y trabajado) y posteriormente desde un punto de vista reparador, aunque dicha reparación sea ficcional en virtud de lo sucedido.

Del caso surgen medidas de protección e intervenciones penales como una orden de exclusión y/o protección por el plazo de catorce días, una condena por lesiones corporales y amenazas peligrosas a tres meses de prisión y una denuncia por abuso y amenazas. Dichas intervenciones deben servir de antecedentes e incluso de indicadores de riesgo para analizar la responsabilidad estatal, ya que implican la ocurrencia de situaciones de violencia previas y por otro lado transparentan una visibilidad institucional al ser planteadas frente a la justicia.

---

<sup>9</sup> *Idem*, nota 2, párr. 6.

Un ejemplo de esa visibilidad institucional se da cuando el progenitor de los niños se presentó en la comisaría para tener contacto con sus hijos, prestó declaración y reconoció el maltrato hacia estos. Ese día, el fiscal solicitó al Tribunal Regional que interrogara a la demandante y a sus hijos, y la participación de un experto en psicología infantil. Esta intervención supone la gravedad del asunto en base a elementos contundentes que tienen en vista las autoridades para actuar.

Una vez ocurrido el asesinato del menor de edad, la demandante expresa que las autoridades en base a lo informado y/o denunciado debieron conocer, dimensionar y evaluar el riesgo en el que se encontraba la integridad psicofísica de sus hijos marcada por situaciones de violencia física, amenazas y las declaraciones de los propios niños.

Se sostiene entre los factores de riesgo que no se han tenido debidamente en cuenta el patrón de violencia creciente que soportaron la demandante y sus hijos, la presencia de varios factores desencadenantes de homicidio doméstico y el hecho de que la demandante había denunciado amenazas significativas y crecientes contra ella y sus hijos. Estos factores apuntan a la peligrosidad general del marido y, por lo tanto, fueron relevantes para evaluar los riesgos que planteaba no solo para la demandante, sino también para sus hijos comunes.

Del fallo se expresa cuál es la cuestión que se debe aclarar para delimitar la responsabilidad o no del Estado austríaco. Se relaciona con la evaluación del riesgo, el marco normativo existente en el momento y si en el momento pertinente había habido razones serias para sugerir que existía un riesgo real e individual de que el señor cometiera más delitos contra la demandante y sus hijos.

## 5. Indicadores de riesgo

Con respecto a los indicadores de riesgo se ha dicho que están “con vistas a contribuir en el proceso de toma de decisiones para la intervención [...] no pretenden ser ‘predictores’ precisos”.<sup>10</sup>

En el caso, reiteramos que se dirime si la evaluación de riesgo realizada previo al deceso del niño podría aseverar la peligrosidad futura para la integridad física de este y su hermana. Podemos analizar algunos puntos destacables del mismo:

### 5.1. La declaración de los propios niños de las situaciones de violencia física

Esta declaración de los niños da a entender el conocimiento de las instituciones de situaciones de violencia física ejercida hacia ellos y la necesidad posterior de una medida de protección que los resguarde.

<sup>10</sup> Guía orientativa para el tratamiento de casos de violencia domestica destinada a operadoras/es de salud, educación, seguridad, comunitarios durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio COVID 19 (2021). Recuperado de <https://www.csjn.gov.ar/om/verMultimedia?data=4035>

## 5.2. El reconocimiento del propio progenitor de estas situaciones

No solo los niños declaran estas situaciones, sino que el progenitor las reconoce ante la comisaria aduciendo que las ejerce como modo de legitimación de su responsabilidad parental, a los fines educativos.

## 5.3. La inexistencia de medidas destinadas a los niños

Dado lo relatado con respecto a los niños, la ausencia de medidas de protección destinadas hacia ellos es otra alarma a tener en cuenta de la no intervención institucional en su momento oportuno. Un ejemplo de esto es que la medida que se había resuelto para la demandante e hijos no contemplaba la institución educativa. Se aclara que en el momento de los hechos, la legislación austríaca no exigía que la información sobre violencia doméstica se compartiera con la escuela y no existía la posibilidad de que la orden de restricción se extendiera a ese lugar.

Como defensa, el gobierno plantea que la solicitante había tenido la posibilidad de solicitar una orden judicial de restricción temporal y, al no hacerlo, no había hecho pleno uso de las medidas preventivas disponibles en la legislación nacional. Sin embargo, en primer lugar, el plazo para la orden de restricción en un caso es incierto y está sujeto a la discreción judicial. En segundo lugar, una mujer en situación de violencia no debe estar obligada a iniciar procedimientos judiciales para salvar las vidas de sus hijos, sino que les incumbe a las autoridades buscar las autorizaciones judiciales que puedan ser necesarias.

## 5.4. La ineficacia de la medida de protección

La ineficacia de una medida parte de la desprotección del grupo familiar al cual va destinada la misma. En el caso, la medida de prohibición de ingreso del señor E. se circunscribió al apartamento familiar de los padres de la demandante y a las áreas circundantes a ambos. Esto socavó su eficacia general al no contemplar otros lugares, como la escuela, lugar donde el niño fue asesinado.

## 5.5. La ausencia de información de resguardo

La importancia de brindarle a la mujer la información en el momento oportuno le permite decidir cuáles son las alternativas disponibles. Del caso surge esta ausencia de información en el momento oportuno. Los oficiales de policía involucrados, luego de una adecuada evaluación de riesgo, podrían haber informado a la demandante del nivel de riesgo que su esposo representaba para ella y sus hijos. Sin embargo, no lo hicieron.

Otra de las posibles medidas que se podrían haber incluido es aconsejar a la solicitante que se traslade a un refugio con sus hijos, mayor protección policial, la implementación de un sistema que alertara

a la demandante y a sus hijos si el esposo estuviera cerca o cualquier medida de protección inmediata aplicada a la escuela de los niños.

## 5.6. La cooperación del agresor

La actitud colaborativa del agresor con la policía y la no demostración de ningún comportamiento agresivo de este supuso para las autoridades una reducción de la tensión. Esto implica desconocer la doble fachada que presentan los agresores con los demás y con su entorno familiar.

Se sostiene, entre los factores de riesgo que se enfatizaron demasiado, la conducta tranquila del demandado en presencia de la policía. Esta consideró relevante que el esposo fuera amable y cortés con sus conocidos, incluidos los padres de los compañeros de clase de sus hijos. Sin embargo, como se ha dicho con buen tino, la falta de agresión hacia la policía o hacia conocidos no es un indicador confiable de que una persona no incurrirá en violencia doméstica contra su pareja o hijo.

El *Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO)* expresó con respecto a esto que la compostura/conducta del perpetrador cuando trata con personas fuera de la unidad doméstica no debe tener peso al evaluar la peligrosidad y el riesgo de más violencia doméstica.<sup>11</sup>

## 5.7. La posesión de armas

Si bien del informe policial se verifica un resultado negativo de posesión de armas, luego de ocurrido el asesinato de su hijo la demandante expresa que si la policía le hubiese preguntado en ese momento podría haber informado del acceso del señor E. a ellas. Esta posesión no solo constituye un modo para ejercer control sobre las mujeres en situación de violencia, sino que también aumenta el riesgo de homicidio. Concretamente, el niño muere de un disparo a manos del progenitor y seguidamente este se suicida de la misma forma.

## 5.8. La no solicitud del fiscal de la prisión preventiva

A rasgos generales, sobre este instituto de derecho penal se ha dicho que cualquier medida de este tipo debe ser legal en virtud del derecho interno, basado en una sospecha razonable de que la persona ha cometido un delito.

Lo que podemos pensar es que en este contexto se requiere un análisis particular conforme la temática, que recoja sus aportes e incida sobre el resultado de la petición. Si los encargados de evaluar el riesgo

---

<sup>11</sup> *Idem*, nota 2, párr. 142.

no acercan indicadores para informarlo, probablemente se niegue esta medida porque no avizora razonabilidad suficiente ni sospecha de reincidencia.

## 6. La evaluación de riesgo

Como punto aparte, podemos analizar la evaluación de riesgo en el caso. La valoración del riesgo resulta de una consideración conjunta y situaciones de un sinnúmero de factores. Si el/la especialista considera que existen elementos para sospechar que se encuentra ante un caso de riesgo, debe actuar en consecuencia.<sup>12</sup>

El artículo 51 del Convenio de Estambul establece que las partes garantizarán que todas las autoridades pertinentes lleven a cabo una evaluación del riesgo de letalidad, la gravedad de la situación y el riesgo de violencia repetida a fin de gestionar el riesgo y, si es necesario, proporcionar coseguridad y apoyo coordinados. Este artículo establece la obligación de garantizar que todas las autoridades pertinentes, no limitadas a la policía, evalúen y elaboren de manera efectiva un plan para gestionar los riesgos de seguridad a los que se enfrenta una víctima en particular, caso por caso, de acuerdo con un procedimiento estandarizado y en cooperación y coordinación entre sí. Por lo tanto, es esencial que cualquier evaluación de riesgo y gestión de riesgo considere la probabilidad de violencia repetida, especialmente violencia mortal, y evalúe adecuadamente la gravedad de la situación.

La demandante se quejó de que las autoridades austríacas habían tenido toda la información pertinente sobre el aumento del riesgo de que el señor E. cometiera nuevos delitos contra su familia, pero no tomaron medidas preventivas eficaces. Había varios indicadores que normalmente se incluían en las evaluaciones de riesgo y que se consideraban como señales de alerta indicativas de alto riesgo, tales como el hecho de que la víctima hubiera solicitado la separación o la ruptura de la relación, actos de violencia previos, problemas psicológicos del perpetrador, la emisión previa de una medida restrictiva, adicciones, desempleo, amenazas de llevarse hijos comunes, actos de violencia sexual, amenazas de muerte a la víctima y a sus hijos, amenazas de suicidio y conductas coercitivas y controladoras.

El TEDH observa que para estar en condiciones de saber si existe un riesgo real e inmediato para la vida de una víctima de violencia intrafamiliar, las autoridades tienen el deber de realizar una evaluación del riesgo de letalidad que sea autónoma, proactiva y completa. Los términos “autónomo” y “proactivo” se refieren al requisito de que las autoridades no se basen únicamente en la percepción del riesgo por parte de la víctima, sino que lo complementen con su propia evaluación.

En efecto, debido a la excepcional situación psicológica en la que se encuentran las víctimas de violencia intrafamiliar, las autoridades que examinan el caso tienen el deber de realizar las preguntas adecuadas para obtener toda la información pertinente, incluso de otros organismos estatales, en lugar de confiar en que la víctima dé todos los detalles relevantes.

---

<sup>12</sup> *Idem*, nota 10.

La “integralidad” en el contexto de una evaluación de riesgos es un elemento que debe caracterizar cualquier investigación oficial y es igualmente relevante en los casos de violencia doméstica.

Como resultado, encontramos que las autoridades no se pusieron en condiciones de saber si existía un riesgo real e inmediato para la vida del hijo de la demandante en el momento relevante.

Como dato destacado, del fallo surge una diferenciación entre una evaluación de riesgo llevada a cabo con urgencia con el fin de justificar la emisión de una orden de exclusión, una justificación que requiere simplemente la determinación de un riesgo de mayor violencia por parte del presunto perpetrador, y una evaluación integral de riesgos que se centra en los riesgos letales para los miembros de la familia.

## 6.1. La ausencia de evaluación de riesgo de los niños

La evaluación del riesgo de letalidad en relación con los niños no se ha realizado. De hecho, las autoridades parecen haberse centrado exclusivamente en la demandante como el principal objetivo de la violencia y las amenazas de su esposo, y la situación específica de los niños recibió poca atención cuando ellos mismos dieron declaraciones sobre abusos físicos a manos de su padre.

La sentencia enfatiza que los niños no habían sido el principal objetivo de violencia o amenazas; sin embargo, el padre de los niños amenazó repetidamente a la solicitante declarando explícitamente que mataría a los niños. Además, este enfoque ignora el hecho de que los ataques contra los niños pueden ser intencionados por un padre inestable y violento que enfrenta la perspectiva repentina de separación y la humillación social percibida, y representarían la forma máxima de castigo para su madre.

## 7. La responsabilidad estatal

El punto central del fallo es determinar la responsabilidad o no del Estado de Austria en virtud de lo descrito anteriormente. El TEDH advierte que el deber de tomar medidas preventivas es una obligación de medios y no de resultado. Seguidamente sostiene que el hecho de que tales medidas no logren el resultado deseado no justifica la violación de la obligación estatal en virtud del artículo 2 del Convenio de Estambul.<sup>13</sup>

Un caso determinado en el que se materializó un riesgo real e inmediato debe ser evaluado desde el punto de vista de lo conocido por las autoridades competentes en el momento pertinente. Este punto es interesante en torno a que lo conocido por las instituciones para evaluar un riesgo real (para la demandante e hijos), se entremezcla con lo que se pudo y se debió inferir en base a lo informado. A esto se agregan las acciones siguientes que se debieron adoptar para proteger a la mujer e hijos y se omitieron en su momento.

---

<sup>13</sup> *Idem*, nota 2, párr. 159.

Por último, la realidad y la inmediatez del riesgo deben evaluarse teniendo debidamente en cuenta el contexto particular de la violencia doméstica. Un ejemplo de lo referido, es que el juez del tribunal donde solicitó el divorcio no le informó a la demandante que tenía oportunidad de ampliar la denuncia, a pesar de las denuncias que había hecho sobre el comportamiento violento y amenazante de su marido.

## **8. Conclusión**

Como conclusión de lo expuesto, el contexto de violencia de género del caso y/o las intervenciones institucionales (suficientes o no) denotan el nivel de riesgo del mismo, lo que amerita protección institucional de carácter urgente para evitar que la violencia se incremente y/o reitere.



# Prisión perpetua

## TEDH. *Case of Sándor Varga and others v. Hungary*, 17 de junio de 2021

*Por María Laura Garrigós<sup>1</sup> y Julieta Pellegrino Ruiz<sup>2</sup>*

### I. Introducción

En el caso que aquí comentamos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró una nueva violación por parte del Estado de Hungría al artículo 3 del CEDH en tanto no se otorgó la posibilidad de acceso a la libertad condicional a las personas demandantes condenadas a prisión perpetua.<sup>3</sup>

Existe una amplia jurisprudencia del TEDH referida a la prisión perpetua revisable. En esta oportunidad el Tribunal hizo remisión al caso “T.P y A.T. c. Hungría”,<sup>4</sup> ya que el Parlamento de Hungría había promulgado la Ley N° LXXII de 2014 que modificó la Ley N° CCXL de 2013 sobre ejecución de penas, introduciendo un procedimiento de indulto obligatorio para las personas condenadas a prisión perpetua una vez que hubieran cumplido cuarenta años de prisión efectiva.

1 Abogada (UBA). Especializada en Derecho Penal (UP) y en Administración de Justicia (UBA). Subsecretaria de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

2 Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Penal (UTDT).

3 El TEDH resolvió que los argumentos planteados por el Gobierno de Hungría eran similares a los ya examinados y rechazados en el caso “T.P. y A.T. v. Hungría”. El Tribunal sostuvo que el Gobierno no había alegado ninguna nueva circunstancia para apartarse de las conclusiones anteriores, por lo que continuaba produciéndose una violación al artículo 3 del tratado. TEDH. *Case of Sándor Varga and others v. Hungary*, Applications no. 39734/15, 35530/16 y 26804/18, Court (First Section), 17 de junio de 2021, párrs. 48 y ss.

4 TEDH. *Case of T.P. and A.T. v. Hungary*, Applications no. 37871/14 y 73986/14, Court (Fourth Section), 4 de octubre de 2016.

Las personas demandantes en ese caso alegaron que el procedimiento de indulto no constituía una garantía suficiente, en primer lugar, porque solo era aplicable después de cuarenta años de cumplida la pena, plazo que contradecía los estándares del TEDH. En segundo lugar, porque el indulto era una decisión puramente discrecional que no satisfacía los requisitos de objetividad y previsibilidad.<sup>5</sup>

Las penas de duración excesiva podrían entenderse como “penas de muerte encubiertas” porque son incompatibles con el principio de humanidad, aniquilan toda esperanza de posible liberación e inclusive podrían configurar una forma de tortura.<sup>6</sup> Hay autoras y autores que las entienden como una consecuencia derivada de la abolición de la pena de muerte.<sup>7</sup>

Además, la sola posibilidad de revisión de las penas no resuelve acabadamente las problemáticas que este tipo de condenas plantean y tampoco responde al principio de culpabilidad por el hecho,<sup>8</sup> ya que los criterios de admisibilidad de acceso al instituto liberatorio están estrechamente vinculados con el concepto de peligrosidad.

En este artículo se realizará un análisis del caso “Sándor Varga y otros c. Hungría” en el que se expondrán las problemáticas que plantea el abordaje de las penas perpetuas, se harán referencias a otros estándares determinados por el TEDH que son ineludibles a los fines de explicar la doctrina del Tribunal en esta materia, se analizará la situación legislativa actual en Argentina y, finalmente, se propondrán algunas conclusiones.

## II. Análisis del caso

El TEDH resolvió de manera similar a como lo hizo en “T.P. y A.T. v. Hungría” referido en la introducción. En esa sentencia sostuvo que el hecho de que se pudiera considerar la puesta en libertad de los demandantes en la forma del procedimiento de indulto obligatorio y solo después de haber cumplido cuarenta años de su prisión perpetua era suficiente para concluir que la nueva legislación húngara no ofrecía reducción *de facto* de las prisiones perpetuas. Ese factor, sumado a la falta de suficientes garantías procesales en la segunda parte del procedimiento, llevó al Tribunal a encontrar una violación del artículo 3 del CEDH.

En “Sándor Varga” el debate se centró en dos ejes: primero, si la prisión perpetua implicaba un pena cruel, inhumana y degradante al estar sujeta al procedimiento de indulto obligatorio después de cuarenta años y sin posibilidad de reducción *de facto* a efectos del artículo 3 del CEDH; segundo,

5 En el curso del procedimiento de indulto obligatorio las autoridades (Junta de Clemencia) tenían que examinar si el encarcelamiento continuaba justificado una vez que la persona condenada había cumplido cuarenta años de su prisión perpetua.

6 Cf. De La Cuesta, J. L. (2016). Principio de humanidad y prisión perpetua. En Zapatero, Lascuráin, Sánchez y Pérez Manzano (eds.), Rodríguez Yagüe (coord.), *Contra la prisión perpetua* Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, pp. 125-133.

7 *Idem.* nota 6, pág. 128. Además, el TEDH interpretó la cuestión en el mismo sentido en *Case of Vinter and others v. The United Kingdom*, Applications no. 66069/09, 130/10 y 3896/10, Court (Grand Chamber), 9 de julio de 2013.

8 *Ibidem.*

el agotamiento de los recursos internos y el planteo de constitucionalidad de la prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional.

Las demandas presentadas contra el Estado de Hungría ante el TEDH fueron realizadas por cuatro ciudadanos húngaros: Sándor Varga, A.K., I.K. y Henrik Rostás, quienes denunciaron que sus sentencias constituían un castigo inhumano y degradante por estar condenados a prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional.

Respecto del Sr. Varga, el 7 de septiembre de 2012 fue condenado a prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional por el asesinato premeditado “con fines lucrativos” de cuatro personas y una serie de robos a mano armada cometidos en una organización criminal. El 3 de febrero de 2015, el Tribunal de Apelaciones de Budapest confirmó la sentencia efectuando modificaciones interpretativas respecto de los criterios necesarios para que se configurase una organización criminal. El 30 de abril de 2015, el Sr. Varga presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la sentencia del Tribunal de Apelaciones alegando que las disposiciones que regían la exclusión de la posibilidad de libertad condicional en el caso de prisiones perpetuas eran inconstitucionales (el proceso se encontraba pendiente al momento del dictado de la sentencia del TEDH).

Respecto de los señores Á. K. y I. K., el 6 de agosto de 2013 fueron condenados a prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional por el asesinato premeditado de seis personas, incluido un niño de cuatro años y medio, cometidos por motivos racistas y mediante una organización criminal (además de otros delitos, como robo a mano armada y uso indebido de armas de fuego). El 8 de mayo de 2015, el Tribunal de Apelaciones de Budapest declaró a los solicitantes culpables de otros delitos (cuatro cargos de violación a la libertad personal) y confirmó las sentencias. Tras un recurso de revisión, la sentencia fue confirmada por el Kúria, actuando como tribunal de tercera instancia, el 12 de enero de 2016. Ambos presentaron sendos recursos de inconstitucionalidad en el año 2016 que al momento del dictado de la sentencia del TEDH se encontraban pendientes de resolución.

Respecto del Sr. Rostás, el 6 de enero de 2014 el Tribunal Superior de Budapest lo condenó a prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional por intento de asesinato y por varios cargos de robo y agresión. El 3 de octubre de 2014, el Tribunal de Apelaciones de Budapest confirmó la sentencia y el Sr. Rostás no interpuso demanda de inconstitucionalidad.

La Constitución Nacional de Hungría dispone en su artículo IV, inciso 2 que: “La prisión perpetua sin libertad condicional sólo podrá imponerse por la comisión de delitos dolosos y violentos”. La Ley N° IV de 1978, complementaria del Código Penal, establece en su artículo 40, inciso 1 que: “La prisión será de por vida o de duración determinada”. En el artículo 47/A se determinan cuáles son los delitos que excluyen la posibilidad de libertad condicional, entre los cuales se encuentran el homicidio agravado, el secuestro agravado y la violencia agravada contra la población civil.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> En la sentencia se detallan en extenso: “[...] si el delito se ha cometido con violencia contra una persona o un objeto; el delito de tentativa de trastornar el orden constitucional por la fuerza (artículo 139 § 1); sabotaje agravado (artículo 142 § 2); genocidio (artículo 155 § 1); apartheid (artículo 157 §§ 1 y 3); violencia agravada contra la población civil (artículo 158 § 2); crímenes de guerra (artículo 160); uso de armas prohibidas

La Ley “C” del 2012, complementaria del Código Penal, dice en su artículo 34, que la prisión se podrá imponer por tiempo determinado o indeterminado (de por vida). Respecto de la prisión perpetua, establece en su artículo 42 que: “En caso de que se imponga una sentencia de prisión perpetua, el tribunal especificará la fecha más temprana de elegibilidad para la libertad condicional o excluirá la posibilidad de obtenerla”.

La Ley N° CCXL de 2013 sobre ejecución de penas (modificada por Ley N° LXXII de 2014) regula el procedimiento de indulto obligatorio para las personas condenadas a prisión perpetua sin posibilidad de acceder a la libertad condicional (procedimientos de clemencia). En la Sección 46/B establece que este procedimiento de clemencia podrá iniciarse, mediante notificación de las autoridades correccionales al Ministerio de Justicia, cuando la persona condenada haya cumplido cuarenta años de prisión.

El 3 de abril de 2014, el Tribunal de Apelaciones de Szeged solicitó al Tribunal Constitucional que revisara la constitucionalidad del artículo 47/A § 1 de la Ley N° IV de 1978 (antiguo Código Penal) y el artículo 42 de la Ley “C” de 2012 (nuevo Código Penal), en relación con las prisiones perpetuas sin libertad condicional, por posibles violaciones al artículo 3 del CEDH. Mientras tanto, el Parlamento promulgó la Ley N° LXXII, que introdujo el procedimiento de indulto obligatorio para las personas que cumplen prisión perpetua. Por otra parte, una sentencia del Kúria del año 2015 confirmó que la fecha más temprana para la posibilidad de acceder a la libertad condicional era cuarenta años de cumplimiento de condena.

El TEDH remitió en su resolución al caso “László Magyar c. Hungría”,<sup>10</sup> precedente en el cual se determinó una violación al artículo 3 del CEDH. Sin embargo, esta violación fue producto del marco normativo húngaro y no de la disposición de derecho penal en base a la cual el Tribunal de primera instancia había ordenado la prisión perpetua con exclusión de la posibilidad de libertad condicional, por lo que dispuso que debía tenerse en cuenta esta decisión anterior.

En “Sándor Varga” el TEDH esperaba, entonces, una modificación del marco normativo que dé respuesta a las falencias señaladas anteriormente por el organismo: una ausencia de regulaciones para la etapa de ejecución de la sentencia. Entendió que la legislatura húngara respondió a la vulneración del CEDH introduciendo el procedimiento de indulto obligatorio como correspondiente a la etapa de ejecución e independiente de la condena establecida. El Tribunal repitió su criterio en relación a la prisión perpetua: “Si se cumplen las condiciones previas legales, un Tribunal húngaro puede imponer prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional”.<sup>11</sup>

---

por una convención internacional (artículo 160/A § 1); violencia agravada contra un emisario de guerra (artículo 163 § 2); homicidio agravado (artículo 166 § 2); secuestro agravado (artículo 175/A §§ 3 y 4); trata agravada de seres humanos (artículo 175/B § 5); peligro público agravado (artículo 259 § 3); terrorismo (artículo 261 § 1); apoderamiento agravado de aeronaves, de cualquier medio de transporte ferroviario, acuático o por carretera o de cualquier medio de transporte de carga (artículo 262 § 2); insubordinación agravada (artículo 352 §§ 3 y 4); violencia agravada contra un superior o un agente de la ley (artículo 355 § 5); compromiso agravado de la preparación para el combate (artículo 363 § 2); incumplimiento del deber de un comandante (artículo 364); desertión (artículo 365)”.

10 TEDH. *Case of László Magyar v. Hungary*, Application no. 73593/10, Court (First Section), 20 de mayo de 2014.

11 *Idem*, nota 3, párr. 15.

En su resolución el Tribunal determinó que nuevamente (remitiendo a “T.P. y A. T. c. Hungría”) las prisiones perpetuas de las personas demandadas no podían considerarse reducidas en virtud de la nueva legislación húngara a los efectos de no vulnerar el artículo 3 del CEDH y, por lo tanto, se produjo una nueva violación de esa disposición por parte del Gobierno de Hungría.

### III. Referencias a otros estándares del TEDH en la materia

Dworkin explica al derecho como integridad y detalla que este “comienza en el presente y continúa el pasado”. Refiere que

su objetivo no es recapturar los ideales o propósitos prácticos de los políticos que lo crearon, sino justificar lo que hicieron en una historia general que ahora valga la pena contar, una historia con un complejo reclamo: que la actual práctica puede ser organizada y justificada con principios lo suficientemente atractivos como para proporcionar un futuro honorable [...] Por lo tanto, cuando un juez declara que un principio en particular está imbuido en la ley, no está denunciando un reclamo acerca de los motivos de los anteriores legisladores sino una propuesta interpretativa: que el principio se ajusta y justifica como una parte compleja de la práctica legal, que proporciona un modo atractivo de ver, en la estructura de dicha práctica, la coherencia de principio que exige la integridad.<sup>12</sup>

Para analizar el caso que aquí proponemos no puede eludirse una referencia a los estándares fijados por el TEDH en “Kafkaris c. Chipre”.<sup>13</sup> El 9 de marzo de 1989, el Tribunal en lo penal de Limassol declaró culpable al demandante (Panayiotis Agapiou Panayi, alias Kafkaris) de tres cargos de homicidio premeditado cometidos el 10 de julio de 1987. El 10 de marzo de 1989, el Tribunal lo condenó a prisión perpetua obligatoria por cada uno de los cargos. En su sentencia y a pedido de la acusación, el Tribunal sostuvo que el término “prisión perpetua” utilizado en el Código Penal significaba prisión por el resto de la vida de la persona condenada.

Cuando el demandante ingresó en prisión para cumplir su condena, las autoridades penitenciarias le notificaron por escrito que la fecha fijada para su liberación era el 16 de julio de 2002. La liberación estuvo condicionada a su buena conducta durante la detención. Tras la comisión de una infracción disciplinaria el 6 de noviembre de 1989, su puesta en libertad se aplazó hasta el 2 de noviembre de 2002. El demandante presentó recurso de apelación y solicitudes de indulto o suspensión de condena, los que fueron denegados por las distintas autoridades competentes. Además, no fue liberado el 2 de noviembre de 2002.

<sup>12</sup> Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* (p. 166). Barcelona: Gedisa.

<sup>13</sup> TEDH. *Case of Kafkaris v. Cyprus*, Application no. 21906/04, Court (Grand Chamber), 12 de febrero de 2008.

El 8 de enero de 2004 presentó una solicitud de *habeas corpus* ante el Tribunal Supremo (jurisdicción de primera instancia) impugnando la legalidad de su detención. Se basó en los artículos 3, 5 y 7 del CEDH. El Tribunal Supremo desestimó la demanda el 17 de febrero de 2004. El 26 de febrero de 2004, el demandante presentó un recurso ante el Tribunal Supremo (jurisdicción de apelación), que fue desestimado en fecha 20 de julio de 2004.

El caso llegó al TEDH en base a una presunta violación de los artículos 3, 5.1, 5.4, 7, 14 y 41 del CEDH. El demandante reclamó en primer lugar que la totalidad o una parte significativa del período de su detención de por vida excedió los estándares razonables y aceptables. En segundo lugar, alegó que su detención continuó más allá de la fecha fijada por las autoridades penitenciarias para su liberación, lo que le provocó un estado de angustia e incertidumbre sobre su futuro que equivalía a un trato inhumano y degradante.

Según la ley chipriota, el delito de asesinato premeditado conlleva una sentencia obligatoria de prisión perpetua (art. 203, inc. 2 del Código Penal). Además, el artículo 29 del Código Penal (modificado por las Leyes N° 86/83 y 15-1/99) dispone que, con excepción del homicidio premeditado y el delito de traición, en los casos en que una persona haya sido condenada por otros delitos graves punibles con una pena de prisión perpetua como el homicidio sin premeditación o con cualquier otra pena, el Tribunal que conozca en el caso tiene la discreción de imponer una pena de prisión por un período más corto.

La Constitución prevé en su artículo 53 que el presidente o el vicepresidente podrán ejercer la prerrogativa de clemencia respecto de las personas condenadas a muerte (inc. 1), lo que hará que la pena de muerte sea conmutada por la de prisión perpetua (inc. 3).

En el año 1987 se modificó el Reglamento Penitenciario y se definió que la prisión perpetua significaba una pena de 20 años de prisión (Regulación 2). Por otra parte, la Norma 93 dispone lo siguiente:

- (i) A todo recluso que cumpla una sentencia de prisión perpetua se le puede conceder la remisión de su sentencia por motivos de buena conducta y trabajo, sin exceder en total una cuarta parte de dicha sentencia.
- (ii) La decisión sobre la reducción de la sentencia, así como el alcance de dicha remisión para cada preso mencionado, no se tomará a menos que dicho preso haya cumplido quince años de su sentencia.

El TEDH sostuvo que en el caso no hubo violación del artículo 3. Sin embargo, pueden extraerse apreciaciones interesantes de los votos autónomos. En el voto concurrente del juez Bratza, el magistrado estableció que, si bien estuvo de acuerdo con las conclusiones de la mayoría, “ha llegado el momento en que la Corte debe afirmar claramente que la imposición de una prisión perpetua irreducible, incluso a un delincuente adulto, es en principio incompatible con el artículo 3 del Convenio”.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> *Idem*, nota 12, voto concurrente del juez Bratza.

Para los jueces disidentes Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström, Spielmann y Jebens la cuestión central radicaba en que el otorgamiento de la libertad fuera discrecional del presidente de la República, porque aunque la perspectiva de liberación para los presos que cumplen prisión perpetua existía en teoría, en la práctica era extremadamente limitada.<sup>15</sup>

Posteriormente el TEDH resolvió el caso “Vinter y otros c. El Reino Unido” y retomó los dichos de su sentencia del caso “Kafkarys” para establecer que los “Estados Parte gozan de un margen de apreciación para decidir la adecuada duración de las penas de prisión a imponer en determinados delitos”, por lo que

no le corresponde a él [Tribunal] decidir cuáles son las adecuadas condiciones de la pena a imponer a un delito determinado, o la adecuada duración de la pena de prisión o de cualquier otra pena que la persona tenga que cumplir una vez haya sido condenado por un tribunal competente.<sup>16</sup>

Enfatizó que

no se plantearía ninguna cuestión desde el punto de vista del Artículo 3 si, por ejemplo, un recluso condenado a prisión perpetua tuviera el derecho, de acuerdo con el derecho nacional, a que se considerase su puesta en libertad pero esta fuera desestimada sobre la base de que continúa siendo un peligro para la sociedad [...] porque el Convenio no prohíbe a los Estados que impongan a un condenado por un delito grave una pena de prisión de duración indeterminada y lo mantengan en prisión mientras sea necesario para la protección de la sociedad.<sup>17</sup>

Asimismo, estableció que cuando el derecho nacional permita la posibilidad de revisar una pena a prisión perpetua se cumpliría con las disposiciones del artículo 3 del CEDH. Sin embargo, dispuso que un condenado a prisión perpetua no puede ser obligado a esperar y a cumplir un número de años indeterminado de su condena antes de que pueda alegar que las condiciones de su pena ya no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 3. En el caso en cuestión existía una falta de claridad respecto de la expectativa de obtener la libertad de las personas condenadas a prisión perpetua, por lo que el TEDH encontró que el gobierno de Reino Unido había incurrido en una violación del tratado.<sup>18</sup>

15 Detallan en su voto: “Es cierto que el mero hecho de que la perspectiva de liberación sea limitada no es suficiente en sí mismo para declarar una violación del artículo 3 del Convenio. Sin embargo, la perspectiva de la liberación, aunque sea limitada, debe existir *de facto* en términos concretos, en particular para no agravar la incertidumbre y la angustia inherentes a una prisión perpetua. Por *de facto* nos referimos a una posibilidad genuina de liberación. Evidentemente, ese no fue el caso en este caso”. *Idem*, nota 12, voto disidente de los jueces Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström, Spielmann y Jebens.

16 *Idem*, nota 7, párr. 105.

17 *Idem*, nota 7, párr. 108.

18 *Idem*, nota 7, párr. 122.

En “Petukhov c. Ucrania”<sup>19</sup> el Tribunal resolvió que se produjo una violación al artículo 3 del CEDH en virtud de una carencia de posibilidades de reducción de condena. Las personas condenadas a prisión perpetua en Ucrania solo podrían esperar recuperar su libertad en dos casos: si tuviesen una enfermedad grave que les impidiera seguir encarceladas o si se les concediese un indulto presidencial.

El TEDH remarcó que la conmutación de la prisión perpetua por enfermedad terminal no podía considerarse como una perspectiva de liberación. Además, entendió que las personas que recibieran prisión perpetua no sabrían desde el principio qué condiciones cumplir para acceder a la libertad condicional.

Finalmente, podría mencionarse el caso “Marcello Viola c. Italia”.<sup>20</sup> El Sr. Viola fue condenado a la pena de prisión perpetua por pertenecer a una organización criminal, considerándose un factor agravante el hecho de que fuera su líder. La legislación italiana para este tipo de condena subordinaba el acceso a la libertad condicional a la colaboración con la justicia, presumiéndose una peligrosidad de la persona condenada en virtud de sus vínculos con la criminalidad organizada.

El TEDH entendió que existían dudas sobre la libre naturaleza de esta colaboración. Para el Tribunal la falta de cooperación no siempre podría considerarse resultante de una elección libre ni necesariamente estaría asociada a una continuidad en los vínculos con las organizaciones criminales. Resolvió que, en respeto al régimen progresivo, una persona condenada tiene derecho a conocer cuáles son las condiciones para que se examine su posible libertad, por lo que determinó una violación al artículo 3 del CEDH.<sup>21</sup>

#### **IV. Situación actual en Argentina. Conclusiones y propuestas**

La pena perpetua revisable es una demanda jurídica que a nivel internacional se está convirtiendo en ineludible. En la “sociedad del riesgo” la pena capital ha conmutado en pena perpetua y, por lo tanto, no puede eludirse el deber de los Estados de otorgar a las personas privadas de libertad una “esperanza de liberación” concreta. No puede haber perspectiva de reinserción sin una fecha cierta de culminación de condena, y esta fecha no debe estar supeditada únicamente a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo, sino que debe ser una fecha dispuesta legalmente.

Las penas indeterminadas (en Argentina penas perpetuas y pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado del artículo 52 del Código Penal) tienen el vencimiento sujeto a condiciones temporales

19 TEDH. *Case of Petukhov v. Ukraine (No. 2)*, Application no. 41216/13, Court (Fifth Section), 12 de marzo de 2019.

20 TEDH. *Case of Marcello Viola v. Italy (No. 2)*, Application no. 77633/16, Court (First Section), 13 de junio de 2019.

