

Revista

Debates sobre Derechos Humanos

Director:
Sebastián Alejandro Rey

Crímenes contra la humanidad. Crímenes de guerra. Terrorismo.
Derecho a la verdad

Igualdad. Discriminación interseccional. Discriminación
en las relaciones de consumo

Discapacidad. Derecho al trabajo. Aborto

Violencia sexual. Violencia doméstica. Violencia obstétrica

Libertad de expresión. Derecho al olvido. Derecho a la honra.
Eutanasia

Personas privadas de la libertad. Traslados. Sanciones
disciplinarias. Acceso a la salud

Derecho a la salud. Salud reproductiva. Protección de datos
personales. Cannabis para uso medicinal

Margen de Apreciación Nacional. Principio de complementariedad

NÚMERO

7

AÑO 2023



EDUNPAZ
Editorial Universitaria



UNPAZ
Universidad Nacional de José C. Paz

Revista Debates sobre Derechos Humanos

Número 7, Año 2023

© 2024, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

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

© 2024, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN 2718-8175



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Director del Instituto Interdisciplinario de

Estudios Constitucionales: **Mauro Benente**

Directora General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

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

División Diseño Gráfico Editorial: **Jorge Otermin**

Arte y maquetación integral: **Florencia Jatib**

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

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

director

Sebastián Alejandro Rey

equipo de redacción

María Luz Ángel Insaurralde

Gabriel Fernando Bicinskas

Belén Donzelli

María Laura Olivera

Luna Ramírez

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

Qué hacer con los posibles delitos cometidos por el “demonio de izquierda” en los años setenta. Una respuesta jurídica a un debate pendiente a 40 años del retorno de la democracia por SEBASTIÁN ALEJANDRO REY	7
Comentarios a fallos	
Violencia doméstica. Interés superior del niño. Restitución internacional. CSJN. “P. S., M. c/S. M., M. V. s/restitución internacional de menores de edad”, 24 de mayo de 2022 por NANCY ROCÍO ORDÓÑEZ PENAGOS	37
Libertad de expresión. Derecho al olvido. Memoria social e interés público. CSJN, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas”, 28 de junio de 2022 por ANALÍA ELÍADES	55
Margen de Apreciación Nacional. Valor de las sentencias de la Corte IDH. CSJN, “Escalante, Esteban Iván y otros s/homicidio”, 12 de agosto de 2022 por PABLO OCTAVIO CABRAL	67

Derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Derecho a la honra. Principio de legalidad. Corte IDH. <i>Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451 por JACQUELINE NICOLE ALBORNOZ	81
Desaparición forzada. Búsqueda. Rol de las mujeres. Corte IDH. <i>Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452 por JOMARY ORTEGÓN OSORIO	87
Igualdad. No discriminación. Discapacidad. Derecho al trabajo. Corte IDH. <i>Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C 453 por VALERIA MONÓPOLI	103
Ejecuciones extrajudiciales. Impunidad. Defensores ambientales. Corte IDH. <i>Caso Sales Pimenta Vs. Brasil</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2022. Serie C No. 454 por SÍLVIA MARIA DA SILVEIRA LOUREIRO y JAMILLY IZABELA DE BRITO SILVA	113
Crímenes contra la humanidad. Derecho a la verdad. Identificación de las víctimas. Corte IDH. <i>Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica Vs. Colombia</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455 por RAFAEL BARRIOS MENDIVIL	123
Principio de complementariedad. Participación de las víctimas. Corte IDH. <i>Caso Habbal y otros Vs. Argentina</i> . Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463 por RODRIGO ROBLES TRISTÁN	131
Desaparición forzada de personas. Acceso a la información pública. Corte IDH. <i>Caso Flores Bedregal y otras Vs. Bolivia</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de octubre de 2022. Serie C No. 467 por PABLO ERNESTO LACHENER	143
Violencia obstétrica. Salud reproductiva. Corte IDH. <i>Caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2022. Serie C No. 474 por CARMEN CECILIA MARTÍNEZ	153

Violencia sexual. Incesto. Niñas y adolescentes. Revictimización. Corte IDH. <i>Caso Angulo Losada Vs. Bolivia</i>. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475 por ROSA CELORIO	165
Defensor de derechos humanos ambientales. Libertad de expresión. Persecución penal. Corte IDH. <i>Caso Baraona Bray Vs. Chile</i>. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481 por ANDREA RUIZ ROSAS y JUAN PABLO OLMEDO BUSTOS	173
Discriminación por orientación sexual en las relaciones de consumo. Corte IDH. <i>Caso Olivera Fuentes Vs. Perú</i>. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2023. Serie C No. 484 por JEANNETTE LLAJA VILLENA y BEATRIZ RAMÍREZ HUAROTO	183
Garantías judiciales. Defensa técnica eficaz. Corte IDH. <i>Caso Álvarez Vs. Argentina</i>. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de marzo de 2023. Serie C No. 487 por JULIETA VELARDEZ	195
Eutanasia. Libertad de expresión. TEDH. <i>Case of Lings v. Denmark</i>, 12 de abril de 2022 por MARÍA SUSANA CIRUZZI	201
Derecho a la salud. Derecho a la vida privada. Protección de datos personales. TEDH. <i>Case of Y.G. v. Russia</i>, 30 de agosto de 2022 por FACUNDO GABRIELE	211
Cannabis para uso medicinal. TEDH. <i>Case of Thörn v. Sweden</i>, 1 de septiembre de 2022 por MARTÍN GARCÍA ONGARO	217
Traslados de personas detenidas. Sanciones disciplinarias. TEDH. <i>Case of Stanislav Lutsenko v. Ukraine (No. 2)</i>, 15 de septiembre de 2022 por GUSTAVO L. VITALE y MARÍA LUZ ÁNGEL INSAURRALDE	231
Discriminación interseccional. Discapacidad. Aborto. Consentimiento. TEDH. <i>Case of G.M and others vs. The Republic of Moldova</i>, 22 de noviembre de 2022 por FACUNDO CAPURRO ROBLES	239
Libertad de expresión. Libertad de asociación. Despido. TEDH. <i>Case of Godenau v. Germany</i>, 29 de noviembre de 2022 por ADRIANA A. MICALE	251

Derecho a la salud. Personas privadas de la libertad. Discapacidad. TEDH. <i>Case of Machina v. The Republic of Moldova</i>, 17 de enero de 2023 por VICTORIA ALCOBA, ANDREA BASCONI, CATALINA CARREIRA y BETINA FORNO	261
Derecho del trabajo. Despido de delegado sindical. TEDH. <i>Case of Hoppen and Trade Union of Ab Amber Grid Employees v. Lithuania</i>, 17 de enero de 2023 por DAVID DUARTE	271
Reseñas bibliográficas	
ESMA. Represión y poder en el centro clandestino de detención más emblemático de la última dictadura (Marina Franco y Claudia Feld, dirs.) por FLORENCIA ZRYCKI	279
Responsabilidad jurídico-penal de civiles en delitos de lesa humanidad. El caso argentino (Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Carlos Juárez Lascano, dirs.) por LEANDRO ARIEL FERNÁNDEZ	287
Sistema penal y derechos humanos. Interpelaciones al poder (Patricia Cóppola y Lucas Crisafulli, dirs.) por HORACIO JAVIER ETCHICHURY	295
Decisiones ante el final de la vida. La autonomía personal frente a la proximidad de la muerte (María S. Ciruzzi) por EULALIA LASCAR	301
Genocidio y resistencia. La destrucción de los armenios por el imperio otomano y la búsqueda de justicia (1915-1923) (Juan P. Artinian) por CARLOS FEDERICO GAITÁN HAIRABEDIAN	311
Indulto, conmutación de penas y amnistía. Regímenes internacional, nacional y provincial. Jurisprudencia aplicable (Mario Midón) por AGUSTIN N. FORCINITO	321
Más que nunca. 12 debates necesarios para construir la democracia del futuro (CELS) por ABRIL ANTONELLA REYNA	329

Qué hacer con los posibles delitos cometidos por el "demonio de izquierda" en los años setenta

Una respuesta jurídica a un debate pendiente a 40 años del retorno de la democracia

Por Sebastián Alejandro Rey¹

1. Introducción

“Durante la década de 1970 la Argentina fue convulsionada por un terror que provenía tanto desde la extrema derecha como de la extrema izquierda” (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 2006: 11).

Esta frase no solo dio inicio al prólogo del Informe final elaborado por la CONADEP en el año 1984, sino también sirvió al proyecto democrático para consolidar a nivel nacional la “teoría de los dos demonios”, de modo de poder llevar adelante los procesos que se denominan comúnmente como de “justicia transicional” desde una supuesta neutralidad.

¹ Abogado con Diploma de Honor (UBA). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Doctor en Derecho (UBA). Profesor de Derechos Humanos (UNPAZ y UBA). Profesor de posgrado (UNPAZ, UNR, UNLPam y UCASAL). Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (UBA) y del Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales (UNPAZ). Secretario de la Asociación Argentina de Profesores y Profesoras de Derechos Humanos (AAPPDH). Director de la Diplomatura en Litigio en Derechos Sociales y Ambientales (UNPAZ). Director de la *Revista Debates sobre Derechos Humanos*. Secretario de Primera Instancia (DGN).

A 40 años del final de la dictadura cívico-militar, considero que la democracia no ha dado una respuesta —mucho menos jurídica y basada en argumentos sólidos— a los reclamos de quienes piden una “verdad completa” o solicitan “justicia para las víctimas de la guerrilla” o “que se juzgue a los dos demonios por igual”.

Tanto la doctrina como los órganos encargados de administrar justicia han dedicado su tiempo principalmente al análisis jurídico de las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes estatales a partir del 24 de marzo de 1976. Quizás porque todavía resulta difícil lidiar con las formas de violencia a la que recurrieron particulares durante las décadas de 1960 y 1970.

El objetivo de este trabajo es elaborar una respuesta desde el derecho interno e internacional al debate respecto de qué hacer con los posibles delitos cometidos por el “demonio de izquierda”.

Para ello, comenzaré explicando los alcances que se le ha dado a la “teoría de los dos demonios”, en particular, a partir de su uso por los gobiernos de Alfonsín y Menem.

Luego analizaré la normativa que dio lugar al Operativo Independencia y cómo se utilizó dicha “teoría” para caracterizar los delitos cometidos en la provincia de Tucumán entre 1975 y 1976, tanto por las fuerzas armadas y de seguridad como por el Ejército Revolucionario del Pueblo (en adelante, ERP).

Por último, intentaré contestar los principales planteos que se han realizado en sede judicial para intentar juzgar a miembros de organizaciones como Montoneros o el ERP por los posibles delitos que habrían cometido durante la década de 1970.

2. La “teoría de los dos demonios” como justificación de los crímenes cometidos en el período 1976-1983

Raffin explica la teoría de los dos demonios

como una imagen construida e inscrita en el imaginario colectivo de esta sociedad, la representación de un conflicto político en un combate mitológico entre dos formas de terrorismo, de izquierda y de derecha extremas, confrontadas en el mismo escenario social, una construcción que se hizo a la luz de la transición democrática para establecer un corte con el pasado y refundar un orden (Raffin, 2006: 269).

Ya en el año 1979 Alfonsín señalaba que “la Argentina está siendo empujada hacia un colapso ético por los partidarios de la violencia de uno y otro signo” (Diario *La Nación*, citado en Bayer, 2009: 324).

Luego de triunfar en las elecciones celebradas en el año 1983, una vez llegado al gobierno, para el radicalismo “resultaba fundamental la caracterización del antagonismo organizaciones revolucionarias-terrorismo de estado como un enfrentamiento bélico y demencial y no un conflicto con raíces sociales y políticas” (Duhalde, 1999: 174 y 175).

Por ello, no resultó raro que el 13 de diciembre de 1983 el Poder Ejecutivo ordenara el juzgamiento de la cúpula militar y de los líderes de las denominadas “organizaciones armadas”.

En los considerandos del Decreto N° 157/1983 se aseguró que el objetivo de alcanzar la paz que motivó la amnistía sancionada en mayo de 1973

se vio frustrado por la aparición de grupos de personas que [...] instauraron formas violentas de acción política con la finalidad de acceder al poder mediante el uso de la fuerza [...] [cometiendo] delitos que culminaron con el intento de ocupar militarmente una parte del territorio de la República.

Asimismo, se destacó que la acción represiva llevada adelante por la dictadura

si bien permitió suprimir los efectos visibles de la acción violenta y condujo a la eliminación física de buena parte de los seguidores de la cúpula terrorista y de algunos integrantes de ésta, sin perjuicio de haberse extendido a sectores de la población ajenos a aquella actividad, vino a funcionar como obstáculo para el enjuiciamiento, dentro de los marcos legales, de los máximos responsables del estado de cosas antes resumido.

Por lo tanto, con el objetivo de afianzar la justicia se afirmó que

corresponde procurar que sea promovida la persecución penal que corresponda contra los máximos responsables de la instauración de formas violentas de acción política, cuya presencia perturbó la vida argentina, con particular referencia al período posterior al 25 de mayo de 1973.

En función de ello, se declaró la necesidad de promover la persecución penal contra Mario Firmenich, Fernando Vaca Narvaja, Ricardo Obregón Cano, Rodolfo Galimberti, Roberto Perdía, Héctor Pardo y Enrique Gorriarán Merlo por los delitos de homicidio, asociación ilícita, instigación pública a cometer delitos, apología del crimen y otros atentados contra el orden público, sin perjuicio de los demás delitos de los que resulten autores inmediatos o mediatos, instigadores o cómplices.

De modo similar, en el Decreto N° 158/1983 se estableció que el objetivo de afianzar la justicia demandaba que se sometiera a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los integrantes de la Junta Militar que usurpó el gobierno de la nación el 24 de marzo de 1976 y a los integrantes de las dos juntas subsiguientes.