21 Para acceder en el idioma español al contenido del caso puede observarse el historial de versiones de jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa, disponible en internet. Recuperado el día 1 de mayo de 2022 de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=2837&source=/Jurisprudencia/forms/fallos.aspx>



mínimas y a exigencias que obedecen a valoraciones subjetivas. Se trata de penas que *de iure* poseen vencimiento, pero dependiente de circunstancias eventuales (que podrían no ocurrir).<sup>22</sup>

La ilegitimidad de las penas indeterminadas no radica en su incerteza respecto de la fecha exacta de su vencimiento, sino en que no establecen “tiempos razonables de privación de libertad proporcionales a los hechos cometidos y pautas claras y precisas para determinar las posibilidades de libertad en el caso concreto”.<sup>23</sup>

Después de al menos tres sanciones de leyes en Argentina que han reformado tanto el Código Penal como la Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad (N° 24.660), los únicos delitos cuya condena permite el acceso al instituto de libertad condicional son los previstos en los artículos 142 *ter*, 214, 215 y 227. Para el resto de los delitos, una condena a pena de prisión perpetua importa el cumplimiento de una pena real y efectivamente perpetua (solo se agotará con la muerte de la persona en prisión).<sup>24</sup>

Estas penas han sido cuestionadas por la CSJN,<sup>25</sup> ya que entran en conflicto con la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes y con el principio de reinserción social consagrado en los artículos 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP.<sup>26</sup>

La situación argentina amerita una regulación de penas perpetuas revisables en tanto actualmente, por las reformas legislativas de las últimas décadas, posee un número importante de delitos cuya pena es real y materialmente perpetua. La creación de un sistema de pena perpetua revisable es la única forma de adecuación constitucional para sostener un criterio de política criminal que, casi por un siglo, tuvo siempre nuestro Código Penal al incluir penas indeterminadas.<sup>27</sup>

La subsistencia de penas perpetuas sin posibilidad de revisión no es solamente una previsión reñida con los principios convencionales desde lo resuelto por el TEDH, sino que, desde un punto de vista

22 Alderete Lobo, R. A. (2020). Reflexiones críticas sobre la prisión real y materialmente perpetua en Argentina. *Revista del Ministerio Público de la Defensa “La defensa de las personas privadas de libertad”* N° 15.

23 *Idem*, nota 22, p. 6. El autor expone, en virtud de su afirmación, que la existencia de penas indeterminadas ha sido admitida en el derecho internacional de los derechos humanos, detallando particularmente la jurisprudencia del TEDH, en la que, tal como explica y como puede desprenderse de la sentencia del caso “Sándor Varga y otros c. Hungría”, no se cuestiona la naturaleza de este tipo de respuestas penales, sino que se discute sobre la existencia de mecanismos y tiempos mínimos previstos por las leyes de cada país para evaluar la cesación del encarcelamiento. Tal como se desprende del análisis del caso en este artículo, el TEDH rechaza la no convencionalidad de las penas perpetuas o indeterminadas, es decir, rechaza que su imposición vulnere el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, Alderete Lobo detalla que, tanto la Corte IDH como la CSJN, se han pronunciado respecto de las penas indeterminadas y no han pronunciado su inconstitucionalidad (p. 6 y ss.).

24 *Idem*, nota 22, p. 12.

25 Ver *Fallos* 329:2440; 329:3680 y 336:19.

26 *Idem*, nota 24.

27 *Idem*, nota 22, p. 26. El autor propone que la Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad contemple: “a) El tiempo a partir del cual la persona podrá solicitar ser evaluada para ingresar al programa de supervisión en libertad. Este plazo no puede superar los veinticinco años. [...]; b) La integración del órgano que emitirá los informes con detalle de la representación de las áreas integrantes del consejo técnico del establecimiento en el que se cumple la pena [...]; c) Una detallada enunciación de los criterios a considerar para la revisión del cumplimiento en encierro de la pena perpetua; d) La duración del período de supervisión y el catálogo de medidas de vigilancia, reglas de conducta y asistencia que se implementarán, así como los órganos que deberán llevar a cabo la supervisión; e) El plazo en el que se podrá examinar nuevamente la cuestión, si se rechazara la revisión de la pena perpetua; f) Las condiciones de seguimiento y control, eventual revocatoria, y evaluación de los resultados y cumplimiento de las condiciones impuestas para determinar la posibilidad de proponer la extinción de la pena”.

más amplio, esta sanción entra en colisión con el piso básico de derechos reconocidos por la normativa internacional.

Es que al menos explícitamente el PIDCyP en su artículo 10.3 concibe a la sanción penal como un medio de intervención estatal en la vida del imputado, que debe redundar en su beneficio y consecuentemente en el mejoramiento de la vida de la comunidad en la que se inserta.

En el mismo sentido, la CADH postula la función resocializadora de la pena y en esa atribución de función se significa todo el sistema penal. Es que no es posible desde la perspectiva de un Estado democrático sostener que el ejercicio monopólico de la fuerza pueda pretender otro objetivo que no sea propender a intervenir positivamente en las vidas de las personas sometidas a sanción, ya sea en beneficio de ellas como del resto de las personas.

Desde este punto de partida, la sujeción a una pena perpetua sin posibilidad de libertad condicional, sobre la base de regulación previa que pueda ser conocida por la persona tratada, de forma que le permita orientar la conducta en el sentido de obtener beneficios de ese tratamiento, implica necesariamente la renuncia por parte del Estado a su deber de darle significado social a la pena. Se convierte de este modo en simple castigo. La aplicación de castigo sin procura de un objetivo beneficioso para la persona tratada colisiona con la racionalidad que en Argentina han de exhibir los actos de gobierno (art. 1, CN).

Es que el derecho no es un cuerpo de normas que pueda aprehenderse individualmente y en forma abstracta. Nada hay en esta ciencia social que autorice una interpretación parcial, limitada a algunas de las ramas o especialidades que lo componen. Ni aún más puede hacerse una lectura y aplicación de normas jurídicas independientemente de los contextos sociales en las que se rigen.

Siendo ello así, pensar un Estado democrático que imponga una sanción perpetua sin posibilidad de recuperación eventual de la libertad, importa la exclusión social que la pena de prisión vino a superar hace más de cuatrocientos años.

Más aún, que las posibles previsiones de ejecución no sean parte de un proceso que el penado pueda controlar y dependan de actos arbitrarios de la administración, torna a la libertad en una posibilidad *de iure* y no *de facto*. Si a ello se suman los excesivos montos de estas sanciones y el término promedio de la vida humana, hasta parece que nos enfrentáramos a una manifestación hipócrita, inadmisibles para un Estado cuyas decisiones deben sostenerse en la buena fe.

No se ignora que podría sostenerse el cumplimiento de la función de la pena sin la posibilidad de un período de control estatal en situación de libertad. Sin embargo, los expertos siempre lo han desaconsejado. Es que la situación de encierro modifica la actitud de las personas, que están limitadas al escueto margen de libertad que les permite la vida carcelaria y, de este modo, sobre todo cuando permanecen en esta situación por períodos prolongados, pierden habilidades sociales, capacidades para proveer sus necesidades, relaciones familiares y vínculos con la comunidad.

Dado lo vertiginoso del avance tecnológico de la vida cotidiana, también pierden conocimientos básicos para poder desempeñarse en el medio libre y eventualmente insertarse laboralmente. El egreso en

esas condiciones no solo resulta tortuoso sino favorecedor de exclusión y eventualmente de reiteración de conductas delictivas.

Por ello es necesario que la persona vaya paulatinamente ingresando al medio libre con ayuda y control estatal como parte del tratamiento penitenciario, lo que hasta es útil a efectos de detectar falencias tratamentales que deban ser modificadas.

Aun en aquellos supuestos en que la legislación no prevé la posibilidad de la concesión de la libertad condicional, sí se fija un período de transición a este efecto. En este sentido es conveniente establecer un sistema de libertad condicional para los casos que lo ameriten a modo de recompensa por la respuesta brindada al tratamiento penitenciario o bien como forma ineludible de tratamiento, salvo situaciones excepcionales, como un medio de ir preparando lo que será la vida en libertad.<sup>28</sup>

Todo lo que hemos expuesto excede el marco del caso comentado, pero no debe excluirse al momento de considerar la singularidad de la sentencia revisada.

---

28 Conférence du Groupe Regional Consultantif Européen dans le domain de la prévention du crime et du traitement des délinquants, Rapport sur la Deuxième Session, ST/SOA/EUR/SR.2/1à ST/SOA/SD/EURSR.2/14, Genève, 23 août – 2 septembre 1954.



# Vida privada y familiar. Derechos parentales de personas trans. Discriminación TEDH. *Case of A.M. and others v. Russia*, 6 de julio de 2021

*Por Carolina Cymerman<sup>1</sup> y Mariángeles Ahumada Aguirre<sup>2</sup>*

---

## 1. Introducción

En el presente artículo se examinará la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el caso *A.M. v. Russia* sobre restricción de los derechos parentales con motivo en la identidad de género de la persona peticionante.

Para ello, en primer lugar, se expondrán los hechos del caso, sus antecedentes relevantes y la decisión en concreto; luego se abordarán los estándares promovidos por el TEDH sobre el respeto de la vida privada y familiar (art. 8, CEDH) y la cláusula sobre prohibición de discriminación (art. 14, CEDH), para concluir con un análisis crítico de los estereotipos y prejuicios de género que se traslucen en el caso comentado.

---

1 Abogada (UBA). Magíster en Estudios de Género (Universidad Complutense de Madrid). Doctoranda en Ciencias Políticas y Sociología (Universidad Complutense de Madrid). Doctoranda en Filosofía (UBA). Se desempeña en el Programa de Asistencia y Patrocinio Especializado en Violencia de Género de la Defensoría General de la Nación.

2 Abogada (UBA). Posgrado en Perspectiva de Géneros y Bioética Aplicada (Universidad de Champagnat). Maestranda en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP). Docente de Bases Constitucionales del Derecho Privado (UBA). Se desempeña en el Programa de Asistencia y Patrocinio Especializado en Violencia de Género de la Defensoría General de la Nación.

## 2. Supuesto fáctico. Antecedentes relevantes del caso<sup>3</sup>

El 4 de septiembre de 2019 la ciudadana rusa A.M., por sí y por su hijo M.M. y su hija K.M. presentó una denuncia ante el TEDH contra la Federación de Rusia por la restricción de los derechos parentales respecto de sus hijes<sup>4</sup> y la privación de contacto con ellos. En su presentación manifestó que su identidad de género y su transición motivaron la decisión judicial de restricción de sus derechos parentales, pese a la inexistencia de pruebas que dieran cuenta de que esta transición dañara la salud psicológica o el desarrollo de M.M. o K.M., lo cual resultaba discriminatorio e innecesario en una sociedad democrática.

El sexo asignado a A.M. al nacer en 1972 fue varón. En 2008 se casó con la Sra. N., en 2009 nació M.M. y tres años después K.M. En febrero de 2015 A.M. le donó el departamento en donde residía todo el grupo familiar a N. y en junio del mismo año el matrimonio fue disuelto. Ambas partes acordaron que M.M. y K.M. quedarían al cuidado de N., mientras que se pactó un régimen de comunicación entre A.M. y los niños y se fijó una prestación alimentaria a favor de ellos, solventada por A.M.

En cuanto a su identidad de género, en julio de 2015 se reconoció legalmente la autopercepción de A.M. y se le otorgaron nuevos documentos de identificación.<sup>5</sup> Hasta diciembre de 2016, durante las visitas a M.M. y K.M., y en presencia de ellos, A.M. expresaba su género como varón, puesto que en caso de no hacerlo N. se opondría a que pudiera tener contacto con sus hijos.

De cualquier modo, desde diciembre de 2016 N. comenzó a oponerse a las visitas regulares de A.M. a los niños. En enero de 2017 A.M. inició una acción judicial con el fin de restablecer el contacto, mientras que N. inició una acción para restringir los derechos parentales de A.M. En concreto, N. refirió que A.M. fue diagnosticada con “transexualismo”, un desorden en su salud mental y, a la vez, se desentendió de sus responsabilidades. Con esos argumentos sostuvo que: (1) se provocó un daño irreparable a la salud mental y moral de los niños; (2) el daño provocado implica distorsionar su percepción de familia; (3) ello les podría conducir a un complejo de inferioridad y acoso escolar; y (4) les proporcionaría información prohibida para las infancias sobre “relaciones sexuales no tradicionales”.

En este proceso, A.M. replicó el planteo de N. e interpuso una contrademanda con el fin de resguardar sus derechos parentales de comunicación y visitas.

El 14 de junio de 2017 el Tribunal del Distrito de Lyublinskiy (Moscú) ordenó la producción de una evaluación psiquiátrica-forense, sexológica y psicológica de A.M. y los niños en el Instituto Serbskiy, entidad experta en investigación y tratamiento psiquiátrico. El 24 de octubre de 2017 el informe indicó el impacto negativo de la transición de género sobre los niños, haciendo hincapié en su revelación. La evaluación se sustentó en la edad de los niños, la significancia de la identidad y el rol de los proge-

3 Traducción de las autoras con la colaboración de Bruno Roberto Genta.

4 El presente trabajo promueve el lenguaje inclusivo, motivo por el cual se utiliza la “e” para denotar diversidad.

5 Cabe aclarar que la decisión del TEDH expresa que se reconoce la “transición de la identidad” de A.M.

nitores en su desarrollo, además de la presión social y el conflicto familiar, y en que podría provocar un impacto traumático, a largo plazo, en la salud mental de los niños. Pese a la contundencia de sus consideraciones, destacó que no existen investigaciones científicas que confirmen esta percepción. Cabe resaltar que los servicios sociales locales, de conformidad con las conclusiones arribadas en el informe, consideraron que la restricción de los derechos parentales de A.M. era razonable.

El 19 de marzo de 2018 el Tribunal ordenó la restricción de los derechos parentales de A.M. y desestimó su reconvencción. Expresó, tomando nota de las conclusiones de los expertos, que se guió solamente por los intereses de los niños y su salud psicológica y mental y no puso en duda los sentimientos de A.M. como una progenitora afectuosa. A su vez, especificó que el “desorden de transexualismo” de A.M. no motivó la restricción de sus derechos parentales; por el contrario, la decisión se basó en los cambios de su personalidad y en la difusión de información sobre la transición que podría crear efectos psicotraumáticos prolongados para los niños.<sup>6</sup> El Tribunal también dispuso que se debía volver a examinar el asunto cuando los niños fueran mayores, sin proporcionar un plazo específico.<sup>7</sup>

Con posterioridad, A.M. requirió que se realizara una evaluación experta alternativa. Este informe arribó a conclusiones diametralmente opuestas al primero, afirmando expresamente el carácter no científico de aquella pericia. Al interponer un recurso de apelación contra la decisión que restringió sus derechos, A.M. solicitó que se agregara esta última evaluación.

El Tribunal de la Ciudad de Moscú rechazó el planteo efectuado y confirmó la decisión en base a que

el impacto negativo del contacto de la demandante con los niños sobre su salud psicológica y desarrollo ha sido suficientemente probado, y que la demandante no ha aportado ninguna prueba en apoyo de la posibilidad y necesidad del mantenimiento de ese contacto.<sup>8</sup>

En febrero de 2019 el Tribunal de la Ciudad de Moscú rechazó los recursos de casación y un mes después la Corte Suprema de la Federación de Rusia rechazó el planteo interpuesto. Tras esta decisión, A.M. denunció que, en una fecha no especificada, la Sra. N. cambió su lugar de residencia con los niños, desconociendo el domicilio actual, su estado de salud y sus condiciones de vida. Esta situación se mantenía al momento de resolver el TEDH.

6 TEDH. *Case of A.M. and others v. Russia*, Application No. 47220/19, Court (Third Section), 6 de julio de 2021, párr. 22.

7 Cabe destacar que la situación denunciada por A.M. no volvió a ser evaluada pese al tiempo transcurrido.

8 *Idem* nota 6, párr. 25.

### 3. Sentencia del TEDH

En primer lugar, el TEDH admitió la denuncia interpuesta por A.M. por sí. En lo que se refiere a sus hijos, examinó que en el caso se disputaban los derechos de contacto y de comunicación entre A.M. y N., siendo esta última la que posee la guarda plena de los niños. En ese sentido, señaló que quien posee legitimación activa es quien mantiene la custodia de los niños, ya que la Convención sobre los Derechos del Niño le atribuye la salvaguarda de esos intereses. Por ese motivo, declaró inadmisibles este planteo.

Luego, el TEDH identificó si la decisión arribada por los tribunales rusos, al restringir el ejercicio de los derechos parentales de la peticionante, estuvo meramente sustentada en su identidad y en el eventual perjuicio que ello podría ocasionar en el vínculo con su hija e hijo. De demostrarse este motivo, se comprobaría un trato desigual.

En este sentido, el TEDH determinó que las decisiones de los tribunales de la Federación de Rusia habían interferido con el derecho de A.M. al respeto de su vida familiar (art. 8, CEDH). Indicó que, si bien las decisiones judiciales se tomaron de conformidad con el derecho interno y se persiguieron objetivos legítimos (“protección de la salud o la moral” y “protección de los derechos y libertades” de los niños), al estar únicamente sustentadas en una pericia psiquiátrica (en la que se focalizó sobre el impacto negativo de la transición de género sobre la integridad de los niños) no resultaba suficiente para probar el daño. Esta conclusión le permitió al TEDH considerar si la decisión adoptada constituía un acto discriminatorio en base al trato desigual con motivo en la identidad de género.

El TEDH reiteró que la identidad de género está protegida por el artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación). Consideró que la identidad de género de A.M. había jugado un papel importante; de hecho, había sido el factor decisivo para la injerencia en la vida privada y familiar. En tal sentido, la solicitante había sido tratada de manera diferente a otros padres *cis* en materia de derechos de contacto. Por ello, determinó que esta desigualdad de trato por razón de la identidad de género no había sido proporcionada, había sido parcial y contraria al CEDH, violando los derechos de A.M. en los términos de los artículos 8 y 14 CEDH.

El TEDH expresó que los tribunales internos, en su razonamiento, no habían tenido en cuenta la situación familiar específica de la solicitante. Además, la decisión de privar por completo a una madre del contacto con sus hijos debe solo ser tomada en las situaciones más extremas, que no habían sido demostradas en este caso, ya que no se pudo probar el daño en los niños. Por ello, consideró que los tribunales nacionales no habían logrado una solución ni equilibrada ni razonable.

De este modo, concluyó que la restricción de los derechos parentales de A.M. y del contacto con sus hijos no había sido “necesaria en una sociedad democrática”, lo que implicó una violación del CEDH.



## 4. Estándares del TEDH

### 4.1. Estándares en materia de intimidad y vida privada (art. 8 CEDH)

En primer lugar, en lo que se refiere a la indebida injerencia sobre los derechos de la vida familiar, el TEDH se remitió a los casos *Strand Lobben and Others v. Norway*<sup>9</sup> y a *Petrov and X v. Russia*<sup>10</sup>. En concreto, confirmó que el derecho a la vida familiar constituye un elemento fundamental y las medidas internas que obstaculizan su goce equivalen a una injerencia, a excepción de que: (1) sean de conformidad con la ley; (2) persigan fines legítimos; (3) y se consideren necesarias en una sociedad democrática. En este último supuesto se examinará la pertinencia y suficiencia para los efectos de la segunda parte del artículo 8 CEDH, mientras que la necesidad se relaciona con una necesidad social apremiante que resulte proporcionada con el objetivo legítimo perseguido, con un justo equilibrio entre los intereses relevantes.

En lo que se refiere a la vida familiar de niñas, niños y adolescentes, el TEDH especificó la relevancia de velar por su interés superior. Así, en supuestos de restricción de contacto o cuidado en lo que se refiere con progenitores, es el interés de niñas, niños y adolescentes el que debe prevalecer por sobre otros derechos.

Más aún, el TEDH fue enfático al advertir que en aquellos supuestos en que los intereses de niñas, niños y adolescentes estén en conflicto con el interés de progenitores, las autoridades nacionales deben lograr un justo equilibrio entre ambos intereses, siempre prevaleciendo “el interés superior de los niños que, según su naturaleza y gravedad, puede prevalecer sobre el de los progenitores”.<sup>11</sup>

Estas nociones cobran especial trascendencia para el abordaje del caso bajo estudio, atento que, por un lado, predomina el margen de apreciación nacional para restringir los derechos de progenitores, mientras que, por el otro, se debe examinar qué se entiende por peligro grave y cuáles son las medidas pertinentes, necesarias y suficientes para proteger el interés superior.

En el caso aquí comentado, el TEDH identificó que en la legislación interna se establecen límites en el ejercicio a la función parental, tras lo cual interpretó que el criterio utilizado para limitar el ejercicio de los derechos es la “protección de la salud o la moral” y los “derechos y libertades” de los niños.<sup>12</sup>

De esta forma, reconociendo la centralidad del interés superior, el TEDH sostuvo que la decisión de los tribunales locales constituyó una injerencia en los derechos a la intimidad, vida privada y familiar de A.M. En ese sentido, esgrimió que

9 TEDH. *Case of Strand Lobben and others v. Norway*, Application no. 37283/13, Court (Grand Chamber), 10 de septiembre de 2019, párrs. 202-211.

10 TEDH. *Case of Petrov and X v. Russia*, Application no. 23608/16, Court (Third Section), 23 de octubre de 2018, párrs. 98-102.

11 *Idem* nota 9, párr. 206.

12 *Idem* nota 6, párr. 51.

[n]o existe desacuerdo entre las partes de que, en el presente caso, los tribunales locales restringieron los derechos parentales de la demandante y la privaron del contacto con sus niños en base a su transición de género y el presunto efecto negativo que la comunicación con ellos y la información sobre su transición de género podría tener en la salud psicológica y el desarrollo de los niños.<sup>13</sup>

Sin embargo, aclaró que no le correspondía examinar si el contacto resultaría dañino para la salud psicológica y el desarrollo de los niños. Por el contrario, para comprobar si ha habido violación al artículo 8.1 del CEDH, examinó si al restringir estos derechos el Estado efectuó un examen profundo de la situación familiar, de factores relevantes y si realizó una evaluación balanceada y razonable de los diversos intereses en juego.<sup>14</sup>

Con esos lineamientos, el TEDH observó que las decisiones locales se apoyaron mayormente en las consideraciones de la evaluación psiquiátrica realizada a A.M. Esta cuestión resulta llamativa, ya que en ese mismo informe se reconocía la falta de evidencia científica y confiable para determinar la posibilidad de daño o riesgo y no se apoyaba en ningún hallazgo concreto para arribar a una conclusión. También destacó que no hubo ningún tipo de indicación respecto de pautas de acción que pudieran atenuar el riesgo invocado.<sup>15</sup>

En cuanto al cuestionamiento de A.M. de incorporar una evaluación alternativa, el TEDH advirtió el contenido de la nueva pericia, pero no con la finalidad de realizar un reexamen de la prueba producida respecto de la situación de salud mental de A.M. y el presunto impacto en los intereses y derechos de los niños. La información que aportó la denunciante era de utilidad para interpretar si los tribunales locales, “considerando el interés superior de los niños, realizaron una evaluación balanceada y razonable de los intereses correspondientes de cada persona, en base a un examen en profundidad de toda la situación familiar y de otros factores relevantes”.<sup>16</sup>

Es precisamente aquí donde el Tribunal, citando material internacional y valorando los comentarios de quienes intervinieron en calidad de terceros,<sup>17</sup> efectuó el examen propuesto considerando el rol asumido por las autoridades locales para velar por el mantenimiento del contacto directo y regular entre los niños y A.M., con especial énfasis en su interés superior, evaluando la situación familiar completa mediante un escrutinio minucioso e individualizado y destacando la necesidad de evitar la dependencia sobre percepciones y prejuicios negativos sobre la paternidad transgénero.<sup>18</sup>

---

13 *Idem* nota 6, párr. 52.

14 *Idem* nota 6, párr. 53.

15 *Idem* nota 6, párr. 54.

16 *Idem* nota 6, párr. 55.

17 Transgender Europe en conjunto con ILGA Europe, Human Rights Watch y Human Rights Centre of Ghent University.

18 *Idem* nota 6, párr. 56.

En conclusión, el TEDH valoró que se adoptó la mayor restricción en los derechos de la peticionante sin “examinar en profundidad la confiabilidad y calidad de los hallazgos que les fueron presentados”, máxime si se atiende a que -de la evaluación incorporada- no se podría concluir que existía un daño concreto en el interés superior de los niños causada por la transición de A.M. De esta forma, se omitió efectuar un examen minucioso sobre la situación familiar.<sup>19</sup>

A similar conclusión arribó el TEDH al analizar la decisión desde la perspectiva del interés superior de los niños,<sup>20</sup> pues se adoptó la medida más restrictiva de los derechos de A.M. al privar completamente el contacto y comunicación con sus hijos, sin examinar las consecuencias irremediables para el vínculo entre ellos con el correr del tiempo.<sup>21</sup>

De esta forma, el TEDH consideró que las autoridades judiciales no efectuaron un control de razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada. Pese a esta circunstancia, la omisión de ese examen no correspondía ser suplantada por el TEDH, debido a que carece de elementos probatorios acerca del peligro o daño que se pretende evitar. Por ello, detenerse a analizar si la injerencia en los derechos de A.M. era ajustada al daño que se pretendía evitar resultaba improcedente, ya que el contexto que habilitaría a las autoridades restringir el ejercicio de un derecho no se encuentra suficientemente probado.<sup>22</sup>

En palabras del TEDH, ha existido una violación al artículo 8 del CEDH toda vez que

los tribunales locales omitieron realizar una evaluación balanceada y razonable de los intereses respectivos sobre la base de un examen profundo de toda la situación familiar y de otros factores relevantes. Así el Tribunal concluye que la restricción de los derechos parentales de la demandante y de su contacto con sus niños no fue “necesario en una sociedad democrática”.<sup>23</sup>

## 4.2. Estándares en materia de prohibición de discriminación (art. 14, CEDH en relación con el art. 8, CEDH)

Una vez declarada la violación al artículo 8 CEDH, el TEDH examinó si se violó la prohibición de discriminación, consagrada en el artículo 14 CEDH, al adoptarse la medida más gravosa a los derechos parentales de A.M.

En su análisis, estableció que el artículo 14 CEDH es complementario a otros derechos y libertades, por lo que debe ser examinado en relación con el goce de otros derechos protegidos.<sup>24</sup>

19 *Idem* nota 6, párr. 57.

20 *Idem* nota 6, párr. 58.

21 *Idem* nota 6, párr. 59.

22 *Idem* nota 6, párr. 60.

23 *Idem* nota 6, párr. 61.

24 *Idem* nota 6, párr. 64.

En lo que se refiere a la identidad de género como criterio prohibido de discriminación, el TEDH se remitió al caso *P.V. v. Spain*,<sup>25</sup> en el que se pronunció sobre la suspensión de los derechos parentales de las personas trans, estableciendo como criterio que: (1) el disfrute de los derechos y las libertades reconocidos por el CEDH prohíbe tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a las personas en situaciones comparables;<sup>26</sup> (2) para identificar una distinción discriminatoria se debe observar si carece de justificación objetiva y razonable, esto es, que no persiga un fin legítimo o no haya una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin aludido;<sup>27</sup> (3) si está en juego la orientación sexual para justificar una diferencia de trato de derechos reconocidos en el art. 8, CEDH deben brindarse razones particularmente graves y convincentes;<sup>28</sup> (4) la identidad de género<sup>29</sup> es un criterio prohibido de discriminación<sup>30</sup> y se encuentra protegido por el artículo. 14, CEDH; y (5) la restricción o suspensión de los derechos de progenitores debe estar supeditada al interés superior de niñas, niños y adolescentes.

Al abordar el caso en concreto, y a pesar de que los tribunales nacionales plantearon que la transición de A.M. no motivaba por sí sola la restricción, el TEDH entendió que la identidad de género había sido determinante en la restricción de los derechos parentales de la peticionante.<sup>31</sup> En efecto, el argumento utilizado ha sido que la expresión de género de A.M. y su autodeterminación podrían provocar un efecto traumático en la salud psicológica y el desarrollo personal de los niños.<sup>32</sup> Este razonamiento llevó al TEDH a considerar que la identidad de género era el motivo sustancial merituado por el Estado para adoptar la medida de restricción sobre los derechos de A.M., generando con ello un trato desigual.<sup>33</sup>

Para efectuar el examen sobre trato desigual en la restricción de los derechos de A.M., el TEDH comparó la situación de progenitores cis con progenitores trans en procesos que ameritarían adoptar una decisión judicial tendiente a restringir o suspender los derechos parentales de progenitores con relación a sus niños.

En cuanto al examen en concreto de trato desigual (conforme su jurisprudencia consolidada), se debe verificar: (1) si la medida adoptada persigue una finalidad legítima; y (2) si los medios empleados para la consecución de esa finalidad son proporcionados y necesarios.<sup>34</sup> De esta forma, para superar el escrutinio de razonabilidad, el TEDH entiende que la diferencia de trato debe ser proporcionada, esto es, comprobar que no exista ningún otro medio de conseguir la finalidad perseguida que provoque menos injerencias en el derecho a la igualdad de trato, o, dicho de otro modo, que la desventaja

25 TEDH. *Case of P.V. v. Spain*, Application No. 35159/09, Court (Third Section), 30 de noviembre de 2010.

26 *Idem* nota 25, párr. 26 y sus citas.

27 *Idem* nota 25, párr. 29 y sus citas. Asimismo, *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, 2019, p. 105.

28 *Idem* nota 25, párr. 29.

29 *Idem* nota 25, párr. 30 y sus citas. Cabe destacar que en esa oportunidad el TEDH expresó a la identidad de género como “distrofia de género”.

30 *Idem* nota 25, párr. 31.

31 *Idem* nota 6, párr. 74.

32 *Idem* nota 6, párr. 68.

33 *Idem* nota 6, párrs. 75 y 76.

34 TEDH. *Case of Hämäläinen v. Finland*, Application no. 37359/09, Court (Grand Chamber), 16 de julio de 2014, párrs. 107-109.

sufrida represente el perjuicio mínimo necesario para conseguir esa finalidad. Por su parte, la finalidad perseguida debe ser lo suficientemente importante como para justificar este grado de injerencia.

En el caso aquí comentado el TEDH no encontró justificada la desigualdad de trato sobre los derechos de A.M. Tampoco consideró que se haya adoptado una medida razonable y proporcionada entre el medio utilizado (la restricción de los derechos parentales de A.M) y el fin perseguido (velar por el interés superior de los niños). En este punto, observó el Tribunal que existe un margen de apreciación nacional en torno a la identificación de las causales que ameritan restringir los derechos parentales frente a la existencia de un peligro posible, por lo que examinó la práctica local establecida.

En su conclusión estimó que, según lo dispone el marco normativo local, para restringir los derechos parentales se debe evaluar el peligro posible, la naturaleza y severidad de la restricción y las consecuencias sobre la salud y desarrollo de los niños. Más aún, para adoptar esta medida, de acuerdo con la normativa local se debe examinar otras circunstancias relevantes, en las que se puede incluir “las características personales del progenitor, su relación con el niño, la conducta previa y comportamiento del progenitor hacia el niño, y las condiciones de vida y recursos financieros del progenitor”.<sup>35</sup>

Con estas salvedades, el TEDH expresó que el examen en torno a la idoneidad propia de la demandante para justificar el trato desigual se basó únicamente en su autopercepción de género, distinción discriminatoria al no evaluarse de forma convincente y suficiente los posibles riesgos en la vida o integridad de los niños y, por lo tanto, no se superó el escrutinio minucioso que se debería efectuar.<sup>36</sup>

En definitiva, el TEDH concluyó que al restringir los derechos parentales y de contacto de la demandante con sus niños sin que se hiciera una evaluación adecuada del posible daño sobre sus niños, los tribunales locales se basaron en su transición de género e hicieron una distinción que no está permitida a la luz de los estándares existentes.<sup>37</sup>

Además, destacó que

no percibe ninguna razón para dudar que las autoridades locales persiguieron una finalidad legítima de protección de los derechos de los niños en estos procedimientos. Sin embargo, en ausencia de cualquier razón probadamente convincente y suficiente para la diferencia de trato, el Tribunal encuentra imposible concluir que existió una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Así la decisión impugnada equivale a discriminación.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> *Idem* nota 6, párr. 77.

<sup>36</sup> *Idem* nota 6, párr. 78.

<sup>37</sup> *Idem* nota 6, párr. 79.

<sup>38</sup> *Idem* nota 6, párr. 80.

## 5. Conclusiones. Aspiraciones finales o nuevos puntos de partida

En el caso *A.M v. Russia*, el TEDH desarrolló argumentos en torno a las implicancias que podrían tener las medidas restrictivas de derechos que involucran la responsabilidad parental de personas trans. La particularidad del presente caso se encuentra en que la restricción se sustentó en los eventuales perjuicios que pudiera ocasionar la identidad de género sobre la salud y el desarrollo niñas, niños y adolescentes.

Para ello, consideró que con el fin de proteger el interés superior de niñas, niños y adolescentes resulta razonable y legítimo la regulación de supuestos en los que es posible y necesario la restricción o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental y de la comunicación o contacto, entre otros institutos. Sin embargo, esta limitación debe ser una medida razonable, proporcionada y/o necesaria en una sociedad democrática.

Tal como se observó, en este caso puntual la distinción resultó discriminatoria. El TEDH sostiene que la identidad de género está protegida por el artículo 14, CEDH, por lo que se exige una mayor fundamentación y un análisis riguroso de la medida que restringe los derechos de las personas trans. Bajo esta mirada, es posible afirmar que el TEDH efectuó un análisis con perspectiva de género.

Si bien el TEDH evidenció que la identidad trans fue el centro de la deliberación y determinó que el informe científico en el que se basaba la restricción de los derechos parentales carecía de sustento suficiente, no se desprende de su análisis que la distinción realizada por las autoridades locales se hubiera sustentado en un prejuicio de género. A esta conclusión arribamos tras advertir que la decisión adoptada por el Tribunal hizo hincapié en la falta de exhaustividad por parte de las autoridades de la Federación de Rusia en el examen de la situación concreta.

Desde esta perspectiva, entonces, observamos que no se ha efectuado un análisis en torno a los prejuicios de género y estereotipos de género que se encuentran implícitos en el caso bajo análisis. Se podría haber alertado que la vivencia interna o individual de A.M. no constituye un criterio que deba ser considerado para valorar una posible vulneración del interés de sus hijes, especialmente cuando la identidad de género debe ser protegida en sociedades donde lo *queer* se representa como un trastorno en la salud mental *-transexualismo-* y resulta la condición estructural de posibilidad para avasallar el ejercicio de los derechos fundamentales y el acceso a la justicia. Todas estas cuestiones estigmatizantes resultan evidentes de conformidad con las evaluaciones efectuadas en los antecedentes.

Debe repararse que el derecho representa un discurso de poder que produce selectivamente identidades y subjetividades y les asigna un valor social determinado. En este punto, la crítica feminista al derecho reinterpreta hechos históricos para oponerse a una forma particular de subordinación, valiéndose de los instrumentos consagrados para “ciudadanos libres e iguales”. El contrapunto que han introducido fue precisamente una forma compleja de observar la realidad y de influir en el razonamiento judicial a partir de establecer la conexión de las diferentes formas de violencia que adoptaron los cuerpos

relegados (feminizados) en la historia. Ello permitió modificar patrones socioculturales y judiciales arraigados históricamente que instrumentalizaban la alteridad y su función en la sociedad.

Es en esta línea crítica que resulta necesario vincular la presencia de estereotipos de género -en este caso, la alteridad como peligro y amenaza al *orden social familiar*- en el razonamiento judicial, comprometiendo de este modo la parcialidad y transformando las sentencias de los tribunales locales en arbitrarias.

Con ese enfoque es posible advertir que el razonamiento judicial para reafirmar el modelo familiar heteronormado establece una confrontación entre el interés superior de niñas, niños y adolescentes y la identidad trans. Esta estrategia argumental presenta prejuicios y concibe una idea de una infancia “saludable” siempre y cuando se apoye en el modelo ideal de familia tradicional. De validarse esta disputa se habilita una intromisión indebida en la vida de las personas trans con el fin de salvaguardar el interés superior de los niños, que debe prevalecer. Resulta evidente que este tipo de razonamiento no puede ser motivación suficiente para restringir los derechos y menos aún para trasladar la carga en las personas trans de demostrar que en la *exteriorización* de su autopercepción no genera un daño.