En los considerandos de la norma se señaló que “la Junta Militar [...] y los mandos orgánicos de las Fuerzas Armadas que se encontraban en funciones a esa fecha concibieron e instrumentaron un plan

de operaciones contra la actividad subversiva y terrorista, basado en métodos y procedimientos manifiestamente ilegales”.

Con posterioridad, la CONADEP cumplió un rol fundamental en la masificación del uso de la “teoría de los dos demonios”.

Más allá de la frase mencionada en la introducción de este trabajo, en el prólogo al Informe final se señala que “a los delitos de los terroristas, las Fuerzas Armadas respondieron con un terrorismo infinitamente peor que el combatido” (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 2006: 11) y que “la lucha contra los ‘subversivos’, con la tendencia que tiene toda caza de brujas o de endemoniados, se había convertido en una represión demencialmente generalizada” (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 2006: 13).

Para que esta teoría calara hondo en la sociedad se debía construir la imagen de un “demonio de izquierda” poderoso, valiente, épico, que se diferenciara del resto de la población, inocente de la comisión de delitos.

Por ello, se afirma:

desde gente que propiciaba una revolución social hasta adolescentes sensibles que iban a villas miseria para ayudar a sus moradores. Todos caían en la redada: dirigentes sindicales que luchaban por una simple mejora de salarios, muchachos que habían sido miembros de un centro estudiantil, periodistas que no eran adictos a la Dictadura, psicólogos y sociólogos por pertenecer a profesiones sospechosas, jóvenes pacifistas, monjas y sacerdotes que habían llevado las enseñanzas de Cristo a barriadas miserables. Y amigos de cualquiera de ellos, y amigos de esos amigos, gente que había sido denunciada por venganza personal y por secuestrados bajo tortura. Todos, en su mayoría, inocentes de terrorismo o siquiera de pertenecer a los cuadros combatientes de la guerrilla, porque éstos presentaban batalla y morían en el enfrentamiento o se suicidaban antes de entregarse, y pocos llegaban vivos a manos de los represores (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 2006: 13).

Esta última afirmación resulta claramente contradictoria con el contenido del propio Informe de la CONADEP, que señala que la metodología instaurada por la dictadura consistió en la privación ilegal de la libertad, la posterior tortura para obtener información que permitiera rápidamente realizar nuevas privaciones de la libertad y el asesinato o la desaparición física.

Por ende, la idea de un enfrentamiento que resultara en la muerte del “subversivo”, si bien pudo ocurrir en algunas contadas ocasiones, no era el objetivo buscado por los Grupos de Tareas. Además, la práctica extendida del suicidio no ha sido acreditada hasta el momento, puesto que el número de casos en que una persona se suicidó previo a ser secuestrada es irrisorio si se lo compara con el total de personas desaparecidas o asesinadas por la dictadura.

Durante el “Juicio a las Juntas” también se hizo uso de la “teoría de los dos demonios”. La lectura de la sentencia dictada en la causa N° 13/84 permite advertir que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal utilizó la denominación “fuerzas legales” para referirse a aquellas que habían usurpado el poder político, al tiempo que habló de “delincuentes subversivos” y “terrorismo subversivo” (Torres Molina, 2006).

Esta caracterización de lo vivido en la Argentina en la década de 1970 fue compartida por el presidente Menem durante el inicio de su gestión.

El 6 de octubre de 1989, con el objetivo de “pacificar la Nación”, dictó los Decretos N° 1002 y 1003, en los que dispuso el indulto de alrededor de 250 individuos, militares y civiles, que se encontraban procesados o condenados, entre los que se incluía a la totalidad de los altos jefes militares procesados que no habían sido beneficiados por las leyes de Punto Final y Obediencia Debida y a un cierto número de acusados de subversión, entre ellos, varios sobreseídos, muertos y desaparecidos.

En términos jurídicos, se puede afirmar que la “teoría de los dos demonios” desdibujó los límites de la responsabilidad estatal y el grado de reproche que merecían los autores de los delitos cometidos por los distintos grupos.

Como señalaba Duhalde, “es inaceptable pretender justificar el terrorismo de Estado como una suerte de juego de violencias contrapuestas, como si fuera posible buscar una simetría justificatoria en la acción de particulares frente al apartamiento de los fines propios de la Nación y del Estado que son irrenunciables” (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 2006: 8).

En efecto, el proceso de juzgamiento de los crímenes llevado adelante por la Dictadura –que dio un paso significativo cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo “Simón” (2005b)–, ha permitido acreditar que desde el 24 de marzo de 1976 –e incluso antes– agentes estatales fueron responsables de la comisión de delitos contra la humanidad, como parte de un plan de persecución y eliminación física de personas por motivos políticos y económicos.

No existe controversia en cuanto a que “a partir del 24 de marzo de 1976, no existían desafíos estratégicos de seguridad para el *statu quo*, porque la guerrilla ya había sido derrotada militarmente” (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 2006: 8).

Lo hasta aquí expuesto no es una novedad a la que accedimos en la actualidad. Ya en el año 1977 Rodolfo Walsh señalaba que luego del golpe de Estado la persecución política se transformó en exterminio:

[q]uince mil desaparecidos, diez mil presos, cuatro mil muertos, decenas de miles de desterrados son la cifra desnuda de ese terror. Colmadas las cárceles ordinarias, crearon en las principales guarniciones del país virtuales campos de concentración donde no entra ningún juez, abogado, periodista, observador internacional. El secreto militar de los procedimientos, invocado como necesidad de la investigación, convierte a la mayoría de las detenciones en secuestros que permiten la tortura sin límite y el fusilamiento

sin juicio [...] Mediante sucesivas concesiones al supuesto de que el fin de exterminar a la guerrilla justifica todos los medios que usan, han llegado a la tortura absoluta” (Walsh, 1977).

El referido periodista agregó la siguiente información:

La negativa de esa Junta a publicar los nombres de los prisioneros es asimismo la cobertura de una sistemática ejecución de rehenes en lugares descampados y horas de la madrugada con el pretexto de fraguados combates e imaginarias tentativas de fuga [...] 1.200 ejecuciones en 300 supuestos combates donde el oponente no tuvo heridos y las fuerzas a su mando no tuvieron muertos [...] Veinticinco cuerpos mutilados afloraron entre marzo y octubre de 1976 en las costas uruguayas, pequeña parte quizás del cargamento de torturados hasta la muerte en la Escuela de Mecánica de la Armada (Walsh, 1977).

Con una claridad que asombra, toda vez que recién se había cumplido un año del golpe de Estado y Walsh se encontraba en la clandestinidad, explicó las verdaderas razones del terrorismo de Estado, que da por tierra con la “teoría de los dos demonios”:

[e]stos hechos, que sacuden la conciencia del mundo civilizado, no son sin embargo los que mayores sufrimientos han traído al pueblo argentino ni las peores violaciones de los derechos humanos en que ustedes incurren. En la política económica de ese gobierno debe buscarse no sólo la explicación de sus crímenes sino una atrocidad mayor que castiga a millones de seres humanos con la miseria planificada (Walsh, 1977).

Es que la dictadura cívico-militar no buscó terminar con las “organizaciones armadas”, sino romper los lazos sociales, de modo de poder instalar definitivamente el neoliberalismo económico en la Argentina. Por ello, se disminuyeron los salarios, aumentó la deuda externa, se nacionalizó la deuda privada y se les dieron grandes beneficios a la oligarquía ganadera y a los grupos especuladores económicos.

Para conseguir tales objetivos era necesario golpear como nunca a la clase trabajadora, lo que quedó demostrado en el Informe de la CONADEP, en el que se destaca que el 30,2% de las personas desaparecidas eran obreros, a lo que debe añadirse un 17,9% de empleados (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 2006).

Consecuentemente, lo ocurrido en la Argentina durante la década de 1970 puede sintetizarse en la comisión de dos tipos de delitos bien diferenciados: 1) los llevados adelante desde el Estado, por sus agentes, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra integrantes de la población civil –un número representativo de ella– con conocimiento de dicho ataque –sin que la definición de crímenes contra la humanidad vigente exigiera la existencia de un plan o una política detrás del ataque,

puesto que ni la costumbre ni los tratados adoptados con anterioridad al Estatuto de la Corte Penal Internacional² que la Argentina había ratificado hacían referencia a este requisito—, y 2) los cometidos por quienes integraban Montoneros o el ERP.

Los primeros son crímenes contra la humanidad, van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda, por lo que son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.

Los segundos formaban parte de ataques aislados que no eran dirigidos contra la población civil. Eran delitos comunes que pudieron —como efectivamente ocurrió en algunos casos— haber sido juzgados durante las décadas de 1970 y 1980. En la actualidad se encuentran prescriptos,³ por lo que la pretensión punitiva no puede reiniciarse.

En función de lo expuesto, se puede sostener que la “teoría de los dos demonios” no resulta jurídicamente acertada para calificar los delitos cometidos en la Argentina.

No obstante, “gozó de un alto nivel de aceptación porque permitió una exculpación colectiva, en el sentido de que la sociedad se percibe y constituye como víctima, ajena a los dos demonios” (Feierstein, 2018: 12).

Por este motivo, la “teoría de los dos demonios” se impuso, “no por su apego a la verdad, sino porque permitía a muchos clausurar la pregunta sobre su propia responsabilidad e involucramiento en los hechos, proyectándola hacia los extremismos” (Feierstein, 2018: 18).

3. El Operativo Independencia y la inexistencia de un conflicto armado en la Argentina

La “teoría de los dos demonios” no fue un invento del escritor Ernesto Sábato —presidente de la CONADEP—, puesto que ya había sido utilizada para justificar la represión que se iba a llevar adelante en la provincia de Tucumán durante el Operativo Independencia entre 1975 y 1976.

Los debates sobre los delitos cometidos en el monte tucumano demuestran hasta qué punto penetró en el imaginario social la denominada “teoría de los dos demonios”: un sector importante de la población sigue convencido de que el ERP tenía control de gran parte de la provincia y que allí se celebraron cruentos combates.

2 La Argentina firmó el Estatuto de Roma el 8 de enero de 1999, lo aprobó el 30 de noviembre de 2000 mediante la Ley N° 25390 y lo ratificó el 8 de febrero de 2001. Por último, el 9 de enero de 2007 sancionó la Ley N° 26200 de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

3 La prescripción puede ser definida como el derecho de la persona imputada a no ser perseguida o juzgada después del paso de un cierto período de tiempo desde que el delito fue cometido (TEDH, 2000: 146). La limitación en el tiempo de la persecución penal es una característica común de los sistemas jurídicos de los Estados. Tiene el propósito fundamental de dar seguridad jurídica y evitar la injusticia de que los tribunales decidan sobre eventos que ocurrieron en un pasado distante sobre la base de evidencia que se ha vuelto poco fiable o incompleta por el paso del tiempo (TEDH, 1996: 51).

Al respecto, Gutman sostiene que

[l]os guerrilleros nunca consiguieron plantearle al Ejército una confrontación armada con una correlación de fuerzas que permitiera llamarla guerra. Sin embargo, la insistencia de los revolucionarios contribuyó a que los militares se montaran sobre el mito de la guerra, que en Tucumán alcanzó mayor magnitud que en ningún otro lugar de la Argentina (Gutman, 2012: 281).⁴

Vale la pena recordar que a fines del año 1968 el Partido Revolucionario de los Trabajadores comenzó a instalar los primeros campamentos en el monte tucumano. En julio de 1970 un grupo de delegados se reunió para crear el ERP, cuya primera acción armada fue el intento de toma de la Comisaría 24a de Rosario ocurrido dos meses más tarde (Carreras, 2003; Larraquy, 2018).

Durante la dictadura de Lanusse se dictó el Decreto N° 3693/1973, que estableció medidas de excepción y declaró zonas de emergencia a la Capital Federal y a las provincias de Tucumán, Buenos Aires, Córdoba, Mendoza y Santa Fe. El fundamento de esta norma era

la situación de conmoción interior producida en el ámbito nacional y que la acción terrorista se ha[bía] incrementado al punto de poner en peligro la seguridad interior y el proceso de normalización institucional a que se halla abocado el Gobierno de la Nación.

En marzo de 1974 entre cuarenta y cincuenta hombres del ERP subieron al monte tucumano para iniciar formalmente un entrenamiento en guerrilla rural. La mayoría no tenía ninguna experiencia, pero “el monte se consideraba el lugar por excelencia para todo combatiente revolucionario [...] se le adjudicaba un componente épico al sacrificio, a la dureza de la vida cotidiana [...] un papel central lo jugaba el anhelo de emulación de la gesta cubana” (Gutman, 2012: 104). Así surgió la Compañía de Monte “Ramón Rosa Jiménez”.

Mediante el Decreto Secreto N° 261 del 5 de febrero de 1975, en virtud de “[l]as actividades que elementos subversivos desarrollan en la provincia de Tucumán y la necesidad de adoptar medidas adecuadas para su erradicación”, la presidenta Martínez de Perón dispuso que “el Comando General del Ejército procederá a ejecutar las operaciones militares que sean necesarias a efectos de neutralizar y/o aniquilar el accionar de elementos subversivos que actúan en la provincia de Tucumán”.

4 Si bien había gente que colaboraba con el ERP, los campesinos tucumanos no se sumaban a la Compañía de Monte. Pese a ello, la conducción del ERP sostenía que “la excelente predisposición hacia los revolucionarios que demuestran las masas tucumanas, unida a su odio a las fuerzas represivas [...] abre magníficas posibilidades” (de la Revista *El Combatiente*, citada en Gutman, 2012: 138). Más allá de la autopercepción que puedan tener los militantes del ERP o de Montoneros sobre las acciones que desarrollaron durante la década de 1970, para el derecho internacional no es lo mismo una persona que tiene un arma que un combatiente.