Por eso es importante considerar que el interés superior de los niños se ve protegido en la medida en que podamos reconocer y acompañar los diferentes modos de construir *familia*. El peligro y el daño aparece cuando desde el discurso jurídico se legitima y admite la entronización de un único modelo válido de asociatividad con roles heteronormados.

En definitiva, nuevamente el uso estratégico de los derechos humanos sigue siendo la herramienta crítica para oponerse a una forma de racionalidad jurídica que, formulada en el *interés legítimo*, continúa regulando discriminatoriamente la forma en la que las personas expuestas a violencias históricas y estructurales merecen vivir.





# Ejecución de sentencias internacionales

TEDH. *Case of Serrano Contreras v. Spain (No. 2)*, Application No. 2236/19, 26 de octubre de 2021

*Por Camila Carlsson<sup>1</sup>*

---

## 1. Breves palabras introductorias

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es el órgano judicial permanente del Consejo de Europa. Cuenta con competencia para resolver controversias cuando existen violaciones a los derechos y garantías consagrados en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Sus decisiones son vinculantes para todos los Estados miembros del Consejo de Europa, la principal organización del continente europeo dedicada a la defensa de los derechos humanos.

En este breve comentario se analiza el fallo “Serrano Contreras” del 21 de septiembre de 2021 y cuál es la función que cumple el derecho internacional para proteger los derechos humanos cuando los Estados, que se comprometieron a respetar las normas internacionales, se niegan a acatar los fallos emanados de los tribunales internacionales invocando su poder soberano.

De esta manera, se busca cuestionar cuál es la verdadera función que cumplen las normas y los tribunales internacionales para garantizar efectivamente la protección de los derechos humanos y, a su vez,

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA). Diplomada en Migrantes y Protección de Refugiados (UBA). Ayudante de Segunda de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA).

poner en duda la efectividad de aquellos para proteger a las víctimas en un contexto en el cual sus sentencias son inejecutables en la mayoría de los Estados.

## 2. El caso

### 2.1. Los hechos

El 11 de noviembre de 2003 la Audiencia Provincial de Córdoba, España, absolvió a Bernardo Serrano Contreras, juntamente con otros acusados, de los cargos de fraude, falsificación de documentos públicos y comerciales.

Posteriormente, tras una apelación interpuesta por el Estado, en octubre de 2005 la Corte Suprema los encontró culpables de los mismos cargos. Serrano Contreras fue condenado a cuatro años de prisión y, adicionalmente, fue obligado a reparar los daños ocasionados por el supuesto hecho ilícito.

Sin embargo, el proceso penal se desarrolló sin que se llevara a cabo una audiencia previa en la que pudiera ejercer su derecho de legítima defensa, violando las normas procesales españolas. Por ello, el 29 de septiembre de 2008 presentó una petición ante el TEDH, en la que alegó la violación del artículo 6.1 del CEDH debido a la indebida duración del procedimiento y la ilegitimidad de la resolución.

En marzo de 2012, el Tribunal falló a favor del Sr. Serrano Contreras, manifestando que efectivamente había existido una violación a los derechos del acusado por la forma en que se había desarrollado el proceso penal.<sup>2</sup>

Basándose en el pronunciamiento del TEDH, el Sr. Serrano Contreras interpuso un recurso de revisión ante la Corte Suprema española solicitando la anulación de su pronunciamiento previo.

En mayo de 2015 la Corte Suprema hizo lugar parcialmente al proceso de revisión y anuló la pena con respecto al cargo de falsificación de documentos públicos oficiales, alegando la existencia de nuevas evidencias que le permitían revisar lo dictaminado previamente, pero rechazó la revisión del caso con respecto a los otros dos cargos. La pena de cuatro años de prisión se mantuvo inmodificable.

El Sr. Serrano Contreras no fue escuchado en ningún momento del procedimiento ya que el mismo fue llevado a cabo enteramente en forma escrita. Por ello, en julio de 2015 petitionó la anulación de los procedimientos, lo cual fue rechazado por la Corte Suprema.

En enero de 2016 interpuso una acción de amparo ante la Corte Constitucional basándose en los artículos 14 (Prohibición de Discriminación) y 24 (Derecho a un Juicio Justo) de la Constitución española. El Tribunal resolvió, en febrero de 2017, que los argumentos de la Corte Suprema eran ra-

---

<sup>2</sup> TEDH, Case of Serrano Contreras v. Spain, Application No. 49183/08, Court (Third Section), 20 de marzo de 2012.

zonables, acordes a los hechos y a las normas imperantes y rechazó el amparo, alegando que no había existido violación de ningún derecho fundamental.

En simultáneo, en el proceso de Supervisión de la Ejecución de la Sentencia del TEDH que se llevó a cabo conforme al artículo 46.2 del tratado, el Comité de Ministros del Consejo de Europa examinó las medidas adoptadas por España para ejecutar en sede local la sentencia.

El gobierno español presentó dos reportes, uno con fecha de enero de 2013 y otro de diciembre de 2016, en los que indicaba que las medidas adoptadas consistían en el pago de una indemnización, el otorgamiento de la posibilidad de presentar un recurso de revisión posterior al pronunciamiento del TEDH, la publicación y difusión del fallo del TEDH y la adopción de medidas legislativas de carácter general.

A raíz de ello, el Comité de Ministros, a través de una resolución dictada en febrero del 2017, declaró que había ejercido sus competencias conforme al artículo 46.2 del CEDH y decidió cerrar el proceso de supervisión.

En octubre de 2015, las autoridades españolas incorporaron la sección 954 al Código de Procedimiento Penal para incluir expresamente el derecho a la revisión de un juzgamiento en aquellos casos en que el TEDH manifieste que existió una violación de un derecho consagrado en el CEDH, siempre que no pueda ser remediado a través de otro procedimiento judicial.

La sección 954 establece:

Un pedido de revisión contra un pronunciamiento final puede ser solicitado en los siguientes casos: [...]  
4. Cuando, posteriormente al dictado de la sentencia, nuevos hechos o nuevos elementos de prueba sean descubiertos o revelados y sean conducentes para determinar la inocencia de la persona condenada.

## 2.2. El nuevo fallo del TEDH y su aplicabilidad en sede local frente al “margen de apreciación” de los tribunales nacionales

El Sr. Serrano Contreras, ante la negativa de la justicia española a revisar íntegramente su caso y modificar su condena, se presentó nuevamente ante el TEDH, alegando la violación del artículo 6.1 del Convenio.

Frente a este planteo, el gobierno consideró que el tribunal internacional tenía jurisdicción para entender en este caso, pero que, dado que la petición interpuesta por el damnificado no planteaba nuevos elementos, salvo los ya juzgados por el tribunal local, un nuevo pronunciamiento en donde se encuentre culpable a España por violar el CEDH afectaría el principio de “non bis in idem”.

El gobierno sostuvo que el fallo de la Corte Suprema respetó los lineamientos del fallo de la Corte Europea ya que un pronunciamiento por parte de dicho tribunal internacional no le concede el derecho a una anulación automática de su condena, sino que son las autoridades nacionales las que, dentro

de su margen de apreciación, deben adoptar las medidas más apropiadas para reparar las violaciones cometidas y determinadas por la Corte.<sup>3</sup>

Para dar cumplimiento con el pronunciamiento de la Corte de Estrasburgo, la Corte Suprema examinó cuáles de las penas aplicadas al solicitante resultaron afectadas por las violaciones encontradas por el Tribunal. En virtud de ello, a consideración de la Corte Suprema, con respecto al cargo por falsificación de documentos oficiales sí se requería una reevaluación del caso. Sin embargo, en lo que respecta a los otros dos cargos consideró que el TEDH no había modificado los hechos probados en el caso y, por ende, no se requería un nuevo examen. En virtud de ello, consideró que solamente se debería anular el cargo por falsificación de documentos oficiales y mantener las otras dos condenas, respetando el artículo 6.1 del CEDH.

No obstante, el TEDH sostuvo y reiteró que sus pronunciamientos tienen fuerza vinculante conforme al artículo 46 del CEDH y que los Estados tienen la obligación de reparar los daños causados a las víctimas y colocarlos, en la medida de lo posible, en la misma situación en la que se encontrarían si no se hubiesen cometido dichas violaciones, aunque se les reconoce a los Estados la facultad de elegir los medios para darle cumplimiento.<sup>4</sup>

El tribunal internacional consideró que el hecho de establecer que existió violación del artículo 6.1 del Convenio no implica, automáticamente, una reapertura del procedimiento penal. Sin embargo, este es, en general, el medio más apropiado para poner fin a las violaciones.

El TEDH no actúa como una “cuarta instancia” y, por ende, no cuestionará los procedimientos judiciales nacionales ni revisará los supuestos errores de hecho o derechos cometidos por los mismos, excepto que los mismos sean irrazonables o manifiestamente arbitrarios conforme al artículo 6.1 del tratado a los efectos de garantizar los derechos y libertades protegidos.<sup>5</sup>

Observó que el pronunciamiento de la Corte Suprema de mayo del 2015 no condenó nuevamente al solicitante. Al contrario, mantuvo la condena respecto de dos de los cargos a partir de la interpretación que realizó la Corte Suprema del fallo del TED dictado en 2012. A su vez, consideró correcto el razonamiento de la Corte Suprema que sostuvo que el fallo de dicho organismo internacional no implicó una reapertura automática de los procedimientos, ya que puede ser posible el remedio de la violación por medio de una reapertura parcial, como se previó en este caso.

El TEDH sostuvo que los argumentos brindados por la Corte Suprema al reexaminar el caso no satisficieron los requisitos del artículo 6.1 del CEDH, que consagra el derecho a un proceso equitativo.<sup>6</sup>

A pesar del margen de apreciación que tienen las autoridades locales para decidir la reapertura de un procedimiento penal, la decisión y lo resuelto por el TEDH debió ser respetado y la interpretación

3 TEDH, Case of Serrano Contreras v. Spain (No. 2), Application No. 2236/19, Court (Third Section), 26 de octubre de 2021, párr. 31.

4 *Idem*, nota 3, párr. 32.

5 *Idem*, nota 3, párr. 34.

6 *Idem*, nota 6.

que realizó la Corte Suprema contradujo manifiestamente lo resuelto en sede internacional, ya que el margen de apreciación que tienen los Estados soberanos se limita a establecer los modos de reparación, no a determinar si existió o no una violación, lo que ya había sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal de Estrasburgo.<sup>7</sup>

Por último, remarcó el deber de otorgar reparación a las víctimas conforme a la obligación internacional asumida en el CEDH, cuyo artículo 41 dispone que

Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

### 3. Palabras finales

El presente fallo permite cuestionarnos cuál es el verdadero sentido y función que desempeñan los tribunales internacionales con competencia en la protección de derechos humanos cuando los Estados y los tribunales locales se niegan a ejecutar sus sentencias y a respetar sus lineamientos.

En este caso en particular se analizó un procedimiento ante el TEDH, pero igual reflexión y cuestionamientos son aplicables a otros sistemas internacionales de protección, como ocurre con la República Argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nos enfrentamos a la permanente contradicción entre el hecho de que los tribunales internacionales emiten lineamientos con fuerza vinculante para los Estados, los ordenamientos jurídicos prevén medidas compensatorias y reparatorias para las víctimas, e incluso, prevén mecanismos de supervisión del cumplimiento de la sentencia que dictan, pero, sin embargo, el posterior acatamiento de dichas sentencias depende finalmente de la buena fe de los Estados.

Frente al incumplimiento, los tribunales internacionales carecen de herramientas jurídicas para hacer cumplir sus sentencias, ya que, la mayoría de los Estados Parte del CEDH no han regulado el modo de ejecución en sede local.<sup>8</sup> Así, se coloca a las víctimas en una situación de absoluta desprotección, ya que, después de litigar años en sede local e internacional para obtener una sentencia favorable quedan a merced de la voluntad de los tribunales nacionales para hacer cumplir las sentencias sin verdaderas medidas efectivas para hacer valer sus derechos.

En el caso “Serrano Contreras” se observa claramente como, frente a la determinación clara y precisa por parte del TEDH, la Corte Suprema española realizó su propia interpretación del pronunciamien-

<sup>7</sup> *Idem*, nota 3, párr. 37.

<sup>8</sup> Ros Martínez, E. (22/09/2015). Comentario de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de marzo del 2012. Caso Serrano Contreras contra España. Recuperado de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10506-comentario-de-la-sentencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-de-20-de-marzo-de-2012-caso-serrano-contreras-contra-espana/>

to y se negó a modificar su decisión, adoptando medidas poco relevantes en términos de reparación a la víctima, ya que no modificó su sentencia. Incluso, incumplió la obligación internacional asumida de colocar a la víctima, en la medida de lo posible, en la misma situación en la que se encontraría de no haberse producido la violación.

El proceso internacional en sí encierra una pretensión mixta, declarativa de la violación de un derecho y de condena al Estado demandado por la lesión causada.<sup>9</sup> Debido a ello, la propia Corte Europea de Derechos Humanos sostiene que frente a un fallo que resuelva que existió una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos se deberá reparar a la víctima otorgándole “Just satisfaction” (una reparación justa).

Sin embargo, esta solo consistirá en una indemnización monetaria, puesto que, al no constituir una cuarta instancia procesal, no puede anular sentencias emanadas de tribunales locales. De esta manera, el artículo 41 del CEDH establece:

Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

Aunque el CEDH prevé un mecanismo de seguimiento y control del cumplimiento de sentencias a cargo del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sus facultades se limitan a revisar que se proceda al pago de las indemnizaciones y revisar si el Estado llevó a cabo alguna otra conducta genérica que demuestre un compromiso con el sistema, como la adopción de medidas de carácter general. Sin embargo, en caso de incumplimiento por parte del Estado no posee verdaderas herramientas para garantizar su cometido.

En múltiples oportunidades los tribunales internacionales –en este caso, el TEDH– han manifestado que no funcionan como “una cuarta instancia” con competencia para dejar sin efecto fallos locales. Ello no implica que sus pronunciamientos no sean vinculantes para el Estado Parte, conforme al artículo 46 del CEDH.

He aquí una clara contradicción: por un lado, se establece el carácter obligatorio y vinculante de sus decisiones, sin que existan en la práctica ningún mecanismo para hacerlas cumplir o ejecutar. A su vez, el TEDH establece que no funciona como una cuarta instancia capaz de dejar sin efecto o revisar una sentencia previa, pero pretende que sus dictámenes, aunque sean disidentes e incluso opuestos a lo decidido en sede local, sean acatados.

---

<sup>9</sup> *Idem*, nota 8.

En el caso particular de España, el Tribunal Constitucional ha manifestado que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo es de “aplicación inmediata en su ordenamiento”.<sup>10</sup> Luego del fallo en “Serrano Contreras”, España reformó su ordenamiento penal procesal para permitir la interposición de un recurso de revisión en determinadas circunstancias. Sin embargo, en el caso concreto decidió hacer lugar a este pedido solo en forma parcial y sin modificar la condena.

El caso de Bernardo Serrano Contreras nos demuestra que en muchas oportunidades el compromiso de los Estados con el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, al que ellos mismos adhirieron, resulta bastante cuestionable cuando sus órganos jurisdiccionales se niegan a acatar las sentencias, por resultar contrario a sus propios intereses o perspectivas; y nos cuestiona acerca de la utilidad que efectivamente tiene dicho sistema.

En la práctica, cuando los Estados no tienen la intención de acatar, recurrir al sistema internacional no pareciera ser de gran utilidad, sino que, al contrario, se somete a la víctima a un largo, tedioso y hasta costoso procedimiento para luego quedar a la merced, nuevamente, de las autoridades de su Estado, las cuales cometieron la violación en primer lugar y no le otorgaron ninguna reparación en sede local.

Por ende, y a modo de conclusión, este fallo nos lleva a pensar que los mecanismos de protección internacional carecen de utilidad cuando no existe una voluntad verdadera por parte de los Estados de hacer cumplir los lineamientos emanados por sus órganos de aplicación.

---

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional de España. STC 303/1993, 25 de octubre de 1993.





# Libertad sindical. Personas privadas de la libertad

TEDH. *Case of Yakut Republican Trade-Union Federation v. Russia*, 7 de diciembre de 2021

*Por Raúl Horacio Ojeda<sup>1</sup>*

---

## 1. El fallo del TEDH<sup>2</sup>

En el caso que aquí se comenta, el TEDH resolvió por cinco votos a dos, que la República de Sajá (integrante de la Federación Rusia) no violó el artículo 11 del CEDH, vinculado al derecho a formar asociaciones, incluyendo sindicatos, al no permitir que se forme una de personas detenidas que trabajan.

Mientras que el artículo 30 de la Constitución de Sajá dice: “Toda persona tiene derecho a la asociación, incluido el derecho a formar sindicatos para la protección de sus intereses. Se garantiza la libertad de actividad de las asociaciones públicas”, el artículo 19 de la Ley de Asociaciones Públicas de 1995, modificada el 10 de enero de 2006, afirma que “[N]o pueden ser fundadores o miembros de una asociación [...] persona[s] detenida[s] después de una condena judicial”. Por su parte, las disposiciones pertinentes del Código de Ejecución de Sentencias de 1997 reconocen: Sección 9: Métodos básicos de corrección: “2. Los métodos básicos de corrección de los convictos incluyen [...] el trabajo socialmente útil”. Artículo 103: Trabajo penitenciario: “1. Los reclusos condenados trabajarán en los lugares y puestos que señale la administración penitenciaria”.

---

<sup>1</sup> Abogado. Especialización en Salamanca y Bologna/Castilla/Venezia/Ferrara. Profesor adjunto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (UBA) y profesor de posgrado (UNPAZ, UNC, UNCuyo, UNS, UNSA, UNR, UNL, UCA). Juez Nacional del Trabajo.

<sup>2</sup> Las citas efectuadas en lenguaje sexista son copias literales del texto original.

La Corte Constitucional local confirmó el 24 de enero de 2013 la restricción a la sindicalización de los internos, ya que consideró que el trabajo penitenciario no era una actividad profesional y, por lo tanto, no requería protección por parte de los sindicatos.

Entre los antecedentes citados por el Estado denunciado, se recoge uno del propio TEDH, en el que manifestó que “al igual que otros derechos del Convenio de los reclusos, su derecho a formar y afiliarse a sindicatos puede restringirse por razones de seguridad, en particular, para la prevención del delito y el desorden”.<sup>3</sup>

Si bien el CEDH no define con precisión el concepto de “sindicato”, señala el TEDH que en la mayoría de los casos que trató se han referido a empleados y, más ampliamente, personas en una “relación de trabajo”.<sup>4</sup> La naturaleza jurídica del trabajo prestado y recibido es esencial a la hora de todos los estudios relativos a los derechos individuales y colectivos de quienes prestan esas tareas.

Volviendo a las circunstancias del presente caso, el TEDH está de acuerdo con el Gobierno en que el trabajo penitenciario no puede equipararse al empleo. De hecho, como dijo anteriormente, el trabajo penitenciario difiere del trabajo realizado por los empleados ordinarios en muchos aspectos: sirve al objetivo principal de rehabilitación y resocialización, tiene como objetivo la reintegración y es obligatorio.<sup>5</sup> El Tribunal Constitucional de Rusia ha expresado una opinión similar.

Cita la sentencia que un resumen de la legislación de treinta y seis Estados miembros del Consejo de Europa sugiere que la prohibición legislativa absoluta de que los reclusos formen y se afilien a sindicatos solo existe en la República Checa y la República Eslovaca. En otros Estados miembros no existe una prohibición formal, pero tampoco un reconocimiento explícito en la ley de los derechos sindicales de los reclusos. Ese reconocimiento a menudo parece depender de si los reclusos que trabajan pueden ser considerados empleados según la legislación laboral ordinaria y la naturaleza de su régimen de detención.

La ley y la práctica en Austria y Francia muestran claramente que los reclusos no deben ser considerados empleados y, por lo tanto, no pueden ejercer ningún derecho sindical. Por la misma razón, y sobre la base de la interpretación del marco legal y la práctica existentes en lugar de motivos legales claros, estos derechos tampoco parecen estar disponibles para los reclusos en varios otros Estados miembros, como Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Montenegro, Portugal, Serbia y Ucrania. En España no está permitida la defensa colectiva por parte de los presos de sus derechos laborales.

No existen ni se han identificado leyes o prácticas restrictivas con respecto a Armenia, Bélgica, Estonia, Finlandia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Noruega, Polonia, Rumanía, Eslovenia y Turquía. Los reclusos que trabajan también pueden beneficiarse de los derechos sindicales en Albania, Georgia y Macedonia del Norte si se puede considerar que su trabajo está sujeto a la legis-

3 *Mutatis mutandis*, TEDH. *Case of Hirst v. The United Kingdom (No. 2)*, Application No. 74.025/01, 6 de octubre de 2005, Court (Grand Chamber) Reports 2005-IX, párr. 69.

4 TEDH. *Case of Manole and “Romanian Farmers Direct” v. Romania*, Application No. 46.551/06, 16 de junio de 2015, Court (Third Section), párr. 59.

5 TEDH. *Case of Yakut Republican Trade-Union Federation v. Russia*, Application No. 29582/09, 7 de diciembre de 2021, Court (Third Section), párr. 59.

lación laboral general. En el Reino Unido y Luxemburgo la protección de los intereses de los reclusos se garantiza a través de sus asociaciones u órganos representativos.

Cabe señalar que, en general, existe una falta de regulación específica en la legislación nacional sobre los derechos sindicales de los reclusos, una jurisprudencia limitada –Austria y Alemania– y solo unos pocos ejemplos de la práctica. En la mayoría de los Estados miembros la cuestión no se ha planteado ni probado ante los tribunales nacionales. El único ejemplo que existe de un sindicato autoproclamado de presos es el de la Organización Gefangenen-Gewerkschaft/Bundesweite en Alemania.

En cuanto a los medios alternativos para proteger sus intereses, los reclusos pueden beneficiarse del derecho general a la libertad de asociación –por ejemplo, en Alemania, Austria, España y Portugal– o expresar sus opiniones a través de órganos representativos especiales –por ejemplo, en Bélgica, Bulgaria y Noruega– o consulta –Francia<sup>2</sup>. En Bulgaria, una entidad especial participa en la negociación colectiva en nombre de los reclusos y concluye contratos de trabajo con los empleadores. Los reclusos también pueden proteger individualmente sus derechos e intereses relacionados con el empleo recurriendo a recursos administrativos o judiciales –Croacia, Irlanda, Rumanía, Eslovenia, España y Turquía–.

## 2. Antecedentes en el sistema americano

No tenemos antecedentes en el sistema interamericano que aborden la temática aquí comentada. No hay menciones a los derechos de las personas que trabajan intramuros mientras cumplen una condena en ninguna Constitución americana. Tampoco se destacan entre las leyes de cumplimiento de las penas tramos que habiliten algún derecho asimilable al de las personas en libertad, aunque sería necesario formular un estudio más profundo sobre la temática.

La Corte IDH emitió dos Opiniones Consultivas que tienen alguna relación con la temática: una sobre algunos colectivos vulnerables en las cárceles (OC-29/22) y otra sobre libertad sindical y su vinculación con otros derechos y la perspectiva de género (OC-27/21), pero la lectura detenida de sendos documentos demuestra una falta de conexión entre los mismos.

La Opinión Consultiva 29/22 se divide en 10 capítulos, con algunas consideraciones-recordatorios generales, relativos al respeto a la dignidad humana, a la prohibición y prevención de la tortura de la pena, al control judicial de la pena, al derecho a la igualdad y no discriminación, al acceso a servicios básicos para una vida digna en prisión, a la sobrepoblación generalizada y hacinamiento, a la gestión penitenciaria y al contexto creado por la pandemia por Covid-19 (Cap. IV); una serie de enfoques diferenciados aplicable a mujeres embarazadas en período de parto, posparto y lactancia, así como a cuidadoras principales (Cap. V); otros aplicables a niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales (Cap. VI); a las personas LGBTI (Cap. VII); a las personas pertenecientes a pueblos indígenas (VIII) y a personas mayores (Cap. IX), todas privadas de la libertad.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Corte IDH. *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre*

El “trabajo” no está muy presente en la OC 29/22 y tiene apenas una mención general en el párrafo 40, como herramienta para satisfacer el derecho de toda persona privada de libertad a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal, junto a los servicios de atención en salud, ventilación y luz natural, cama para reposo, condiciones adecuadas de higiene y servicios sanitarios, alimentación, acceso al agua, acceso a la educación, el trabajo y la recreación.

Luego, en el párrafo 361, inciso d) al referirse a los derechos de personas mayores, se establece la necesidad de garantizar, “en igualdad de condiciones con las demás personas, el acceso [...] talleres de estudio o trabajo”.

En su párrafo 386, la Corte IDH recuerda que en su jurisprudencia ha señalado que la “rehabilitación y readaptación social” de las personas privadas de libertad exige que en los centros penitenciarios se garantice el acceso, sin discriminación, a programas de educación, trabajo y recreación. Así, el Tribunal resalta que, más allá de la terminología empleada, lo que interesa es poner de relieve que el fin perseguido por el artículo 5.6 de la CADH y, con este, el contenido del artículo 13 de la CIPDHPM, es proveer a las personas privadas de libertad programas que, atendiendo a sus necesidades especiales, les permita reintegrarse a la vida en su comunidad sin reincidir en conductas delictivas.

Como surge de esta apretada síntesis, no se evidencian referencias a los derechos individuales y colectivos del trabajo que trascienda la utilidad y conveniencia del derecho a trabajar.

Por su parte, la Opinión Consultiva 27/21 se divide en 8 capítulos, con un capítulo introductorio –en lo sustantivo– sobre los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, y su relación con los derechos a la libertad de expresión, de reunión, la libertad de asociación, y el derecho al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias y sobre la posibilidad de que las protecciones establecidas en la legislación sean derogadas *in peius* por medio de la negociación colectiva (Cap. V); otro sobre el derecho de las mujeres de ser libres de toda forma de discriminación y violencia en el ejercicio de sus derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga (Cap. VI) y uno más sobre autonomía sindical, participación de las mujeres como integrantes y lideresas sindicales, y participación de los sindicatos en el diseño, construcción y evaluación de las normas y políticas públicas relacionadas al trabajo en contextos de cambios en el mercado de trabajo mediante el uso de nuevas tecnologías (Cap. VII).<sup>7</sup>

En ningún tramo la OC-27/21 refiere a las personas privadas de libertad ambulatoria, como tampoco a otros universos personales que hoy protagonizan debates similares, tales como la policía, fuerzas de seguridad y fuerzas armadas.

---

*Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos*). Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29.

7 Corte IDH. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)*. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27.

### 3. Antecedentes en la República Argentina

Aunque excede el objeto de esta nota, con fines informativos podemos señalar que en Argentina tampoco existe una disposición relativa a la sindicalización de las personas privadas de la libertad ambulatoria.

El art 18 de nuestra CN dispone que las cárceles no serán para el castigo de los reos detenidos en ellas. Sin embargo, hoy en día son un cruel castigo para quienes están allí detenidas, con o sin sentencia condenatoria.

Tampoco está muy definido el rol que cumple el trabajo en las instituciones penales, puesto que según informa Isequilla, la institución penitenciaria aún defiende la tesis que proporciona “laborterapia” o trabajo benévolo, mientras que para el informe nacional “El trabajo en las cárceles”<sup>8</sup> esa concepción no es compatible con el texto de la Ley de Ejecución de la Pena (Ley N° 24660) en cuanto dicta: “Se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo, suficiente para ocuparlos durante la duración normal de una jornada de trabajo”. A ese informe otra área del gobierno respondió con el texto “El derecho al trabajo en las prisiones federales argentinas”,<sup>9</sup> proporcionando insumos para un debate que excede largamente el objeto de esta nota y que algún estudioso/a retomará.

La Ley N° 24660 es clara a favor de considerarla trabajo y no laborterapia. En su artículo 107 establece estos principios:

- a) No se impondrá como castigo;
- b) No será afflictivo, denigrante, infamante ni forzado;
- c) Propenderá a la formación y al mejoramiento de los hábitos laborales;
- d) Procurará la capacitación del interno para desempeñarse en la vida libre;
- e) Se programará teniendo en cuenta las aptitudes y condiciones psicofísicas de los internos, las tecnologías utilizadas en el medio libre y las demandas del mercado laboral;
- f) Deberá ser remunerado;
- g) Se respetará la legislación laboral y de seguridad social vigente. Se realizarán actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio.

En este sentido, el 20 de febrero de 2020 la CSJN confirmó el fallo oportunamente dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal el 15 de diciembre de 2015 en los autos “Internas Unidad N° 31 SPF s/ Hábeas Corpus”, en el cual se había resuelto de manera categórica que las personas privadas de la libertad ambulatoria que trabajan durante su detención tienen derecho a gozar

<sup>8</sup> Trabajo en las cárceles. Informe de la Comisión Especial sobre el estado de situación de las relaciones laborales cuando el trabajo se presta en condiciones de encierro (Res. MTySS 1373, Argentina, 15/12/2014).

<sup>9</sup> Recuperado de <https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/cuadernos/cuadernos-ppn-10.pdf>

plenamente de las prestaciones previstas para los trabajados dependientes y activos por los diversos subsistemas de la Seguridad Social.<sup>10</sup>

Como colofón, podemos citar que hay un gremio en Argentina que está transitando los caminos para ser reconocido como asociación sindical de primer grado desde hace más de diez años. El SUTPLA (Sindicato Único de Trabajadores Privados de la Libertad Ambulatoria) ya ha sido reconocido como interlocutor por el Servicio Penitenciario en alguna crisis, aunque aún no cuenta con inscripción gremial.

#### **4. Algunos conceptos básicos a favor del concepto “trabajo”**

El primer elemento a considerar para verificar si cualquier país cumple el Convenio de OIT de 1930, sobre prohibición del trabajo forzoso, es la voluntad de la persona a insertarse en un trabajo, aunque esté admitido que algunos regímenes quitan calificación positiva a la persona que se niega injustificadamente y otros contabilizan como buena conducta un buen desempeño laboral.

Del señero fallo Verbitzky, se repite que la readaptación social del penado resulta, indudablemente, no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo “superior” de ese sistema.<sup>11</sup> A ese fin se encamina el trabajo como una herramienta estratégica para reinsertar a los convictos en la vida en sociedad. También la formación profesional, la terminalidad educativa, la inserción universitaria, la práctica de deporte, etc.

Es claro que la Ley N° 24660 determina que el propósito de la pena privativa de libertad es lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley en vista a una adecuada reinserción social.<sup>12</sup>

El penado puede ejercer todos los derechos no afectados por la condena. La privación de la libertad ambulatoria de las personas no nulifica la posibilidad de gozar de derechos laborales y previsionales. En el fallo comentado, el TEDH hace mérito que los reclusos en general continúan gozando de todos los derechos y libertades fundamentales garantizados por el CEDH, salvo el derecho a la libertad, cuando la detención legalmente impuesta cae expresamente dentro del alcance del artículo 5 del tratado.

Por ejemplo, los reclusos no pueden ser maltratados, sometidos a penas o condiciones inhumanas o degradantes contrarias al artículo 3 del CEDH; continúan gozando del derecho al respeto de la vida

<sup>10</sup> Véase Isequilla, Ma. (noviembre, 2020). Breves reflexiones acerca de la naturaleza jurídica del trabajo voluntario y dependiente prestado por las personas privadas de la libertad ambulatoria a propósito del fallo “Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de la Seguridad Social en la causa Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/ habeas corpus”, dictado por la CSJN en fecha 11/02/2020. *Temas de Derecho Laboral*, Errejus.

<sup>11</sup> CSJN, *Fallos* 328:1146.

<sup>12</sup> Trabajo en las Cárceles. Informe de la Comisión Especial sobre el estado de situación de las relaciones laborales cuando el trabajo se presta en condiciones de encierro (Res. MTySS 1373, Argentina, 15/12/2014), comisión creada por el MTESS como consecuencia de Causa N° 1318/13 “Képych Yúriy Tibériyevich s/Recurso de Casación” y la sentencia que dictara en dichos autos la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.

familiar; el derecho a la libertad de expresión; el derecho a practicar su religión; el derecho de acceso efectivo a un abogado o a un tribunal; el derecho al respeto de la correspondencia y el derecho a casarse. No hay duda, por lo tanto, de que un preso no pierde sus derechos simplemente por su condición de persona detenida después de la condena.

El trabajo voluntario remunerado no exime a ninguna persona detenida de su prestación personal para labores generales del establecimiento o comisiones que se le encomienden de acuerdo con los reglamentos –art. 111, Ley N° 24660–.

En algunos sistemas, como el argentino, la negativa a trabajar puede implicar una reputación negativa a la hora de evaluar la conducta de la persona.

Ahora bien, ¿es la libertad sindical un derecho humano? La inclusión del derecho a formar sindicatos establecido en el artículo 8 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales define la pregunta. Sin embargo, el propio texto admite reservas prescritas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades de los demás. En ese universo pasible de prohibición las primeras de la lista son, quizás, las personas privadas de la libertad ambulatoria, como dijo el TEDH en la sentencia comentada, para evitar el crimen y el desorden.

También la refieren como derecho humano la CADH (art. 16, ap. 1°), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23, ap. 4°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22). Fue reconocido como derecho fundamental por el Convenio N° 87 de la OIT, el cual, conforme lo ha sostenido en forma reiterada la CSJN, ostenta en nuestro ordenamiento legal jerarquía constitucional, toda vez que se encuentra integrado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16).<sup>13</sup>

Hay dos perspectivas más, sobre el mismo concepto. Una es relativa al bien común. Como cita De Manuele de la doctrina europea, la libertad sindical es una de las piezas fundamentales del sistema de relaciones laborales, propia del sistema social y democrático de derecho.<sup>14</sup> Otra es en relación con la defensa de los derechos laborales, que consiste en que, sin libertad sindical, la acción sindical se tornaría ilusoria y se verían afectados gravemente derechos fundamentales de los trabajadores individual y colectivamente considerados.<sup>15</sup>

13 *Inter alia*, CSJN, Fallos 331:2499; 332:2715, y 336:672. Para un mayor detalle de análisis, véase Isequilla, M. (mayo, 2016). Régimen legal del trabajo voluntario y dependiente prestado por las personas privadas de la libertad ambulatoria (a propósito del fallo “Képych, Y. T. s/ recurso de casación” dictado por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en fecha 01/12/14). *Temas de Derecho Laboral*, Errejús.

14 De Manuele, A. (2017). Conceptos esenciales sobre DCT. En AAVV, *Evolución y Revolución de los Derechos Laborales Colectivo*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal Culzoni, p. 53.

15 Gomez Carelli, D. y Vallejos Tressens, C. A. (2021). *Derecho de las Asociaciones Sindicales*. Buenos Aires: Ed. ConTexto, p. 58.

Una síntesis acertada, elaborada por Sappia, concluye que “[l]a libertad sindical es un derecho de los trabajadores frente a los otros poderes”,<sup>16</sup> derecho que, por definición de la OIT, se encuentra en el primer lugar de los principios y derechos fundamentales del trabajo, significado estratégico de alta valoración.<sup>17</sup>

Partiendo de la necesidad de creación de sindicatos o alguna figura afín, especial, se disparan otras variables a resolver:

A. Agregamos una cuarta categoría a la tríada clásica enunciada –entre otros– por Tobar<sup>18</sup> y reconocemos que el interés diferenciado, ese que da contenido sustantivo y personal al gremio en las personas privadas de la libertad es justamente eso, la situación de encierro. Por lo tanto, bien podría existir un sindicato por establecimiento que nuclea a todas las actividades y oficios que se desarrollan en la cárcel.<sup>19</sup>

B. Realizar reuniones o asambleas. Lo que para los trabajadores extra muros está dado en forma de derecho de ciudadanía, la privación de la libertad de circular o deambular lo prohíbe. Siendo inherente al principio de libertad sindical, la autotutela y autonomía, las decisiones deben adoptarse en forma colectiva, en estado asambleario, y para ello es necesario reunirse. A fin de poder celebrar estas reuniones habrá de elaborarse protocolos adaptables a cada establecimiento, que conjugue las necesidades de seguridad –por un lado– y la libertad de participar –por el otro–.

C. El derecho de huelga debe garantizarse porque es esencial a la libertad sindical contar con una herramienta de presión que le permita sopesar fuerzas a la hora de la negociación. Sin embargo, el derecho de huelga es el que más preocupa a la comunidad y es, quizás, lo que aún impide su sindicalización. Por ello deben quedar claras ciertas reglas de ese derecho, como que se debe admitir aquellas formas que impliquen cesar total o parcialmente de trabajar, sin ninguna manifestación violenta y que no permita la represión estatal a los huelguistas, si se mantuvieron en el marco de ese ejercicio regular.

## 5. Prerrequisitos para la existencia de libertad sindical: el debate entre lo clásico y lo actual

Dice Sappia que del informe previo al debate sobre la libertad sindical en la Conferencia de 1947 se extrae que el principio de libertad sindical es una expresión o un aspecto de la libertad de asociación general que debe integrarse dentro de un más vasto conjunto de libertades del hombre, interdependientes y complementarias unas de otras.<sup>20</sup>

16 Sappia, J. (2022). *Sindicatos. Convenios Colectivos de Trabajo. Huelga*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal Culzoni, p. 24.

17 Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en la 86.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998) y enmendada en la 110.ª reunión (2022).

18 Por Actividad, por oficio o por empresa. Tobar, J. Caracteres orgánicos y funcionales del sistema sindical. En AAVV (2017), *op. cit.*, p. 94.

19 Situación no extensible a otras situaciones en las que no se dé la nota característica de la privación de la libertad ambulatoria.

20 *Idem*, nota 16, p. 29.



En esa línea, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) ha enumerado los derechos que son indispensables para el ejercicio de la libertad sindical:

- A. El derecho a la libertad y a la seguridad de las personas y a la protección contra la detención y la prisión arbitrarias;
- B. La libertad de opinión y de expresión y, en particular, de sostener opiniones sin ser molestado y de investigar y recibir información y opiniones y difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión;
- C. El derecho de reunión;
- D. El derecho a un proceso regular por tribunales independientes e imparciales; y
- E. El derecho a la protección de la propiedad de las organizaciones sindicales.

Cita el Comité de Libertad Sindical otros requisitos, como la existencia de un sistema democrático, con respeto por los derechos humanos fundamentales y sin agravios a las libertades públicas, tales como la persecución política, detención, ausencia de proceso regular, exilio, negativa de los derechos de asociación, expresión, reunión.<sup>21</sup>

Esas reflexiones, propias del pensamiento clásico, sin lugar deben ser tamizadas con la nueva conceptualización de lo social. En 1947 aún no se habían dictado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), que tempranamente en su Preámbulo dice “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Además de contener derechos humanos, civiles, laborales y de la seguridad social como de primera generación, establece el deber de trabajar (art. 37). Tampoco la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) con sus derechos humanos, civiles y laborales de primera generación. De su artículo 30 se desprende el principio *pro homine*, desarrollado luego en “Aquino”<sup>22</sup> en términos que “El intérprete debe escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana”.

El pensamiento del CEACR de 1996 no refleja la evolución de otros derechos a la libertad, como la preferencia sexual, el matrimonio igualitario, el aborto y, por lo tanto, bien podríamos reevaluarlos con este nuevo prisma e invertir la afirmación en una pregunta: ¿la libertad sindical necesita de democracia, respeto por los derechos fundamentales y las libertades políticas o, por el contrario, es una herramienta fundamental para que esos otros valores se desarrollen?

El mismo Sappia hizo un reexamen como el que proponemos al referirse a la prohibición de sindicalización de policías y fuerzas de seguridad.<sup>23</sup> Él se oponía por la posibilidad de que usaran sus herramientas de trabajo –las armas– como elemento de presión ante un conflicto colectivo; sin pensar, hasta ese momento de deconstrucción, que por más que se prohibiera su sindicalización, las penas

21 OIT. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 1996, pp. 34 y 35.

22 CSJN, Fallos 327:3753.

23 *Idem*, nota 16, p. 33.

condiciones laborales a las que son sometidos podrían estallar en conflictos, llamados huelgas o de cualquier otro modo. Y, si ello ocurriese, la población quedaría a la merced de la falta de seguridad que proporcionan estas fuerzas, tal como ocurrió en la provincia de Córdoba en el año 2013. Claro que su nuevo parecer incluye la aceptación del derecho a sindicalización, pero con la consecuente regulación especial de la huelga policial, de modo tal de asegurar los servicios que esa fuerza brinda en un todo de acuerdo con las recomendaciones del CEACR sobre la materia.

Cita Sappia, en este cambio, a Capon Filas, cuando en minoría dijo que la sindicalización policial permite elaborar un diálogo de naturaleza institucional entre el poder gubernamental y la representación gremial, apto para lograr soluciones negociadas.<sup>24</sup>

Trasladada a la situación carcelaria esa valiosa deconstrucción, significaría no pesar los posibles efectos nocivos de una huelga, sino la necesidad de regularla especialmente para que esos efectos no se produzcan. Mientras tanto y por fin se crea el canal institucional de diálogo, para que las soluciones a los problemas cotidianos de la cárcel vayan apareciendo, empezando por el derecho a trabajar, su no uso como premio y castigo, la asignación de una remuneración justa, entre otros derechos laborales en clave de derechos humanos. Un sindicato puede ser un gran defensor de la OC-29/22, por citar apenas un ejemplo.

El fin público que Sappia encuentra en la seguridad que brindan las fuerzas policiales, en el caso de las personas privadas de la libertad consistiría en mejorar los procesos readaptatorios, recorrido en el que el trabajo goza de un gran protagonismo.

En un sentido afín, ha dicho la CSJN que el ingreso a una prisión no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional, y que la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso.<sup>25</sup>

## **6. Algún parlamento a modo de conclusión**

Existe abundante doctrina y bases normativas sobre el derecho humano fundamental al trabajo “el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado” (art. 6, PIDESC).

24 CNAT, Sala VI, 15/2/2006, “Ministerio de Trabajo c/Sindicato único de Personal de Seguridad”. DT 2006-A-579. RC J 871/06.

25 CSJN, *Fallos* 318:1984.

La posibilidad de que una persona privada de la libertad ambulatoria trabaje en su lugar de detención no resulta ser una concesión graciable del Estado. No puede ser usado como premio o como castigo,<sup>26</sup> aunque la comunidad de vez en cuando desempolva como buena la horrorosa pena de muerte.

En particular, el tema de la sindicalización de las personas privadas de libertad ambulatoria es un tema de minorías relegadas y estigmatizadas. No forma parte de las agendas oficiales, ni se programan políticas públicas que tiendan a mejorar estructuralmente los problemas de la población de un sistema represivo. La economía de los grandes números coloca en primer término a otros colectivos con mejor reputación e igual postergación, como, por ejemplo, todos los segmentos de la hoy llamada economía popular.

En general, el debate sobre los derechos laborales de las personas privadas de la libertad ambulatoria es una dura prueba a la madurez de una sociedad, del que no escapa el resto de los/as trabajadores/as y sus sindicatos. Más allá de las realidades nacionales, regionales y continentales, suele asimilarse a la cárcel como un sitio de ostracismo a cuyas murallas los derechos no entran. “Detrás de un supuesto acto de justicia, se oculta una simple y vulgar venganza”.<sup>27</sup>

En ese escenario los Estados, como garantes del bien común, están llamados a establecer los marcos jurídicos y las condiciones bajo las cuales las personas no dejen su costal de derechos humanos en la puerta del establecimiento penitenciario.

La Academia tiene otro rol importante: aportar los insumos técnicos mediante los cuales las necesidades se transformen en derechos y estos en realidades cotidianas. La sociología, la antropología social, la economía y el derecho tendrán la palabra. Será una buena manera de “Abandonar el nivel de frivolidad, banalidad e ignorancia con que se aborda cotidianamente este tema mediáticamente”<sup>28</sup>.

Podemos estirar la noción de sindicato, en su ámbito personal de encuadre, para que cobije estas situaciones. Puede abordarse a través de una ley especial que atienda las particulares circunstancias de la actividad, con regulación también especial de los derechos de reunión y de huelga.

Similar esperanza guarda el TEDH en la sentencia comentada, esperando obtener los consensos europeos para que crezcan los derechos de los detenidos:

Es cierto que el Convenio no pretende garantizar derechos teóricos o ilusorios sino derechos prácticos y efectivos. Sin embargo, la libertad sindical puede ser difícil de ejercer durante la detención. La Corte reitera que la Convención es un ‘instrumento vivo’ y bien puede ser, por lo tanto, que los desarrollos en ese campo en algún momento en el futuro requieran la extensión de la libertad sindical a los reclusos que trabajan, especialmente si trabajan para un empleador privado.<sup>29</sup>

---

26 *Idem*, nota 8, conclusiones.

27 *Idem*, nota 26.

28 *Idem*, nota 8, prólogo.

29 Cf. TEDH, *Case of Stummer v. Austria*, Application no. 37.452/02, 7 de julio de 2011, Court (Grand Chamber), Reports 2011-V, párr. 94.



# Violencia institucional. Violencia de género. Debida diligencia

TEDH. *Case of A and B v. Georgia*,  
10 de febrero de 2022

*Por Agustina Carelli<sup>1</sup>*

---

## 1. Los hechos del caso y la sentencia del TEDH

El caso que aquí se comenta se inicia con la demanda iniciada por A y B, madre e hijo respectivamente de C, que murió a manos de su ex pareja, D, el 24 de julio de 2014 en la capital de Georgia. De acuerdo con los hechos, C tenía 17 años cuando fue obligada por D, un policía de 22 años, a contraer matrimonio de hecho. La convivencia estuvo marcada por amenazas y celos constantes y duró desde diciembre de 2011 a junio de 2012, momento en el que C volvió a vivir con sus padres mientras estaba embarazada.

Desde la separación, tanto C como sus padres fueron objeto de abuso verbal y físico por parte de D, quien, entre otras cosas, amenazó con matar a los padres de C y usó su estatus de policía para imponerse con impunidad. Los miembros de la familia de C no denunciaron la totalidad de los hechos que ocurrieron, solo aquellos particularmente violentos. Entre estos, uno que ocurrió en julio de 2012, cuando C denunció que D había amenazado de muerte a su madre, de lo que no obtuvo seguimiento alguno.

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA). Especializada en Derecho Penal (UTDT). Secretaria de Primera Instancia de la Fiscalía Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas No. 4 del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Asimismo, el 31 de agosto de 2013 en el interior del domicilio que C compartía con sus padres, D la golpeó luego de una discusión vinculada al pago de alimentos del hijo de ambos. En esa ocasión se realizó una llamada a la policía local y concurrieron al lugar tres oficiales, todos compañeros o conocidos de D, que entrevistaron a C frente a él. De acuerdo con la prueba recabada, D tenía una buena relación con el personal que acudió al lugar. Uno de los funcionarios que se hizo presente le refirió a C que las lesiones en contexto de pareja eran normales y que no había que darles importancia. Asimismo, aunque C tenía marcas visibles del abuso físico sufrido, tuvo que narrar el hecho nuevamente en presencia de D, quien la interrumpió para burlarse o gritarle, frente a la inacción de sus compañeros policías. Sin realizar ninguna entrevista a D, los agentes realizaron un informe que no reflejó los hechos o la violencia sufrida y definieron la situación como un “incidente familiar menor”. Aunque C se negó a firmarlo, D la obligó bajo amenaza, circunstancia que fue escuchada por los otros agentes. Antes de irse, uno de los agentes advirtió a C que no llamara nuevamente a menos que tuviera una razón seria y que sería multada por el uso inadecuado de recursos policiales. Finalmente, D se retiró del domicilio con sus compañeros, en el mismo auto en el que estos habían llegado.

Ese mismo día C realizó una denuncia ante la Fiscalía local, tanto por los hechos que había cometido D como por el incumplimiento de los deberes de los otros policías. En esa denuncia manifestó que su ex pareja constantemente la hostigaba y la amenazaba con matarla o llevarse al hijo en común. Asimismo, solicitó a la Fiscalía que intervenga para detener el accionar de D, haciendo expresa referencia a su estatus como policía, lo que la hacía desconfiar de la Policía, por lo que prefirió realizar la denuncia por otro medio.

En septiembre de 2013, el Ministerio Público entrevistó a C, a D y a otro de los agentes que había concurrido al domicilio el 31 de agosto. Tanto D como su compañero negaron los hechos, pero D firmó un compromiso de no volver a ejercer violencia física o verbal contra C o su familia. Con ello se dio por concluido el incidente y no se inició investigación formal alguna.

Nuevamente, el 3 y 5 de julio de 2014 D agredió físicamente a C en público. Esa denuncia quedó registrada el 5 de julio ante la Inspección General del Ministerio del Interior –encargada de investigar a los agentes policiales por hechos cometidos en funciones–. El material probatorio del caso incluía declaraciones testimoniales que relataban que D, desde abril de 2011 hasta julio de 2014, había hecho uso de su estatus como policía para ejercer violencia sobre C. Se destaca que D había usado su arma de servicio de forma amenazante al menos siete veces contra C; que de forma regular amenazaba a C con imputar falsamente a su padre o hermano si continuaba con sus denuncias y se conducía con impunidad por ser agente policial.

El 20 de julio de 2014, D fue ascendido dentro de la fuerza policial. El 24 de julio de ese mismo año un representante de la Inspección General del Ministerio del Interior entrevistó a C por los hechos denunciados el 5 de julio. En esa entrevista C manifestó que D la había sometido desde el año 2011 a distintas formas de maltrato y violencia psíquica y física y solicitó formalmente la intervención de la Inspección General para frenar la conducta violenta de D. Cuando C finalizó la entrevista y se retiró, D la siguió por la calle hasta un parque público. Los testigos presenciales refirieron que escucharon

una discusión fuerte entre C y D, y que D sacó su arma de servicio y efectuó 5 disparos a corta distancia contra C, quien murió en el lugar.

Ese mismo día se inició una investigación penal contra D, acusado por el homicidio de C.<sup>2</sup> El tribunal interviniente el 17 de abril de 2015 condenó a D a la pena de 11 años de cárcel por homicidio doloso agravado por el vínculo, sentencia que quedó firme el 14 de febrero de 2016. Es destacable que en la condena no se analizó el contexto de violencia de género en el que se desarrolló toda la relación –discriminación basada en género en palabras del TEDH– y el papel que ello tuvo en la muerte de C, ni la inacción de las instituciones públicas que intervinieron previamente.

Luego de la muerte de C, su madre realizó una denuncia formal por sí y en representación de su nieto ante la Fiscalía General para que se inicie una investigación por la falta de respuesta de las autoridades estatales que habían intervenido en el caso, al no haber actuado debidamente para proteger la vida de su hija, ni evaluar con debida consideración las repetidas denuncias que demostraban la existencia de contexto de violencia crónica y riesgo de vida para la denunciante. Agregó que la conducta negligente de las autoridades estaba influenciada por discriminación basada en género.

Ello finalmente dio lugar a una investigación en la que fueron entrevistados los oficiales que habían concurrido al domicilio el 31 de agosto de 2013, e incluso se entrevistó a A y a cinco testigos presenciales, que dieron cuenta de la naturaleza particularmente violenta del hecho. No obstante, A reclamó durante los años 2015 y 2016 información de la investigación, pero obtuvo como única respuesta que se había iniciado una investigación por el posible accionar negligente del personal policial pero no se formalizó ninguna imputación. A su vez, no obtuvo respuesta sobre su solicitud de iniciar idéntica investigación contra el personal del Ministerio Público.

Asimismo, inició acciones de índole civil, por sí y en representación de su nieto, contra el Ministerio del Interior y la Fiscalía General por no prevenir la muerte de C, exigiendo una compensación económica, demanda que fue admitida por los jueces en una decisión que adquirió firmeza el 29 de junio de 2017 y en la que se encontró responsables de forma conjunta al personal policial y del Ministerio Público que habían intervenido en el caso, por no adoptar las medidas necesarias para poner fin a la discriminación basada en género o proteger la vida de C.<sup>3</sup>

2 Es interesante el relato de D al ser entrevistado, refiriendo que la razón de la mala relación entre ambos eran sus celos y el deseo de C de iniciar una carrera de modelo en otra ciudad, que su conducta era el “trigger” de su ira y que todo había recrudecido cuando C comenzó a salir con otros hombres. Sobre el momento del hecho particular refirió que ella lo humilló al referirle de forma “vulgar” que su vida privada y sexual no eran tema de su incumbencia y que frente a esa humillación le disparó. Asimismo, luego de ser condenado, intentó utilizar sus celos patológicos para argumentar su insania para revertir la condena.

3 En su decisión, el Tribunal de Georgia entendió que había un nexo causal entre la inactividad del personal policial y funcionarios judiciales y administrativos con la muerte de C. Enfatizó la obligación de las autoridades de responder de forma rápida y efectiva a cualquier denuncia por discriminación y que ese deber había sido omitido de forma flagrante. De acuerdo tanto a los artículos 3 y 8 del Convenio de Estambul –del cual forma parte– como a la propia legislación interna de Georgia adaptada a las obligaciones allí asumidas por el hecho ocurrido el 31 de agosto de 2013, sostuvo que la policía no había entrevistado a C o a los testigos presenciales, no había emitido una orden de restricción contra D y tampoco había tomado ninguna medida que restrinja el uso de su arma de servicio. En cuanto al accionar de los funcionarios de la Fiscalía, sostuvo que habían omitido su deber de llevar adelante una investigación penal adecuada sobre los hechos denunciados.

Llegado el caso a consideración del TEDH, en cuanto al marco normativo interno vigente en el país, el Tribunal se remitió a lo expuesto en una sentencia anterior,<sup>4</sup> en la que había analizado exhaustivamente las políticas adoptadas a nivel legislativo y administrativo por ese país para cumplir con el Convenio de Estambul y el CEDH.

Al momento de determinar los artículos afectados en los términos del CEDH, el TEDH hizo referencia a la violación del artículo 2 –derecho a la vida– y de forma relacional al artículo 14 –derecho a la igualdad de trato en el goce de derechos y garantías–, entendido como derecho a la igualdad y no discriminación sobre la base de sexo.

Al analizar los principios generales aplicables, el Tribunal dejó en claro que el caso no trataba sobre las acciones de D, quien ya ha sido condenado en su país por el delito que cometió, sino que versaba sobre la respuesta de las autoridades frente al accionar de D y las reiteradas denuncias de C y su familia antes y después de su muerte.

El Tribunal estableció que era relevante para el caso que D fuera policía y conociera a aquellos que debían intervenir e investigar las denuncias de C, por el impacto directo en el derecho establecido en el artículo 2 CEDH, tanto en su faz procesal y sustantiva, y en el estatus de víctima de A y B, conforme el artículo 34 CEDH.<sup>5</sup>

Como principio general, el Tribunal entendió que, bajo la vigencia del principio de subsidiariedad, corresponde primero a las autoridades nacionales tratar cualquier violación del CEDH. No obstante, una decisión de derecho interno que le sea favorable al demandante no implica que pierda su derecho como víctima, a menos que las autoridades nacionales reconozcan que se han afectado derechos del Convenio. Si ambos requisitos están presentes, se veda el análisis de la demanda a nivel convencional, por su naturaleza subsidiaria. Empero, aun si se obtiene una sentencia favorable a nivel interno, el principio de subsidiariedad nunca implica renunciar completamente a la supervisión de la decisión y su contenido, pues así los derechos de la CEDH perderían toda sustancia.<sup>6</sup>

4 TEDH. *Case of Tkheidze v. Georgia*, Application No. 33.056/17, Court (Fifth Section), 8 de julio de 2021. En este caso de discriminación sobre la base de género se realizó un exhaustivo análisis de las modificaciones que realizó el Estado en su legislación interna para cumplir con las obligaciones internacionales a su cargo, destacando que, si bien eran adecuadas, en ese caso habían sido insuficientes para tener algún tipo de incidencia en el resultado –la muerte de una mujer a manos de su ex pareja–.

5 TEDH. *Case of A and B v. Georgia*, Application No. 73975/16, Court (Fifth Section), 10 de febrero de 2022, párrs. 43-45.

6 *Idem*, nota 5, párr. 41. El Tribunal es claro cuando afirma que los casos donde se compromete la responsabilidad del Estado parte y de sus agentes estatales por la muerte de una persona producto de su negligencia, la obligación asumida por la vigencia del art. 2 CEDH y el Convenio de Estambul exige un sistema judicial efectivo que dé respuestas, aunque no necesariamente de índole penal. Hay, sin embargo, casos excepcionales donde el único remedio efectivo es la investigación penal para cumplir con las obligaciones internacionales asumidas, especialmente en casos en los que se puso riesgo o se perdió la vida de una persona por la acción o inacción de agentes estatales que, en concreto, excede el mero error de valoración o descuido. Esto es, cuando se establece que hubo negligencia atribuible a los agentes del Estado porque tenían o debían tener conocimiento del riesgo y de las consecuencias de su inacción, y omitieron tomar las medidas necesarias y suficientes para abordar la situación y además tampoco existió una investigación ni se les ha imputado un delito por esa negligencia o imprudencia, ello deriva en la violación del art. 2 CEDH, independientemente de otras respuestas de carácter no penal que las partes obtengan.



Con una nueva referencia al caso “Tkheldize” y utilizando el estándar establecido en *Opuz c. Turquía*, el Tribunal reiteró que la omisión del deber de protección –y de adecuación efectiva y no solo formal del derecho interno a sus exigencias– violaba el derecho a un trato igualitario, aun cuando la omisión no sea intencional y, además, que la propia pasividad discriminatoria general o estatal creaba un clima que fomentaba la violencia contra la mujer e implicaba a su vez la violación del artículo 14 CEDH.<sup>7</sup> Tanto el trato discriminatorio como la pasividad de las autoridades en casos de violencia de género, especialmente si no es un error de valoración o descuido, reflejan y comunican que se permite, a nivel institucional y social, un trato discriminatorio contra la mujer. Se requiere por parte del Estado una respuesta inmediata a fin de evaluar la existencia de un riesgo real e inmediato para la víctima, que sea autónoma y comprensiva, para compatibilizar con el deber de debida diligencia reforzada.<sup>8</sup>

A la hora de aplicar los principios sustantivos relevantes al caso, el Tribunal entendió que los hechos excedían un error de valoración o descuido por parte de los agentes estatales. La inactividad y negligencia de las autoridades policiales fue el factor determinante que permitió que la violencia escalara hasta la muerte de C. Dado que las autoridades debían saber el nivel de riesgo que C enfrentaba si omitían o incumplían sus deberes –en tanto D era policía, tenía acceso a un arma y las autoridades podían conocer la existencia de incidentes previos y si era propenso a la violencia– el remedio procesal pertinente era el inicio de una investigación interna contra D y los otros agentes estatales que habían intervenido, algo que jamás sucedió.

No obstante, las autoridades competentes que intervinieron en lo penal y civil luego de la muerte de C tampoco se expidieron sobre los deberes omitidos por los agentes estatales ni se investigó la denuncia contra los funcionarios de la Fiscalía que tuvieron conocimiento de la situación ni se investigó al Ministerio del Interior.

Los hechos del caso demostraban la necesidad urgente de iniciar una investigación penal sobre la falta de respuesta policial a las denuncias y determinar si esa omisión estaba a su vez motivada en una discriminación basada en género, arraigada a nivel institucional y social, en tanto D aseguró repetidas veces que su condición de policía le daba impunidad.

La sentencia puntualizó además que, de la misma forma que el proceso civil, el proceso penal contra D tuvo falencias, en particular porque la condena no analizó el rol que tuvo la discriminación basada en género en el resultado. En cuanto a la sentencia civil, si bien sí analizó la responsabilidad de los agentes estatales, el Tribunal omitió determinar si la discriminación basada en género fue un factor determinante de la inacción policial y administrativa ante las denuncias y, como consecuencia, también determinante en la muerte de C.

Finalmente, el Tribunal analizó las obligaciones sustantivas positivas del Estado parte y la adecuación de la legislación local a esas obligaciones. Haciendo nuevamente referencia a “Tkheldize”, confirmó que en el caso había una situación de violencia de género crónica, por lo que no quedaban dudas del

<sup>7</sup> *Idem*, nota 5, párrs. 41, 42 y 49.

<sup>8</sup> *Idem*, nota 5, párr. 42.

riesgo cierto e inminente que enfrentaba C y que los agentes estatales sabían o debían saber de ese riesgo. Así, y aunque fueron alertados repetidas veces sobre la seriedad y actualidad del riesgo no actuaron con diligencia –mucho menos con diligencia debida reforzada– y omitieron tomar las denuncias de forma completa, recabar la prueba relevante y, principalmente, omitieron su deber de valorar los factores disparadores de la violencia contra C.<sup>9</sup>

En ese sentido el TEDH entendió que los errores y omisiones de las autoridades fueron producto de subestimar el nivel de violencia de los hechos cuando la víctima es una mujer, y que ello impidió, como en otros casos, que se lleve adelante una investigación penal eficaz. Incluso, la negligencia estatal y la tolerancia pasiva hacia este tipo de conductas resultan determinantes para otras víctimas de violencia de género, que no tienen razones para confiar en las instituciones públicas y optan por no denunciar.

Asimismo, si bien el marco legal interno del país había sido adaptado para dar cumplimiento al deber de diligencia debida reforzada y se contaba al momento del hecho con normas que contenían medidas restrictivas temporales aplicables, ninguno de estos recursos fue utilizado y tampoco se informó a la víctima o su familia de su existencia o de su derecho a solicitarlas. Esta inactividad fue especialmente grave en el caso, justamente porque el denunciado era agente estatal y las autoridades tenían conocimiento de que usaba su condición de policía y los atributos propios de su función para amedrentar a C y su familia. No obstante, no solo no detuvieron el accionar de D mediante cualquiera de los mecanismos internos disponibles, también fueron más allá: le permitieron presenciar el relato de uno de los hechos que denunció C, y, pese a todo, fue ascendido de rango.<sup>10</sup>

Este aspecto del caso resulta especialmente problemático porque el deber de diligencia reforzada que recae sobre el Estado y las autoridades internas, entendido como la obligación de investigar y eventualmente castigar a un miembro de alguna agencia estatal, es todavía más fuerte cuando contra él se han realizado denuncias por hechos en contexto de violencia de género o contra las mujeres en general. Es que allí ya no está solo en juego la responsabilidad individual del denunciado, sino la obligación estatal de prevenir la impunidad de sus agentes y mantener la confianza pública sobre sus instituciones.

## **2. El concepto de debida diligencia reforzada en materia de violencia de género**

El concepto de debida diligencia tiene sus orígenes en el derecho consuetudinario y su primera presentación escrita surgió en el derecho internacional público como principio normativo regulador de la neutralidad en conflictos bélicos. Los avatares históricos hicieron que el concepto se expanda hasta la definición actual de los artículos 1 del CEDH, artículo 5 del Convenio de Estambul, artículos 1.1 y 2 de la CADH y artículos 3 y 7 de la Convención Belem do Pará. Es el factor de atribución de

---

<sup>9</sup> *Idem*, nota 5, párr. 47.

<sup>10</sup> *Idem*, nota 5, párr. 48.

responsabilidad al Estado por hechos que cometen particulares y se define como el deber general de protección o prevención (por contraposición al deber de abstención general).

Implica para el Estado obligaciones específicas que, de incumplirse, acarrearán responsabilidad internacional por actos directos de particulares, como también por actos indirectos de sus agentes, producto de la negligencia o falta de acción cuando el deber de actuar era ineludible.

La debida diligencia en materia de violencia contra la mujer, sea como discriminación por género o trato desigualitario –en cualquiera de las manifestaciones que adopte, ya sea física, psíquica, psicológica, sexual, entre otras– encontró recepción en el sistema de protección interamericano con la Convención Belén do Para y en el sistema europeo con el Convenio de Estambul; pero de forma previa a ello ya existía en el sistema de protección universal, que incorporó la debida diligencia con perspectiva de género en declaraciones, resoluciones e informes de *soft law*.

Aún se debate entre modelos donde se habla de igualdad formal y material, discriminación directa e indirecta y su nexo con la violencia de género entendida como la forma más grave de discriminación contra la mujer y otros modelos más propios del desarrollo iusfeminista, donde el estatus de la mujer se define por la subordinación o subdiscriminación en las relaciones y estructuras de poder, llevando la discusión más allá de la dicotomía sexo/género e igualdad/discriminación y ampliando el ámbito de aplicación de lo privado a lo público.<sup>11</sup>

En tanto esa discusión prosiga, la violencia no será definida de forma unánime como producto de la desigualdad estructural vinculada a la permanencia de estereotipos de género que se replican y forman parte de la construcción social o dinámica relacional propia de cada sociedad. En ese sentido, el lenguaje que utiliza el TEDH para abordar este fenómeno en su jurisprudencia aparece tímido en comparación con la labor de, por ejemplo, el Comité de la CEDAW.

Por ello, es acertado centrarse en que la violencia de género es una expresión de desigualdad estructural, que afecta derechos fundamentales y produce responsabilidad estatal cuando no se adoptan medidas a nivel interno para prevenir esos actos de violencia. De la misma forma, la discriminación contra la mujer se encuentra inmersa en esa lógica, y ello incluye la violencia de género, que, al ser desatendida o ignorada implica también responsabilidad del Estado. Por último, también puede decirse que el concepto de debida diligencia con su plus o agregado en casos de violencia de género tiene su raíz en el derecho consuetudinario y por tanto le resulta exigible a todos los Estados, sean parte o no de algún sistema de protección internacional,<sup>12</sup> pero que ha sido la realidad, revelando con crudeza estadística la vulnerabilidad de la mujer en la sociedad moderna durante los siglos XX y XXI, que obligó

11 Para mejor desarrollo puede verse M. J. Añón (mayo-agosto, 2021). La Violencia contra las mujeres como discriminación. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXI, (280).

12 La sentencia TEDH. *Case of Valiulienė v Lithuania*, Application No. 33.234/07, Court (Second Section), 25 de marzo de 2013, tiene un voto concurrente que expresa esta idea, en tanto por práctica o jurisprudencia los jueces afirman que ha alcanzado carácter de principio general de derecho internacional público. A su vez, está plasmada en la Recomendación 35/17 de la CEDAW.

a dejar de lado definiciones no vinculantes y afirmar que el Estado tiene una obligación de protección reforzada ante esos fenómenos estructurales, endémicos, de naturaleza discriminatoria y violenta.

Determinar en la jurisprudencia del TEDH el contenido de ese deber de diligencia y la exigencia adicional propia que da la perspectiva de género para casos de violencia contra la mujer en estructuras de poder desiguales, especialmente cuando se afectan otros derechos de fondo –vida, integridad física, libertad– no ha sido, ni es, algo fácil. Luego de la entrada en vigencia del CEDH en 1950 y a partir del desarrollo de su jurisprudencia, fue en 1998, en “Osman”<sup>13</sup> –que no versaba sobre discriminación de género– donde se elaboró un “test de atribución de responsabilidad indirecta” para establecer cuándo el Estado está obligado a tomar medidas concretas para la protección individual, con la debida diligencia, basado en la capacidad de prevención de las autoridades y el conocimiento del riesgo en el que se encontraba la víctima.<sup>14</sup>

Luego, especialmente en “Opuz”<sup>15</sup> se precisó la definición de esa obligación estatal y se establecieron criterios para comprobar su incumplimiento en un precedente que, se convirtió en la primera sentencia en la que se utilizó la perspectiva de género para resolver, aunque de forma implícita. Allí se determinó el contenido específico del test en un caso de violación a los artículos 2, 3 y 14 del CEDH en el que una mujer murió a manos de su ex pareja. Se trató de un caso en el que, además, también por primera vez y sin decirlo explícitamente, se incluyó la discriminación estructural y los estereotipos como factores que abonan la permanencia y proliferación de la violencia contra la mujer.

El estándar se compone de factores para determinar si el Estado ha actuado diligentemente o no a partir de: a) el conocimiento del riesgo cierto e inminente para el derecho afectado y la persona; b) la existencia de una amenaza real e inmediata para la persona, valorando sus circunstancias personales; c) la valoración razonable de las expectativas de evitar el riesgo según las medidas adoptables y su idoneidad para mitigar ese peligro; y d) todo ello siempre que se haya respetado el debido proceso, los derechos y garantías del imputado y el artículo 8 del CEDH.<sup>16</sup>

13 TEDH. *Case of Osman v. The United Kingdom*, Application No. 87/1997/871/1083, Court (Grand Chamber), 28 de octubre de 1998, párrs. 115 y ss. El “test de Osman” es utilizado por el TEDH para analizar el concepto de riesgo y responsabilidad indirecta del Estado por incumplimiento directo a los arts. 2, 3, 4 y 8 del CEDH y de forma relacional y subsidiaria, al art. 14 del tratado. Su comprobación no exige que los derechos fundamentales “núcleo” sean afectados, es suficiente que sean puestos en peligro. Hay una disidencia interesante de los jueces Pinto de Albuquerque y Devow en TEDH. *Case of Volodina v. Russia*, Application No. 41.261/17, Court (Third Section), 9 de julio de 2019, separate opinion, párr. 11 y 12. Allí analizan la utilidad del test para casos de violencia de género, sobre la base de que el conocimiento por parte del Estado del “riesgo cierto e inminente” que corre la víctima no cumple su propósito y podría convertirse en una excusa para que los Estados incumplan sus obligaciones, ya que conduce a medidas tardías y es de inverosímil aplicación práctica. Proponen modificar la noción de “riesgo inminente” (similar a la legítima defensa para mujeres víctima de violencia de género) por un concepto de riesgo “presente”, en tanto la inminencia muchas veces simplemente no existe como tal y, en cambio, la permanencia si es reconocible por el Estado si un grupo es objeto de violencia reiterada, pudiendo adoptar medidas de verdaderamente anticipatorias.

14 La Corte IDH articuló el principio de la obligación de prevención entendida como debida diligencia en el caso “Velázquez Rodríguez” una década antes, en 1988. Hay diferencias en la articulación del concepto por parte de cada tribunal, en tanto la Corte IDH entiende que la obligación además de incluir el deber de prevención también contiene el deber de sanción y resarcimiento y el TEDH lo define como una obligación acotada que incluye solo prevención.

15 TEDH. *Case of Opuz v. Turkey*, Application No. 33.401/02, Court (Chamber), 9 de junio de 2009.

16 *Idem*, nota 15, párrs. 128, 129 y 153.

Entre los casos contemporáneos y posteriores a “Opuz”, que delimitan y definen lo que hoy entendemos como debida diligencia reforzada, se encuentran precedentes que abarcan situaciones diversas. El primero es uno en el que se impuso como parte de la obligación de protección del Estado adecuar su legislación interna para garantizar el derecho a la vida e integridad física mediante “legislación penal exhaustiva” para prevenir, sancionar y reprimir situaciones que los puedan afectar —aunque el conflicto se definió como algo doméstico, propio del ámbito privado—. Sí se estableció, en cambio, que el Estado omitió intervenir o adoptar medidas conducentes, pese a conocerse la situación y su gravedad por denuncias previas.<sup>17</sup>

En “Talpis”<sup>18</sup> se amplió el estándar para exigir que en casos de discriminación contra la mujer que pongan en riesgo sus derechos fundamentales, el conocimiento de la existencia de ese riesgo también implica una segunda exigencia: establecer el nivel concreto de riesgo y su relación con la vulnerabilidad social, física y material de la víctima, razonamiento que se repitió en “Balsan”.<sup>19</sup>

También se incluyeron especificaciones en otros casos,<sup>20</sup> en los que, según corresponda, se amplió la obligación de protección y prevención del Estado a otros supuestos, tanto procesales como sustantivos. Especialmente en los últimos años comenzó a hablarse explícitamente de desigualdad estructural o sesgo estructural a gran escala y se lo vinculó con el contenido de las obligaciones positivas de prevención y debida diligencia reforzada de los Estados, cuando en el caso se vincula la violencia contra la mujer con la discriminación o falta de igualdad formal o sustantiva a nivel interno, o con la falta de aplicación de la legislación vigente, además de valorar la existencia de estereotipos y la negligencia institucional crónica.