El Operativo Independencia

inició la práctica sistemática de una nueva modalidad represiva con un conjunto de técnicas *ad hoc* que giran alrededor de una figura central: el campo de concentración y la desaparición de personas como metodología de represión. Fue una experiencia piloto que luego se desplegaría en Córdoba y, por último, a nivel nacional (Calveiro, 2013: 49; Crenzel, 2008: 31).

Ello implica que “la figura de la desaparición, como tecnología del poder instituido, con su correlato institucional, el campo de concentración-extermínio, hicieron su aparición en vigencia de las llamadas instituciones democráticas y dentro de la administración peronista de Isabel Martínez” (Calveiro, 2006: 27).

El mecanismo usual durante el Operativo Independencia era el secuestro de las personas y su alojamiento en centros clandestinos organizados y dirigidos por las fuerzas militares (Base Militar de Caspinchango, de Santa Lucía, del Ingenio Fronterita, del Ingenio Lules, de la Citrícola San Miguel y San José) o por las fuerzas de seguridad (Jefatura de Policía, Comisarías, Delegación de Policía Federal) o en centros clandestinos independientes (Escuelita de Famaillá, EUDEF, El Motel, El Reformatorio y Nueva Baviera).

El 6 de octubre de 1975 Luder, en acuerdo general de ministros, dictó los Decretos N° 2770, N° 2771 y N° 2772, extendiendo a todo el territorio nacional la metodología utilizada en Tucumán.

Se constituyó el Consejo de Seguridad Interna para dirigir “los esfuerzos nacionales para la lucha contra la subversión” y se estableció que el Consejo de Defensa, presidido por el Ministro de Defensa e integrado por los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas, debía “conducir la lucha contra todos los aspectos y acciones de la subversión” e iba a tener control operacional de las policías y servicios penitenciarios federales y provinciales para su empleo inmediato en la lucha contra la subversión.

Una diferencia importante con la normativa sancionada para iniciar el Operativo Independencia –en la que se hacía referencia a neutralizar y/o aniquilar el accionar de elementos subversivos– radica en que el Decreto N° 2772/75 disponía directamente que las Fuerzas Armadas “procederán a ejecutar las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a efectos de aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país”.

Al referirse a estas normas, Videla señaló que

el decreto de Luder puede tomarse como la declaración de guerra a la subversión, aunque si vemos lo que pasó en Tucumán se puede tomar como punto de partida febrero del 75. Los errores, excesos, horrores de esos seis meses que van desde octubre del 75 hasta marzo del 76 son iguales a los del 24 de marzo en adelante [...] Nada de lo que pasó después fue distinto de lo que pasó en Tucumán (Seoane y Muleiro, 2001: 51).

A partir de una lectura particular del alcance de los Decretos mencionados, el 15 de octubre de 1975 el Consejo de Defensa expidió la Directiva N° 1/75, en la que se estableció que era misión de las Fuerzas Armadas

[o]perar ofensivamente contra la subversión en el ámbito de su jurisdicción y fuera de ella en el ámbito de las otras FFAA., para detectar y aniquilar las organizaciones subversivas a fin de preservar el orden y la seguridad de los bienes, de las personas y del Estado.

Menos de dos semanas después, Videla firmó la Directiva N° 404/75. En esta orden de operaciones se estableció que la misión del Ejército era detectar y aniquilar las organizaciones subversivas. Incluía un cronograma sobre los resultados esperados: disminuir el accionar subversivo para fines de 1975, transformar su accionar en un problema de naturaleza policial para el año siguiente y aniquilar los elementos residuales de las organizaciones subversivas a partir de 1977 (Reato, 2012).

En igual sentido deben leerse las órdenes secretas dictadas el 17 de diciembre de 1976 por el *jefe del Estado Mayor del Ejército Viola* para terminar con la “guerrilla”, que difieren de las emanadas por el gobierno constitucional. Se estableció que se debía aplicar el poder de combate con la máxima violencia para aniquilar a los delincuentes subversivos donde se encontraran y se destacó que en las operaciones de seguridad se debían llevar capuchones o vendas para el transporte de detenidos a fin de que no pudieran ser reconocidos y no se supiera dónde eran conducidos (Sancinetti y Ferrante, 1999).

Tanto la normativa como la narrativa existente respecto del Operativo Independencia permite constatar que la “teoría de los dos demonios” buscó instalar la idea de que en Tucumán se produjo “una guerra sucia”, un conflicto armado interno o de carácter no internacional no convencional, por lo que los delitos cometidos por el Ejército debían ser analizados desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH). Adicionalmente, ello implicaba que los integrantes del ERP podían haber cometido crímenes de guerra.

Por lo tanto, resulta indispensable determinar si en 1975-1976 tuvo lugar un conflicto armado interno en la provincia de Tucumán, puesto que ello es requisito para que se cometan crímenes de guerra.

El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que resulta aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional, exige que exista como mínimo: a) una oposición de grupos armados organizados; b) una cierta intensidad en las hostilidades, lo que implica superar un elevado umbral de violencia (Scharf, 1996); y c) una cierta duración del conflicto, que debe ser prolongado (de Than y Shorts, 2003).⁵

5 En los conflictos armados contemporáneos los guerrilleros no respetan –salvo raras excepciones– la obligación de ir uniformados o de llevar un signo distintivo fijo, reconocible a distancia. Por eso, el Protocolo II es menos exigente que los Convenios de 1949 en lo que respecta al porte permanente de un signo distintivo: solo se exige que el guerrillero se distinga de la población civil mediante un signo visible durante un ataque o una operación militar preparatoria de un ataque. En una situación excepcional basta que el guerrillero, para distinguirse de la población, lleve sus armas abiertamente durante todo enfrentamiento militar y durante el tiempo en que toma parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque (de Preux, 1997).

De este modo, se puede distinguir un conflicto armado interno de los disturbios internos, el vandalismo, las insurrecciones no organizadas o las actividades terroristas, que no están reguladas por el DIH (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 1997 y 1998 y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 1998).

En base al análisis efectuado por la doctrina de la práctica del Comité Internacional de la Cruz Roja, un disturbio interno existe cuando, aun en ausencia de conflicto armado, el Estado recurre a las Fuerzas Armadas para mantener el orden, mientras que nos encontramos frente a tensiones internas cuando, en ausencia de disturbios, el Estado utiliza la fuerza como medida preventiva para mantener el respeto al derecho y el orden (Nguyê Duy-Tân, 1991).

Al caracterizar a los grupos armados que combaten se ha destacado que deben tener algún grado de organización, lo cual no necesariamente implica que exista una estructura jerárquica como la de las fuerzas armadas regulares. La organización debe ser capaz de, por un lado, planificar y ejecutar operaciones armadas sostenidas y coordinadas, llevadas adelante continuamente y sin interrupciones de acuerdo con un plan y, por el otro, imponer disciplina (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 2000).

Asimismo, para aplicar el artículo 3 común a los Convenios de 1949 el grupo beligerante debe poseer una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, debe actuar dentro de un determinado territorio y tener los medios para respetar y asegurar el respeto de los Convenios (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 1998), sin que sea necesario el requisito de dominio territorial –posición que no es compartida de forma unánime–.

Si se analiza lo ocurrido en la Argentina durante la década de 1970 resulta imposible aplicar el artículo 3 común a los Convenios de 1949 o, incluso, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional –Protocolo II, aprobado en 1977– debido a la debilidad y poca organización de la oposición armada (Ambos, 1999).

En cuanto a la intensidad que deben tener los enfrentamientos, debe desecharse la utilización del Informe N° 55/97 aprobado por la CIDH relacionado con el ataque al cuartel del Regimiento de Infantería Mecanizada N° 3 “Gral. Belgrano” localizado en La Tablada, provincia de Buenos Aires, el 23 de enero de 1989.

Para la CIDH, el choque violento entre los atacantes y las fuerzas armadas no constituyó un supuesto de “disturbio interior” o “tensiones internas”, sino que se trató de un conflicto armado interno (CIDH, 1997).

Debo destacar que los 42 atacantes fueron rodeados por alrededor de 3.500 efectivos policiales que acordonaron el cuartel y los sometieron a fuego indiscriminado. Luego llegaron tropas comandadas por el General Arrillaga y recrudesció el fuego, que pasó de los fusiles y pistolas automáticas a tanques, tanquetas y cañones. Producto de los enfrentamientos, que se extendieron por aproximadamente treinta horas, murieron veintinueve personas.

Adicionalmente, no puede pasar inadvertido que la interpretación realizada por la CIDH en dicho caso fue criticada, tanto en lo que hace a la aplicación del DIH como a la caracterización de la intensidad de la violencia utilizada (Zegveld, 1998; Rey y Vismara, 2012; Byron, 2007).

Los escasos enfrentamientos aislados entre integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad y el ERP podrían ser caracterizados como disturbios internos, pero no existen pruebas que permitan sostener que, durante el Operativo Independencia, la Compañía de Monte “Ramón Rosa Jiménez” haya desarrollado acciones armadas de tal envergadura que puedan caracterizar un conflicto armado.

Vale la pena mencionar la declaración del conscripto Benito Acosta en el juicio oral en el que se juzgaron los crímenes cometidos durante el Operativo Independencia: “no era una guerra, que ellos venían, hacían unos tiros y se iban, que no era un enfrentamiento, nunca [...] vivían en el monte, que llegaban, hacían unos tiros y se volvían al monte” (Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, 2017).

El imputado Jorge Lazarte, por su parte, declaró que “Gorriarán Merlo del ERP dijo que en el 75 llegaron a tener 5.000 combatientes”, pero también sostuvo que “quienes eran las cabezas del PRT a fines del 75 señalaron que tenían entre 600 y 800 combatientes, 2.000 simpatizantes activos y 20.000 adherentes”. Más allá de la inexactitud de los números invocados, en ninguna parte se distingue cuántos de esos “combatientes” del PRT se encontraban en la provincia de Tucumán.

La virtud de la “teoría de los dos demonios” fue que la población se convenció de que el ERP tenía un poderoso ejército listo para tomar el poder en la provincia de Tucumán, lo cual ha sido desacreditado por diversas fuentes.

Solo por mencionar algunas, la Directiva N° 333/75 (Operaciones contra la subversión en Tucumán), que puede tomarse como referencia “oficial”, estimaba que el enemigo tenía una capacidad aproximada de entre 300 y 500 hombres, cifra a la que nunca se acercó ni remotamente.

Durante el juicio oral el teniente coronel (retirado) Ritcher declaró que los efectivos armados serían alrededor de 100. En igual sentido, Daniel De Santis, que militó en el PRT-ERP, declaró que la Compañía tenía entre 60 y 100 combatientes, agregando que “más allá de las intenciones no logramos constituir un ejército regular” (Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, 2017). Citando a un suboficial del Ejército, Carreras menciona que el grupo inicial de la Compañía estaba integrado por cuarenta hombres y el ERP jamás llegó a tener en el monte más de 90 efectivos (Carreras, 2003). Por último, Taire señala que “dirigentes, militantes y ex integrantes de la Compañía de Monte coinciden en señalar que su número nunca llegó a los 100” (Taire, 2022b: 71). Este autor incluso menciona un trabajo de un militar español que afirmó que el núcleo permanente, fijo osciló entre 35 y 45 militantes.

El problema radica en que, a más de mil kilómetros de distancia, se idealiza el monte tucumano sin llegar a comprender las condiciones en las que se encontraban los miembros de la Compañía de Monte:

el monte tucumano es frío y húmedo. La atmósfera es pegajosa. Por momentos, cuando uno lo atraviesa, no ve la luz del sol [...] El piso está siempre mojado, con barro. Cuando uno camina le corre la transpiración por la piel y siempre tiene algún bicho alrededor del cuello. La vegetación es densa y hay que abrirse camino con machete. No es fácil encontrar un lugar donde dormir y no se puede hacerlo directamente sobre el suelo por la humedad [...] No hay prácticamente nada para comer, así que sin provisión de comida desde abajo es imposible sobrevivir. El pan no dura porque lo pudre la humedad. Y cazar es extremadamente dificultoso [...] En condiciones normales, vivir en el monte es difícil. Estando perseguido, es terrible (Gutman, 2012: 74).

Ello explica en gran medida los motivos por los que, luego de la “toma” de Acherai –a la que haré referencia más adelante–, los integrantes de la Compañía fueron licenciados unos días y tal vez la mitad de quienes habían participado en la parte de entrenamiento realizada en marzo de 1974 desertó (Gutman, 2012).

Por aquel entonces, la Compañía realizaba algunas acciones de propaganda armada, como la toma de la Comisaría de El Siambón, sin que hubiera resistencia policial (Gutman, 2012; Carreras, 2003).

En agosto de 1974 se produjo la “Masacre de Capilla del Rosario” en la provincia de Catamarca, que golpeó duramente al ERP y, en particular, a la Compañía de Monte que perdió a la mitad de sus integrantes, al mismo tiempo que marcó el inicio de la participación activa del Ejército en la persecución y exterminio de la “guerrilla”.

En febrero de 1975 unos 3.500 efectivos del Ejército se desplegaron en varias poblaciones de la provincia de Tucumán para comenzar el Operativo Independencia.

Un dato clave para entender los objetivos y la modalidad que tuvo el Operativo es que el 75% de las personas desaparecidas en la provincia de Tucumán eran trabajadoras rurales de la caña y la industria azucarera y peones y obreros de la construcción, según reveló la Comisión Investigadora de las Violaciones a los Derechos Humanos local.⁶

La lectura del relato de cada uno de los hechos descritos en la resolución dictada por el juez Bejas cuando dispuso el procesamiento de diecisiete imputados por los crímenes cometidos durante el Operativo Independencia permite advertir que casi la mitad de las víctimas eran obreros o jornaleros –muchas con actividad sindical–, que fueron privadas de su libertad en sus domicilios, en sus lugares de trabajo o mientras transitaban por la vía pública.

6 Conf. Diario *Clarín*, 17 de junio de 2010. Al respecto, Gelman destacaba que en 1974 las organizaciones armadas que habían tenido un papel muy claro en la resistencia obrera contra la dictadura de Juan Carlos Onganía dejaron de ser protagonistas y, apenas un año después, los obreros tomaron la primacía. Por ello empezó a surgir el mito de la guerrilla industrial y el golpe de 1976 fue esencialmente antiperonista y antiobrero (Mero, 2014).

Solo el 4% de las víctimas individualizadas se reconocieron como militantes del PRT-ERP y ninguna fue categóricamente identificada o reconocida —en función de la prueba producida— como integrante de la Compañía “Ramón Rosa Jiménez” (Juzgado Federal de Tucumán N° 1, 2012).⁷

La excepción fue Rubén Jesús Emperador, quien declaró en el juicio que “subió al monte en junio del 74 como simpatizante del ERP, pero que no era parte [de la Compañía], sólo era simpatizante [...] no participaba de operativos [...] estuvo en el monte desde junio hasta noviembre del 74”.⁸

Citando al historiador Pucci, el juez Bejas señaló que

el ERP había iniciado en 1974 su aventura de la guerrilla del monte, y la presencia del foco guerrillero habría proporcionado al gobierno y al Ejército las razones para invadir militarmente la provincia [...] agitando el fantasma de que la guerrilla estaba próxima a la creación de un ‘estado independiente’ en la provincia de Tucumán (Juzgado Federal de Tucumán N° 1, 2012).

Sin embargo, el magistrado afirmó categóricamente que

el ERP nunca habría controlado ni el territorio que pisaba: sus campamentos eran escondites en el monte, una selva casi deshabitada que les daba refugio pero que rápidamente se convirtió en su propia encerrona. Desde el punto de vista técnico, el combate entre el Ejército y la guerrilla rural del ERP no

7 Quizás algunas de las víctimas sobrevivientes integraron la Compañía y no quisieron mencionarlo durante el proceso penal; quizás los familiares de las víctimas desaparecidas o asesinadas desconocían este hecho. Igualmente, hay dos casos incluidos en el expediente judicial que merecen una aclaración. Horacio Armando Milstein fue baleado por miembros del Ejército en una emboscada o enfrentamiento producido en las inmediaciones de la localidad de Caspinchango en agosto de 1975 y fue trasladado a la Base Militar emplazada en instalaciones del ex Ingenio Santa Lucía. No surge de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en base a qué prueba consideró acreditado que hubo un enfrentamiento en oportunidad en que Milstein y otros sujetos “bajaban del cerro”. La única declaración testimonial que se mencionó perteneció al conscripto Infante, quien manifestó que “oyó una balacera, se trataba de un operativo [...] de repente se toparon con un tractor y un helvético en el que llevaban a Milstein muy malherido [...] estaba armado con una artillería con dos tiras”. Toda vez que hasta el día de la fecha Milstein continúa desaparecido, el Tribunal Oral concluyó que murió como consecuencia de ese posible enfrentamiento. Para la misma época, José D’Hiriart, militante del ERP, viajaba por la Ruta 38 en un colectivo de línea y fue detenido a la altura de la localidad de La Reducción, Departamento Lules, por una patrulla del Ejército con el objetivo de requisar a los pasajeros. En circunstancias poco claras fue herido por proyectiles de arma de fuego, siendo trasladado al Hospital Militar donde falleció. Vilas identificó a la víctima con el número de orden 102 y el alias “Joaquín I” y consignó la muerte de la víctima en un “enfrentamiento”.

8 Los casos de Rolando Oscar Figueroa, Fermín Ángel Núñez, Ángel Villavicencio y Rubén Jesús Emperador son particulares, puesto que fueron condenados por el homicidio del capitán Humberto Viola y su hija María Cristina, atentado atribuido a la Compañía de Monte. Figueroa fue detenido en diciembre de 1974 mientras se encontraba descansando en su domicilio de la localidad de San José. Núñez fue detenido en enero de 1975 en la planta pasteurizadora COOTAM donde trabajaba, ubicada en San Miguel de Tucumán. Villavicencio fue secuestrado en dos oportunidades en el año 1975, una vez mientras se encontraba trabajando en el ex Ingenio Lules y la otra en su domicilio del Ingenio San Pablo. Finalmente, Emperador fue detenido en abril de 1975, mientras se encontraba durmiendo en casa de su madre, en San Miguel de Tucumán. Todos fueron obligados a confesar su participación en el crimen bajo torturas. Por último, Juan Eugenio Aranda y Francisco Armando Aranda, a quienes también se los vinculaba con el crimen de Viola, fueron detenidos en marzo de 1975 en una fiesta de casamiento que se celebraba en San Pablo y fueron asesinados mientras se encontraban en el CCD “Escuelita de Famailá”. Lo que resulta indudable es que, en ninguno de los 269 casos que se imputaron, incluidos los mencionados en esta nota al pie, hay referencias a combates en el monte tucumano.

podía caracterizarse como una guerra: la denominada Compañía del Monte tucumana nunca sumó más de 100 o 150 jóvenes armados enfrentados por una fuerza que llegó a reunir 6.000 efectivos militares: de un lado del combate había un Ejército del otro un grupo de personas armadas (Juzgado Federal de Tucumán N° 1, 2012).

Para el juez Bejas,

el plan represivo de las FF. AA. se inicia en la dictadura de Onganía sobre un objetivo económico (reconversión económica de fondo asentada en la promoción de sectores más eficientes y dinámicos de la economía particularmente ligados al capital transnacional) y político (combatir el comunismo).

Por ello,

los sectores de [la] población principalmente perseguidos y lesionados durante la vigencia del Operativo Independencia fueron aquellos vinculados con la industria azucarera, la actividad rural, la dirigencia sindical y con la defensa de los derechos de titularidad de los sectores más desprotegidos (Juzgado Federal de Tucumán N° 1, 2012).

La claridad de este párrafo permite terminar con el mito de “los dos demonios tucumanos”.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, a su vez, manifestó que “los miembros de la Compañía Ramón Rosa Jiménez [o] el denominado ‘Ejército Revolucionario del Pueblo’ no tuvieron en ningún momento dominio pleno de una porción del territorio” (Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, 2017).

Según reconoció el General Vilas, quien comandó el Operativo en sus inicios, durante el año 1975 pasaron por el Centro Clandestino de Detención “La Escuelita” 1.507 personas. Señaló, asimismo, que en las primeras semanas fueron detenidas unas 250 personas, número muy superior a la cantidad de guerrilleros que el ERP tuvo jamás en el monte. En mayo de 1975 declaró que para ese entonces el ERP había sufrido 350 bajas, entre muertos y detenidos (Gutman, 2012). Independientemente de la dudosa veracidad de la cifra indicada, Vilas omitió mencionar que ninguna de esas muertes había ocurrido en combate.

Lo más parecido a un enfrentamiento armado en la provincia de Tucumán ocurrió el 28 de mayo de 1975, cuando cerca de 150 integrantes del ERP –entre los que se encontraban los miembros de la Compañía de Monte– armados con dos cargadores por persona se dirigían a Famaillá, lugar donde al día siguiente planeaban copar el Comando Táctico del Operativo Independencia.

Sin embargo, al llegar a Manchalá se encontraron por casualidad con dos suboficiales y doce soldados del Ejército que estaban en el lugar. Más tarde se sumaron un suboficial y seis soldados más. Cuando empezaron los disparos, los integrantes del ERP, que no entendían bien qué estaba ocurriendo, cuántos eran sus enemigos, ni desde dónde les disparaban, se desbandaron y se dieron a la fuga hacia los cañaverales. Durante semanas fueron buscados y perseguidos en toda la provincia.

Al poco tiempo, el ERP señaló que en el combate murieron dos militantes y veintiocho soldados enemigos, pero el Ejército no reconoció ninguno. Es más, en la lista elaborada por el Ejército de caídos en enfrentamientos en las décadas de 1970 y 1980 no se menciona a nadie en aquella fecha (Gutman, 2012).⁹ No obstante, el episodio fue agrandado por la acción psicológica militar y desde entonces ensalzado como el heroico “Combate de Manchalá” (Taire, 2022b).

Taire menciona que el Ejército ha reconocido que durante el Operativo Independencia murieron cuarenta y cinco de sus efectivos, pero la mayoría no murió en enfrentamientos con el ERP. Dieciséis fallecieron en accidentes aéreos por fallas mecánicas o impericia de los pilotos y una gran cantidad falleció antes del 9 de febrero de 1975 (Taire, 2022a).

Recién el 4 de septiembre de 1975 el Ejército tuvo bajas en la zona, cuando fue emboscado por el ERP durante un rastillaje. El saldo habría sido la muerte del teniente Rodolfo Berdina, del soldado Ismael Maldonado y de doce guerrilleros (Gutman, 2012), aunque hay quienes afirman que en realidad habrían sido víctimas de las balas de integrantes de su propia patrulla militar (Taire, 2022a).

Al poco tiempo, dos guerrilleros fueron muertos en un operativo en una casa en Villa Luján. El 8 de octubre otros dos guerrilleros fueron acribillados cuando iban a ver a un campesino que debía entregarles carne y medicamentos. Dos días más tarde una patrulla del Ejército llegó hasta el campamento de la comandancia y seis guerrilleros lograron huir, dejando armas y medicamentos en manos del Ejército. Esa misma semana los guerrilleros fueron emboscados por 160 soldados en una finca de cítricos. Allí murió el soldado Freddy Ordoñez. A los dos días, un grupo que se había alejado del monte se acostó a dormir en un cañaveral. Un hombre que pasaba los denunció y en poco tiempo llegaron cientos de soldados y un helicóptero. Uno de sus tripulantes –José Anselmo Ramírez– fue baleado por los guerrilleros y las tropas del Ejército prendieron fuego el cañaveral con lanzallamas. El ERP tuvo catorce bajas y un solo guerrillero pudo escapar, pero fue detenido cuando esperaba un micro al costado de la ruta (Gutman, 2012).

Durante el mes de octubre de 1975 el Ejército informó que había abatido a treinta y siete integrantes del ERP, mientras que murieron siete conscriptos, un suboficial y un oficial, aunque en realidad tres habrían muerto por error en un enfrentamiento entre dos grupos diferentes del Ejército que se habían perdido en el monte, circunstancia que podría haberse replicado en otros casos de soldados fallecidos en la época, respecto de los que se carece de información sobre las circunstancias de sus muertes (Gutman, 2012; Taire, 2022b).

⁹ Incluso el Informe de Inteligencia del Ejército N° 16/75 menciona que las bajas que el ERP se atribuyó haber ocasionado a dicha fuerza (181) carecen de toda base real (Gutman, 2012).

Al asumir las riendas del Operativo Independencia en diciembre de 1975, el General Bussi declaró que “la eliminación física de los últimos delincuentes que aún deambulan derrotados por estos cerros y montes tucumanos no será, ni mucho menos, la solución de los graves problemas que afectan a la Argentina” (Gutman, 2012: 277).

En febrero de 1976, unos quince integrantes del ERP que se habían trasladado al norte de la provincia fueron casualmente descubiertos por el Ejército en El Cadillal –ya que estaban buscando a un grupo de Montoneros que estaba explorando la zona–. Luego de ser perseguidos durante días por la selva, ocho fueron muertos y el resto consiguió huir (Gutman, 2012).

Después de la caída del gobierno constitucional, la Compañía “Ramón Rosa Jiménez” recibió la orden de permanecer en el monte sin presentar combate. Al poco tiempo, los últimos sobrevivientes huyeron o fueron exterminados. A principios de julio de 1976 el Comité Central del ERP resolvió disolver la Compañía hasta que se produjera un nuevo auge de masas que permitiera instaurarla con más fuerza (Gutman, 2012; Carreras, 2003). El 19 de octubre de 1976, Leonel MacDonald –último comandante de la Compañía– fue asesinado por el Ejército luego de una persecución de varios días.

En función de lo hasta aquí expuesto, debe descartarse de plano la idea de que en la provincia de Tucumán o en el resto del territorio nacional se vivió un conflicto armado interno. Por ende, ni las fuerzas armadas y de seguridad, ni el ERP o Montoneros cometieron crímenes de guerra.

4. Crímenes contra la humanidad, terrorismo y graves violaciones de derechos humanos

Otro de los mitos que instaló la “teoría de los dos demonios” fue el supuesto dominio que tenía el ERP de determinadas zonas de la provincia de Tucumán, factor que hay quienes utilizan a los fines de caracterizar como crímenes contra la humanidad los posibles delitos cometidos por dicha organización.

Sobre este tema, durante el juicio oral el imputado Lazarte declaró que “[e]l ERP pretendía crear una zona liberada creando un Estado independiente [socialista y marxista] en el sur de la provincia pidiendo luego reconocimiento internacional” (Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, 2017). En términos similares, los imputados Castelli y Parada hicieron referencia a que el ERP tomó el pueblo de Santa Lucía.

Es imprescindible recordar que al momento de los hechos el Estatuto de la Corte Penal Internacional aún no se había adoptado y que de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario solo el Estado u organizaciones que dependían del Estado podían cometer crímenes contra la humanidad. Ello implica que los actos de particulares debían ser dirigidos, organizados o tolerados por el poder político *de iure* o *de facto* (Cassese, 2002; Gil Gil, 2002; Gil Gil, 2003).

A modo de ejemplo, en numerosos casos de juzgamientos de criminales nazis, en particular en la zona de ocupación británica, se admitía la posibilidad de que los crímenes contra la humanidad hubieran

sido cometidos por individuos que, sin ser órganos del Estado, actuaran de conformidad con una política estatal (Cassese, 2008).

En función de lo expuesto, dado que es absurdo afirmar que el ERP o Montoneros actuaban bajo la dirección, organización o tolerancia del Estado argentino, la posibilidad de que sus integrantes cometieran crímenes contra la humanidad es jurídicamente imposible. Utilizar el Estatuto de la Corte Penal Internacional de manera retroactiva violaría notoriamente el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal.