En lo que hace al abuso sexual y a la trata de mujeres niñas o adultas con fines de explotación sexual, tortura o esclavitud, el TEDH se expidió, como afectación al artículo 4 del CEDH en diferentes casos.<sup>21</sup> Ello amplió el criterio de selección y el contenido de la obligación cuando las víctimas perte-

17 TEDH. *Case of Kontrová v Slovakia*, Application No. 7510/04, Court (Fourth Section), 31 de mayo de 2007.

18 TEDH. *Case of Talpis v. Italy*, Application No. 41.237/14, Court (First Section), 2 de marzo de 2017.

19 TEDH. *Case of Balsan v. Romania*, Application No. 49645/09, Court (Fourth Section), 23 de mayo de 2017.

20 TEDH. *Case of Bevacqua v. Bulgaria*, Application No. 71.127/01, Court (Fifth Section), 12 de junio de 2008; *Case of Hajduová v. Slovakia*, Application No. 2660/03, Court (Fourth Section), 30 de noviembre de 2010; *Case of Beganovic v. Croatia*, Application No. 46423/06, Court (First Section), 25 de junio de 2009; *Case of Durmaz v. Turkey*, Application No. 3621/07, Court (Second Section), 13 de noviembre de 2014; *Case of Barsova v. Russia*, Application No. 20.289/10, Court (Third Section), 22 de octubre de 2019; *Case of Polshina v. Russia*, Application No. 65.557/14, Court (Third Section), 16 de junio de 2020; *Case of Volodina v. Russia 1*, Application No. 41.261/17, Court (Third Section), 9 de julio de 2019 y *Case of Volodina v. Russia 2*, Application No. 40.419/19, Court (Third Section), 14 de septiembre de 2021.

21 TEDH. *Case of Siliadin v. France*, Application No. 73.316/01, Court (Second Section), 26 de julio de 2005; *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application No. 25.965/04, Court (First Section), 7 de enero de 2010; *Case of M & others v. Italy and Bulgaria*, Application No. 40.020/03, Court (Second Section), 31 de julio de 2012; *Case of CN and V. v. France*, Application No. 67.724/09, Court (Fifth Section), 11 de octubre de 2012; *Case of L.E v. Greece*, Application No. 71.545/12, Court (First Section), 21 de enero de 2016; *Case of G.U v. Turkey*, Application No. 16.143/10, Court (Second Section), 18 de octubre de 2016; *Case of J and others v. Austria*, Application No. 58.216/12, Court (Fourth Section), 17 de enero de 2017; *Case of VC v. Italy*, Application No. 54.227/14, Court (First Section), 1 de febrero de 2018; *Case of SM v. Croatia*, Application No. 60.561/14, Court (First Section), 19 de julio de 2018 y *Case of TI and others v. Greece*, Application No. 40.311/10, Court (First Section), 18 de julio de 2019.

necen a grupos especialmente vulnerables –como NNyA, migrantes y mujeres víctimas de violencia de género y sexual–.<sup>22</sup>

A su vez, se analizaron casos en los que la víctima, pese a la existencia de riesgo cierto a su vida o integridad física, se negó a continuar con el proceso penal, haciendo alusión al “interés general” para perseguir de oficio, sin perjuicio de que el TEDH respete la forma en la se instrumenta a nivel interno. Además, se estableció que la investigación eficaz de cualquier caso de violencia contra la mujer en los términos del artículo 14 del CEDH no es una obligación de medios sino de resultado.<sup>23</sup>

Lo que se conoce como la “doctrina Opuz” del TEDH, en conjunto con la vigencia del Convención de Estambul en 2014, permitieron el desarrollo con perspectiva de género para construir el aspecto “reforzado” de la obligación de debida diligencia. El Convenio de Estambul permitió un salto cualitativo indudable, pues desde su vigencia la “debida diligencia reforzada” pasó a ser obligatoria. En consonancia, la jurisprudencia del TEDH también fue cambiando, hasta lograr un estándar para casos de violencia de género con contenido propio y que la reconoce cada vez más como producto de la desigualdad estructural.

En esta línea, corresponde analizar el caso que aquí se comenta, cuyos hechos desarrollé en el primer punto. Primero, porque llega a conocimiento del TEDH en un contexto de violencia de género, donde de forma evidente la desigualdad estructural y los estereotipos se encuentran enfrentados a leyes formalmente adecuadas, pero materialmente ineficientes o inaplicables. En segundo lugar, porque el TEDH había hecho un profundo análisis previo en “Tkheldze”, remitiéndose a informes del Comité de la CEDAW,<sup>24</sup> especialmente en cuanto el arraigo de estereotipos de género y actitudes patriarcales, enraizados en la concepción del rol de la mujer en la familia y en la sociedad y la exacerbación de la sexualización de la mujer en los medios de comunicación. El Comité indicó que más allá de la legislación adoptada en 2006 y 2012, observaba el aumento estadístico de homicidios cuyos autores eran o habían sido pareja de las víctimas y el aumento de casos de violencia física y sexual contra las mujeres, acompañado de un bajo nivel de denuncia y registro por miedo a la estigmatización y retaliación y muy vinculado a la desconfianza en las instituciones públicas.

22 Lo relevante, más allá de la utilización de la perspectiva de género, es que todas las sentencias afirman que la trata con fines de explotación sexual es una violación directa a los derechos humanos e identifican doble vulnerabilidad en casos de abuso sexual cuando la damnificada es menor y mujer, como plus de responsabilidad estatal y, por ello, aumentan las obligaciones positivas del Estado que debe investigar de forma eficaz, independiente y de oficio, y asume el deber de proteger a la víctima y su familia sin perder el objetivo de identificar a los responsables. También se ha identificado que las mujeres, como grupo vulnerable, ingresan en el patrón de desigualdad estructural. La distinción entre servidumbre y trabajos forzados, y la cuestión del consentimiento siguen siendo aspectos problemáticos. Ese análisis excede este comentario, pero puede encontrarse una crítica en Gómez Fernández, Itziar, “*Volodina C. Rusia (II)* y *S.M c. Croacia*: La jurisprudencia incompleta del TEDH en materia de consentimiento, riesgo y violencias contra las mujeres, *Revista IgualdadES*, 5, 311-348.

23 Más allá de las diferencias entre el caso “Osman” y “Velázquez Rodríguez”, no existen tantas diferencias en cómo se describe la debida diligencia reforzada entre ambos tribunales. Así, el TEDH indicó que la investigación eficaz acorde a la debida diligencia reforzada es una obligación de resultados y no de medios, en contraposición a la obligación de identificar y sancionar a los responsables en casos de trata, que es de medios y no de resultado. La Corte IDH en “González y otras (Campo Algodonero) c. México” de 2009, la define en términos similares (ver apartados 289 y ss.).

24 Los informes de conclusiones finales CEDAW/C/GEO/CO/2-3 del 14 de mayo de 2004 y CEDAW/C/GEO/CO/4-5 del 24 de julio de 2014.

Si bien se habla de la dificultad de ejecutar las sentencias del TEDH,<sup>25</sup> ello no resulta aplicable porque entre la muerte de C en julio y la muerte de M.T en octubre de 2014 –víctimas del caso “A y B” y “Tkheldidze”, respectivamente– el marco normativo interno del Estado era el mismo y sus obligaciones positivas de prevención ya existían. En ambos casos, además, pese a la multiplicidad de denuncias, fue la inacción de las autoridades en todos los niveles de intervención lo que facilitó el resultado y su impunidad. La diferencia sustancial es que quien fue condenado por la muerte de C era, además de su ex pareja, miembro de una fuerza de seguridad, y que tanto ella como su familia habían realizado quejas formales ante las autoridades para evitar la escalada de violencia de D, tanto por la ya violencia sufrida y denunciada como por su condición de policía.

### **3. Conclusiones. Violencia institucional y violencia de género indirecta**

Aun teniendo en cuenta el precedente del TEDH en “Tkheldidze” y la unidad de hechos, derecho y razonamiento que la hace parte necesaria del análisis de la sentencia que aquí se comenta, corresponde hacer una mención especial al elemento vinculado con la violencia institucional que surge en ambos casos, sean leídos en conjunto o no, pues si bien la referencia a la violencia institucional es argumentalmente más sencilla en el caso “A y B c. Georgia” por la condición de policía de quien resultó autor del hecho y el comportamiento de la fuerza a la que pertenecía, no puede escapar a ningún análisis que la conducta de las autoridades policiales y judiciales fue casi idéntica en ambos casos, y con ello quiero decir que, en virtud de la desigualdad estructural propia del país en el que ocurrieron ambos hechos, de los estereotipos de género enquistados en una sociedad donde la mujer tiene reservado un lugar secundario, como objeto, con funciones predeterminadas a nivel social y limitadísimas posibilidades de desarrollo y autonomía, no existe ninguna razón para pensar que hay incentivos reales para que las autoridades modifiquen su accionar y su lugar en la dinámica que produce las categorías propias de la discriminación estructural de cara al futuro.

Mucho menos puede esperarse que esos incentivos y el necesario cambio en la estructura de pensamiento y comportamiento sociocultural puedan venir de la mano de legislación en la materia, que se encuentra solo formalmente vigente, o de sentencias del TEDH que tratan los casos ocho años después de los hechos y pese al avance del desarrollo doctrinario en la materia todavía carece –al menos en la opinión dominante– de un lenguaje propio que apunte a la desigualdad estructural y los estereotipos como cuestión central al momento de establecer la responsabilidad del Estado, y posean un valor transformativo casi nulo por las dificultades de afectar de forma inmediata el derecho interno y la estructura sociocultural e institucional de un país.

25 Ver Fernández Nieto, J. (2019). Diligencia debida en violencia de género y errores en la administración de justicia: una ausencia de mecanismos reparadores y una propuesta de futuro. *Revista General de Procesal Penal*, 48.

Sin embargo, es tal vez el caso de “A y B c. Georgia”, por su característica definitoria, aquel que considero una posibilidad única para poner de manifiesto cuestiones acerca de la vinculación, muchas veces no visible o implícita, entre la violencia de género como expresión de discriminación o subordinación de la mujer, la violencia institucional, la desigualdad estructural endémica, los estereotipos y la necesidad de incorporar estos elementos en el análisis jurisprudencial, junto con el enfoque propio de la interseccionalidad a la perspectiva de género, que ya fue desarrollado, no sin dificultades, en la jurisprudencia del TEDH con más firmeza de 2009 en adelante.

Ello implica comenzar por admitir que la violencia de género tiene un eco o espejo, una continuación o inicio inadvertido o parcialmente observable, en la violencia institucional que se produce cuando las autoridades estatales, ya en el nivel de intervención primario y luego al momento de investigar y juzgar los hechos en concreto y las fallas o fracasos sistémicos que condujeron al resultado por parte de sus propias autoridades, no solo no dan ninguna respuesta a la víctima que denuncia o sus familiares, sino que incluso resultan partícipes o factores de facilitación en el incumplimiento de las obligaciones positivas de los Estados y como consecuencia en la falta de debida diligencia reforzada al momento de investigar hechos en contexto de violencia de género.

Ello ocurre ya sea por negarse a tomar denuncias, por registrar indebidamente los hechos, por utilizar estereotipos a la hora de responder a una denuncia, y por generar, intencionalmente o no, una intersección entre la mujer que denuncia una agresión en contexto de género y la mujer cuya denuncia obtiene una falta de respuesta generalizada de todo el sistema de prevención y protección interno.

Entiendo, entonces, que la sentencia permite analizar la desigualdad estructural y la discriminación contra la mujer, el efecto de los estereotipos y sus consecuencias en el razonamiento jurídico y probatorio, y extraer conclusiones y herramientas que expliciten la violencia de género, directa e indirecta, y la violencia institucional que sufre una víctima que intenta denunciar un hecho como una realidad específica.

Esa realidad requiere de cara al futuro que el TEDH realice un análisis más detallado de la violencia institucional y violencia de género indirecta de la que también resultan víctimas aquellas mujeres que denuncian a su agresor y no reciben respuesta del Estado, lo que facilita y permite la escalada de hechos que culmina en su muerte en un contexto de impunidad, luego de la cual las autoridades que deben investigar el incumplimiento o las omisiones de sus propios agentes tampoco brindan respuestas y recaen en un nuevo incumplimiento que implica la continuación de esa misma forma de violencia directa o indirecta.

Los hechos del caso, al permitir vincular estos conceptos –o al menos hacer visible una conexión que es cada vez más difícil de ignorar–, también llevan a concluir que, además de poder afirmar sin lugar a dudas que la violencia de género es una forma de discriminación, la inacción y la falta de respuesta estatal en todos los niveles *ex ante* o *ex post* son una forma de discriminación porque los actores estatales –policiales, administrativos y judiciales– actúan sobre la base de los mismos estereotipos de género que conducen a los hechos que deben prevenir, investigar y juzgar.



Esa relación es circular y conduce a la perpetuación tanto de los roles estereotipados como de la violencia contra las mujeres, entendida como violencia de género o institucional y la impunidad por falta de respuesta parcial o total es un factor determinante en el tratamiento judicial.<sup>26</sup> Esta relación circular surge, por ejemplo, en el trabajo que realiza el Comité de la Convención CEDAW al verificar el incumplimiento al artículo 5 de la Convención y en las Observaciones Finales del Comité, como sucedió en el caso español que resultó en la sentencia STS 1263/2018.<sup>27</sup>

Destaco la referencia a estadísticas e informes y observaciones de distintos organismos de derechos humanos en Georgia que utilizó el TEDH en este caso por referencia directa a “Tkheldize”, y la definición de la situación en ese país como algo endémico y estructural, vinculado al estatus que tiene la mujer en esa sociedad y al fracaso también endémico de la estructura gubernamental para actuar acorde al estándar de la debida diligencia reforzada.

Por ello, la sentencia es lo que podríamos llamar un buen comienzo, pero resulta aún insuficiente por la falta de inclusión explícita de conceptos que en la realidad se verifican íntimamente relacionados y porque aún remite para ese análisis a *soft law*.<sup>28</sup> El TEDH no incorpora elementos de análisis que permitirían avanzar para afirmar que los estereotipos de género, además de fuente de violencia, llevan a la ausencia de actuación del Estado y que esa actuación diligente es un elemento crucial para modificar la realidad. De la misma forma que la respuesta institucional de las autoridades judiciales contra la violencia de género e institucional es fundamental para entender la reproducción de prejuicios y estereotipos, todo ello con el fin de reforzar la confianza institucional en víctimas o damnificados y dar una respuesta concreta a los casos que llegan ante los tribunales internos.

Se trata, en definitiva, de generar, a través de políticas públicas y de acciones concretas, conciencia pública sobre cómo la desigualdad estructural se encuentra incorporada de tal forma en la sociedad moderna que afecta su funcionamiento a través de categorías, ideologías, comportamientos y representaciones inexactas y discriminatorias que se retroalimentan y derivan una y otra vez en resultados lesivos para las mujeres como colectivo y en el incumplimiento sistemático de los Estados parte de las obligaciones positivas de prevención internacionalmente asumidas.

26 Sobre la percepción de las víctimas de violencia de género y su vinculación con los estereotipos, la falta de análisis intersectorial y la violencia institucional, puede verse Bodelon, E. (2014). Violencia institucional y Violencia de Género. En *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 48, 131-155.

27 Superior Tribunal Español, Sala Contencioso-Administrativa, sentencia del 17 de julio de 2018, caso conocido como “Ángela González Carreño”, en el que el Comité de la CEDAW había emitido un dictamen condenando al Estado español en 2016. Para un detalle del camino que recorrió la damnificada, ver Fernández Nieto, J. (2019). Diligencia debida en violencia de género y errores de la Administración de Justicia: una ausencia de mecanismos reparadores y una propuesta de futuro. Comentario a la STS de la Sala del Contencioso-Administrativo 1263/2018, de 17 de julio de 2018. *Revista General de Derecho Procesal*, (48), 16.

28 También puede incluirse aquí el fallo TEDH. “Case of J.L. v. Italy and Bulgaria” Application N° 5671/16 Court (First Section), 27 de mayo 2021, que incluye estereotipos de género muy patentes, y un caso anterior, ver nota 32, donde se analizan los estereotipos de género y raza en las fuerzas policiales ante una triple interseccionalidad, por tratarse la damnificada de una mujer, menor de edad y perteneciente a una minoría étnica.



# Derecho a la salud. Vida privada. Consentimiento informado

TEDH. *Affaire Reyes Jiménez c. Espagne*,  
8 de marzo de 2022

Por Sandra M. Wierzba<sup>1</sup>

---

## 1. Introducción

En el caso *Reyes Jiménez c. España* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre los alcances de la figura conocida como “consentimiento informado” y su interpretación en el contexto del artículo 8 del CEDH, en cuanto concierne la vida privada de las personas.

El caso involucró a un niño que padeció un grave deterioro físico y neurológico que lo dejó en estado de total dependencia e incapacidad luego de tres operaciones a las que debió ser sometido a causa de un tumor cerebral. Sus representantes legales cuestionaron judicialmente tanto la atención médica en sí como la adecuación del consentimiento informado brindado en el caso de una de las cirugías. Luego de rechazarse el reclamo por los tribunales de distintas instancias a nivel interno, solo la segunda cuestión fue sometida al tratamiento del Tribunal de Estrasburgo.

La decisión del TEDH constituye una verdadera oportunidad para reflexionar sobre el consentimiento informado como instituto central en las relaciones entre legxs y expertxs,<sup>2</sup> que, en lo concerniente

1 Abogada. Doctora en Derecho Privado (UBA). Profesora Titular de Obligaciones Civiles y Comerciales (UBA). Formó parte de la Comisión de Bioética del Código Civil y Comercial de la Nación. Integrante del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Directora del Instituto del Salud del Colegio de Abogados de San Isidro.

2 En este trabajo se pretende utilizar lenguaje no sexista, pero para evitar la complejización de expresiones, se

a la salud humana, involucra los derechos personalísimos y los derechos humanos, no solo desde su faz individual sino colectiva, y cuyos contornos se van *rediseñando* al ritmo de los cambios sociales, científicos y tecnológicos.

## 2. Consentimiento informado: algunos aspectos esenciales

Hemos definido al consentimiento informado como la *declaración* de voluntad efectuada por un paciente, por la cual decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, luego de haber recibido *información* suficiente al respecto.<sup>3</sup> Supone un proceso de información adecuada al paciente, luego del cual decide si la indicación médica propuesta será aplicada o no a su cuerpo, pues, en realidad, en sentido amplio, el instituto también comprende el derecho a negarse a un tratamiento.

Se trata de un concepto originariamente fundado en el derecho a la autonomía individual, a la autodeterminación y a la libertad, hoy incorporado a la normativa fundamental (art. 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, UNESCO, 2005), que propicia el esclarecimiento y la toma de decisiones por quien en definitiva debe soportar las consecuencias del tratamiento médico.

A su respecto, se ha sostenido que asegura el efecto útil de las normas que reconocen la autonomía, como elemento indisoluble de la dignidad de la persona y significa el establecimiento de límites para que, en la práctica, ni el Estado ni los terceros –especialmente la comunidad médica– actúen mediante injerencias arbitrarias en la esfera de la integridad personal o privada de los individuos, especialmente en relación con el acceso a servicios de salud.<sup>4</sup>

Desde otro punto de vista y en base a una mirada sobre la realidad, se observa que, por efecto de la socialización de la medicina y ante el interés colectivo en la prestación generalizada de los servicios de salud, se imponen tiempos pautados de atención, en los que los profesionales deben interrogar a los pacientes, realizar su examen físico, analizar su historia clínica previa, indicar estudios complementarios y, en definitiva, diagnosticar, prescribir y poner en práctica los tratamientos tendientes a mejorar la salud, todo lo cual no siempre permite materializar el ideal del proceso de consentimiento informado previsto en la legislación y/o instrumentarlo adecuadamente.

Ahora bien, en su contexto, se presentan algunos aspectos especialmente críticos. Así, por ejemplo, el acceso a la información se considera esencial para garantizar el derecho a la salud<sup>5</sup> y la pregunta referida a *qué y cuánto debe informarse* permite pensar en un balance entre aquello que resulta indispensable

---

exponen solo estos dos vocablos como gesto en tal sentido, continuándose la redacción en la forma identificada como neutra, según los usos y costumbres.

3 Highton, E. I. y Wierzba, S. M. (2003). *La relación médico-paciente: el consentimiento informado* (p. 1). Buenos Aires: Ad Hoc.

4 Cf. Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

5 Cf. art. 13, CADH; Ley N° 23054 y Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C No. 349, párr. 160.

que el interesado conozca, de tal modo de poder tomar una decisión inteligente, y aquello que resulta posible informar efectivamente.

En este sentido, se sabe que no resulta posible informar *todos* los riesgos de un procedimiento médico: más allá de aquellos que derivan de la práctica o producto utilizado en sí, estarán los propios del enfermo, los de las circunstancias externas y los correspondientes a la combinación de esos diversos elementos. Las normas jurídicas son contestes al exigir información sobre la naturaleza y objetivo del procedimiento; sus riesgos más graves y frecuentes, los beneficios esperados y las alternativas terapéuticas avaladas por la ciencia médica.<sup>6</sup>

En nuestro medio, la obligación de advertencia tiene raigambre constitucional, reconociéndose en disposiciones como el artículo 42 CN y, asimismo, en la legislación sanitaria específica de las últimas décadas. La jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente sobre el tema,<sup>7</sup> que fue abordado incluso por el máximo tribunal de la nación.<sup>8</sup> Sin embargo, sus alcances son objeto de frecuente discusión y si un paciente sufre la materialización de un riesgo no informado, la cuestión suele ser objeto de reclamos judiciales.

Otro aspecto crítico se vincula a la *aptitud* para recibir información y consentir un procedimiento médico. El consentimiento informado se asocia a la expresión de un derecho personalísimo, que se traduce generalmente en simples actos o manifestaciones no negociables de la voluntad.<sup>9</sup> El paciente no requiere de capacidad contractual para emitirlo, sino *competencia*, como aptitud físico-psíquica que le permite expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico propuesto y de sus posibles consecuencias. En las niñas, niños y adolescentes, esta se va adquiriendo progresivamente según su edad y grado de madurez, debiendo atenderse a su interés superior.<sup>10</sup>

También merece una reflexión especial –y ha sido central en la decisión del TEDH– la cuestión de la *forma y prueba* del consentimiento informado. Idealmente, este debiera transcurrir como un proceso, con intercambios verbales entre médico y paciente a lo largo de las distintas consultas y, de hecho, en muchos casos ello funciona así. Pero en el contexto de una medicina socializada, con fragmentación de la atención por distintos especialistas y en un medio especialmente litigioso, la formalización del proceso descripto suele considerarse necesaria. Por ello, la utilización de formularios de consentimiento informa-

6 Entre otros aspectos, según art. 59 CCyCN y art. 5 de la Ley N° 26529.

7 Desde el *leading case* “P., R c/Estado Nacional, Ministerio de Defensa, Ejército Argentino”, CNFed. Civ. y Com., Sala I, 28/12/1993, LL 1994-D, p.20/26 hasta casos más recientes como “C., P. L. c/G., E. F. y otro s/daños y perjuicios”, CNCIV, 16/06/2022, eDial.com - AACDDF.

8 Cf. CSJN, *Fallos* 331:1804, disidencia de Highton de Nolasco y Petracchi.

9 Tobías, J. W. El consentimiento del paciente en el acto médico, ED, 93-803; Tobías, J. W. (septiembre de 2010). El asentimiento del paciente y la ley 26.529, Academia Nacional de Derecho 20/01/2011, 5 - DFyP, 171; asimismo, Highton, E. I. y Wierzbica, S. M. (2003). *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, cap. V (pp. 81-177). Buenos Aires: Ad Hoc.

10 Cf. art. 26 CCyCN. Ver: Kemelmajer de Carlucci, A. (23/08/2000). El derecho del menor sobre su propio cuerpo. Conferencia dictada en las I Jornadas de bioética y derecho, organizadas por la Cátedra UNESCO de Bioética (UBA) y la Asociación de Abogados de Buenos Aires; Borda, G. A. (dir.) (2001). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, p. 249; Caramelo, G. (2012). Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos, *Revista de Derecho Privado*, Año 1, (1), 73-111; y Fernández, S. E. (20/06/2012). Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil. SJA, 108 • JA 2012-II, 1392. TR LALEY AR/DOC/7952/2012.

do se impone para brindar información aun fuera del limitado tiempo de la consulta; pero, asimismo, para que el equipo y la institución de salud puedan contar con un elemento defensivo, crucial ante una futura y eventual imputación de responsabilidad derivada de la materialización de un riesgo previsible.

Ahora bien, la instrumentación de ese proceso suele resultar distorsiva de la relación entre el paciente y el profesional. Es que más allá de los vicios que puede significar su implementación –cuando esta es automática y puramente formal–, el hecho de suscribir un documento identificado con las profesiones jurídicas en momentos donde la vulnerabilidad del firmante es la regla y donde su intimidad, integridad y hasta su vida se encuentran expuestas, en muchos casos genera rechazo.

En la actualidad las leyes especiales suelen exigir la instrumentación escrita del consentimiento informado, para supuestos de excepción, que incluyen las intervenciones quirúrgicas.<sup>11</sup> Pero aun en estos casos, cabe preguntarse: ¿debe considerarse que la forma prevista por la ley es solemne o no solemne? En el derecho argentino, cabe interpretar que dicha forma legal es no solemne o *ad probationem*, en tanto materializado el acto de manera diferente –ej. verbalmente o por signos inequívocos–, también queda habilitada la internación o el procedimiento involucrado.<sup>12</sup> De hecho, la prestación del consentimiento informado puede ser acreditada por otros medios como, por ejemplo, la prueba confesional posterior del enfermo, la demostración testimonial de un estándar adecuado de actuación para la generalidad de los casos atendidos por un servicio médico o por anotaciones en la historia clínica.<sup>13</sup>

Por último, vale la pena referirse a ciertas excepciones al consentimiento informado en sí, en cuyo caso el profesional puede hallarse eximido del deber de revelar o resultar pertinente su actuación sin el previo consentimiento del paciente. Así, por ejemplo, la *urgencia* y la *emergencia* pueden desplazar la implementación de la figura en cuestión,<sup>14</sup> por cuanto generalmente involucran cuestiones de vida o muerte, asumiéndose que si una persona razonable hubiera aceptado la ejecución del tratamiento en las circunstancias dadas, también lo habría hecho el paciente en particular, máxime si carece de aptitud para recibir información o para decidir y –en culturas como la nuestra– no hay familiares o allegados que puedan hacerlo en su lugar.<sup>15</sup> También la *renuncia* hace a una excepción, pues la negativa del interesado a recibir datos sobre su estado o sobre el procedimiento médico aconsejado o para decidir a su respecto hace al ejercicio de la propia voluntad.

11 Por ejemplo, art. 7 Ley N° 26529.

12 Highton, E. I. y Wierzba, S. M., ob. cit., p. 180/181.

13 Por ejemplo, se sostuvo que “[s]in perjuicio de la conveniencia de la forma escrita, la validez del consentimiento informado para una práctica médica, por parte del paciente, no exige requisitos especiales de índole formal, pudiendo ser prestado en forma verbal, y nada hay de arbitrario en valorar la historia clínica como medio de prueba del consentimiento informado, ya que la historia clínica o ficha médica del paciente es el documento por excelencia para instrumentar el consentimiento informado”. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “Jaquiers, Javier c/Zaldívar s/daños y perjuicios s/inc”, Sala I, 26/7/2007, eIDial.com - MZ4454.

14 Cf. art. 9 Ley N° 26529 y 59 in fine CCyCN.

15 Puede verse una explícita referencia al tema en Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 160.

### 3. La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sobre los hechos de la causa, surge específicamente del decisorio bajo análisis que se trató del caso de un niño de seis años, que fue examinado en varias ocasiones en el hospital público universitario Virgen de l'Arrixaca de Murcia por presentar diversos síntomas, en particular una leve pérdida de la motricidad, así como vómitos y dolor de cabeza.

En los estudios complementarios que le fueron practicados se le detectó un tumor cerebral (astrocitoma en el cerebelo, no infiltrante, bien delimitado). Con fecha 18/1/09 ingresó al servicio de urgencias del hospital en estado muy grave, tras lo cual se le practicaron tres intervenciones quirúrgicas: la primera de ellas el 20/1/09 –su objetivo fue la resección del tumor y contó con el consentimiento informado escrito de los progenitores del paciente– y la segunda se realizó el 24/2/09 –tuvo por finalidad extraer restos del tumor hallados en el cerebelo, obteniéndose el consentimiento informado verbal de los representantes legales–.

Como consecuencia de la entrada de aire en la cavidad craneal durante la segunda operación, debió realizarse una tercera cirugía de urgencia en el día, que también fue precedida del consentimiento informado de los padres, instrumentado por escrito. Luego de ello, el estado de salud físico y neurológico del demandante sufrió un grave e irremediable deterioro, llegando a un estado de total dependencia e incapacidad, debido a una parálisis general que le impide moverse, comunicarse, hablar, ver, masticar y tragar.

Los damnificados iniciaron una demanda por daños y perjuicios contra el Estado por mal funcionamiento de los servicios de salud de la administración pública, al considerar que hubo *mala praxis* profesional por parte de los médicos y un inadecuado consentimiento informado en el caso de la segunda cirugía, afirmándose que no se les habría informado apropiadamente sobre el pronóstico del paciente, riesgos de tal operación y alternativas terapéuticas.

La acción fue rechazada en sucesivas instancias, considerándose especialmente la prueba producida por la demandada y la aseguradora. Sobre la práctica médica en sí, al menos cuatro pericias concluyeron que la cirugía cuestionada estaba indicada y que portaba una gran morbilidad, en contra de un informe médico presentado por la accionante, que sostuvo la existencia de una demora diagnóstica y la falta de justificación de las secuelas producidas.

Los tribunales superiores internos entendieron que el tratamiento había sido oportuno y adecuado, por lo cual no había existido *mala praxis*, cuestión que no fue sometida a la revisión del TEDH.

Ahora bien, no hubo coincidencia en lo referente al consentimiento informado. Los tribunales locales interpretaron que la operación cuestionada significaba iguales riesgos que la primera, valorando una anotación en la historia clínica que decía “familia informada”, como prueba de la efectiva información. Además, la permanencia del niño en el nosocomio desde la primera operación, con visitas e intercambios continuos, a su criterio justificó el consentimiento verbal.

Ello motivó un planteo de “incongruencia omisiva” por parte de las demandantes, quienes alegaron la falta de motivación de la decisión suprema local, en cuanto no explicaba por qué había aceptado la validez del consentimiento oral, cuando la ley española exigía su instrumentación escrita para el caso de una intervención programada. Este fue el argumento esencialmente analizado por el TEDH.

El TEDH realizó un análisis normativo del caso, destacando el contenido de las siguientes disposiciones:

1) La ley local (L41/2002) y las prácticas españolas, que reconocen un amplio derecho a la información por parte de los pacientes, referido al propósito y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y consecuencias; a prestarse en forma precisa, comprensible y adecuada a sus necesidades (art.4) y la necesidad de obtener el consentimiento libre y voluntario del interesado, sobre las opciones planteadas, a instrumentarse generalmente en forma verbal, pero con exigencia de instrumentación por escrito en el supuesto de intervenciones quirúrgicas (art. 8). La norma admite la excepción de prestar consentimiento en el caso de riesgo grave inmediato para la integridad física o psíquica del paciente, pero exige la consulta a los familiares cuando las circunstancias lo permitan (art. 9).

2) El derecho internacional, específicamente el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo, 1997), que consagra el deber de obtener el consentimiento libre e informado previo a cualquier intervención en el campo de la salud, con iguales alcances a los de la ley local en materia de tipo de información a brindar (art. 5) y la necesidad de obtener el consentimiento de los representantes legales, en el caso de personas menores de edad (art. 6).

A su vez, el TEDH consideró que el caso comprometía la aplicación del artículo 8 del CEDH, que establece el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, en la medida que los padres invocaron no haber recibido información completa y adecuada sobre las operaciones quirúrgicas realizadas a su hijo, no habiendo podido –consecuentemente– brindar un consentimiento informado apropiado.

El Tribunal sostuvo que, al compromiso de no injerencia, pueden sumarse obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada, consistentes, por ejemplo, en la adopción de medidas encaminadas al respeto de la intimidad, con una noción amplia de privacidad, que abarca la integridad física y psicológica de la persona, afirmando que el cuerpo de una persona representa un aspecto íntimo de la vida privada.<sup>16</sup>

Asimismo, recordó que, según su jurisprudencia pacífica, aun cuando el derecho a la salud no aparece entre los derechos garantizados por el Convenio y sus Protocolos, se reconoce una obligación positiva derivada del artículo 8, de establecer normas eficaces que obliguen a los establecimientos de salud a adoptar las medidas adecuadas para proteger la vida de los pacientes.<sup>17</sup>

Afirmó, además, que el proceso de consentimiento informado actuaría como un mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente, protegiendo su derecho

<sup>16</sup> TEDH. *Case of Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania*, Application no. 41720/13, Court (Great Chamber), 25 de junio de 2019, párrs. 125-126.

<sup>17</sup> TEDH. *Affaire Reyes Jimenez c. Espagne*, Requête no. 57020/18, Cour (Troisième Section), 8 de marzo de 2022, párr. 28.



a la integridad física y moral, con relevancia constitucional. En cambio, su omisión o práctica deficiente vulneraría un derecho fundamental.<sup>18</sup>

Recordó la trascendencia del concepto en su jurisprudencia y el criterio de que su omisión equivale a un ataque a la integridad física de las personas, que pone en peligro los derechos protegidos por el artículo 8 del CEDH;<sup>19</sup> la importancia del acceso a la información que permita a los pacientes sopesar los riesgos de un tratamiento;<sup>20</sup> y la posible responsabilidad estatal ante su incumplimiento.<sup>21</sup>

Finalmente, tras haber examinado las actuaciones, concluyó que las sentencias internas no habían dado respuesta al argumento concreto sobre el requisito de la legislación española de obtener el consentimiento escrito. La interpretación en el sentido de que el acuerdo verbal había sido válido no fue compartida, a la luz de las disposiciones específicas de la legislación interna. Consecuentemente, afirmó que hubo una violación del artículo 8 del CEDH, por haber existido una injerencia en la vida privada del demandante y por ello se decidió conceder a la lesionada una “satisfacción equitativa” (conf. art. 41, CEDH).

El contenido patrimonial de la resolución también interesa en el presente análisis, razón por la cual vale la pena comentar que sobre el reclamo de la actora por 3.000.000 de euros, comprensivos de daño material y moral, el TEDH rechazó el rubro daño material, por interpretar que no había existido nexo de causalidad adecuada entre la violación constatada y el daño alegado. En cambio, concedió a la demandante la suma de 24.000 euros en concepto de daño moral, más los impuestos aplicables.

#### 4. Análisis y opinión

Desde un punto de vista técnico y a la luz de una experiencia de muchos años de trabajo cercano al mundo de la salud, el hecho de haberse asignado un lugar tan trascendente a la formalidad del instituto merece la siguiente crítica: la sentencia bien podrá obrar como modelo para afianzar prácticas de medicina defensiva, propiciando la redacción de excelentes documentos de consentimiento informado por especialistas en derecho y la instalación de rígidos protocolos para la firma por los pacientes, sin que ello signifique una mayor protección de los derechos humanos de los pacientes. La digitalización extendida de las formas –excluyente en algunos momentos de la pandemia de COVID-19, que presagia otras futuras– podrá complejizar aún más esta cuestión.

En cambio, una lectura más profunda por parte de los tribunales sobre el curso de los hechos y prácticas en este tipo de casos, en miras a develar si efectivamente hubo adecuada información profesional y expresión de voluntad de los pacientes, podrá en definitiva contribuir a la instalación de tales procesos, atentos al respeto de los derechos personalísimos de los destinatarios de las atenciones médicas.

---

18 *Idem*, nota 17, párr. 16.

19 *Idem*, nota 17, párr. 29.

20 *Idem*, nota 20.

21 *Idem*, nota 17, párr. 36.

Con referencia a la sustancia jurídica del instituto y la reparación económica de los daños, se observa sobre el final de la sentencia y sin demasiada explicación, que el TEDH afirmó la inexistencia de causalidad entre el daño material alegado y la falta reconocida. El estudio de la causalidad en esta materia no siempre resulta abordado por el derecho, a pesar de su trascendencia. En muchos casos se asume sin más que los defectos en la implementación del consentimiento informado justifican la reparación integral del daño. Por el contrario, la sentencia comentada, al afirmar la inexistencia de causalidad adecuada entre el estado de severa incapacidad sufrida por el niño y el defectuoso consentimiento informado, implícitamente sostuvo que de haberse implementado el consentimiento informado adecuadamente, el citado daño no se habría evitado. En otros términos, sugirió que la conducta cuestionada no privó al paciente de alternativas de tratamiento que hubieran augurado un pronóstico distinto, en un caso pleno de detalles sugestivos de la gravedad del cuadro que portaba y de las ostensibles limitaciones de la ciencia para revertirlo. Fue en este contexto que se rechazó el aspecto más cuantioso de la pretensión económica, destinado al daño material.