En efecto, el artículo 18 de la Constitución Nacional expresamente reconoce que nadie “puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”.

Teniendo en perspectiva el permanente conflicto que existe en el derecho penal entre las garantías de la persona imputada y los fines del proceso –la aplicación del derecho penal sustantivo y la averiguación de la verdad histórica (Maier, 1996)–, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha considerado que el principio de legalidad “constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática, [lo que] obliga a los Estados a definir esas ‘acciones u omisiones’ delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible” (Corte IDH, 2008: 125); es decir, de manera expresa, precisa, taxativa y previa (Corte IDH, 2011: 199).

En este sentido, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.

En síntesis, los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva implican que

en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva [...] exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste (Corte IDH, 2001b: 106; 2004: 175 y 2005: 206).

La posibilidad de que el concepto de crimen de lesa humanidad abarque como perpetradores a agentes no estatales recién se plasmó en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales a mediados de la década de 1990 (Bassiouni, 1999; McAuliffe de Guzman, 2000).

Por lo expuesto, los tribunales argentinos no pueden recurrir al Estatuto de la Corte Penal Internacional, que fue adoptado veinte años después de los delitos que aquí se analizan y entró en vigor recién el 1º de julio de 2002. Esta afirmación es incontestable, ya que el artículo 24 del propio tratado

dispone que “[n]adie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”. La excepción a esta regla son los delitos continuados, como la desaparición forzada de personas.

Igualmente, vale la pena señalar que del Reglamento RC9-1 Operaciones contra Elementos Subversivos, aprobado en agosto de 1975 y publicado el 17 de diciembre de 1976, se desprende con claridad que, para el propio Ejército, el ERP no tenía control de ninguna porción de territorio. En la referida normativa se sostiene que, para calificar de guerrilleros a quienes participan de una insurrección, deberían tener el respaldo legal del derecho internacional. En caso contrario, mantenían el estatus de los delincuentes comunes, por lo que instaba a no utilizar términos como “guerrillero” y a que se lo reemplazara por “bandas de delincuentes subversivos armados”. Por ende, “no gozarán del derecho a ser tratados como prisioneros de guerra, sino que serán considerados como delincuentes y juzgados y condenados como tales, conforme la legislación nacional”.

Del mismo modo, en la Causa N° 13/84 la Cámara Federal reconoció que “los grupos disidentes no se habían adueñado de parte alguna del territorio nacional”, a lo que agregó que

en modo alguno parece que las fuerzas insurgentes hubieran ejercido dominio sobre un espacio geográfico determinado, como paso previo a la instalación de un gobierno revolucionario, para la gestión de su reconocimiento internacional. Por el contrario, la propia Directiva N° 333/75 establece que el enemigo se aprestaba a efectuar la apertura de un ‘frente rural’, describiendo actividades puramente preparatorias. Por lo demás, en momento alguno tales grupos insurgentes fueron reconocidos como beligerantes, recibieron reconocimiento internacional, contaron con la capacidad de dictar normas con alguna eficacia general, y menos aún tuvieron poder de hecho para aplicarlas.

Quizás la percepción general de la “toma” del pueblo de Acheral permita clarificar la cuestión. Pese a que la Revista *Noticias* hablaba del “golpe en Acheral”, lo que realmente ocurrió fue que en mayo de 1974

en una docena de autos y camionetas recién robados en la Ruta 38, unos 30 miembros de la Compañía de Monte del ERP entraron a Acheral, un pueblo de unas diez manzanas [...] Cuando el primer grupo llegó a la comisaría solo se encontró con tres policías de pueblo, que no se resistieron [...] izaron una bandera, otros pintaron paredes con aerosol [...] No sonó un solo tiro. A la hora el grupo se fue de Acheral y se internó de nuevo en el Aconquija (Anguita y Caparrós, 2006: 581; Carreras, 2003; Taire, 2022b).

Otra versión de lo ocurrido consiste en que unos cincuenta guerrilleros desfilaron por las calles del pueblo, que tenía menos de dos mil habitantes (Gutman, 2012; Andersen, 2000). Para despejar cualquier duda, Juan Carlos Durdos manifestó que “Acheral era un pueblo tan pobre que en la comisaría ni siquiera había armas [...] La toma fue simbólica, pero tuvo una repercusión desmedida” (Gutman, 2012: 123).

De igual modo, se ha destacado que

no existen elementos para afirmar que el PRT-ERP o alguna otra organización armada de la década de 1970 haya tenido control territorial o un poder tal que pueda dar lugar al uso de la categoría de los crímenes contra la humanidad (Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación, 2007: 9).

Pero incluso si a modo de hipótesis se considerara que tal control pudo haber existido, no puede haber dudas de que los delitos cometidos por el ERP o Montoneros no formaban parte de un ataque dirigido contra la población civil, sino contra las fuerzas armadas y de seguridad.

Considero importante advertir que en el caso argentino las fuerzas de seguridad no pueden ser consideradas “población civil”, ya que específicamente participaron de la represión contra la población civil, como ha sido demostrado en los cientos de procesos judiciales. Es más, hubo Grupos de Tareas integrados casi en su totalidad por miembros de la Policía Federal Argentina y centros clandestinos de detención que funcionaban en dependencias policiales.

Ante este inconveniente, hay quienes sostienen que organizaciones como Montoneros o el ERP recibían el apoyo de Estados extranjeros y organizaciones terroristas islámicas.

En este sentido, se ha afirmado que para llevar adelante la denominada “Contraofensiva” en el año 1979, integrantes de Montoneros recibieron entrenamiento en campos de instrucción situados en Beirut (Líbano) y Tahl (Siria) en virtud de convenios celebrados entre dicha organización y Al Fatah en el año 1978.

Si se asume como cierto que dicho acuerdo existió, no se vislumbra cómo podría haber sido utilizado para organizar delitos que se habrían cometido varios años antes.

Tampoco resultan verosímiles los vínculos con los gobiernos de Chile y Cuba. Aun si se probara que el presidente Salvador Allende prestó algún tipo de colaboración, debo advertir que fue derrocado en el año 1973 y es absurdo creer que la dictadura de Pinochet hubiera continuado apoyando a los Montoneros o al ERP.

Si bien varios militantes de Montoneros o del ERP se encontraban exiliados en Cuba, de ello de ningún modo puede derivarse que los delitos que podrían haber cometido se llevaron a cabo por instrucciones o bajo la dirección o el control de dicho Estado (AG, 2001: 91).

Descartada la posibilidad de utilizar la figura de los crímenes contra la humanidad, existen hechos atribuidos a Montoneros o el ERP, como el ataque a la fábrica militar de pólvora y explosivos de Villa María en la provincia de Córdoba en el año 1974, el asesinato del coronel Larrabure en el año 1975 o

la explosión ocurrida en julio de 1976 en el comedor de la Superintendencia de Seguridad Federal que hay quienes intentan calificarlos como actos terroristas, de lo que se derivaría su imprescriptibilidad.

Sin embargo,

el terrorismo se lanza de manera indiscriminada y hace blanco principalmente sobre la población civil. Las organizaciones armadas argentinas no realizaron ataques de este tipo. Sus acciones se orientaban principalmente a obtener recursos económicos y militares, realizar propaganda armada mediante repartos de alimentos, medicinas y otros bienes, asesinar a miembros del aparato represivo, en particular involucrados en la represión y la tortura. Sobre todo, en la primera época, previa a 1973, existía un especial cuidado en la planificación militar de las operaciones armadas, con el objeto de evitar cualquier daño sobre civiles [...] Las formas de la violencia recrudecieron a partir del enfrentamiento con la AAA y, ciertamente, se hicieron más indiscriminadas, pero siempre sobre personal represivo, aunque de rango y responsabilidad menores (Calveiro, 2005: 451).

Con referencia al tipo penal de terrorismo, Medina Quiroga sostiene que lo caracteriza que

se perpetra con el fin de, como su nombre lo indica, causar terror. Si no está destinado a causar terror, las conductas que se describen pueden constituir delitos contra las personas, o contra los bienes, que tienen una penalidad propia. Lo que distingue el delito de terrorismo de otros delitos y que impulsa a categorizarlo como un delito diferente es, pues, su finalidad, que lo convierte en un verdadero flagelo (Corte IDH, 2005: voto disidente, párr. 5).

Entre 1972 y 1979 la Asamblea General de la ONU estableció una Comisión Especial para examinar el tema, pero sus trabajos no tuvieron éxito. Casi veinte años después se adoptaron el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. Este último tratado fue aprobado a través de la Ley N° 26024, sancionada en marzo de 2005. El mismo día, mediante la Ley N° 26023, la Argentina aprobó la Convención Interamericana contra el Terrorismo, que había sido adoptada en el año 2002.

Más allá de la palmaria violación al principio de legalidad que implicaría utilizar normas aprobadas más de veinte años después de cometidos los posibles delitos, debo señalar que ninguno de esos tratados contiene una definición de lo que cabría entender por "terrorismo internacional", limitándose a tipificar uno y otro ilícito.

La falta de consenso en la comunidad internacional sobre los elementos de este tipo penal incluso quedó de manifiesto al adoptarse el Estatuto de Roma. En 1999 los Estados se comprometieron a reconsiderar en el futuro la definición de este crimen para examinar su posible inclusión en el ámbito

material de competencia de la Corte Penal Internacional, lo cual no ocurrió en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto que se realizó en el año 2010.

Por otra parte, mediante la Resolución N° 1373/01, el Consejo de Seguridad creó un Comité especial contra el terrorismo, en cuyo marco el secretario general creó un Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo. En el informe brindado por este Grupo (A/57/273) se intenta una caracterización del terrorismo, especificándose que es un ataque a derechos fundamentales; es un acto político cuyo objetivo es infligir daños dramáticos y mortales a civiles y crear una atmósfera de temor, generalmente con fines políticos o ideológicos, sean seculares o religiosos. Asimismo, se propuso que los Estados miembros acuerden una definición de este delito y la incluyan en una convención general.

Las dudas de los Estados al momento de tener que tipificar este crimen internacional, en particular para que no se utilice para perseguir penalmente a opositores políticos por el solo hecho de manifestarse contra un gobierno determinado, motivaron que en el fallo “Lariz Iriondo” la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazara la aplicación de este delito, al momento de pronunciarse sobre un pedido de extradición realizado por el Reino de España por actos de terrorismo atribuidos a ETA acaecidos entre 1982 y 1984.

Los jueces Maqueda y Zaffaroni sostuvieron con claridad que respecto de todos los actos que en el año 2005 eran calificados como terroristas conforme al derecho de los tratados no podía afirmarse la existencia de un derecho internacional consuetudinario previo a estos, a lo que agregaron que “el concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido, al punto que ni siquiera se logró un consenso sobre su definición” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2005a).

Por ende, concluyeron que “mal puede considerarse la vigencia de un derecho internacional consuetudinario consagradorio de la tipicidad e imprescriptibilidad de delitos sobre cuya definición no se ha logrado acuerdo entre los Estados hasta el presente”.

Por su parte, el juez Boggiano explicó que “los objetivos de los ataques terroristas son, en general, los lugares de la vida cotidiana y no objetivos militares en el contexto de una guerra declarada”.

Al analizar las características de este delito, señaló que

se comete mediante una desproporción total entre el fin político o ideológico buscado y el medio empleado, con la consecuente violación de los más elementales principios de la convivencia humana civilizada. Dado que el terrorismo implica la comisión de crueldades sobre gente inocente e indefensa causa un sufrimiento innecesario y un peligro inútil para las vidas humanas de la población civil.

En función de lo expuesto, los posibles delitos cometidos por integrantes de Montoneros o del ERP no pueden ser calificados como actos terroristas de acuerdo con el derecho vigente en la década de 1970.

Frente a esta realidad, en los últimos tiempos hay quienes sostienen que los mencionados delitos podrían ser calificados como graves violaciones de derechos humanos, por lo que también serían imprescriptibles.

Es cierto que la Corte IDH ha reconocido la imprescriptibilidad de las graves violaciones de derechos humanos. El *leading case* “Barrios Altos” inauguró la jurisprudencia del Tribunal sobre la materia, cuando sostuvo que son inadmisibles las disposiciones de prescripción que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas (Corte IDH, 2001a: 41).

El Tribunal regional agregó que

independientemente de si una conducta es determinada por el tribunal interno como crimen de lesa humanidad o no, para el análisis de la aplicación del instituto procesal de la prescripción a conductas tales como la tortura o el asesinato cometidas durante un contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos [...] debe tenerse en cuenta el deber especial que [el Estado] tiene frente a tales conductas de realizar las debidas investigaciones y determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos respectivos para que éstos no queden en la impunidad (Corte IDH, 2010: 208).

Adicionalmente, ha indicado que no es admisible la invocación de figuras procesales como la prescripción para evadir la obligación de investigar y sancionar los delitos de sometimiento a la condición de esclavo y sus formas análogas, cuya prohibición tiene estatus de *jus cogens* (Corte IDH, 2016).

Esto implica que la caracterización que la Corte IDH realizó del concepto de “grave violación de derechos humanos” no resulta asimilable a los posibles delitos cometidos por particulares.

En diferentes oportunidades se ha intentado utilizar lo resuelto por el Tribunal interamericano en el *Caso Bulacio Vs. Argentina*, que no reunía las características de una grave violación de derechos humanos.

Considero que en “Bulacio” la Corte IDH inauguró una categoría intermedia entre el régimen aplicable a las graves violaciones de derechos humanos y a las restantes.

El Tribunal regional señaló que

[d]e acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos (Corte IDH, 2003: 117).

Si bien, a diferencia de “Barrios Altos”, la Corte IDH no utilizó el término “graves violaciones”, debo recordar que en “Bulacio” la defensa del imputado había promovido una extensa serie de articulaciones y recursos dentro del proceso realizado en sede interna que impidieron que este pudiera avanzar hasta su culminación natural, lo que dio lugar a que se opusiera la prescripción de la acción penal.

La Corte IDH sostuvo que “el derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos” (Corte IDH, 2003: 115).

Por lo tanto, esta categoría intermedia solo podría invocarse para exigir que se continúe ejerciendo la acción penal contra agentes estatales que presuntamente sean responsables de un delito que afecta el derecho a la vida e integridad y se trate de situaciones de evidente obstrucción de la justicia.

Para finalizar, no quiero dejar de referirme a la posibilidad de llevar adelante investigaciones penales con sustento en el “derecho a la verdad” de las víctimas de los posibles delitos cometidos por Montoneros o el ERP, sus familiares y la sociedad.

Al analizar este derecho la CIDH sostuvo que

[t]oda 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, 1986: 205).

La Corte IDH, por su parte, desde el *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala* ha reconocido la existencia de un derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares a conocer qué fue lo sucedido y quiénes fueron sus responsables. Ello es aún más significativo en los casos de desapariciones forzadas de personas, ya que la falta de un cuerpo impide realizar el duelo (Corte IDH, 2000).

Los “juicios por la verdad” o “para conocer la verdad” han sido la respuesta cuando el juzgamiento penal ha sido política o prácticamente imposible por falta de poder de las nuevas autoridades, un compromiso alcanzado con el antiguo régimen o un contexto de guerra civil.

En la Argentina el ejercicio del derecho a la verdad se vio reflejado durante los Juicios por la Verdad que tuvieron lugar a fines de la década de 1990 en Salta, Jujuy, Chaco, Córdoba, Mendoza, Rosario, La Plata, Mar del Plata y Bahía Blanca cuando todavía estaban vigentes las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Estos procesos no buscaban perseguir penalmente a los responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos, sino satisfacer el derecho de los familiares de las personas desaparecidas a saber qué paso con sus seres queridos, quienes fueron los responsables y cómo fue la metodología y la organización del terrorismo de Estado (Rey: 2023).

Respecto de los posibles delitos cometidos por miembros de Montoneros o del ERP en los setenta, durante décadas existió la posibilidad de avanzar con la investigación penal –hasta que operó la prescripción de la acción– y hay abundante bibliografía –escrita en aquella época y años después por integrantes de las propias organizaciones que reivindicaban las acciones realizadas, familiares de las personas muertas y periodistas de diferentes orientaciones políticas– que permite saber con certeza en la casi totalidad de los casos qué ocurrió, quiénes fueron las personas responsables y la identidad de las víctimas. Un claro ejemplo de ello es el homicidio del capitán Viola y su hija, hecho por el cual frecuentemente se desconoce que durante la dictadura los tribunales nacionales condenaron a la pena de reclusión perpetua a varios integrantes del ERP. En otros casos, dado que conocían con precisión quiénes eran las personas responsables, las fuerzas armadas y de seguridad secuestraron, torturaron y ejecutaron o desaparecieron a muchos integrantes de estas organizaciones como forma de vengar la muerte de agentes estatales.

Por lo tanto, entiendo que no se reúnen los requisitos que se han presentado en los casos en que se iniciaron procesos para “averiguar” la verdad de lo ocurrido.

5. A modo de síntesis

El Operativo Independencia, el ensayo del terrorismo de Estado a gran escala en nuestro país, también sirvió de experimento para instalar la “teoría de los dos demonios” en el imaginario colectivo. Sus efectos, aún luego de que en expedientes judiciales se haya probado lo contrario, todavía perduran.

En el presente trabajo se ha explicado que el Estado argentino cometió crímenes contra la humanidad de acuerdo con el derecho vigente en la década de 1970, lo que implica que son delitos que no prescriben y por los cuales la comunidad internacional exige castigo a sus responsables y reparación a las víctimas y sus familiares.

En efecto, existió un ataque generalizado y sistemático dirigido principalmente contra la población civil y los actos de cada miembro eran parte de dicho ataque. Además, los autores tenían conocimiento del contexto general del ataque y que sus actos u omisiones formaban parte de aquel.

Con relación a los posibles delitos cometidos por integrantes del ERP o de Montoneros se han brindado argumentos jurídicos para concluir que no constituyeron crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, actos terroristas o graves violaciones de derechos humanos, de conformidad con la normativa vigente en aquel momento.

Esto de ningún modo debe interpretarse como la justificación o reivindicación de lo ocurrido. Tampoco niega el dolor o el sufrimiento de los familiares de agentes estatales que perdieron la vida durante la década de 1970.

Solo implica reconocer que, ante la posible comisión de delitos en perjuicio de miembros de las fuerzas armadas o de seguridad, en todo momento han podido iniciarse actuaciones en la justicia penal y

en la civil para determinar sus responsables y reparar los posibles daños. Antes, durante y después de la dictadura. De hecho, ello ocurrió en muchos casos.

Lo que debe quedar claro es que el homicidio de un policía por parte de particulares –ya sea durante la dictadura o tratando de evitar el robo de un banco en la actualidad– es un delito común. Por ende, son aplicables las disposiciones que establecen plazos de prescripción de la acción penal, así como las normas en materia de indemnización de posibles daños y perjuicios –el Código Civil de la Nación hasta el 1° de agosto de 2015 y el Código Civil y Comercial de la Nación en adelante–.

A cuarenta años del retorno de la democracia creo que es momento de que el Poder Judicial brinde una respuesta jurídicamente sólida que ponga fin de una vez a los intentos de iniciar o reabrir causas penales para investigar los posibles crímenes cometidos por integrantes del ERP o de Montoneros durante la década de 1970.

El juez Lorenzetti ha señalado en diversas oportunidades que “el camino de construir Memoria, Verdad y Justicia es una política de Estado que no tiene marcha atrás. Proseguirá más allá de cualquier gobierno porque así lo establecimos los argentinos” (Diario *La Nación*, 2014).

Asimismo, ha destacado que “los tres poderes del Estado han tenido una política clara y coincidente en materia de derechos humanos” (CIJ, 2009) y que “los juicios contra los represores no son una moda, no cambian con los gobiernos ni con los tiempos, y los definió como una política de Estado, forma parte fundamental del proceso democrático y del Estado de derecho” (Télam, 2015).

Por su parte, el juez Rosatti ha señalado que

la violación de derechos humanos en la Argentina no es patrimonio exclusivo de la última dictadura militar. En democracia existieron –y aún persisten– violaciones de derechos y libertades. No obstante, sería inadmisibles equiparar estas situaciones al terrorismo de estado implementado durante el último gobierno *de facto* que practicó una violación masiva y sistemática de derechos fundamentales a través del aparato organizado de poder (*Diario Judicial*, 2005).

Esperemos que el Poder Judicial, y en particular la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando tenga que intervenir ante planteos efectuados en causas en las que se pretenden investigar posibles delitos cometidos por integrantes de Montoneros o del ERP, recuerde las opiniones aquí transcritas y contribuyan a consolidar la política estatal de Memoria, Verdad y Justicia conforme a lo que el derecho interno e internacional exigen.

Referencias bibliográficas

- Ambos, K. (1999). *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Andersen, M. E. (2000). *Dossier secreto. El mito de la "guerra sucia" en Argentina*, Buenos Aires: Sudamericana.
- Anguita, E. y Caparrós, M. (2006). *La voluntad. Una historia de la militancia revolucionaria en la Argentina*, tomo 3/1973-1974. Buenos Aires: Booket.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2001). Informe de la Comisión de Derecho Internacional, A/56/10, Capítulo IV.
- Bassiouni, M. C. (1999). *Crimes against Humanity in International Criminal Law*. La Haya: Kluwer Law International.
- Bayer, O. (2009). *Las Madres. Ventanas a la Plaza de Mayo*. Buenos Aires: Editorial La Página.
- Byron, C. (2007). A blurring of the boundaries: the application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies. *Virginia Journal of International Law*, (47).
- Calveiro, P. (2005). Antiguos y nuevos sentidos de la política y la violencia. En AA.VV., *El porvenir de la memoria. 2º Coloquio Interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo*. Buenos Aires: Abuelas de Plaza de Mayo.
- (2006). *Poder y desaparición: los campos de concentración en Argentina*. Buenos Aires: Colihue.
- (2013). *Política y/o Violencia. Una aproximación a la guerrilla de los años setenta*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Carreras, J. (2003). *La política armada. Una historia de los movimientos revolucionarios argentinos, desde los Uturuncos y el FRIP, hasta el ERP y Montoneros (1959-1976)*. Santiago del Estero: Quipu Editorial.
- Cassese, A. (2002). Crimes against Humanity. En A. Cassese, P. Gaeta y J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I. Oxford: Oxford University Press.
- (2008). Crimes against humanity: Comments on some problematical aspects. En A. Cassese, *The Human Dimension of International Law. Selected Papers*. New York: Oxford University Press.
- CIDH (1986). Informe Anual 1985-1986.
- CIDH (1997). Informe N° 55/97, Caso 11.137, Juan Carlos Abella y otros, Argentina.
- Centro de Información Judicial (2009). Lorenzetti destacó la política del Estado sobre derechos humanos. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-2268-Lorenzetti-destac--la-pol-tica-del-Estado-sobre-derechos-humanos.html>
- Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (2006). *Nunca más*. Buenos Aires: Eudeba.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000). Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001a). Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001b). Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2005a). Lariz Iriondo, Jesús María s/solicitud extradición.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2005b). Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. –causa nro. 17.768–.
- Crenzel, E. (2008). *La historia política del Nunca Más. La memoria de las desapariciones en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- de Preux, J. (1997). Los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 143.
- de Than, C. y Shorts, E. (2003). *International Criminal Law and Human Rights*, Londres: Sweet & Maxwell.
- Diario *La Nación* (2014). Ricardo Lorenzetti: “Los juicios contra los represores son una política de Estado”. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/politica/lorenzetti-los-juicios-contra-los-represores-son-una-politica-de-estado-nid1698698/>
- Diario Judicial (2005). Rosatti en Ginebra. Recuperado de <https://www.diariojudicial.com/news-50039-Rosatti-en-Ginebra>
- Duhalde, E. L. (1999). *El Estado Terrorista Argentino. Quince años después, una mirada crítica*. Buenos Aires: Eudeba.
- Feierstein, D. (2018). *Los dos demonios (recargados)*. Buenos Aires: Marea Editorial.
- Gil Gil, A. (2002). Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de “los elementos de los crímenes”. En K. Ambos (comp.), *La nueva justicia penal supranacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2003). Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Revista de Derecho Penal, (I)*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Gutman, D. (2012). *Sangre en el monte*. Buenos Aires: De Bolsillo.
- Juzgado Federal de Tucumán N° 1 (2012). Operativo Independencia (1975/marzo de 1976), Expte. N° 401015/04 y 401016/04 y conexas.
- Larraquy, M. (2018). *Primavera sangrienta*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Maier, J. B. J. (1996). *Derecho Procesal Penal*, tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- McAuliffe de Guzman, M. (2000). The road from Rome: the developing law of crimes against humanity. *Human Rights Quarterly*, 22.
- Mero, R. (2014). *Contraerrotta. Montoneros y la revolución perdida. Conversaciones con Juan Gelman*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Nguyê Duy-Tân, J. (1991). The Law Applicable to Non-International Armed Conflicts. En M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers - UNESCO.
- Raffin, M. (2006). *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Reato, C. (2012). *Disposición final. La confesión de Videla sobre los desaparecidos*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Rey, S. A. (2023). *Manual de Derechos Humanos. Tomo II*. José C. Paz: Edunpaz.
- Rey, S. A. y Vismara, J. P. (2012). Relaciones del Derecho Internacional Humanitario con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un análisis a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En S. A. Rey (coord.), *Problemas actuales de derechos humanos, Número I*. Buenos Aires: Eudeba.
- Sancinetti, M. A. y Ferrante, M. (1999). *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Scharf, M. (1996). The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes. *Law and Contemporary Problems*, 59(4).
- Seoane, M. y Muleiro, V. (2001). *El dictador. La historia secreta y pública de Jorge Rafael Videla*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Taire, M. (2022a). La "guerra" que no tuvo héroes. En S. Garaño y A. C. Concha Bocanegra (eds.), *Operativo Independencia: geografía, actores y tramas*. San Miguel de Tucumán: EDUNT.
- Taire, M. (2022b). La guerrilla en el monte tucumano. En S. Garaño y A. C. Concha Bocanegra (eds.), *Operativo Independencia: geografía, actores y tramas*. San Miguel de Tucumán: EDUNT.
- TELAM (2015). "Memoria, Verdad y Justicia es una política de Estado y no tiene marcha atrás", afirmó Lorenzetti. Recuperado de <https://www.telam.com.ar/notas/201511/128219-memoria-verdad-y-justicia-es-una-politica-de-estado-y-no-tiene-marcha-atras-afirmo-lorenzetti.html>
- Torres Molina, R. (2006). Derecho internacional de los derechos humanos. En AA. VV., *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad. 3° Coloquio Interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo*. Buenos Aires: Abuelas de Plaza de Mayo.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1996). Case of Stubbings and others v. The United Kingdom, Merits and Just Satisfaction, Court (Chamber).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2000). Case of Coëme and others v. Belgium, Merits and Just Satisfaction, Court (Second Section).
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán (2017). "Del Pino, José Enrique y otros s/privación ilegal de libertad (art.144 bis inc.1). Querellante: Zurita, Raquel Estela y otros", Expte. N° 401015/04.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1997). "Prosecutor v. Dusko Tadić", IT-94-1-T, Opinion and Judgement.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1998). “Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.”, IT-96-21-T, Judgement.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1998). “Prosecutor v. Jean Paul Akayesu”, ICTR-96-4- T, Judgement.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda (2000). “Prosecutor v. Alfred Musema”, ICTR-96-13-T, Judgement.

Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación (2007). “Informe sobre la causa ‘Larrabure, Argentino del Valle s/ su muerte’”.

Walsh, R. (1977). *Carta Abierta a la Junta Militar*.

Zegveld, L. (1998). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: comentario acerca del caso La Tablada. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, (147).

COMENTARIOS A FALLOS

Violencia doméstica. Interés superior del niño. Restitución internacional. CSJN. “P. S., M. c/S. M., M. V. s/restitución internacional de menores de edad”, 24 de mayo de 2022

Por Nancy Rocío Ordóñez Penagos¹

1. Introducción

Cada vez son más frecuentes los casos en los que los progenitores que sustraen o retienen indebidamente a niños, niñas o adolescentes (en adelante, NNA) argumentan escapar de violencia doméstica de la que eran víctimas y, en consecuencia, se oponen a los pedidos de restitución internacional con fundamento en el “grave riesgo” establecido en los artículos 13.b. del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado en La Haya en el año 1980 (en adelante, CH 1980) y 11.b. de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante, CIDIP IV).

Sin embargo, gran parte de estas oposiciones son consideradas improcedentes, conducen a demoras en el procedimiento de restitución y ponen en riesgo el cumplimiento del principal objetivo de ambos tratados: garantizar el interés superior de NNA por sobre los intereses subjetivos de los progenitores. Es evidente, entonces, la necesidad de crear más herramientas de interpretación para los operadores jurídicos.

¹ Abogada (Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA). Maestranda en Derecho Internacional Privado (UBA). Profesora adjunta (interina) de Derecho Internacional Privado (UBA).

Por ello que, a partir del análisis de trabajos realizados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, la Conferencia de La Haya), de la doctrina publicada a través del Boletín de los Jueces² y la jurisprudencia nacional e internacional disponible en la base de datos INCADAT,³ se buscará establecer cuáles son los presupuestos de configuración del grave riesgo con fundamento en casos de violencia doméstica y la forma en que los tribunales y autoridades centrales de los Estados requerido y requirente deberían proceder.

En la primera parte se analizarán los autos “P.S., M. c/S.M., M.V. s/restitución internacional de menores de edad” y la sentencia de la CSJN, mientras que en la segunda parte se establecerán los criterios interpretativos de la normativa internacional aplicable en casos de violencia doméstica y desde la perspectiva del derecho internacional privado.

Finalmente, se analizará la procedencia de las medidas de protección provisionales previas, concurrentes y posteriores a la restitución de NNA ordenadas por parte del tribunal del Estado requerido a ejecutar en su Estado y en el del Estado de la residencia habitual de NNA, ya que no se encuentran contempladas expresamente ni en la CH 1980, ni en la CIDIP IV.

2. La sentencia de la CSJN

En el fallo que aquí se comenta la CSJN hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada, por lo que admitió la demanda.

2.1. Hechos probados e itinerario procesal seguido

A continuación, se exponen los hechos que motivaron la sentencia, que serán presentados cronológicamente a los efectos de facilitar su análisis posterior.

M.V.S.M., de nacionalidad argentina (en adelante, la progenitora) y M.P.S., de nacionalidad mexicano (en adelante, el progenitor) se conocieron y convivieron de manera estable en los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, México) desde 2015 y en 2016 contrajeron matrimonio en Tulúm, Estado de Quintana Roo, México.

El 24 de enero de 2018 nació M.O.P.S. (en adelante, la niña). La familia estableció su residencia en la ciudad de Puerto Aventuras, Estado de Quintana Roo.

2 Es una recopilación de información sobre cooperación judicial en asuntos de protección internacional de NNA a cargo de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, que se publica periódicamente desde el año 1999 y puede consultarse en la página oficial de la Conferencia: <https://www.hcch.net>

3 Es la base de datos jurídica más importante sobre sustracción internacional de NNA. Servicio ofrecido por convenio por La Conferencia de La Haya: <https://www.incadat.com/>

La relación entre los progenitores se deterioró y se generó una situación familiar conflictiva, que tuvo escenarios de violencia respecto de la progenitora que pudieron, inicialmente, haber repercutido en la niña, siendo el hecho más grave el ocurrido el 1º de diciembre de 2019 en el baño de la casa familiar.

El día 6 de diciembre de 2019 la progenitora presentó una denuncia en México y se inició un proceso por violencia familiar, en el que de inmediato se tomaron medidas de protección para la progenitora y la niña, consistentes en “alojamiento para ella, su hija menor y su madre”.

La denuncia por violencia doméstica en México culminó con el sobreseimiento de la causa por no contarse con elementos suficientes para fundar la acusación, teniendo en cuenta que el resultado de la pericia psicológica al progenitor concluyó que “no es generador de violencia” y que, pese a las reiteradas notificaciones a la progenitora para ampliar la denuncia y obtener mayores pruebas, no compareció.

El día 6 de febrero de 2020, la progenitora, su madre y la niña concurrieron a la que era la casa familiar para preparar el equipaje, en presencia del progenitor y sin que se presentará un nuevo hecho violento.

El día siguiente, contando con la debida autorización de viaje del progenitor, la niña, su progenitora y su abuela –que estaba con ellas de vacaciones– viajaron a la provincia de Córdoba, República Argentina, donde reside la familia extensa materna.

En la autorización de viaje el progenitor consignó que la niña debía regresar a México a más tardar el 29 de febrero de 2020. Pese a ello no regresaron.

El 12 de febrero de 2020 la progenitora efectuó una denuncia de violencia familiar y de género contra el progenitor ante la justicia de Córdoba, ampliando los argumentos invocados en la denuncia realizada ante la justicia mexicana.

El día 4 de marzo de 2020 el progenitor viajó a Argentina, se alojó en la casa de su suegra junto con la progenitora y la niña y al no alcanzar un acuerdo para que la niña retornara a su residencia habitual regresó solo a México.

El día 22 de abril de 2020 el progenitor presentó la solicitud de restitución internacional de la niña ante la Secretaría de Relaciones Exteriores de México –Autoridad Central de la residencia habitual de la niña– y el 6 de mayo siguiente se radicó la causa ante el Juzgado de Familia N° 3 de la ciudad de Córdoba.

El día 3 de julio de 2020, en el marco de la denuncia que tramitaba en Córdoba, el Polo Integral de la Mujer en Situación de Violencia, dependiente del Ministerio de la Mujer de la Provincia de Córdoba, radicó una denuncia contra el progenitor por el delito de abuso sexual respecto de la niña, que habría ocurrido –según lo denunciado– el 5 de marzo de 2020 cuando se hospedó en la casa de su suegra junto con la progenitora.

La Fiscalía de Instrucción de Delitos contra la Integridad Sexual dispuso el archivo de las actuaciones por no encontrar elementos suficientes para fundar una acusación, luego de realizar un minucioso informe basado, entre otros, en una entrevista a la niña en Cámara Gesell sobre la relación maternofilial y familiar en la que los profesionales concluyeron que “no se observan indicadores de abuso sexual”.

El Juzgado de Familia N° 3 y el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, que confirmó la sentencia de primera instancia, con fundamento en los artículos 11.b. de la CIDIP IV y 13.b. de la CH 1980 rechazaron la solicitud de restitución internacional de la niña a México, argumentando que la

prueba producida generaba la convicción de la existencia de un escenario de violencia familiar que permitía tener por configurada, con el calificado umbral de seriedad requerido, la situación de grave riesgo de que la restitución de la niña la expusiera a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable, prevista en el artículo 13, inc. b. del CH 1980 como excepción a la obligación de restituir.

Contra tal pronunciamiento, el progenitor interpuso recurso extraordinario federal. La cuestión federal surgió por el cuestionamiento que realizó sobre la aplicación e inteligencia del artículo 11, inc. b. de la CIDIP IV.

La cuestión federal y los agravios fundados en la arbitrariedad de la sentencia se encuentran inescindiblemente unidos y fueron examinados en forma conjunta con la amplitud que exige el derecho de defensa en juicio y realizando una declaratoria sobre el punto disputado sin limitarse a los argumentos esgrimidos por las partes.⁴

2.2. Normas jurídicas relevantes para resolver el caso

La CIDIP IV fue aprobada mediante la Ley N° 25358 y entró en vigor el 15/02/2001. Para México, había entrado en vigor el 05/10/1994.

Por su parte, el CH 1980 fue aprobado en Argentina a través de la Ley N° 23857 y entró en vigor el 01/06/1991. En el caso de México, había entrado en vigor el 01/09/1991.

Ambos tratados establecen un sistema de cooperación jurisdiccional internacional⁵ a través de autoridades centrales y mediante una “acción directa” para cumplir sus objetivos, a saber: a) lograr el retorno inmediato de NNA trasladados o retenidos ilícitamente al Estado de su residencia habitual, y b) velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de la residencia habitual de NNA. Se trata, entonces, de restablecer el *statu quo* anterior al traslado o retención, pero sin entrar nunca en el fondo del asunto.

Al momento del pedido de restitución no se había iniciado ninguna acción judicial ante los tribunales de la residencia habitual de la niña,⁶ por lo que el requerimiento restitutorio fue presentado ante la

4 Conf. Fallos 308:647; 318:129; 330/2286; 333:604 y 339:609, entre otros.

5 Entendida la cooperación como “toda actuación desplegada en un Estado al servicio de un proceso que tramita o que va a iniciarse en otro”. Conf. Noodt Taquela, M.B. (2018). *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de cooperación judicial internacional*. Buenos Aires: Eudeba. p. 125.

6 Con posterioridad, se iniciaron ante el Juzgado Oral Familiar de Playa del Carmen los autos “M.P.S. c/M.V.S.M. – divorcio unilateral” y “M.P.S. c/M.V.S.M. – Controversia de orden familiar en relación a la custodia pensión y convivencia”.

Secretaría de Relaciones Exteriores de México, en calidad de autoridad central designada para que recibiera y transmitiera la solicitud de restitución, correspondiendo en consecuencia al juez del Estado requerido decidir respecto de la procedencia de la restitución y al juez de la residencia habitual, decidir respecto del derecho de guarda o custodia, así como lo relativo al derecho de visita.

Sin embargo, los tribunales argentinos aclararon que la normativa aplicable era la CIDIP IV, ya que en su artículo 34⁷ ha establecido una cláusula que declara la prioridad de la CH 1980 y, a su vez, el artículo 29, segundo párrafo de la CH 1980,⁸ que expresamente recepta la regla de la máxima eficacia, permitiendo no ser aplicada en aras de asegurar la aplicación prioritaria de aquella convención que sea más apta para lograr el fin del tratado.

Finalmente, la CSJN, para interpretar el artículo 11.b de la CIDIP IV ha tenido en cuenta sus fallos anteriores y los criterios interpretativos de la CH 1980, en virtud de que ambos convenios tienen idéntico propósito y contemplan semejantes remedios básicos y hay mayores herramientas de interpretación de la CH 1980.⁹

2.3. Fundamentos de la CSJN

La CSJN verificó que la residencia habitual de la niña era México, que la ilicitud de la retención había sido efectuada por la progenitora, que el pedido de restitución se inició dentro del plazo previsto por las mencionadas convenciones y que no se configuró la casual de “grave riesgo” en los términos del artículo 11.b de la CIDIP IV.

La cuestión jurídica principal reside en determinar si en el caso se configuraba la excepción de grave riesgo como causal de oposición a la restitución solicitada por el progenitor, teniendo en cuenta las situaciones de violencia familiar invocadas por la progenitora y la supuesta ausencia de medidas de protección para la progenitora y la niña por parte del Estado de la residencia habitual de la niña.

Conforme lo ha señalado con anterioridad la CSJN, el principio que rige en la materia es “la inmediata restitución de los menores al país de su residencia habitual”, por lo que la excepción de “grave riesgo de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico” motivó que precisara las pautas interpretativas que utilizó. A saber: a) la interpretación debe realizarse con carácter riguroso y de manera restrictiva a fin de no desvirtuar su finalidad, ponderando el carácter fáctico de la causa;¹⁰ y b) la carga de la prueba corresponde a quien se opone a la restitución, exigiéndose que “demuestre los

7 “Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980”.

8 “el presente Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita”.

9 Conf. CSJN, *Fallos* 345:358; 344:3078; 341:1136 y 334:1287.

10 Conf. CSJN, *Fallos* 333:604; 336:638; y 339:1534.

hechos en que se funda y esa demostración requiere ineludiblemente de una prueba concreta, clara y contundente acerca de la existencia” del riesgo. Las sospechas o los miedos importan una presunción, que de ninguna manera conlleva una “demostración” que habilite la operatividad de la excepción.¹¹

En el caso en análisis, la excepción se sustentaba en la violencia familiar o de género, que es una especie más del “grave riesgo”, lo que pone de manifiesto la necesidad de exigir que se demuestre el efecto que dicha situación produciría en la niña tras su restitución, qué torna en inseguro su retorno y la ausencia de medidas de protección adecuadas y eficaces para eliminarlo, paliarlo o neutralizarlo, “pues la presunción, indicio y hasta la existencia misma de aquella situación no determina por sí sola la operatividad de la excepción en juego”.

Finalmente, la CSJN concluyó que, si bien se acreditó que hubo situaciones de violencia familiar entre los progenitores, también se evidenció que la separación “descomprimió” las tensiones imperantes, por lo que cesó la violencia doméstica.

Seguidamente, sostuvo que el análisis de la excepción debe hacerse con carácter prospectivo –y no retrospectivo– del riesgo; es decir, que los jueces deben decidir teniendo en cuenta la situación del NNA tras su restitución y no las circunstancias anteriores o vigentes al momento de la retención ilícita,¹² aun cuando fueran sobrevinientes a la interposición de los recursos.

En el presente caso, se presume que, al no haber posibilidad de una reconciliación y convivencia de los progenitores en el futuro, no habrá nuevos hechos violentos en el entorno familiar.