Al decidirse de ese modo, cabe pensar que la carga del financiamiento de los cuidados de la salud del paciente enfermo seguirá recayendo en el sistema sanitario público español, en protección de su derecho personalísimo a la salud y a título de seguridad social. De ser así, también se estará protegiendo un relevante aspecto del derecho humano a la salud, poco tratado por la Justicia ante este tipo de reclamos: me refiero a su faz colectiva, que tiene en cuenta no solo las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona, sino también los recursos con que cuenta el Estado para la atención de la comunidad.<sup>22</sup> Es que probablemente prevendrá la duplicación de erogaciones –por vía de salud pública y de reparación de daños–, como efecto disvalioso para un sistema que descansa en recursos siempre escasos para la atención de necesidades múltiples. Por lo demás, la decisión evita colocar el peso de los riesgos de vivir en las espaldas de los responsables de la difícil y aún noble tarea de cuidar la salud de las personas.

Ahora bien, el reconocimiento del daño moral invocado –como una *satisfacción equitativa*– puede leerse como una reparación piadosa para quienes decidieron seguir un extensísimo derrotero legal en busca de una Justicia que les fuera denegada por las circunstancias vitales, acaso también como compensación por algún tipo de velado detrato por la burocracia institucional.

Es así que la responsabilidad civil en definitiva implicada se presenta como dos caras de una misma moneda: en el rechazo de la reparación del daño material opera como límite a los derechos individuales en razón de un interés social y de una justa distribución de obligaciones –que en algún lugar siguen albergando la idea de culpa–; mientras que en el acogimiento del daño moral actúa como reserva para el alivio de las lesiones a los sentimientos personales, manifiestamente afectados en el caso tratado. En este aspecto la sentencia es muy interesante, seguramente rebatible desde la lógica pura, pero salomónica y plena de matices humanos.

<sup>22</sup> Tema bien tratado en Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC), 22º período de sesiones, 2000, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, apartado 9.

# Libertad de expresión. Libertad de prensa

## TEDH. *Case of Ooo Memo v. Russia*, 15 de marzo de 2022

Por Emilio Kern<sup>1</sup>

---

### 1. Palabras introductorias

El presente caso trae una de las expresiones más moderna de la afectación tanto del derecho a la libertad de expresión como de la libertad de prensa. El interés por la protección de ambos tiene una larga historia, que forma parte inalienable del establecimiento de los derechos humanos registrado en documentos fundamentales como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la *Bill of Rights*.

La importancia vital de estos derechos en una democracia ha permanecido invariable; no obstante, su vulneración encontró nuevos cauces. La arbitrariedad de los gobernantes al respecto parece no ser tan manifiesta, ya que se escudan bajo leyes debidamente sancionadas, procesos judiciales e incluso instrumentos internacionales que irónicamente buscan el fin opuesto.

En particular, el uso de procesos judiciales, tanto civiles como penales, es preocupante, dado que disfraza en un manto de legalidad un fin que adolece en la actualidad de un reproche universal. El uso abusivo de demandas con un mero objetivo intimidatorio es un símbolo de nuestros tiempos. En ellas, una parte, que dispone de un gran poder económico, ataca judicialmente a otra que no lo tiene, para

---

<sup>1</sup> Estudiante de Abogacía y del Profesorado en Ciencias Jurídicas (UBA).

así lograr que el desgaste que puede producir el proceso judicial sea suficiente para hacer desistir de las expresiones que hubiera hecho. Sobre todo, resulta alarmante el uso del proceso judicial por difamación por parte de autoridades públicas para silenciar aquellas voces u opiniones que les resultan incómodas, como ocurrió en el caso que se desarrolla a continuación.

## 2. Hechos

El 1° de julio del 2008 un medio informativo digital llamado “Kavkazskiy Uzel”, dedicado a la situación política y de derechos humanos en el sur de Rusia, publicó un artículo periodístico basado en una entrevista. En dicho artículo se habla de un posible conflicto entre el Ejecutivo municipal de Volgogrado y el homónimo Ejecutivo regional. Según lo publicado, la suspensión de la transferencia de un subsidio regional para la ciudad podría no haberse dado por superarse el límite presupuestario para subsidios, como oportunamente alegó la autoridad regional. De acuerdo con el experto entrevistado, la desavenencia podría haber surgido por dos motivos: uno político, relacionado con un resultado desfavorable en las recientes elecciones regionales, y otro económico, vinculado con el interés frustrado del Ejecutivo regional en que una empresa local, que fabrica colectivos, fuera adjudicada con la licitación municipal para la compra de colectivos. El experto afirmó que la adjudicación a una empresa distinta provocó el enojo de los funcionarios regionales, quienes, en un acto de venganza con el municipio por no haber apoyado a un productor local, decidieron suspender la transferencia del subsidio.

Como consecuencia del artículo mencionado la administración regional de Volgogrado inició, ante la corte distrital de Moscú, un proceso legal por difamación contra la empresa dueña del medio digital y su comité de redacción. El objeto del proceso era conseguir una retractación, ya que la opinión difundida había afectado su “reputación comercial”. Asimismo, afirmaron que no habían ejercido ningún tipo de presión sobre las autoridades municipales, ni habían hecho lobby para que la empresa local ganara la licitación, y que la suspensión de la transferencia del subsidio solo había sido por el motivo ya mencionado.

Por su parte, la empresa demandada alegó que las declaraciones controvertidas eran una apreciación personal del entrevistado; el tópico en cuestión era uno de interés público; las declaraciones no eran ofensivas, ni un ataque a ningún funcionario en particular; y no habían excedido los límites de una crítica aceptable, a la cual le corresponde una mayor tolerancia en virtud de que se trataba de una autoridad pública y no de un particular.

Según el artículo 152 del Código Civil de Rusia, en un procedimiento por difamación el demandante tiene la obligación de probar que se ha difundido cierta información y la naturaleza de la misma, mientras que el demandado se encuentra bajo la obligación de probar la veracidad de la información difundida.

La Corte Distrital de Moscú sostuvo en su fallo que la defensa del medio digital era insuficiente por falta de pruebas y que, a pesar de que el autor del artículo referido haya hecho uso de expresiones que denotan que se trataba de una opinión personal, afirmaba que la autoridad regional no solo había hecho lobby en favor de una empresa, sino que a su vez había realizado un acto de venganza contra el

municipio local. Para el tribunal, dichas declaraciones eran dañosas de la reputación del demandante, por lo que condenó al demandado a publicar en su página web, 30 días después de que el fallo quede firme, una retractación que señale la falsedad de las declaraciones controvertidas y el daño que provocaron en la reputación comercial del Ejecutivo regional. También ordenó la publicación en la misma web de la parte operativa de la sentencia.

La demandada decidió apelar la sentencia con fundamento en que la corte distrital no había tenido en cuenta ninguno de sus argumentos. La instancia superior se decantó por mantener el fallo del tribunal inferior.

### 3. Marco legal relevante

El artículo 29 de la Constitución de la Federación Rusa garantiza la libertad de pensamiento, de expresión y la libertad de prensa. El artículo 152 del Código Civil, en su formato en vigor al momento de los hechos, establecía que una persona física (“un ciudadano”) podría recurrir a un tribunal para solicitar una orden de retractación de declaraciones perjudiciales hacia su honor, dignidad o reputación comercial. Si la persona que había difundido dichas declaraciones no probaba su veracidad, la persona agraviada podía solicitar una indemnización por los daños materiales e inmateriales que había padecido por la difusión de dichas declaraciones. En su párrafo séptimo establece que las normas sobre la protección de la reputación comercial de una persona son aplicables a la protección de la reputación comercial de una persona jurídica.

El 1° de octubre de 2013 el artículo 152 entró en vigor con su modificación que ampliaba su extensión a 11 párrafos en vez de los 7 originales. El párrafo 7 se convirtió en el párrafo 11 y en su forma modificada establece que las disposiciones sobre la reputación comercial de un ciudadano, excepto por las disposiciones en la compensación por daños no pecuniarios, son respectivamente aplicables a la protección de la reputación comercial de una persona jurídica.

Al momento de los hechos no existía jurisprudencia local que explicara si una autoridad pública podía presentar dichos reclamos para proteger su reputación comercial bajo el mencionado artículo.

En concordancia con la Resolución N° 16 del 15 de junio de 2016 del pleno de la Corte Suprema de Rusia, en casos concernientes a regulaciones sobre libertad de expresión y medios masivos de comunicación, los tribunales deben realizar un balance entre sus derechos y los derechos de otros o los valores constitucionales. Sobre el alegado abuso de la libertad de prensa se debe tener en cuenta las palabras utilizadas, el contexto en que las declaraciones fueron hechas, junto con el propósito, género y el estilo del artículo. Asimismo, se debe considerar si constituye una expresión de opinión en el campo de la discusión política o si atrae la atención hacia la discusión de un tema de relevancia social.

#### 4. Argumentos de las partes

La empresa demandante se quejó de una interferencia en su derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 del CEDH. Adujo que la interferencia no había sido prescripta por el derecho, ya que el artículo 152 del Código Civil de Rusia, en su redacción al momento de los hechos, hablaba de “honor y dignidad” de “ciudadanos”, lo que refiere a personas físicas. Respecto de la “reputación comercial” de una persona jurídica, la administración regional de Volgogrado, toda vez que es un órgano del poder Ejecutivo, no puede tomar parte en actividades comerciales, por lo que no puede disponer de ninguna “reputación comercial”. Por los mismos motivos, argumentó que no se podía decir que la interferencia había perseguido un “objetivo legítimo” de proteger la reputación de otros y que la interferencia no respondía a ninguna “necesidad social apremiante”.

Aceptando que hubo una interferencia en el derecho a la libertad de expresión de la demandante, el gobierno adujo que había sido acorde a derecho, que perseguía el legítimo objetivo de proteger la reputación de otros y que había sido proporcional al objetivo buscado. También señaló que la demandante “había difundido a través de las redes declaraciones que destruían la reputación de los representantes de las autoridades estatales”.

En especial, el Gobierno destacó que la demandante no había presentado ninguna prueba documental que apoyara las “declaraciones de hechos” impugnadas. Ante los tribunales domésticos no proveyó “ninguna información concerniente tanto sobre la fiabilidad como la cualificación de la fuente de información usada, y tampoco hizo ninguna solicitud para examinar testigos, ni recabar evidencia que pudiera confirmar la veracidad de las circunstancias establecidas en el artículo periodístico”.

El Gobierno insistió en que la interferencia correspondencia con una “necesidad social imperiosa” y resaltó que el tribunal de primera instancia había sostenido que la referencia al cabildeo en favor de la empresa local y la venganza por parte de la autoridad ejecutiva había dañado la reputación comercial de la Administración Regional de Volgogrado, dado que había sido percibida por la masa de usuarios de internet como involucrada en un comportamiento turbio y nada ético que –a pesar de no constituir un crimen, ni una violación de la ley– era desaprobado por la sociedad.

El gobierno refutó el argumento de la empresa demandada sobre que las declaraciones impugnadas habían sido en realidad juicios de valor del entrevistado y concluyó que el tribunal interno legítimamente había establecido la naturaleza afirmativa de la información difundida.

#### 5. La sentencia del TEDH

Si bien no estuvo en discusión entre las partes que las actuaciones de los tribunales domésticos constituyeron una interferencia con el derecho a la libertad de expresión de la demandante, estaban en desacuerdo sobre si la interferencia en cuestión estaba “prescripta por la ley”, si perseguía un “objetivo

legítimo” dentro de la acepción del artículo 10, inciso 2 del CEDH y si había sido proporcional al objetivo buscado.

El tribunal observó que las palabras utilizadas en el Código Civil ruso conferían el derecho a comenzar un proceso civil por difamación a un ciudadano facultado para proteger su honor, dignidad y reputación comercial. Sus disposiciones, en cuanto referían a la reputación comercial, eran expresamente aplicables a las personas jurídicas. Dado que la administración regional de Volgogrado es una entidad legal, y a pesar de la falta de una jurisprudencia nacional establecida sobre la reputación comercial de las autoridades públicas, el tribunal estaba preparado para aceptar la interferencia que motivó la demanda como prescrita por la ley.<sup>2</sup>

El tribunal afirmó que la lista de objetivos legítimos provistos en el párrafo 2 del artículo 10 es exhaustiva. Minuciosamente construido, el párrafo otorga, a modo de excepción, en vista del especial rol en la sociedad, protección solamente a un solo poder público: el judicial. También afirmó que repetidamente sostiene que el derecho a la protección de la reputación es un derecho que se encuentra protegido por el artículo 8 del tratado como parte del derecho al respeto por la vida privada. Sin embargo, para que el artículo 8 sea aplicable, el ataque a la reputación de una persona debe tener cierto nivel de gravedad y causar en algún modo un perjuicio al goce del derecho de respeto de la vida privada.<sup>3</sup>

Asimismo, señaló que el ámbito de aplicación de la cláusula de “protección de la reputación de otros” contenida en el párrafo 2 del artículo 10 no está restringida a las personas físicas, sin perjuicio de la diferencia con la reputación de una persona jurídica, dado que esta última carece de la dimensión moral de la dignidad humana. En ese sentido, ya ha reconocido que existe un interés legítimo en la protección del éxito comercial y la viabilidad de las compañías, tanto por el beneficio de sus accionistas y empleados como por un bien económico más amplio. Sin embargo, resaltó que dichas consideraciones no son aplicables a un órgano investido con poderes ejecutivos que no participa de igual modo en actividades económicas directas.<sup>4</sup>

En cuanto a entes públicos que buscan la protección legal de su reputación, solamente en circunstancias excepcionales una medida que prohíba declaraciones que critiquen actos u omisiones de un órgano electo democráticamente puede ser justificado con referencia a “la protección de los derechos o reputaciones de otros”, mencionando el TEDH como precedente un caso en el que un proceso de difamación había sido llevado a cabo por el consejo local de un pueblo con una población inferior a 12.000 habitantes.<sup>5</sup>

Citando su propia jurisprudencia, en la cual aceptó que un ente público pudiera demandar bajo un objetivo legítimo, afirmó que en esas contadas circunstancias corresponde hacer una evaluación de

2 TEDH. *Case of Ooo Memo v. Russia*, Application No. 43572/18, Court (Third Section), 15 de marzo de 2022, párr. 34.

3 *Idem*, nota 2, párr. 38.

4 *Idem*, nota 2, párr. 40.

5 TEDH. *Case of Lombardo and Others v. Malta*, Application No. 7333/06, Court (Fourth Section), 24 de abril de 2007.

la proporcionalidad de la interferencia, señalando que “los límites de la crítica permisible son más amplios respecto del gobierno que en relación de una persona privada e incluso un político”.<sup>6</sup> Para prevenir abusos de poder y corrupción en las oficinas públicas, en un sistema democrático las actividades de las autoridades públicas deben ser objeto de un minucioso escrutinio, no solo por parte de la legislatura y de las autoridades judiciales, sino también por parte de la opinión pública. Permitir a los órganos del Ejecutivo interponer procesos por difamación contra miembros de los medios de comunicación coloca a estos últimos bajo una carga excesiva y desproporcionada que podría tener inevitablemente un efecto ralentizador de la tarea de los medios de comunicación de proveer información y ser un contralor público.<sup>7</sup>

Ello no obsta a que los individuos que conforman un cuerpo público, que pueden ser fácilmente identificables dado su número limitado de miembros y la naturaleza de la relación estrecha, puedan estar facultados a interponer procedimientos por difamación en su capacidad y nombre individual.<sup>8</sup>

En el presente caso, el TEDH observó que el demandante en el procedimiento doméstico por difamación era el órgano de más alto rango del Ejecutivo de la región de Volgogrado. Es difícilmente concebible que tuviera “un interés en la protección de su éxito comercial y viabilidad”, que el proceso fuera en “beneficio de sus accionistas y empleados” o por “un bienestar económico general” que necesita protección legal. Tampoco se podía decir que sus miembros eran fácilmente identificables, dada la escala de sus operaciones: para el 2010 la población de la región de Volgogrado superaba los dos millones y medio de personas. De igual modo, marcó que el proceso civil por difamación fue interpuesto en favor de la entidad legal como tal y no por sus miembros individuales.<sup>9</sup>

Consecuentemente, para el TEDH el proceso civil por difamación no perseguía ninguno de los objetivos legítimos enumerados en el párrafo 2 del artículo 10 del CEDH, por lo que concluyó que hubo una violación de dicha disposición. Dado que la compañía demandante no presentó ninguna solicitud de una satisfacción equitativa, el tribunal no otorgó indemnización.

## 5.1. Opinión conjunta y concurrente de los jueces Ravarani, Serghides y Lobov

Estos jueces estuvieron en desacuerdo con la visión mayoritaria. En su opinión, el artículo 10 del tratado fue vulnerado en relación con la omisión de los tribunales domésticos en demostrar que la interferencia era necesaria en una sociedad democrática en concordancia con la sólida jurisprudencia del tribunal. Para ellos, la mayoría se desvió de una forma radical de numerosas sentencias previas en las que había aceptado la aplicabilidad del objetivo legítimo a varias entidades públicas y autoridades en diversos países, tanto en un contexto penal como civil.

---

6 *Idem*, nota 2, párr. 41.

7 *Idem*, nota 2, párr. 45.

8 *Idem*, nota 2, párr. 47.

9 *Idem*, nota 2, párr. 48.



Tampoco les resultó convincente, que “la escala de operación” de la autoridad, que hace que los miembros sean fácilmente identificables, sea suficiente para admitir una protección de su reputación individual y de sus intereses. En especial, resulta relevante el interés de preservar la consistencia jurisprudencial del tribunal, que, en su opinión, debería haber conducido a la Sala a seguir el enfoque establecido aceptando la existencia de un objetivo legítimo y considerar la proporcionalidad de la interferencia con una debida atención a la diferencia en el nivel de garantías aplicables a diferentes entidades públicas dependiendo de su estatus y la naturaleza de sus actividades. También remarcaron que, aunque un proceso por difamación puede tener la intención de causar un efecto disuasorio en aquellos que critican las actividades de las autoridades, la existencia de dicho objetivo ilegítimo no puede ser presumido, ni mucho menos dado por probado, sin evidencia tangible en ese sentido.

Para estos magistrados no debió ser dejado de lado que la cuestionada publicación contribuyó a un debate de interés público y que las declaraciones impugnadas, presentadas por el entrevistado, eran juicios de valor que no estaban desprovistos de una base fáctica. En dichas circunstancias, también era relevante la posición de la entidad demandante como una autoridad pública y de la demandada como un medio digital. A su vez importaba el hecho de que las declaraciones cuestionadas involucraban asuntos de la administración pública, sumado a que la compañía demandada no había hecho alegaciones de una conducta ilegal. Ello hacía que las autoridades domésticas tuvieran un margen de apreciación muy estrecho para evaluar la necesidad de interferencia sobre el derecho de expresión de la compañía.

Asimismo, señalaron que cuando una autoridad pública, y no sus funcionarios de manera individual, recurre a un proceso de difamación por las críticas de los medios de comunicación, corresponde a los tribunales domésticos proveer razones convincentes capaces de demostrar sin dudas que los miembros del medio de comunicación actuaron de mala fe o con un desprecio manifiesto de los principios que hacen a un periodismo responsable sobre la realización de declaraciones supuestamente difamatorias. Esa omisión es contraria a las obligaciones asumidas de manera positiva bajo el artículo 10 del CEDH, que requiere a los Estados crear un entorno favorable para la participación en un debate público donde todas aquellas personas involucradas estén habilitadas a expresar sus opiniones e ideas sin miedo.

La necesidad social en favor de la interferencia no fue convincentemente establecida por las autoridades domésticas en el presente caso. De hecho, los tribunales internos no prestaron ningún tipo de consideración a las posiciones de las partes en el proceso por difamación. Tampoco realizaron la necesaria distinción entre las declaraciones de hecho y los juicios de valor que expresaban una crítica contra la administración regional de Volgogrado.

En consecuencia, las autoridades omitieron demostrar que había una razonable relación entre la proporcionalidad de la interferencia en cuestión y el objetivo legítimo perseguido.

## 6. Reflexión final

El desarrollo de este caso no viene a descartar por completo la interferencia sobre el derecho a la libertad de expresión ni sobre la libertad de prensa. Aún más, los precedentes que se citan sostienen que el Poder Judicial no es el único habilitado en reafirmar su autoridad mediante un proceso por difamación ni por otro medio, tanto civil como penal, que permita defender la reputación de la autoridad pública o sus miembros.

No obstante, el caso viene a sostener oportunamente que el margen para habilitar dicho proceder es muy estrecho y que debe ser debidamente fundado. En ese sentido, resultan especialmente importantes aquellos pasajes de la sentencia que reiteradamente señalan que el margen de la crítica permisible respecto de las autoridades públicas debe ser más amplios que el existente sobre los particulares, lo que habilita a una necesaria discusión social y control de las instituciones democráticas.

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

## Reseña del libro *Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Ley 27.610*

Herrera, M.; Gil Domínguez, A. y Hopp, C. (2021). *Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Ley 27.610. Infancia. Ley 27.611*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

*Por Natalia Saralegui Ferrante<sup>1</sup>*

### I. Introducción

En una extensa, profunda y transversal obra colectiva, Marisa Herrera, Cecilia Hopp y Andrés Gil Domínguez examinan en detalle las dos leyes más relevantes de los últimos tiempos en materia de derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos. En particular, hacemos referencia a las leyes N° 27610, de Interrupción Voluntaria del Embarazo, y N° 27611, de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia, conocida popularmente como la “Ley de los mil días”. Ambas normas consolidan un proceso histórico de transformaciones y ampliación de derechos para los feminismos y para las mujeres, las personas gestantes y las niñas.

A lo largo del libro, las autoras y el autor recorren, desde diversas perspectivas, artículo por artículo de cada una de las leyes. Lo abordan desde el derecho constitucional, penal, civil y de las familias. Lo hacen también con una mirada situada, reconstruyendo la historia por la cual se llegó a ese articulado, los sucesos más relevantes que la explican, tanto a nivel como social como legislativo y la jurisprudencia nacional e internacional. En este sentido, dialogan con los proyectos de ley anteriores que versaban

<sup>1</sup> Abogada (UBA). Realizó el Programa de Actualización en Género y Derecho (UBA). Maestranda en Criminología y Seguridad Ciudadana (UNTREF). Docente de Garantías Constitucionales del Derecho Penal Sustantivo y Procesal Penal (UBA).

sobre el aborto. Así las cosas, la memoria histórica de un proceso colectivo de producción normativa puede rastrearse en las páginas de este libro.

Herrera, Hopp y Gil Domínguez –con Natalia De La Torre en la coordinación– escriben, además, desde un punto geográfico particular y, por eso, el derecho comparado está presente a lo largo de toda la obra. Las experiencias de puntos diversos del globo –Uruguay, España, Alemania, Corea del Sur y Reino Unido, solo para dar algunos ejemplos– se hacen presentes para explicar cómo es que se llegó a las formulaciones que finalmente se plasmaron en la norma.

El enfoque que eligieron lxs autorxs y que sostienen a lo largo del libro es el interdisciplinario. Esto se ve en las múltiples referencias a informes de organismos de salud, de la seguridad social, reflexiones y aportes de profesionales de diversas áreas de la medicina y de la bioética. Asimismo, el enfoque es federal, con perspectiva feminista, pero también de discapacidad, de niñeces y de clase. Las categorías absolutas, ahistóricas y supuestamente neutrales sobre la maternidad y el aborto son desarmadas y analizadas con una mirada compleja que problematiza casos de la jurisprudencia nacional escasamente difundidos en este tipo de trabajos.

A lo largo de todo el libro se ve el interés por producir un material útil, práctico, de consulta. Con cuadros comparativos, gráficos y diagramas, las autoras y el autor logran producir una cercanía con las comparaciones que establecen. Esta sistematización de la información aporta claridad y permite una mirada del tema compleja e integral. El prólogo, a cargo de Vilma Ibarra –Secretaria Legal y Técnica de la Nación–, analiza cómo estos derechos se inscriben en otros centrales para las mujeres y personas gestantes, como son el acceso a la salud, la vida, la dignidad, la libre elección del plan de vida, la educación, la diversidad corporal, la información, la igualdad y la autonomía.

## **II. Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Ley N° 27610**

El capítulo 1 del estudio de la Ley N° 27610 comienza con las misceláneas sobre el trámite legislativo. Así se recupera la letra de la ley y también se destacan algunos hitos sobre cómo fue que llegó el proyecto al Congreso de la Nación. En este punto se recuerda el mensaje dado por el Poder Ejecutivo y cómo la consigna central de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito fue bandera desde el primer momento: educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir.

Por otra parte, en el libro se explica que el proyecto –y finalmente la ley– se nutren de más de diez años de trabajo por parte de distintas organizaciones de la sociedad civil en el Congreso Nacional y de la labor parlamentaria de decenas de legisladoras y legisladores. Luego se explican las diferentes modificaciones que hubo de dicho proyecto. Pequeños cambios, pero claves para poder alcanzar los acuerdos necesarios para su sanción. Asimismo, se explican las comisiones por las cuales pasó el proyecto de ley y sus dictámenes.

Por otra parte, en un análisis interesante sobre la cultura legislativa de nuestro país, se explica cómo se desarrollaron las votaciones en 2018 y en 2020, segregando a legisladoras y legisladores por género y por partido político. Esto resulta relevante a la hora de pensar en cuestiones vinculadas a la presencia de mujeres en el Parlamento, ocupando bancas y espacios de toma de decisión.

A lo largo del primer capítulo también se realizan una serie de consideraciones recordando los efectos en términos de salud pública del aborto clandestino. Se cruza el análisis legislativo con uno vinculado a datos estadísticos de salud y de otras disciplinas como economía. Esto, a los efectos de desmontar los argumentos que rechazaban la aprobación de la ley de aborto por supuestas cuestiones sanitarias y por motivos financieros, a raíz de los supuestos costos de esta práctica.

Por último, se recuperan los principales motivos esgrimidos por un sector de los detractores de la ley, que planteaban la ausencia de un costo punitivo con la permanencia del aborto como delito. Al respecto, las autoras y el autor incorporan al análisis los casos de criminalización de mujeres por eventos obstétricos. De esta manera se realiza una mirada integrada de los distintos debates que se dieron en el marco del trámite legislativo por la aprobación de la ley de interrupción voluntaria del embarazo.

Por otra parte, las autoras y el autor recuperan la situación posterior al dictado de la norma vinculada a los contragolpes y las resistencias desplegadas en contra y en defensa de esta ley. Así, recopilan las distintas medidas que se interpusieron desde los sectores antiderechos para intentar suspender la aplicación de la norma votada en el Congreso —con resultado negativo para quienes no querían reconocer que el aborto era ley—.

En cuanto a otras apreciaciones vinculadas a diferentes puntos salientes de la ley, resulta interesante marcar que las autoras y el autor explican la importancia del lenguaje de la reforma legislativa en torno a el reconocimiento de los cuerpos gestantes distintos de mujeres. Allí el aporte es sustancial, dado que los planteos del activismo queer, travesti-trans y LGTTIQ+ se ha visto traducido en la letra de la norma a partir del reconocimiento explícito de que no solo las mujeres cisgénero pueden abortar.

En este punto, el libro también realiza una declaración de principios respecto de la importancia de argumentar contra las ideas de los feminismos trans excluyentes. Para ello, la obra recupera la histórica alianza que ha habido para la conquista de derechos entre los movimientos feministas y los colectivos de las disidencias sexogenéricas, como parte de una misma trayectoria en contra del sistema patriarcal.

De manera posterior, en los siguientes capítulos se detalla cada artículo de la ley y los diferentes derechos de las mujeres y de las personas gestantes, la manera en la cual se previó el acceso al aborto libre hasta la semana 14 de la gestación y los supuestos de aborto legal una vez transcurrido ese plazo.

Desde esta perspectiva, la obra recupera algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales más importantes que han moldeado los debates constitucionales, civiles y penales en materia de aborto. A modo de ejemplo, se aborda la referencia ineludible al fallo “F.A.L.” de la Corte Suprema de Justicia

de la Nación, de 2012.<sup>2</sup> Así, se muestra cómo una experiencia de la cual se ha aprendido tanto a nivel legal como social se logró incorporar en la técnica legislativa. A la hora de conceptualizar el derecho al aborto en Argentina, la obra deja claro que la ley N° 27610 establece un modelo mixto en el que existen un sistema de plazos hasta la semana 14 que se concatena con un sistema de indicaciones puro, sin límite temporal, por cuestiones vinculadas a violencia sexual, la vida y la salud.

Vale la pena destacar que en estos capítulos encontraremos análisis del derecho comparado y también abordajes desde distintas perspectivas interseccionales que resultan relevantes.

En primer lugar, la perspectiva de niñeces, desde el paradigma de la autonomía progresiva y en función de la construcción de derechos producto de una diversidad de leyes y, de forma central, al Código Civil y Comercial de la Nación.

En segundo lugar, la perspectiva de discapacidad, contra cualquier mirada capacitista y basada en la discriminación. Para ello, se recuperan las voces de las organizaciones de la sociedad civil, como REDI (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad), involucradas en mostrar que la discapacidad no es más que una construcción social.

En tercer lugar, corresponde destacar el estudio federal que se hace de los diversos puntos de la ley, en particular, tomando en cuenta la experiencia ya vivida con los protocolos de acceso a abortos no punibles producto del fallo “F.A.L.”.

La obra cuenta con un estudio respecto del artículo quinto de la ley N° 27610 y los derechos de todas las personas gestantes a recibir la práctica en el máximo plazo de diez días corridos desde su requerimiento y las condiciones especificadas: trato digno, privacidad, confidencialidad, acceso a la información, acceso a atención de calidad y respeto a la autonomía de su voluntad.

En el cruce de los análisis constitucionalistas, civilistas y penalistas se abordan cuestiones vinculadas a la violencia obstétrica en casos de aborto y de los derechos de lxs pacientes. Asimismo, las autoras y el autor observan el problema de violación del secreto médico profesional como punto de partida de la criminalización de mujeres y personas gestantes por abortos u otros eventos obstétricos. En este punto, recuperan la jurisprudencia histórica y la más reciente en la materia, con el caso “Callejas”<sup>3</sup> de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por otra parte, respecto del artículo 6 de la ley, resulta interesante que la obra muestra la manera en la que debe abordarse el derecho a la información como derecho de lxs pacientes y no como mecanismo que ha fracasado en otras experiencias de derecho comparado, como, por ejemplo, la experiencia uruguaya. En el país vecino, que exige un proceso previo y obligatorio para realizarse la práctica de aborto, el resultado fue que, en diferentes oportunidades, se presionaba a la persona que realizaba la consulta. Esto no es así con la ley argentina, en la que se ha buscado evitar cualquier tipo de imposición y garantizar la autonomía de la voluntad.

---

2 CSJN. Fallos 335:197.

3 CSJN. Fallos 343:103.

En cuanto a los sujetos obligados, el libro jerarquiza la incorporación del aborto al Plan Médico Obligatorio y la obligación, por lo tanto, de garantizar la práctica en los distintos subsistemas. En este sentido, se aborda la exigencia de una cobertura de calidad en las prestaciones y los debates vinculados a la objeción de conciencia.

Allí, se explica con claridad que no es posible reconocer el derecho de objeción de conciencia a las instituciones y que jamás la objeción puede ir en desmedro de la realización de la práctica como resultado de una ponderación de valores. Por el contrario, se explica que en la ley se prevén mecanismos para derivar a efectores y efectoras que efectivamente realicen la prestación.

Estas cuestiones, que fueron centrales en el debate parlamentario, no han dejado de estar en agenda. Por el contrario, su planteamiento resulta necesario para seguir pensando en una cuestión clave, incluso en mayor medida para las personas que solicitan abortos en localidades más pequeñas, con menos prestadores y prestadores.

En otro orden de ideas, en los capítulos vinculados al tratamiento de los artículos 14 a 18 de la Ley N° 27610 se realizan observaciones respecto a las modificaciones que esta introdujo al Código Penal. Contienen reflexiones y análisis centrales a la hora de pensar la criminalización de mujeres y personas gestantes por abortos y eventos obstétricos. De ellos también deriva la necesidad de realizar los planteos oportunos de sobreseimiento y absoluciones de esos procesos.

Por último, respecto del artículo 19 de la ley, se estructuran las responsabilidades de capacitar al personal de salud sobre la nueva normativa. Las autoras y el autor desarrollan los estándares que se deben pensar en materia de formación en este terreno y las oportunidades de trabajo que existen entre diferentes ministerios para hacerlo. Asimismo, se remarca la importancia de revisar y adecuar los planes de estudios de las carreras de grado de Medicina y de otras facultades como Derecho, Trabajo Social y Psicología para la incorporación de los contenidos vigentes en la nueva ley.

### **III. Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia. Ley N° 27611**

Las autoras y el autor explican con claridad cómo esta legislación resulta complementaria de la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo y se construye sobre el mismo paradigma: la autonomía de la voluntad de las personas gestantes. A eso se suma el apoyo que brinda el Estado a la decisión de gestar o maternar.

Con una estructura similar a la utilizada para analizar la ley N° 27610, en esta segunda parte del libro se analiza artículo por artículo la Ley N° 27611. De allí que se deducen los derechos a la seguridad social, a la identidad, al acceso a la salud, entre otros.

Resulta interesante también el estudio que se realiza sobre lo que la ley presenta como las poblaciones que se encuentran en situaciones específicas de vulnerabilidad. En el artículo 24 se destaca la determinación dentro de este grupo de las mujeres y personas gestantes en situación de violencia por razones de género.

Asimismo, se analiza que en el artículo 26 se repara en la situación que atraviesan niñas y adolescentes embarazadas y se establece que deberá brindarse atención especializada para aquellas menores de quince años, por estar en situación de alta vulnerabilidad.

#### **IV. Conclusión**

En síntesis, este libro reúne en sus páginas varios libros posibles. Lo hace con precisión y con extremo cuidado de no dejar cabos sueltos. Esta obra colectiva, sin lugar a dudas, será de gran utilidad para quienes quieran comprender la historia de cómo se llegó a la sanción de las leyes N° 27610 y 27611. También lo será para quienes necesiten entender algunos o varios artículos de las leyes en cuestión. Por último, aportará de igual modo a quienes deseen reflexionar, enseñar, escribir o litigar en defensa de este conjunto de normas tan deseadas por los feminismos.

Sin lugar a duda, esta es una obra necesaria. Para entender un pasado reciente que emociona. Para un presente en el que las leyes se están empezando a poner en práctica. Para un futuro de pelea –en la justicia, centros de salud, en las universidades y en las calles– por la remoción de barreras fácticas y legales y su plena implementación en todo el territorio nacional.



## Reseña del libro *El juicio de amparo*

Gozaíni, O. A. (2021). *El juicio de amparo*.  
Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

Por Alejandro C. Verdaguer<sup>1</sup>

---

El profesor Osvaldo Gozaíni no requiere presentación. Su trayectoria es ampliamente conocida por todos. La pandemia, y la consiguiente reclusión que trajo aparejada (recomendamos, particularmente, la lectura de su sentido prólogo), fue el marco en el que retomó uno de sus temas preferidos: el amparo. Lo hizo siguiendo la senda iniciada en su clásico *Derecho de Amparo* (1998),<sup>2</sup> luego profundizada en *Derecho Procesal Constitucional – Amparo* (2002).<sup>3</sup> Este tema también lo desarrolló en su *Tratado de Derecho procesal civil* (2009)<sup>4</sup> y es la piedra angular de la tesis que plantea en *Garantías, Principios y Reglas del Proceso civil* (2015).<sup>5</sup> La mirada convencional vinculada al amparo, que naturalmente no podía estar ausente en su análisis, la encontramos en *Conflictos constitucionales y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (2019).<sup>6</sup>

1 Profesor adjunto de Elementos de Derecho Procesal Civil (UBA). Profesor de posgrado (UBA, UNLP y UNT). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional.

2 Gozaíni, O. (1998). *El derecho de amparo*. Buenos Aires: Depalma.

3 Gozaíni, O. (2002). *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires/Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

4 Gozaíni, O. (2009). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: La Ley.

5 Gozaíni, O. (2015). *Garantías, Principios y Reglas del Proceso Civil*. Buenos Aires: Eudeba.

6 Gozaíni, O. (2019). *Conflictos constitucionales y procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediar.

¿Qué es lo que nos propone Gozaíni en esta nueva obra?

Si hiciéramos un rápido repaso del amparo desde los primeros precedentes (los célebres casos “Siri” y “Kot”) hasta la actualidad podríamos apreciar que los conflictos que se discuten en su marco van cambiando. También ocurre lo propio con los criterios jurisprudenciales.

En esta oportunidad Gozaíni, asumiendo que la falta de una ley reglamentaria es una suerte de mal endémico, nos adelanta que se guiará por las pautas que fija la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los amparos que tramitan en el ámbito de su competencia originaria o que llegan por la vía del recurso extraordinario.

En un tema federal como el amparo, garantía constitucional por excelencia de los derechos fundamentales, los criterios que la Corte Suprema ha ido plasmando son datos insoslayables de cualquier análisis que se ven enriquecidos por la reflexión crítica del autor.

Gozaíni comienza su desarrollo mostrando al amparo en sus dos vertientes: como derecho y como garantía. Destaca que, siendo el proceso más importante para la defensa y promoción de los derechos humanos, se impone afianzar su eficacia y limitar los sesgos restrictivos. Exhorta a que no sea visto como un proceso excepcional y extraordinario, puesto que su función primordial es la protección inmediata y efectiva contra cualquier amenaza o lesión a un derecho fundamental. A partir de su incorporación al texto constitucional (art.43), en la reforma del año 1994, el amparo –nos señala el autor– pasa a ser la garantía por antonomasia, puesto que es la única herramienta disponible para tutelar los derechos fundamentales de modo inmediato.

Por su formación, presta mucha atención a la influencia del sistema interamericano. El llamado Pacto de San José de Costa Rica establece en los artículos 8 y 25 el derecho a tener un recurso sencillo y eficaz, directriz en la que se refleja el amparo. Observa, de todos modos, que como los países que integran el sistema lo regulan de diversa manera es necesario encontrar “pilares comunes y salvaguardas generales” para evitar situaciones de desigualdad.

No pregona una suerte de procedimiento común sino, por el contrario, “un derecho a la tutela judicial efectiva mediante un proceso simple y abreviado, que resuelva el derecho a ser oído en un plazo razonable, y con las demás garantías contenidas por el derecho procesal transnacional respecto al debido proceso”.

La función social del juez en el amparo es otro de los temas a los que le presta atención. Destaca que se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción, y que los límites de la llamada tutela judicial efectiva no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio. Plantea que los jueces deben asumir una lectura de vanguardia y prestar atención a las realidades que emergen del reclamo social. En tal sentido, postula que se eliminen dogmatismos y se consagren nuevas reglas técnicas que, sorteando los formalismos tradicionales, aporten una óptica más funcional y efectiva.

Expresa que, si los jueces encuentran en el sistema interamericano normas de contenidos más amplios que los de la legislación interna, deben utilizarlas puesto que están incorporadas al plexo constitu-

cional como un “bloque” de nuevos derechos y garantías. Con sensatez exhorta a estos últimos a que utilicen sus potestades, pero siempre dentro un cauce de racionalidad.

Señala, por ejemplo, que el amparo no puede ser una herramienta utilizada con el propósito de que los jueces practiquen una investigación sumaria de hechos que son denunciados en forma genérica. Esa actividad instructora, apunta, es ajena a los fines con que ha sido incorporado el amparo al derecho público argentino.

La cuestión colectiva no escapa a su análisis. Repasa las variables sentadas por la Corte en “Halabi”. Entiende que son positivas las audiencias públicas como modo de estructurar el derecho de participación reconocido constitucionalmente para intervenir en la toma de decisiones, y como paso previo y necesario a la introducción de modificaciones importantes en los servicios públicos.

En cuanto a los presupuestos del amparo, el artículo 43 reitera los de ilegalidad y arbitrariedad manifiesta ya exigidos en la Ley N° 16986. Advierte que estas categorías no pueden ser aplicadas aisladamente perdiendo el sentido de unidad que tiene cualquier ordenamiento jurídico, y que erróneamente cierta jurisprudencia –y también alguna doctrina– es proclive a unificarlas.

En lo que atañe a la urgencia del amparo, plantea que esta debe acreditarse objetivamente y que no es suficiente la simple creencia o buena fe del solicitante. Dicha categoría debe ser la conclusión de hechos razonablemente apreciados en sus posibles consecuencias.

También desarrolla la relación entre el amparo y la acción de inconstitucionalidad. Nos recuerda que la consulta de constitucionalidad no existe en el derecho federal de nuestro país. Por lo tanto, no es suficiente que el accionante sostenga dudas razonables sobre las implicancias jurídicas de una norma cualquiera, sino que, conforme los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional y el artículo 2° de la Ley N° 27, debe existir una causa que habilite el caso judicial. Consecuentemente con tal pauta los jueces tienen vedado realizar declaraciones abstractas, fuera de la causa concreta planteada.

A la legitimación para actuar le dedica un capítulo, señalando los requisitos que debe cumplimentar el peticionante. Como no podía ser de otra manera, diferencia la órbita individual de la colectiva y, en otro capítulo, trata la legitimación del usuario, consumidor y de las asociaciones.

Cuestiones procedimentales como la competencia, requisitos de la demanda de amparo, efectos de su interposición (que son abordados en ambas esferas, individual y colectiva), los hechos en la demanda y el informe circunstanciado del Estado son tratados con claridad.

Un tema muy complejo, como la intervención de terceros, merece otro capítulo. La eficacia de la cosa juzgada frente a estos es uno de los tópicos que allí aborda.

En materia de prueba, para Gozaíni existe un derecho constitucional a la prueba que se convierte en una pieza clave dentro del engranaje de todos los procedimientos. Aduce que ese derecho, básicamente, consiste en la posibilidad de producir todas las pruebas que sean lícitas y pertinentes, y en poder practicarlas. Postula que el proceso no debe conducirse en términos estrictamente formales con

menoscabo del valor, justicia y garantía de la defensa en juicio. Acertadamente señala que el amparo requiere de actividades probatorias específicas, que por la brevedad y sencillez que el proceso establece, obliga a una fuerte concentración.

En materia cautelar interpreta que las medidas que se dicten deberían discurrir por carriles especiales, antes que amoldarlas en los presupuestos tradicionales del proceso común. Señala como ejemplo de las primeras las tutelas de *urgencia*, *anticipatoria* y de *satisfacción inmediata* y las desarrolla. Trata también el alcance de las medidas provisionales (la clásica prohibición de innovar).

Con relación a la Ley N° 26854, que regula el régimen de medidas cautelares contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, apunta que

el amparo quedó fuera de sus previsiones pero se aplica cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria.

Con relación a la sentencia, nos recuerda que la del amparo es constitucional y, para una mayor profundización, nos remite a su obra *Sentencias constitucionales. Teoría y práctica* (2020).<sup>7</sup> Otro problema está en su eficacia *erga omnes*, tema que desarrolla. También le dedica un acápite a la denominada modalización de la sentencia, diferenciando las *interpretativas*, *complementarias*, *normativas* y *exhortativas*.

En los últimos capítulos aborda la cosa juzgada y su alcance y trata el problema de ejecución de las sentencias.

Hasta aquí una prieta síntesis de la obra. No dudamos que su lectura será de interés para los estudiosos del amparo y también para quienes lo operan cotidianamente (abogados, funcionarios judiciales y jueces). Tampoco que, ante la falta de ley reglamentaria, servirá como guía de actuación y para la jurisdicción, en particular, un recuerdo de que las garantías constitucionales, más allá de cualquier marco normativo, exige de jueces dispuestos a hacerlas efectivas.

---

<sup>7</sup> Gozaíni, O. (2020). *Sentencias constitucionales. Teoría y práctica*. Buenos Aires/Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

# Reseña del libro *Desaparecer en Democracia. Cuatro décadas de desapariciones forzadas en Argentina*

Meyer, A. (2021). *Desaparecer en Democracia. Cuatro décadas de desapariciones forzadas en Argentina*. Buenos Aires: Marea Editorial.

*Por Mercedes Isabel Martínez<sup>1</sup>*

---

*Las desapariciones son responsabilidad del Estado  
y de cada gobierno que participó en ellas,  
es un crimen de lesa humanidad que no prescribe,  
es un reclamo que no abandonamos,  
no olvidamos y no nos reconciliamos.*

Nora Cortiñas

En la obra que aquí se reseña, Adriana Meyer realiza un recorrido impecable sobre las desapariciones forzadas ocurridas desde el retorno a la democracia en Argentina, desde el año 1983 hasta el 2021. La autora es licenciada en Ciencias de la Comunicación y docente en la Universidad de Buenos Aires. Además, es redactora en la sección política del diario *Página/12*, columnista en Radio La Red y colabora en diferentes publicaciones.

---

<sup>1</sup> Estudiante de Abogacía (UNPAZ). Integrante en distintos proyectos de investigación (UNPAZ).

Un equipo de investigación colaboró con la autora en este trabajo preciso y muy claro, que a través de diez capítulos realiza un recorrido por las desapariciones forzadas cometidas durante los distintos gobiernos democráticos, arribando a la conclusión de que para estos crímenes no existe “la grieta”.

Cuenta con el prólogo de María del Carmen Verdú, abogada militante de la Coordinadora contra la Represión Policial e Institucional (CORREPI) y un prefacio en el que la autora nos aproxima a un contexto complejo repleto de verdades insoslayables.

Uno de los primeros análisis que nos presenta quiere demostrar la relación que guarda la figura de la desaparición forzada en democracia con las lamentables prácticas que llevó adelante la dictadura cívico-militar y eclesiástica entre los años 1976 y 1983.

A solo dos semanas de la asunción del gobierno de Alfonsín se produjo la primera desaparición, que fue seguida por otras 218 durante la democracia y son acompañadas por una larga lista de 7.500 muertes a manos de distintas fuerzas de seguridad del Estado, según informa la CORREPI. Se trata de personas que fueron vistas por última vez cuando eran detenidas o estaban bajo el poder de hecho de las fuerzas de seguridad, cuyos cuerpos desaparecieron en la tortura o bajo su custodia.

¿Los desaparecidos son resabios o hay continuidad?, se pregunta la autora. En relación con el vínculo desaparición forzada-democracia y desaparición forzada-dictadura, en un primer momento se habló de “depurar” a las fuerzas que heredaron “vicios” o malas formas de la dictadura, pero luego se hallaron ciertas constantes y similitudes en relación con la figura de la desaparición forzada de personas.

Una de ellas es la burocracia. Natalia Federman, abogada que se vinculó al caso de Luciano Arruga, entre otros, reflexiona al respecto: “las burocracias que gestionan la información sobre las muertes de personas no identificadas no valoran esos documentos como portadores de la historia de alguien que falta, como portadores de la certeza de una muerte que alguien llorará” (Meyer, 2021: 40).

Meyer nos sumerge, además, en otra constante: el encubrimiento; es decir, “tapar las propias huellas, negar, distorsionar, omitir, interferir, destruir evidencia, son todas las acciones que despliegan los agentes del Estado inmediatamente después de una desaparición” (Meyer, 2021: 41).

La autora explica distintas acciones recurrentes llevadas adelante por los agentes estatales que forman parte del encubrimiento: no toman las denuncias a los familiares de la persona desaparecida; afirman que la persona está en otro lado; los libros de guardia suelen estar adulterados; amenazan a familiares y amigos; la primera investigación suele realizarla la misma fuerza sospechada; los policías involucrados son trasladados a otras dependencias; el porcentaje de condenas es muy bajo; cuando aparecen los cuerpos suelen hacerlo en lugares donde se había rastreado infinidad de veces; las versiones falsas provienen de las fuerzas; hay engaños y mentiras hacia los familiares de las víctimas (Meyer, 2021: 42-43).

Estas constantes son estructurales y muy complejas. La cuestión burocrática no solo se presenta al momento de la búsqueda de la víctima, sino también cuando se encuentran los cuerpos. En este sentido, se señala que “en Argentina la búsqueda de personas desaparecidas y la identificación de cadáveres sin identidad son dos universos que corren por vías separadas” (Meyer, 2021: 45). El sistema de identi-

ficación se basa en huellas dactilares que no son suficientes para crear una base de datos para que el Estado pueda dar respuesta y establecer una política unificada.

Meyer no solo desarrolla la problemática de la desaparición forzada en democracia desde un lugar descriptivo y “sin salida”, sino que, a través de expertos y personas vinculadas a organismos de derechos humanos, plantea posibles soluciones para poder, al menos, dar lugar al duelo, para poner una flor en un lugar concreto y llorar a nuestros seres queridos. En este aspecto, Fondebrider plantea dos caminos posibles para dar respuesta a esta problemática: contar con una ley nacional de cementerios para personas sin identidad hasta tanto puedan ser identificadas o una acordada entre fiscales para que en las causas donde haya cadáveres sin identificar se establezca una orden de no innovar en la sepultura (Meyer, 2021: 46-47).

Continuando con la idea de las huellas que dejó la dictadura, en muchos casos se alimenta una noción con la que intentaron defenderse los genocidas en la dictadura: “sin cuerpo no hay delito”, una idea sin dudas despiadada y absurda tendiente a eludir evidentes responsabilidades que se traducen en impunidad. En este aspecto, la fiscal Iribarren afirma que “un crimen sin cuerpo implica que los autores tomaron todos los recaudos para eliminar vestigios de su delito y que eso impida su investigación”, con lo cual sostiene que esto no es posible en soledad, “lo que nos lleva a pensar en una cobertura estatal” (Meyer, 2021: 260).

El libro cuenta con alrededor de cincuenta testimonios de familiares y amigos de víctimas, por supuesto cargados de dolor, tristeza, frustración e impotencia y aun así, en muchos casos, de lucha y de un clamor que encuentra ecos en cada rincón de nuestro suelo. Tal es el caso de Vanesa Orieta, hermana de Luciano Arruga, que ya casi no llora y milita para que no sigan matando y desapareciendo pibes en los barrios.

Dentro del camino que Meyer transita desde una postura crítica y contundente, nos topamos con la policía de la provincia de Mendoza que cuenta con hechos que se inscriben en una larga lista de crímenes y abusos que le dieron la “chapa” de “brava”. Además, aparece la “Maldita Bonaerense”, que a través de distintos gobiernos fue alentada desde algunos sectores y sostenida impunemente.

Cada nombre, cada caso, cada uno de los desaparecidos y desaparecidas en esta investigación está acompañado de una familia, de seres queridos que esperaron y en muchos casos aún esperan noticias, un llamado, un golpe en la puerta, que reclaman por una justicia que no oye, que no ve y que no condena a los responsables a pesar de las constantes cada vez más evidentes.

En muchos casos, la rebeldía contra una autoridad con botas y chapa se hizo patente, lo cual desencadenó “revanchas” y se tradujo en abuso de autoridad; en otros, se trata de la criminalización de la pobreza y las fuerzas represivas protegen determinados intereses.

En cada capítulo se relatan los diferentes casos de desapariciones forzadas en democracia de manera cronológica. Nos encontramos frente a un panorama que no distingue partidos políticos y que refleja prácticas opuestas a la defensa de los derechos humanos. En este sentido, los gobiernos desde el retorno de la democracia hasta nuestros días han ocultado o al menos no pudieron resolver mediante

políticas públicas de fondo esta problemática que golpea a la sociedad en su conjunto. La autora va más allá en este sentido y sostiene que la desaparición forzada es un crimen de Estado.

La analogía que la autora realiza entre la democracia y la dictadura de ninguna manera es ilusoria por diversas razones. Por ejemplo, de los 52 altos mandos de la Policía Metropolitana (creada en 2008, durante el gobierno de Macri), 38 tuvieron actuación en las fuerzas de seguridad durante la última dictadura (Meyer, 2021: 273). Asimismo, varios de estos agentes presentan capacitación en lucha “antissubversiva” y “guerrilla urbana”. Por ende, “policía de mano dura que zafa se recicla y sigue en carrera” (Meyer, 2021: 275).

El último capítulo de la obra pertenece a los desaparecidos originarios. Allí nos encontramos frente a ciertas particularidades de un pueblo históricamente perseguido, que cuenta con decenas de desaparecidos mapuches en la Patagonia. Las comunidades además solicitan que los abogados que intervengan sepan de derecho indígena, ya que presentan una cosmovisión muy distinta a la de la sociedad occidental.

Respecto de las mujeres desaparecidas, en casi todos los casos, tal y como lo describe Verdú en el prólogo y es profundizado por la autora a lo largo de la investigación, además de su privación de la libertad, en la mayoría de los casos también han sido víctimas de ataques sexuales, como lo acreditan 40 víctimas.

Al cierre de la obra, la autora presenta las conclusiones de la investigación y de su enorme trabajo: destaca que falta una política específica, incluso avalada por una ley, que determine un protocolo a seguir para quienes intervienen en un caso de desaparición forzada de persona; se debe escuchar y tomar las denuncias de los familiares de la persona con respeto y cuidado. En el mismo aspecto, advierte que hay jueces que se niegan a tramitar los hábeas corpus, herramienta fundamental que no debe ser suspendida. La Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas y Extraviadas fue creada recién en el año 2014, con lo cual queda un largo camino por recorrer. Además, es necesario y urgente crear un banco de ADN de las personas desaparecidas en democracia. La autora hace especial hincapié en la necesidad de dismantelar el aparato represivo de la dictadura: sus integrantes no deberían pertenecer a la estructura del Estado democrático.

La naturalización de la idea de que se puede desaparecer en democracia y que, además, la impunidad acentúe el dolor de perder a un ser querido, debe ser derribada, pues, como Meyer explica, es un crimen al que no nos podemos acostumbrar ni ser indiferentes.

La obra cuenta con un anexo, en el cual se presentan diferentes miradas sobre los desaparecidos y desaparecidas en democracia y un informe de la CORREPI, que incluye los nombres de las personas desaparecidas a manos de las fuerzas de seguridad en Argentina desde el regreso de la democracia.

En suma, se trata de una obra imprescindible y necesaria para quienes luchamos por la defensa de los derechos humanos, para estudiantes y para la sociedad en su conjunto, para que no nos permitamos olvidar y así poder cambiar nuestra historia.



## Reseña del libro *Igualdad real de las mujeres. El derecho a una paridad efectiva*

Fernández Andreani, P. A. y Boquin, G. F.  
(dirs.) (2021). *Igualdad real de las mujeres. El  
derecho a una paridad efectiva.*  
Buenos Aires: Astrea.

*Por Raquel Corrao<sup>1</sup>*

---

La contundencia del título de esta obra colectiva nos revela el modo en que la temática ha sido abordada por las directoras y cada una de sus autoras. La búsqueda de la “igualdad real”. Aspiración y derecho de las mujeres.

Igualdad desde el punto de vista “estructural”. Ese concepto –incorporado para autores como Saba– en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional, cuando establece entre las atribuciones del Congreso la de

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA). Actualmente se desempeña como secretaria de la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA).

Nos dice el autor que

Existen en nuestras sociedades colectivos de personas que, a causa de esa misma pertenencia a determinados grupos, carecen de acceso a ciertos empleos, funciones, actividades, espacios físicos o a la práctica del autogobierno, dada la situación de sometimiento que padecen. Mi supuesto inicial es que esas personas no se autoexcluyen en forma voluntaria y autónoma. En la Argentina casi no hay normas que excluyan a las mujeres [...] del ejercicio de los derechos a ser elegidos para cargos públicos, trabajar en la administración pública, acceder a la educación, a la salud o a la alimentación. Sin embargo, de hecho, alcanzar esas metas es para ellos “sólo palabras” [...] y ésto se debe a una situación sistemática de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan.<sup>2</sup>

Los primeros tres capítulos del libro que aquí se reseña tratan los conceptos básicos de igualdad, discriminación, políticas públicas (permisos de maternidad y paternidad), el peso de las disposiciones constitucionales en el debate sobre género y los derechos sociales e igualdad de género.

La obra nos demuestra que a pesar de la existencia de muchos avances normativos, aún queda un largo camino por recorrer para lograr vencer la desigualdad estructural de la que son objeto las mujeres.

El capítulo IV dedicado a la “Agenda legislativa”, donde su autora describe el recorrido de nuestro país desde fines de los años cuarenta del siglo XX a través de distintas normas en favor de la igualdad de género, resulta especialmente ilustrativo en este aspecto, pues a pesar de los auspiciosos avances normativos, continúan siendo insuficientes.

En un escenario social que a veces no resulta lo receptivo que nos gustaría al cuestionamiento o al cambio, el camino hacia la igualdad real se torna complejo y la lucha para lograrlo es paradójicamente desigual.

Ello podría tener causa en la instalación de estereotipos sociales de los cuales es difícil desprenderse (incluso a las propias mujeres), ya sea por aprendizajes familiares vinculados a una cuestión generacional o por la aceptación del rol impuesto por el hombre y naturalizado por las mujeres por razones de necesidad económica, de poder o de vulnerabilidad que impiden siquiera pensar en rebelarse.

Para Monique Wittig,

El concepto de la diferencia entre los sexos ontológicamente constituye a las mujeres como diferentes/ otras, los hombres no son diferentes, la gente blanca no es diferente, ni lo son los amos [...] la función de la diferencia es enmascarar en todo nivel los conflictos de intereses, incluidos los ideológicos.<sup>3</sup>

2 Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 31.

3 Wittig, M. (1978). *La mente hetero*. Discurso leído por la autora en Nueva York, durante el Congreso Internacional sobre el lenguaje moderno.

La primera en registrar el lenguaje que define la identidad de la mujer fue Simone de Beauvoir en *El Segundo Sexo*, en donde como Wittig se pregunta qué es la mujer, aunque no llega a la misma conclusión. La filósofa francesa dice:

La primera aproximación que encuentra es el de hembra que surge de una matriz, un ovario. Pero es aquí donde nos señala que en boca del hombre, el epíteto de “hembra” suena como un insulto; sin embargo, no se avergüenza de su animalidad; se enorgullece, por el contrario, si de él se dice: “¡es un macho!”. [...] el término “hembra” es peyorativo, no porque enraíce a la mujer en la Naturaleza, sino porque la confina en su sexo; y si este sexo le parece al hombre despreciable y enemigo hasta en las bestias inocentes, ello se debe evidentemente, a la inquieta hostilidad que en él suscita la mujer, sin embargo, quiere encontrar en la biología una justificación a ese sentimiento.<sup>4</sup>

Para de Beauvoir, los datos biológicos son de suma importancia: representan, en la historia de la mujer, un papel de primer orden. El cuerpo de la mujer, representa para la autora, un instrumento, mediante el cual se afina en el mundo, este se presenta de manera muy distinta según que sea asido de un modo u otro. Pero la idea que rechaza es que su biología le imponga un destino petrificado y que este sea de carácter neutro.

Esa biología no es condición para formular una jerarquía de los sexos y no alcanza para explicar por qué la mujer es *lo otro*; “no la condenan a conservar eternamente ese papel subordinado”.<sup>5</sup>

Por supuesto que esta lucha de las mujeres por liberarse de esta opresión es anterior al capitalismo. Sin embargo, está ligada a la existencia de una división sexual del trabajo, que no es armoniosa con los hombres y no se basa solo en mentalidades arcaicas o prejuicios. Ese poder opresor no es abstracto, no hay discurso de verdad apolítico, la normalización llevada a cabo por la ley jurídica no transforma la realidad, pero, al decir de Wittig, tiene “el poder de actuar en forma material y concreta sobre nuestros cuerpos y mentes, aun cuando el discurso que las produce sea abstracto”.<sup>6</sup>

Se observa así la necesidad de la presencia del Estado para intervenir en estas situaciones, lo cual es abordado por las directoras y autoras. Así veremos desarrollados en el libro capítulos que muestran el mapa de género en la integración del Poder Judicial, la necesidad de cambios normativos en la Ley de Contrato de Trabajo, como también en situaciones de insolvencia donde se ven involucradas mujeres y que requerirían de un tratamiento específico en la Ley N° 24522 o la falta de perspectiva de género en muchas decisiones judiciales. También otro capítulo que expone la necesidad de incorporar mujeres en el ámbito de las contrataciones públicas. Encontraremos un capítulo dedicado a la violencia doméstica e institucional en el sistema penal y otro a la violencia que sufren las migrantes.

4 Beauvoir, S. de (2005 [1949]). *El segundo sexo*. [Traducción Juan García Puente]. Buenos Aires: Sudamericana, p. 35.

5 *Idem* nota 4, p. 43.

6 *Idem* nota 3.

Se trata en profundidad el estado de vulnerabilidad extrema de las mujeres mayores e indígenas y el lugar denostado que se le da a la mujer en la publicidad y la violencia que sufren en determinados espacios laborales, como ser los medios de comunicación.

El denominador común es en todos los casos el Estado, sobre quien pesa un deber constitucional de garantizar el goce de derechos a través de políticas públicas y decisiones a la altura de las circunstancias.

El libro considera la mirada multidisciplinaria de la paridad efectiva a la que se aspira respecto de los hombres en cuanto al goce de derechos y asunción de obligaciones. Tarea compleja si se pretende no caer en el lugar común de victimizar a las mujeres o demonizar a los hombres. Esa mirada multidisciplinaria de la cuestión –como nos propone esta obra– colabora en ese propósito, pues si bien las autoras en su mayoría son abogadas con diversas especialidades, diferente ámbito de actuación e incluso provenientes de distintos países, también encontramos una actriz, guionista y directora, como también una licenciada en Ciencias Políticas, otra en Antropología y una profesora de Letras. Esta obra honra ese equilibrio a través de una mirada transversal que evita los prejuicios a la hora del análisis.

También se ocupa el libro de tratar el tema de la mujer en el mundo empresarial del cual ha estado históricamente relegada. Pensemos en el rol tradicional de la mujer sobre el que nos advertía de Beauvoir:

El destino que la sociedad propone tradicionalmente a la mujer, es el matrimonio. La mayor parte de las mujeres, todavía hoy, están casadas, lo han estado, se disponen a estarlo o sufren por no estarlo. La soltera se define con relación al matrimonio, ya sea una mujer frustrada, sublevada o incluso indiferente con respecto a esa institución. Así, pues tendremos que proseguir este estudio mediante el análisis del matrimonio [...] El matrimonio siempre se ha presentado de manera radicalmente diferente para el hombre y la mujer. Los dos sexos son necesarios el uno para el otro, pero esa necesidad jamás ha engendrado reciprocidad entre ellos; nunca han constituido las mujeres una casta que estableciese intercambios y contratos con la casta masculina sobre un pie de igualdad. Socialmente el hombre es un individuo autónomo y completo, ante todo, es considerado como productor, y su existencia está justificada por el trabajo que proporciona a la colectividad; ya se ha visto por qué razones el papel reproductor y doméstico en el cual se halla encerrada la mujer no le ha garantizado una dignidad igual.<sup>7</sup>

La presencia, entonces, de las mujeres en el mundo de los negocios a través de disposiciones que le garanticen espacios de decisión efectiva resulta auspicioso y fundamental. De eso tratan los capítulos IX, X y XI de la obra.

La necesidad de seguir profundizando e instando hacia la igualdad real de las mujeres se ha tornado evidente con el fenómeno de la pandemia. El 2 de noviembre de 2020, en una publicación dedicada a América Latina y el Caribe, la ONU Mujeres señaló:

---

<sup>7</sup> *Idem* nota 4, pág. 373.

La crisis provocada por la pandemia del COVID-19 ha demostrado los grandes desafíos que tenemos como sociedades, haciendo más evidentes las desigualdades de género: las mujeres son las más afectadas por el aumento de desempleo, la pobreza y la sobrecarga de cuidados no remunerados [...] La sobrecarga de trabajo no remunerado es un obstáculo en el empoderamiento económico de las mujeres y su autonomía [...] La crisis por COVID-19 ha reafirmado la importancia del trabajo de cuidados pero también la injusta e insostenible distribución de las responsabilidades a la interna de los hogares.<sup>8</sup>

Dicha problemática es tratada por la obra en su último capítulo. Las consecuencias gravosas para las mujeres con motivo de la pandemia en el orden personal, social y económico demuestran que, a más de setenta años de las reflexiones de Simone de Beauvoir, se mantiene un escenario desigual. Los avances logrados quedaron desdibujados y tal vez nos mostraron que no eran tan sólidos como pensábamos.

Esta obra colectiva brinda valiosos aportes y recomendaciones para lograr vencer esa desigualdad brindándonos elementos y datos de la realidad, como así también el estado de situación desde el punto de vista normativo y de políticas públicas que nos interpela presentándonos nuevos desafíos.

---

<sup>8</sup> Recuperado de <https://lac.unwomen.org/es/noticias-y-eventos/articulos/2020/11/impacto-economico-covid-19-mujeres-america-latina-y-el-caribe#:~:text=Se%20calcula%20que%20pandemia%20dejar%C3%A1,el%20ingreso%20diario%20en%20general>



# Reseña del libro *Repensar la justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad*

Herrera, M. y De la Torre, N. (coords.) (2021).  
*Repensar la justicia en clave feminista: un  
debate desde la Universidad*. Buenos Aires:  
Editores del Sur.

*Por María Foronda<sup>1</sup>*

---

La violación de los derechos humanos se presenta, lamentablemente, como una práctica histórica, sistemática y recurrente en todas las regiones del mundo. En ese sentido, el desconocimiento de los derechos y libertades fundamentales ha sido, hasta la fecha, una problemática común a los Estados.

Escribo estas palabras con mucha emoción, por el compromiso que implica realizar la reseña de tan preciada, actualizada y completa obra de invaluable relevancia social y calidad científica, que incluye el compromiso con los avances del Siglo XXI, principalmente tecnológicos y de género, alcanzados por la sociedad argentina en su conjunto y su reflejo en el Sistema Judicial –Poderes Judiciales, Ministerio Público de Defensa y Ministerio Público Fiscal– y en el ámbito académico.

Este libro muestra la necesidad de una reforma judicial que armonice con las cifras y datos que se encuentran distribuidos a lo largo de su lectura. Constituyen la base para la profundización, el estudio y el debate en la Argentina y para la aceptación del cambio de paradigmas y estereotipos que ya está en marcha.

También deja de resalto la incansable e histórica lucha de las mujeres en la sociedad contra los encasillamientos a los que vienen siendo sometidas; es decir, nunca la mujer aceptó el rol que se le quiere

---

<sup>1</sup> Abogada, investigadora y docente (Universidad de Buenos Aires).

asignar en la sociedad. Por eso es importante comprender que no se trata de un nacer reciente del tema de género, sino que se perpetúa en el tiempo y se perpetuará con firmeza en el cambio.

Se trata de una obra colectiva, cuyos artículos son en su mayoría escritos por más de una autora y abordan con la misma mirada y punto de partida al derecho y su aplicación en nuestra sociedad por los distintos órganos, operadores y poderes, en especial, el Poder Judicial, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de Defensa.

Las autoras, profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, también forman parte de una Red de Profesoras en esa misma casa de estudios, en cuyo marco surgen estas ideas, cuestionamientos y debates en torno a la participación de la mujer en la sociedad.

A lo largo del libro se aborda la evolución histórico-normativa de la búsqueda por la igualdad de derechos y la prevención de la violencia hacia la mujer, tomando como punto de partida la Constitución Nacional y la normativa internacional, donde se encuentran plasmadas Recomendaciones para incorporar la perspectiva de género a los procedimientos judiciales.

También a través de citas y distintas referencias se estudia la problemática del modo en que se aborda la violencia de género desde la justicia –punitivo– y se presentan las Bases para una Reforma Judicial Feminista, observando las falencias estructurales del actual Poder Judicial en la evolución de su constitución y la que se pretende en el futuro.

Asimismo, mediante investigaciones y estadísticas sobre cargos existentes tanto en la Corte Suprema de Justicia de la Nación como en los demás órganos judiciales, entre ellos, el Consejo de la Magistratura, se manifiesta una real disparidad en términos de igualdad de género.

Por su parte, la destitución de un fiscal especializado en violencia de género condenado justamente, por la comisión de ese delito, provocó el desarrollo en el libro de un interesante indicador del patrón de actuación que el fiscal utilizaba, así como las etapas de seducción que existían, desarrolladas de acuerdo con el relato de víctimas y testigos.

En efecto, se concluye en la existencia de mecanismos que se repiten en distintos ámbitos para expulsar a las mujeres de ciertos puestos de trabajo –intentando desmotivar su participación– y se propone la existencia de procesos objetivos de pases y de ascensos dentro de estos órganos como modo de evitar distintas situaciones de acoso y condicionamientos, como ocurrió en el caso en estudio: “...cuando hay estratos de poder, hay más posibilidades de acoso”.

Otra solución propuesta es la relativa a la estabilidad real en el empleo público y transparencia en el ingreso, como formas de evitar abuso de poder. Como ejemplo, detallan el Ingreso Democrático del Ministerio Público Fiscal, así como la capacitación sobre violencia de género en la Justicia, con los siguientes objetivos: el encuadre de casos, la lectura de expedientes y la confección de sentencias que tengan en cuenta esta perspectiva.



Por su parte, el lenguaje inclusivo también es analizado y utilizado en la obra. Se hace referencia a ciertos pronombres y expresiones del idioma castellano que pueden verse alterados por la aplicación de distintas leyes a nivel nacional e internacional relacionadas con la percepción de género.

En este sentido, con el objeto de incluir a determinados sectores de la población que han quedado excluidos, se intenta utilizar determinadas expresiones que los incluyan, acompañando la ya existente evolución y desarrollo social en términos de identidad de género. En particular, se analiza su utilización en el Poder Judicial y se destacan determinados protocolos, por ejemplo, en el ámbito del MERCOSUR, que sugieren la utilización del lenguaje inclusivo, no sexista, basados en el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad.

Teniendo en cuenta la calidad docente de las autoras no sorprende que se haya estudiado la paridad de género en la universidad, realizada a través de un trabajo de investigación científico e histórico que también alcanza el ámbito regional. El trabajo de campo y los cuadros con estadísticas y datos concretos dan cuenta de la desigualdad y necesidad inminente de una reforma que contenga una discusión profunda y sensata sobre la temática y la consideración de que se lo trate como “...un problema político en el marco de un Estado de Derecho”.

Sobre la enseñanza del derecho, en uno de los trabajos se destaca la importancia de transversalizar el feminismo en las aulas, con un abordaje práctico de casos que permita el estudio de las materias. A propósito de ello, brindan ejemplos clásicos para la explicación de distintas ramas del derecho que, en definitiva, promueven los estereotipos y la violencia de género en el derecho penal, tales como “el buen hombre de negocios” o “la madre que en lugar de amamantar a su hijo, teje calcetines”, para explicar los delitos por omisión.

Además, realizan un homenaje y reconocimiento a las mujeres en la Facultad en términos históricos y sale a la luz el rol que esta última tiene como formadora de una clase dirigente que luego ocupa los principales cargos en los distintos órganos analizados en la obra, lo que justifica el alcance académico de la reforma que se plantea.

Otros de los mecanismos de estudio y avance en la materia, las autoras lo encuentran en la clasificación de datos. Así, tratan el asunto del acceso a la información, su organización y estructura, observando que a raíz de su estudio puede advertirse el escaso interés que se le da al encuadre de la información sujeta al acceso público, lo que puede aparejar falencias en el análisis de datos con perspectiva de género.

En efecto, proponen establecer un criterio para la carga de información, el encuadre de casos con perspectiva de género, así como la coordinación entre los Poderes Judiciales, auxiliares y organismos que actúan en relación con el acceso a la información pública.

A lo largo del libro se destaca la importancia que tiene el acceso a la justicia con perspectiva de género y la importancia de que los Estados garanticen los recursos judiciales idóneos para investigar, sancionar y reparar las violaciones hacia las mujeres para que no encuentren en ese proceso de protección la violación de otros derechos y la revictimización.

Se refuerza en todo momento la importancia del conocimiento que deben quienes trabajan en el Poder Judicial para que incluyan la valoración de la prueba con perspectiva de género, que debe excluir la utilización de estereotipos.

En el ámbito del Derecho de Familia, el trabajo realizado por una de las coordinadoras aborda la violencia económica que sufren las madres ante la problemática en torno al incumplimiento en el pago de la cuota alimentaria. A través del análisis de diversa jurisprudencia, la legislación y los mecanismos disponibles en el Código Civil y Comercial de la Nación con perspectiva de género –como las medidas razonables que refiere el artículo 553 del código referido–, estudia este tema y detalla los obstáculos existentes en la justicia y algunas cifras y datos que revelan la necesaria incorporación en las sentencias de este asunto tan delicado y trascendental.

La figura de la gestación por sustitución se aborda en la obra a través de un estudio jurisprudencial, dada la laguna normativa en nuestro país a pesar de la regularidad de su práctica, que permite conocer las distintas estrategias utilizadas para su reconocimiento judicial y la inminente necesidad de su tratamiento con perspectiva de género, para evitar abusos y violaciones.

La Reforma Feminista también alcanza al ámbito de la asistencia social. En uno de los artículos encontramos un detalle del procedimiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y se realiza en relación a la adjudicación de derechos. Se refiere que es realizada a través de estereotipos machistas, especialmente en la etapa probatoria y en la sentencia, indicando si la mujer es o no merecedora de esos auxilios, sin considerar la feminización de la pobreza y sus singularidades. Justamente ese desconocimiento, sumado a la precarización laboral y al mayor tiempo destinado a ocupaciones no remuneradas y cuidados del hogar, fomentan esa desigualdad. Nuevamente nos encontramos con información de especial interés y cuyo desarrollo es necesario para colaborar con la búsqueda de soluciones libres de prejuicios y tendencias políticas.

La obra es tan completa que incluso aborda el tema tributario y comercial. Una de las autoras propone una reforma judicial feminista en materia tributaria y refiere que la cultura patriarcal alcanza este ambiente también, lo que denota la necesidad de revisar ciertos estereotipos culturales. Ejemplo de ello es la asignación casi exclusiva de la mujer a los cuidados del hogar que luego no son considerados en el concepto de igualdad contributiva ni en la capacidad contributiva.

Mediante una investigación de campo, sale a la luz que tampoco los procesos judiciales comerciales contemplan la existencia de ciertos estereotipos culturales en relación con las mujeres; se brinda como ejemplo la Ley de Sociedades, que al referirse a un individuo lo hace como “el acreedor, el juez, los socios, los administradores, los accionistas...” y que tampoco dispone cupos en los órganos de administración societaria.

La mujer y el medio ambiente es otro tema muy interesante, donde a través de una redacción muy amena, las autoras hacen referencia a la avasalladora utilización de la mujer y de la Tierra Madre por la sociedad, que durante años sirvió para mantener la postura del hombre androcéntrico en el mundo, que debe ser modificada.

En el ámbito penal, la criminología y género se aborda en la obra con una mirada de la realidad y las posibles y necesarias soluciones. Refieren que la criminología basa su estudio en el comportamiento del hombre androcéntrico, lo que se contrapone con la realidad, ya que no es el único que realiza conductas delictivas. El trabajo es realizado a través de investigación y estadísticas concretas que constituyen fuente de consulta obligatoria para esta materia. La evolución y existencia histórica del reclamo feminista también es estudiado en la obra, así como la criminalidad penal de distintas conductas de las mujeres para su opresión.

Se realiza un análisis de casos recientes, como el de Micaela García, justamente el vergonzoso y terrible caso de violación y homicidio que dio lugar a la sanción de la “Ley Micaela”. En el ámbito internacional, se observa el proceso penal de acuerdo con parámetros establecidos por el Protocolo de Bangkok, las 100 Reglas de Brasilia y el Protocolo de Palermo, donde se establecen recomendaciones para disminuir la desigualdad, y en particular este último reconoce el género como una condición de vulnerabilidad relevante.

En lo que refiere al proceso penal, se estudia el juicio por jurados en el derecho comparado a través del ejemplo norteamericano y la figura de la audiencia *voir dire*.

En lo que respecta al Ministerio Público Fiscal en materia no penal ante la Corte Suprema de Justicia, se detallan una serie de casos y sus resoluciones, refiriendo que desde el año 2013 existen solo 12 dictámenes del Ministerio Público donde se tuvo en cuenta la perspectiva de género. Sobre esta base, en la obra se reflexiona sobre la efectiva función de la capacitación de la Ley Micaela y la necesidad de que las instituciones tengan en cuenta la perspectiva de género.

Por último, refiero mi admiración hacia estas mujeres que tienen el saber y la generosidad de compartir con la sociedad datos e información relevantes para el conocimiento y el estudio de un tema fundamental para la familia en todas sus formas, para cada individuo y para la sociedad en su conjunto.



## Reseña del libro *Acciones Privadas y Constitución*

Gargarella, R.; Álvarez Medina, S. e Iosa, J. (coords.) (2021). *Acciones Privadas y Constitución. La autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores.

*Por María Laura Olivera<sup>1</sup>*

---

El libro que aquí se reseña es una obra de 896 páginas, compuesta por distintos textos de 33 estudiasas y estudiosos del derecho que se han interesado en los tres renglones que componen el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional.

La norma dispone que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Los coordinadores sostienen que se eligió este artículo para su análisis por tres razones: la primera, porque contiene uno de los derechos más importantes incluidos en nuestra Constitución, como es el derecho a la privacidad, entendido como la protección de la autonomía de las personas para tomar decisiones sobre su vida privada, familiar y su intimidad; la segunda, porque este derecho resalta por la relevancia y el impacto que ejerció en la práctica jurídica local y el arraigo en la tradición constitucional argentina. En este punto citan a Carlos Nino, quien sostuvo que “difícilmente los argentinos podamos enorgullecernos en igual grado de algún otro aspecto tan crucial de nuestra practica constitucional que, al mismo tiempo, esté tan enraizado en nuestra tradición y sea tan original y distintivo

---

<sup>1</sup> Abogada (UNPAZ). Integrante de proyectos de investigación de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de José C. Paz.

respecto de otras constituciones”.<sup>2</sup> Y, por último, por la influencia que ha tenido en la jurisprudencia, por las sentencias en sentido contradictorio que ha permitido avalar. Ello apunta a lo que aconteció, por ejemplo, en materia de estupefacientes, con los cambios de criterios jurisprudenciales de “Bazterrica”, “Montalvo” y “Arriola”.

La obra se estructura en torno a cinco apartados: I) Cuestiones interpretativas, II) Autonomía personal y derechos humanos, III) Acciones privadas, IV) Daño e ilícitos constitucionales y, por último, V) Intervención estatal.

En el primer apartado se aborda el problema relacionado a la mejor interpretación del artículo 19 de la CN. Participan aquí Gustavo Beade, quien en su contribución “La estructura del artículo 19 de la Constitución Nacional” aborda la estructura de este artículo en relación con la autonomía y el daño, analizándolos en relación con el propósito del derecho penal y Juan Iosa, quien en “Carta a los constituyentes del futuro sobre la mejor redacción posible del artículo 19 de la Constitución Nacional” parte de la indeterminación sintáctica y semántica del artículo 19, refiriéndose a tres clases de acciones que se encuentran reguladas: las acciones privadas, las acciones que ofenden al orden y a la moral pública, y las acciones que perjudican a terceros.

Por su parte, en “¿Cómo interpretar el artículo 19 de la Constitución Argentina? Entre el ‘sueño’ y la ‘pesadilla’ de John Stuart Mill”, Roberto Gargarella presenta, por un lado, un panorama de las discusiones que dieron lugar a este artículo y, por el otro, se concentra en la discusión de cómo interpretarlo a la luz de la tensión que muestran sus términos. Gargarella concluye proponiendo una lectura “dialógica” como método interpretativo apropiado.

En “Presupuestos teóricos de una interpretación espacial de lo privado”, Santiago Legarre aboga a favor de una interpretación espacial del artículo en cuestión, centrada en la protección de la intimidad y Matías Parmigiani en “Autonomía, autorreferencialidad y esfera privada. Una crítica a la interpretación de C. S. Nino del artículo 19 de la Constitución Nacional” intenta refutar la idea de Nino sobre el hecho de que los tres tipos de acciones refieren a una misma clase y que son coextensivos, proponiendo una reinterpretación del artículo radical y verosímil.

Finalmente, Roberto Saba en “La Corte Suprema y la concepción liberal de la sociedad”, realiza un recorrido histórico en la legislación, desde el matrimonio hasta la doctrina de los casos “Bazterrica”, “Montalvo” y “Arriola” y Carlos M. Villanueva en “Autonomía personal, imperio de la ley y autogobierno. Una interpretación integral del artículo 19 de la Constitución Nacional” se centra en la segunda parte del artículo y argumenta en contra del sentido común. A su entender, allí se establecen los principios de legalidad y autogobierno, por lo que solo la ley puede imponernos límites.

En el segundo apartado, sobre Autonomía personal y derechos humanos, se buscó analizar el concepto de autonomía personal en relación con la protección de los derechos humanos. La intención fue hacer

---

2 Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, pág. 316.

foco en la garantía de los derechos humanos respecto de algunos sujetos cuya situación de vulnerabilidad requiera mayor atención por parte de los organismos e instituciones del Estado.

Cuenta con cinco aportes entre los que se destacan el de Mary Beloff y Mariano Kierszenbaum, que intentan compatibilizar el artículo 19 de la Constitución Nacional con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Martín Aldao y Laura Clérico, que en “Autonomía horacero. Artículo 19 (autonomía) ramal artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional (desigualdades)” se proponen lograr una lectura igualitarista de la autonomía a través de ambos artículos, y Silvina Ramírez en “Los alcances del derecho a la autonomía: autonomía personal y autonomía colectiva. El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas”, plantea la necesidad de reformar el artículo 19 de forma que no solo abarque la relación entre los individuos y el Estado, sino también la del último con los pueblos indígenas.

En “Autonomía, pobreza e igualdad en clave de necesidades”, Silvina Ribotta se enfoca en el estudio de las “condiciones materiales” y afirma que, en contextos como el argentino, con altos niveles de pobreza y desigualdad, debe entenderse que el ejercicio de las libertades básicas se encuentra atado al reaseguro de la “igualdad real” que dichas libertades requieren, para tornarse efectivas.

En el tercer apartado sobre Acciones privadas, el análisis se centra en las acciones y conductas que son consideradas propias y su relación con el ámbito público, las instituciones del Estado y el derecho.

Comienza Marcela Basterra realizando consideraciones en torno a la fertilización asistida y la maternidad subrogada, centrándose en la falta de regulación de la materia y la posibilidad de crear bases para la realización de este tipo de contratos, que ofrezcan una interpretación de la autonomía personal en relación con el derecho a la privacidad o intimidad. Marcelo Giullitti explora un aspecto particular del derecho a la intimidad, en relación con las dificultades que se generan cuando se investigan actos de corrupción.

Finalmente, en “Entre órdenes y relaciones. Autonomía y objeción de conciencia en la atención de la salud”, Agustina Ramón Michel y Sonia Ariza Navarrete se ocupan de la autonomía de las personas en el ámbito sanitario, en conjunción con la objeción de conciencia médica. Las autoras concluyen que el concepto tradicional de autonomía liberal centrado en el individualismo y la independencia resulta insuficiente para comprender las complejas relaciones de colaboración y confianza que requiere, de manera paradigmática, el ámbito de las decisiones médicas.

En el cuarto apartado, sobre Daño e ilícitos constitucionales, la idea es justamente hacer hincapié en el concepto de daño y los problemas que acarrea configurar este concepto, así como fijar sus límites.

Inicia con el aporte de Matías González del Solar, que en “¿Es el consumo de pornografía infantil una de las acciones que no perjudican a terceros?”, defiende una tesis incómoda: que la ley que penaliza la simple tenencia o el consumo de pornografía infantil en Argentina es inconstitucional. Martín Juárez Ferrer y Diego Papayannis en su contribución “El Derecho Constitucional a la reparación integral como exigencia del artículo 19 de la Constitución Nacional”, analizan el deber constitucional de no dañar a terceros y justifican la existencia del derecho a una reparación integral en los supuestos de da-

ños ilícitos. Por su parte, en “La explotación como violación de un deber positivo”, José Milton Peralta estudia las razones para criminalizar los actos de explotación de personas, aun si a través de aquella se mejora la situación relativa de una persona. Asimismo, Anna Richter realiza un análisis respecto de qué casos de discurso de odio quedan amparados por la Constitución y cuáles están legítimamente punidos.

Por último, en el apartado quinto la temática es la Intervención estatal. Aquí el análisis se centra en la intervención de los poderes del Estado y las acciones privadas que puedan generar algún daño; es decir, en el límite que el Estado puede imponer para evitar que el ejercicio privado pueda afectar al resto de la sociedad en general o algún tercero en particular.

Aquí sobresalen los trabajos de María Victoria Kristan, que en “Elecciones, opciones y libertad. Cómo el Estado puede obstaculizarlas o hacernos libres”, explica en detalle el sentido en que el ideal de no dominación es más robusto que la mera exigencia de no interferencia y ofrece potentes argumentos a favor de una lectura del artículo 19 en esa clave y Nicolás Tauber Sanz –“Autonomía personal y protesta social”–, quien se enfoca en la noción de daño a terceros y los conceptos de “orden y moral pública” que aparecen en el artículo 19, para concluir que, en razón del particular valor constitucional de la protesta, su criminalización y represión deben considerarse, en principio, como actos antijurídicos.

En síntesis, la obra es muy atrapante y permite a lo largo de sus páginas despertar la curiosidad del lector respecto de las diferentes interpretaciones que pueden derivarse del artículo 19 de la Constitución Nacional.



## Reseña del libro *Tratado ecofeminista de derechos humanos. Derechos humanos para el Buen Vivir*

Lubertino Beltrán, M. J. (dir. y coord.) (2021).  
Tratado ecofeminista de derechos humanos.  
Derechos humanos para el Buen Vivir.  
Igualdad en la diversidad y armonía con la  
Naturaleza. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni

*Por Milagros Torres<sup>1</sup>*

---

La obra que aquí se reseña consta de 4 tomos, en los que cada uno de los artículos que los componen son analizados con un lenguaje claro, de manera sencilla y completa, por 31 autores y autoras, que son protagonistas, expertos y expertas, defensores y defensoras de derechos humanos y de la naturaleza. Además, cuenta con ejercicios al finalizar cada uno para terminar de afianzar los conceptos y hacer un trabajo de investigación más amplio.

Cada uno de los temas (y derechos) son abordados desde una perspectiva feminista y ecologista, por lo que se pretende un replanteo de las tradicionales visiones jurídicas. Es una obra que profundiza el equilibrio y la armonía necesaria con la naturaleza y el resto de los seres, asumiendo una línea de trabajo ecologista con perspectiva de género y diversidades, para analizar los derechos humanos en forma general y particular.

La primera parte del primer tomo la directora lo dedica a explicar qué son los derechos humanos, cuáles son sus caracteres y principios, y traza una línea histórica con los diferentes instrumentos y tratados internacionales en la materia. También hace referencia a los derechos personalísimos y a los derechos humanos individuales y profundiza en los de incidencia colectiva, como claves para el reconocimien

---

<sup>1</sup> Estudiante de Abogacía (UNPAZ). Integrante de distintos proyectos de investigación (UNPAZ).

to y protección de derechos fundamentales. Finaliza con los sujetos de los derechos humanos y de los pueblos, la perspectiva del Buen Vivir, saber vivir (y convivir) en armonía y equilibrio.

En la segunda parte, los y las autoras profundizan sobre cada uno de los derechos civiles y políticos, sosteniendo la misma línea de trabajo y análisis, con un completo trabajo respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Comienzan con el derecho a la vida, sus estándares básicos, los elaborados por la Corte IDH y también las obligaciones propias de los Estados (negativas y positivas). Este derecho es planteado como un presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos y, en ese sentido, analizan la evolución (lenta, pero consistente) del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, sin dejar duda alguna de que el acceso al aborto es un asunto de derechos humanos. A su vez, profundizan los temas de la violencia machista desde los femicidios, transfemicidios y otros crímenes de odio, además de temáticas como la eutanasia, el suicidio, la muerte digna y la pena de muerte.

También se estudia el derecho a la integridad personal haciendo referencia a los tratos crueles, inhumanos o degradantes y a la tortura, incluyendo a la negación de la interrupción del embarazo como forma específica de tortura, que representa otro gran déficit del Estado en materia de integridad.

En ese sentido, se mencionan las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, en tanto expresó la “inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado”.<sup>2</sup>

También sostienen –y de manera muy acertada– que la violencia sexual es calificada de acuerdo con la categoría delictiva de crímenes de lesa humanidad cuando forma parte de un ataque generalizado o sistemático.

Mencionan que la Corte IDH ha entendido que ciertos actos de violencia sexual pueden constituir actos de tortura y malos tratos, como, por ejemplo, la violación sexual, las amenazas de violación, la desnudez forzada y la violencia dirigida a los genitales de la víctima.

Abarcan, asimismo, las conquistas de los derechos y autonomías sexuales y reproductivas.

Profundizan sobre el cambio de paradigma y el cuestionamiento que generó el feminismo respecto del sistema patriarcal y problematizan las relaciones de poder.

Se menciona cómo en Argentina el campo de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres se fue ampliando en la medida en que reconfiguraron el resto de los derechos civiles y políticos.

Para concluir, abordan el marco normativo nacional e internacional, desarrollando la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a personas integrantes del colectivo LGBTIQ+.

---

2 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 3-11-2000, CCPR/CO/70/ARG.

En el segundo tomo, los autores y las autoras se centran en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Comienzan con reflexiones generales sobre los DESCAs, la histórica tensión con los derechos políticos y civiles, la operatividad y exigibilidad y las obligaciones jurídicas que se desprenden de aquellos. La cuestión más importante se centra en el respeto y cumplimiento efectivo, en la justicia social. Los DESCAs dependen de cuestiones personales muy difíciles de transformar, no son iguales para todas y todos, sino que dependen del lugar de nacimiento y el nivel socioeconómico. El acceso es de cierta manera restringido. Y, en ese sentido, Lubertino plantea que “hace falta un cambio de sistema que revierta estas desigualdades e integre las variables omitidas –de género y ambientales– y una democracia participativa que permita amortiguar las tensiones entre los privilegiados [...] y las masas excluidas”.<sup>3</sup>

En la mayoría de los artículos se mencionan instrumentos internacionales, normativa interna y jurisprudencia nacional e internacional, todo ello articulado con los principios de universalidad, gratuidad, solidaridad y progresividad. El abordaje siempre es desde una perspectiva de género, haciendo hincapié en la situación de las mujeres respecto de los avances que se han dado en materia de derechos humanos.

El tercer tomo presenta un análisis muy enriquecedor. Como en toda la obra, escriben autoras y autores de diferentes provincias de la Argentina, diferentes etnias, edades y discapacidades y de diferentes géneros y orientaciones sexuales.

Hay capítulos dedicados exclusivamente a las migraciones, refugiados, afrodescendientes, pueblos originarios, el debate sobre estado laico y diversidades religiosas, y derechos de las niñas, niños y adolescentes, entre otras temáticas.

Bustamante Quintero explica que en Argentina hay dos grandes concepciones respecto de las políticas migratorias: una centrada en las políticas de seguridad nacional, donde las personas migrantes son vistas como un peligro o amenaza, y otra basada en la integración, teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad para el acceso a los derechos. Hace especial hincapié en cómo se pasó de un gobierno que ponía en agenda a la migración como derecho humano a uno que “hablaba de la inmigración descontrolada o el descontrol migratorio, intentando establecer mediante un DNU un nuevo paradigma basado en la criminalización de la población migrante”. Esta idea está inspirada en una manipulación de cifras y una arbitrariedad manifiesta basada en la xenofobia y discriminación.

La autora menciona, además, la especial situación de los niños, niñas y adolescentes migrantes, que son objeto de preocupación internacional, como así también las mujeres que migran, que son en su mayoría jefas de hogar. Por este motivo sufren constantemente discriminaciones en muchos ámbitos como en la salud, el trabajo o la educación y tienen una menor capacidad de protección frente a situaciones de violencia.

---

3 Lubertino Beltrán, M. J. (2021). *Tratado ecofeminista de derechos humanos*. Tomo II, p. 18.

Se dedica un capítulo a visibilizar las cuestiones fundamentales de los derechos indígenas y su recepción por parte del Estado, como así también el respeto a la diversidad cultural, comenzando por la incorporación de varios instrumentos internacionales en la Constitución Nacional. Se menciona el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales y la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos.

Alvarado Mamani menciona los avances en la legislación federal y provincial en materia de derechos indígenas, en cuestiones relevantes como las tierras ancestrales, personería jurídica, educación bilingüe intercultural, entre otras.

Hace también una completa mención de cada una de las leyes y decretos a nivel nacional que regulan derechos de los pueblos indígenas. Muestra de esta manera un importante cuerpo normativo que garantiza tanto derechos individuales como colectivos a los pueblos, comunidades y personas indígenas.

Si bien la situación de los pueblos indígenas como sujetos de derecho ha experimentado transformaciones importantes, actualmente son titulares de los mismos derechos que el resto de las personas y de derechos específicos como grupos. La autora, en ese marco, explica que los derechos indígenas fueron logrados a lo largo de luchas, reivindicaciones y que son los Estados los que deciden otorgarlos y quienes deben respetarlos y garantizarlos en su forma plena, partiendo de la base de que los pueblos indígenas se encuentran en situación de vulnerabilidad social, con mayores dificultades para ejercer sus derechos y han sido históricamente excluidos u objeto de prácticas discriminatorias, por lo que deben recibir protección especial por parte de los Estados.

El cuarto tomo está dedicado particularmente a los derechos humanos de las personas con discapacidad, el marco de protección internacional y el sistema de protección integral. Las autoras y los autores también profundizan distintos temas muy interesantes y cautivadores, como la salud mental como derecho humano, los derechos humanos de las personas mayores, personas privadas de la libertad, derecho al ambiente y de la naturaleza.

Se menciona a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que es el primer instrumento internacional de derechos humanos dedicado específicamente a personas con discapacidad, adoptado en 1999, que tiene como objetivo evitar la discriminación a través de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, y propiciar su plena integración en la sociedad, prevenir las discapacidades, favorecer su detección temprana y sensibilizar a la población para erradicar prejuicios y estereotipos.

Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2008. Es un tratado más completo y avanzado que el americano. Su elaboración es producto de luchas y de la activa participación de personas con discapacidad y organizaciones de todo el mundo.

Se analiza a fondo cada uno de los artículos de la Convención. Se plantea, además, cómo desde el marco normativo y a partir de la adopción de la Convención la histórica invisibilidad sobre las di-

versas problemáticas que afectan a este grupo cambió de paradigma en relación con la percepción y reconocimiento, adoptando el modelo social de inclusión, donde las personas con discapacidad son reconocidas como sujetos y actores de derechos con plena autonomía y dignidad, asegurando la efectiva promoción y protección de sus derechos humanos a través de diversos mecanismos.

En ese sentido, se menciona el caso “Furlán y familiares vs. Argentina”,<sup>4</sup> en el que se analiza la demora al momento de establecer una indemnización a favor de un adolescente con discapacidad de la que dependía su tratamiento médico. La Corte IDH explicó que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Menciona los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran, como barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas.

Lubertino, de manera muy clara y concisa, dedica un artículo muy interesante a las mujeres con discapacidad y a la problemática de la sociedad patriarcal, los roles, las relaciones de poder y los estereotipos discriminantes.

En el capítulo dedicado a la salud mental, escrito por Naddeo, se encuentra una evolución histórica del rol del Estado en Argentina en este campo, impulsada por la democracia recuperada y con la transformación del sistema de salud.

La autora aclara el concepto actual de salud mental recurriendo a la Organización Mundial de la Salud, que “ha destinado numerosos documentos y publicaciones insistiendo en el enfoque interdisciplinario para la atención en salud y salud mental, así como la conceptualización integral incluyendo los factores biopsicosociales que la determinan”.<sup>5</sup>

Menciona también que la Constitución de la OMS establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afectaciones o enfermedades”.

Naddeo finaliza haciendo hincapié en la desmanicomialización y transformación de los viejos institutos psiquiátricos en hospitales generales o centros polivalentes, en un espacio multidisciplinar con claras pautas de capacitación para la aplicación de la legislación vigente.

En el capítulo dedicado a las personas privadas de su libertad y liberadas, de Carlos incluye a aquellas personas que por alguna circunstancia se encuentran en un establecimiento de encierro, que puede ser una unidad penitenciaria, un instituto de menores o una institución psiquiátrica y también hace mención a quienes habiendo permanecido privados de la libertad, la recuperaron.

Profundiza en los estigmas y prejuicios que rodean a quienes transitaron por estas instituciones y la situación en la que se encuentran estos lugares en Argentina. Asimismo, hace énfasis en las alternativas a la pena privativa de libertad, ya que preocupa la sobrepoblación en las cárceles, las condiciones de

4 Corte IDH. *Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

5 *Idem*, nota 3, Tomo IV, p. 79.

alojamiento y la dificultad para el acceso a derechos. En ese sentido, trae a colación el debate en torno al abolicionismo penal y el feminismo respecto de la violencia de género.

En cuanto a las personas que recuperaron la libertad, de Carlos manifiesta que “son los Estados los que deben fortalecer a ellas en este proceso de empoderamiento sobre sus propias vidas, en el que deben ir ganando autonomía, fomentando la inclusión laboral y social, superando las condiciones de vulnerabilidad socioeconómica y cultural así como el goce efectivo de derechos en condiciones de verdadera igualdad y libre de cualquier tipo de discriminación, tal como lo prescriben los tratados internacionales de derechos humanos y nuestra Carta Magna”.<sup>6</sup>

En síntesis, considero que esta obra está destinada a un gran número de personas, docentes, estudiantes, trabajadores, y todas aquellas personas que desempeñan un rol social. Traza, de manera muy acertada, la evolución histórica de las luchas, debates, propuestas y discusiones de cada uno de los derechos humanos y también en su conjunto. Estudia y esclarece los distintos conceptos y también el desafío que implican, con un análisis y una investigación ardua y exhaustiva, con el objetivo de instruir, construir, y transformar la realidad con reflexiones oportunas y pertinentes, además de una extensa fundamentación jurídica.

No quedan dudas de que las autoras y los autores con una perspectiva feminista y ecológica abordan e interactúan con cada uno de los debates que al día de hoy continúan siendo significativos, con un profundo razonamiento de puntos clave sobre la cultura patriarcal dominante. A pesar del avance notable de la legislación y el gran cambio social que se va generando, tal como mencionan, falta mucho por mejorar y sin dudas el Estado en ese sentido cumple un rol fundamental.

---

<sup>6</sup> *Idem*, nota 5, p. 182.

## Reseña del libro *Discapacidad y derechos humanos*

**Carranza Casares, C. A. (2021). Discapacidad y derechos humanos. Análisis práctico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Leyes 26.378 y 27.044). Buenos Aires: Hammurabi.**

*Por Marina Méndez Erreguerena<sup>1</sup>*

---

Carranza Casares comienza su obra citando a Werner Goldschmidt quien, según él, explica que las normas son de cierto modo una novela rosa comparada con la realidad social. Luego afirma que las leyes no son ni más ni menos que el sueño del legislador.

En este caso, lo que se encuentra en juego involucra los sueños de muchas personas con discapacidad quienes, junto con sus familias, activistas y diferentes organizaciones, participaron activamente del proceso que dio lugar a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Su fuerte activismo, expresado en la frase “nada sobre nosotros sin nosotros”, se vio plasmado en un documento que, volviendo a la frase anterior, refleja los sueños, los proyectos, las aspiraciones y la lucha por los derechos de las personas con discapacidad.

En este sentido, cobra valor la tarea que se propone Carranza Casares y que se vincula con indagar sobre la aplicación real de la CDPD en nuestro país. Para lograr esta tarea, el autor busca examinar de qué forma dicho instrumento está siendo aplicado por tribunales y otros organismos con el objetivo

---

<sup>1</sup> Licenciada en Relaciones Internacionales (UNICEN). Magíster en Derechos Humanos (Cardiff University). Investigadora y codirectora de la Clínica Jurídica “Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos” del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau” (UNMDP). Docente de la Escuela de Medicina (UNMDP).

de contribuir a reducir la injusta brecha que persiste entre los derechos declarados en el contenido del tratado y aquello que sucede en la realidad.

Para comenzar, el autor nos ofrece algunos antecedentes generales vinculados al modelo social de la discapacidad y al modelo de derechos humanos, presentados como dos vertientes que confluyen en el surgimiento de la Convención. Luego aborda su proceso de elaboración, destacando la participación fundamental de las personas con discapacidad, y brinda algunas precisiones sobre su estructura y finalidad.

Como la CDPD tiene un contenido muy amplio en el que se reconocen una gran cantidad de derechos, resulta central que una obra que se proponga analizarla pueda hacerlo de una forma clara y coherente que permita a quienes la lean acceder al contenido y verdaderamente conocerlo. En este sentido, el autor ha optado por identificar ejes temáticos al interior de los cuales se encuentran los derechos consagrados. Esto se presenta como una metodología, pero no obviamente como categorías excluyentes, sino que resalta la existencia de nociones que resultan transversales y destaca la necesaria relación que existe entre cada uno de estos ejes.

Así, el recorrido se hace a partir de los conceptos de participación, no discriminación, accesibilidad, capacidad jurídica e inclusión. Para cada uno de los ejes, el autor brinda un análisis de diferentes pronunciamientos y observaciones del Comité CDPD, sentencias de la Corte IDH y la CSJN, en las que se han aplicado contenidos relacionados y a partir de lo cual pretende ir mostrando de qué forma se está aplicando realmente el tratado.

Resulta sumamente interesante la forma en que se ha propuesto abordar las referidas sentencias y observaciones o dictámenes. Si bien se trata de textos que pueden resultar por momentos de lectura compleja, la forma en que los va introduciendo permite un acercamiento a los conceptos más importantes de cada uno de ellos. El formato elegido posibilita que como lectoras y lectores podamos aproximarnos a la información que brinda, sin perder de vista una cuestión que el propio autor expresa en la introducción, que se vincula “con la convicción de que la información empodera y abre caminos para lograr mejores respuestas a los desafíos que enfrentan las personas con discapacidad”.

Es dable señalar que Carranza Casares incluye un apartado para abordar la cuestión de las personas mayores. Si bien deja en claro que la CDPD no contiene un artículo específico, se introduce brevemente el instrumento adoptado por la OEA –la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores–, destacando su importancia para visibilizar que las personas mayores son sujetos de derechos con especial protección.

Por otro lado, en su recorrido por los diferentes ejes mencionados se ocupa de una cuestión sumamente actual y que se vincula con la *accesibilidad al transporte*. Sin ir más lejos, durante el mes de noviembre se realizó en la ciudad de La Plata una audiencia pública en cumplimiento de lo dispuesto en autos caratulados “Asociación Azul y Otro s/Amparo” (Juzgado en lo Correccional N°5 de La Plata). En este punto, el autor se centra en la limitación del beneficio de transporte público gratuito para las personas con discapacidad por ser irrazonable e impedir la real inclusión y participación de estas en igualdad de condiciones. El Estado tiene la obligación de implementar políticas públicas tendientes a



erradicar la discriminación hacia las personas con discapacidad y, específicamente, adoptar el diseño universal para todo vehículo utilizado para el transporte público de pasajeros.

Para garantizar este derecho se requiere un compromiso tanto por parte de los gobiernos (en los diferentes niveles) como del sector empresarial. La obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares y se extiende tanto respecto de aquellos casos en que la situación discriminatoria es el resultado de las acciones y omisiones de los poderes públicos como cuando es el resultado del comportamiento de los particulares.<sup>2</sup> Al respecto, la CSJN ha afirmado que “nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ [...] esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad”.<sup>3</sup>

Por otra parte, esta obra ofrece un análisis de otra cuestión fundamental: *la capacidad jurídica y los apoyos*. Para introducir al lector al respecto, el autor adopta la óptica del Comité CDPD, que considera a los apoyos como una práctica arraigada en las culturas y comunidades, base de todas las redes sociales. Sin embargo, mientras algunas formas de apoyo se ven como naturales dentro de nuestras sociedades, aquellas que requieren las personas con discapacidad aún se ven como algo marginal.<sup>4</sup>

Desde este punto de partida, el libro ofrece un extenso abordaje de la cuestión, utilizando numerosas sentencias de la CSJN para explicar cuestiones centrales vinculadas. Se trata de una interesante elección del autor, ya que se abordan aspectos que pueden parecer técnicos y suelen ser difíciles de comprender, por lo que la utilización de fallos que ofrecen ejemplos prácticos facilita el entendimiento y le da cierta fluidez a la lectura.

En estrecha vinculación, Carranza Casares continúa con el abordaje de las *internaciones* a las cuales se ven sometidas las personas con discapacidad psicosocial que los y las posiciona como “grupos de riesgo” respecto del pleno y libre goce de los derechos fundamentales.

Por esta razón, afirma que es fundamental que se aplique una protección normativa eficaz que se centre en la rehabilitación y la inclusión de las personas en la comunidad, en tanto aquellas internaciones que se prolongan indefinidamente acentúan situaciones de exclusión, marginación y maltrato. En este punto el autor ofrece un catálogo de *derechos mínimos específicos* establecidos por la CSJN que deben ser respetados. En este apartado, es interesante la utilización de jurisprudencia no solo del mencionado tribunal, sino también de renombrados casos del TEDH y de la Corte IDH, todo lo cual permite tener una mejor comprensión del tema.

Por supuesto la obra aborda, como se explicó al principio, el contenido de la CDPD y los derechos de las personas con discapacidad, con un gran nivel de detalle que esta reseña no tiene como objeto

2 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. 104.

3 CSJN. *Fallos* 241:291.

4 Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 20 de diciembre de 2016.

abarcar. En cambio, se ha optado por brindar un pequeñísimo recorte centrado en aquellos temas que más comúnmente son materia de debate y consulta en diferentes espacios (académicos, educativos, eventos con organizaciones).

Por esta razón, para finalizar esta reseña se ofrece una acotada presentación del análisis que ofrece Carranza Casares sobre *educación*, tema que recientemente ha estado en debate luego de haberse dado a conocer públicamente la situación de algunos niños con discapacidad a quienes se les había negado la matriculación en una institución educativa privada para el próximo año 2023.

Si bien estos niños y niñas ya concurrían a la institución, esta les comunicó que no podrían continuar con sus estudios allí. Si bien consideramos que esta situación es más común de lo que creemos (y de lo que las autoridades reconocen), el hecho de que haya tomado estado público hizo que, al menos por algunos días, el tema tuviera un espacio en los medios y en la agenda.

Al respecto, este libro deja en claro que el Estado tiene la obligación de proteger a las personas con discapacidad y de adoptar medidas para impedir que terceros interfieran en el disfrute de este derecho. Claramente, una institución (pública o privada) que se niega a inscribir a un estudiante por su discapacidad es un claro ejemplo. También en este apartado se destaca que el Estado debe demostrar la existencia de cupos en entidades educativas estatales y no los padres de un niño o niña con discapacidad en aquellos casos en los que se inicia un reclamo. Además, se menciona el fallo “Narnajo”, trascendental respecto de la educación inclusiva a nivel de estudios superiores, en el que se establece la obligación de proveer ajustes razonables.

Para finalizar, el libro incluye un anexo que contiene una *guía de sentencias, observaciones y comunicaciones* que resulta ser un recurso muy valioso para que las lectoras y los lectores puedan utilizar este texto verdaderamente como una herramienta para el estudio, la investigación y/o el activismo. La forma en que la información está organizada lo convierte en un excelente recurso y demuestra el trabajo minucioso que ha realizado el autor, con el objeto de que realmente podamos sacar provecho de toda esta información.

En síntesis, la obra de Carranza Casares nos ofrece un extenso y detallado análisis de los derechos de las personas con discapacidad, organizando la información a partir de cinco ejes temáticos dentro de los cuales va ubicando y relacionando derechos específicos. Todo el análisis se apoya en jurisprudencia de nuestro país, así como de la Corte IDH y el TEDH, junto con documentos del Comité CDPD, entre otros. Esta forma de abordaje resulta clave, porque de forma coherente y comprensible se van introduciendo ejemplos prácticos que aportan una claridad fundamental para que se puedan comprender algunos conceptos que son muy específicos y técnicos. Además, esta metodología permite seguir el hilo conductor planteado por el autor en la introducción: que podamos observar la correlación entre las normas (“una novela rosa”) y la realidad que enfrentan diariamente las personas con discapacidad.