Aunado a lo anterior, la intervención de profesionales y equipos técnicos en los procesos iniciados tanto en México como en la provincia de Córdoba permite concluir que el progenitor “no es generador de violencia” y que se no advierten indicadores negativos de la relación paternofilial, pese al contexto familiar vivido en el país extranjero.

Particularmente en la causa penal por abuso sexual se realizó un examen de la relación materno/paternofilial y familiar en Cámara Gesell, que concluyó que no se observaban indicadores de abuso sexual y que las respuestas de la niña en relación con su padre dan cuenta de una respuesta aprendida, así como de la intromisión de la madre que insiste en la “fijación de una representación negativa del padre”. La causa fue archivada por no encontrarse elementos suficientes para fundar una acusación.

En consecuencia, la CSJN consideró que no existían motivos que permitieran afirmar que la situación familiar conflictiva suscitada entre los progenitores hubiera incidido en grado tal que el retorno de la niña a su residencia habitual resultara desaconsejable debido al perjuicio que le ocasionaría. Por otro lado, se puso de resalto la actitud de la progenitora frente al conflicto y la forma en que lo vivenciaba su hija.

11 Conf. CSJN, *Fallos* 339:1534.

12 Conf. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2020). *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Parte VI. Artículo 13(1)(b). La Haya: Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado-HCCH.

Respecto de la obligación del Estado mexicano de adoptar medidas de protección efectivas contra la situación de violencia familiar, se adoptaron desde el momento en que se instauró la denuncia, por lo que no había quedado demostrada la ausencia de protección por parte de dicho Estado, ni la ineficacia de las medidas adoptadas ante la denuncia efectuada por la progenitora, pues, conforme se acreditó, en México existen diferentes organismos estatales e institutos de atención y protección a la mujer en situación de violencia.

Por las razones expuestas y con supremacía del interés superior de la niña, la CSJN ordenó su inmediata restitución a México y exhortó al juez de grado a adoptar y cumplir, de manera urgente, las medidas tendientes a garantizar y lograr su retorno seguro a su residencia habitual. Adicionalmente, ordenó medidas de protección posteriores para la niña y su progenitora en su residencia habitual, en las que participen todos los agentes involucrados en el proceso de restitución internacional, teniendo en cuenta las situaciones que dieron lugar a las denuncias y causas judiciales mencionadas y hasta tanto el tribunal mexicano competente resuelva las cuestiones de fondo.

La CSJN ordenó medidas de protección provisionales hasta tanto el tribunal de la residencia habitual con competencia en la materia tome conocimiento de la sentencia y resuelva las cuestiones de fondo aplicando su propio derecho, algunas de las cuales habían sido propuestas por el progenitor:

-Previas: hacer saber de la sentencia a todas las autoridades intervinientes en las diferentes causas judiciales de ambos países y asegurar que el progenitor no va a entablar acciones judiciales en contra de la progenitora que le impidan el ingreso al país, así como solventar los gastos de viaje de la progenitora y la niña.

-Al momento del retorno: contemplar las recomendaciones realizadas por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya para abordar los problemas que se presentan debido al COVID-19, con motivo de la situación de emergencia sanitaria existente a nivel mundial (Guía de Herramientas para el Convenio HCCH sobre Sustracción de Niños de 1980 en tiempos de COVID-19).

-Posteriores: asegurar que una vez efectivizado el retorno a la residencia habitual, la niña permanezca con la progenitora y se establezca un régimen comunicacional provisorio con el progenitor y su familia extensa hasta que el tribunal mexicano trate la cuestión; asegurar provisoriamente, a cargo del progenitor, vivienda para la progenitora y la niña, cercana a su domicilio para facilitar el contacto y comunicación con ambos progenitores; y establecer una cuota alimentaria y atención de la salud a favor de ambas. Finalmente, hizo propicia la ocasión para recordar que el interés superior de NNA es principio rector de los convenios sobre restitución internacional y debe anteponerse a los intereses subjetivos de los progenitores. De este modo, precisó:

Debe constituir la preocupación fundamental de los progenitores, corresponde exhortarlos a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la etapa de ejecución de sentencia en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno, sino en el respeto tanto del bienestar y la integridad de su hija [...]

como también de la relación parental –permanente y continua- con ambos padres, que no puede verse lesionada por la decisión unilateral de uno de ellos.

En este cometido, corresponde asimismo ratificar la decisión adoptada por los jueces de la causa en punto a que las partes se abstengan de exponer públicamente –por cualquier medio, incluso informáticos– hechos o circunstancias de la vida de la niña, a fin de resguardar su derecho a la intimidad.¹³

3. La violencia doméstica contra NNA y/o el progenitor sustractor¹⁴ como especie del género “grave riesgo”

Tanto el CH 1980 como la CIDIP IV se gestaron en una época en la que los Estados aún no eran conscientes de la complejidad y efectos que produce la violencia doméstica en NNA, por lo que no contemplaron estos supuestos en ninguna de sus disposiciones, previeron la colisión entre el interés superior del NNA y los derechos subjetivos del progenitor sustractor.

Por ello, ante la ausencia de una causal de oposición hecha a medida, conforme lo establece el informe Pérez Vera,¹⁵ resulta aplicable el artículo 13.b. de la CH 1980, que dispone: “el interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual [...] cede en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable”.

Para aplicar e interpretar la causal de oposición, la violencia doméstica debe ser conceptualizada “en su sentido más amplio [que] incluye no solo situaciones de violencia física sino también situaciones de violencia psicológica”¹⁶ y que “sea experimentada por el niño como observador, o como víctima directa; [y cómo] afecta probablemente su desarrollo emocional, psicológico, físico, educacional y sexual quizás de manera irreparable.”¹⁷

En consecuencia, conforme lo señaló la Conferencia de La Haya en su guía de buenas prácticas respecto del artículo 13,

13 CSJN, *Fallos* 345:358, considerando 18.

14 El término “progenitor sustractor” se utiliza como sinónimo del progenitor que ha “sustraído” o “retenido” ilícitamente a un NNA, con independencia del género.

15 Pérez Vera, E. (1982). *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980*, párr. 34. Recuperado de <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>

16 Chamberland, J. (2005). “Violencia Doméstica y la Sustracción Internacional de Menores”. *Boletín de los Jueces. Enfoque especial: El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*. LexisNexis Butterworths – HCCH. X, 44. Recuperado de <https://www.hcch.net/upload/autumn2005s.pdf>

17 Conf. Gillen, J. (2006). “La seguridad del niño a su retorno. El Convenio de La Haya y la violencia doméstica –¿amigos o enemigos?– un punto de vista desde el *common law* respecto de las interpretaciones del artículo 13(1) b) del Convenio de La Haya en el contexto de la violencia doméstica”. *Boletín de los Jueces. Enfoque especial: El Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores – 25 años*. LexisNexis Butterworths – HCCH. XI, 19. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/b3f445a5-81a8-4ee8-bc42-720c6f31d031.pdf>

[L]as alegaciones de grave riesgo que surgen como consecuencia de la violencia doméstica pueden adoptar diversas formas. El padre o madre sustractor puede alegar que existe un grave riesgo de daño directo debido al maltrato físico, al abuso sexual o a otro tipo de maltrato dirigido al niño. También puede alegarse que el grave riesgo resulta de la exposición del niño a violencia doméstica infligida por el padre o madre privado del niño al padre o madre sustractor. En algunos casos, el grave riesgo para el niño puede estar basado también en el daño que puede llegar a sufrir el padre o madre sustractor a manos del padre o madre privado del niño tras la restitución, incluso cuando dicho daño pueda perjudicar significativamente la capacidad del padre o madre sustractor de cuidar al niño.¹⁸

Estos supuestos serán analizados más adelante, pues a continuación se establecerán los presupuestos del grave riesgo en general.

3.1. Presupuestos del “grave riesgo”

Siempre que se funde la oposición de grave riesgo en la existencia de violencia doméstica se aplican los criterios y principios de interpretación del “grave riesgo” en general.

A partir de lo señalado por la CSJN en el fallo materia de análisis, la Conferencia de La Haya, la doctrina y diversos fallos jurisprudenciales, entre los que resaltan los de los Tribunales de Inglaterra y Gales,¹⁹ se puede concluir que los principios a utilizar para interpretar el grave riesgo son: a) la interpretación del grave riesgo debe hacerse de manera restrictiva y contextualizada en el interés superior del NNA, a fin de no desvirtuar la finalidad de los convenios; b) la carga de la prueba recae en la persona o institución, que se opone a la restitución; c) el riesgo para el NNA debe ser grave; es decir, la palabra “grave” califica el riesgo y no al daño, el cual debe ser real y serio; d) en cuanto al nivel del daño, debe tratarse de una “situación intolerable” para el NNA en determinadas circunstancias; e) se debe realizar un análisis prospectivo del peligro grave; y f) los miedos y ansiedades del progenitor a cargo del menor sobre la restitución se deben basar en criterios objetivos de riesgo para él, que sean de tal intensidad probable que, en caso de devolución, puede afectar la crianza del niño hasta el punto de volverse intolerable para él.

Dada la abundante literatura que existe en torno a estos conceptos, se procederá a analizar los presupuestos específicos que se deben verificar en el marco de los casos de violencia doméstica.

¹⁸ Id., nota 12, p. 38.

¹⁹ MacDonald, Justice (2018). “Article 13 Exceptions – Return and Best Interests of the Child in the Jurisdiction of England and Wales”. The Judges Newsletter on International Child Protection. Special focus, The 20th Anniversary of the International Hague Network of Judges (IHNJ). XXIII / Winter 2018- Spring 2019, 17/22. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/dff2cb7c-ed66-4408-a892-2af15c664d58.pdf>

3.1.1. Grave riesgo para el NNA

Con frecuencia, la violencia doméstica se funda en hechos de violencia entre los progenitores, por lo que la sola prueba de la existencia de la violencia en el ámbito familiar no configura la causal.

En consecuencia, debe establecerse que la violencia u otra forma de abuso específico afecta al NNA. De lo contrario, la oposición será rechazada y, en todo caso, corresponderá a los tribunales del Estado de la residencia habitual adoptar las decisiones tendientes a proteger al progenitor víctima de violencia doméstica.²⁰

Tal como lo señalara la Conferencia de la Haya,²¹ son tres las formas que puede adoptar la violencia doméstica para que se considere un grave riesgo para NNA:

- a. Grave riesgo de daño directo dirigido al NNA. Si el daño ha sido infringido directamente al NNA y ya existen pruebas, estas deben ser aportadas por el progenitor sustractor y, en todo caso, es común que los tribunales del Estado requerido –tal como lo hizo la CSJN en el fallo en análisis– declare la admisibilidad de nuevos medios probatorios, teniendo en cuenta el objeto del proceso y la urgencia requerida para determinarlo (por ejemplo, la Cámara Gesell).
- b. Grave riesgo resultante de la exposición del NNA a violencia doméstica infligida por el progenitor privado del NNA al progenitor sustractor. Se configura cuando el NNA es testigo de la violencia infligida a uno de los progenitores por parte del otro. En este sentido, en el caso *Souratgar v. Fair* se afirmó que “sostener que las pruebas de conflicto no matrimonial serían suficientes para denegar la restitución, sin una proyección clara y convincente de grave riesgo de daño para el niño, ampliaría indebidamente la aplicación de la excepción del artículo 13(1)(b) y socavaría el objetivo del Convenio”.²²
- c. El grave riesgo para el NNA puede estar basado también en el daño que puede llegar a sufrir el progenitor sustractor a manos del progenitor privado del NNA tras la restitución. Este supuesto es uno de los más difíciles de interpretar y acreditar en el marco de un proceso de restitución internacional. Sin embargo, en el caso *Anderson v. Central Authority* el tribunal, pese a que ordenó la restitución, estableció pautas interpretativas, tales como que se debe reconocer la interrelación y la importante interdependencia entre una madre y su niño que han vivido en una situación de violencia durante cierto tiempo y que la situación del niño será vitalmente afectada por la situación de su madre. Siempre que la conducta del padre tuviese un grave efecto en la madre, no hay impedimento para la aceptación de una defensa fundada en el artículo 13 (1) b), pese a que el padre no hubiese efectuado violencia alguna directamente contra el niño.²³

20 Conf. Court of Appeal of New Zealand (11/06/1996). “Anderson v. Central Authority for New Zealand”. INCADAT reference: HC/E/NZ 90. Recuperado de <http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0090.htm>

21 Id., nota 12, p. 38.

22 United States Court of Appeals for the Second Circuit (13/06/2013). “Souratgar v. Fair”. INCADAT reference: HC/E/US 1240.

23 Id., nota 20.

En consonancia con lo anterior, otros fallos han rechazado la restitución por considerar encontrar acreditado que la “violencia a la madre afectaba gravemente al niño”²⁴ y el progenitor reclamante presentaba características peligrosas para el niño al momento de ser restituido,²⁵ aunado a la incapacidad o falta de disposición del Estado de la residencia habitual de brindar las medidas de protección requeridas por ambos.

Como ha quedado establecido, en todos los casos se deben analizar los supuestos de violencia doméstica según su naturaleza, frecuencia e intensidad, así como las probabilidades y efectos adversos que producen en NNA tras la restitución al Estado de su residencia habitual; es decir, con carácter prospectivo.

3.1.2. El carácter “prospectivo” de la excepción de grave riesgo

Este es un requisito de procedencia del grave riesgo e implica, tal como lo estableció la CSJN, que el análisis del riesgo se haga mirando al futuro; es decir, prediciendo si la violencia doméstica existirá o no al restituir inmediatamente al NNA. Por ello, la valoración del riesgo con carácter prospectivo presenta algunas dificultades para el tribunal del Estado requerido que no siempre cuenta con las herramientas y pruebas que le permitan realizar tal valoración.

Sin embargo, con fundamento en lo expuesto en el fallo *LRR v COL*,²⁶ se puede concluir que, al interpretar el riesgo, este debe ser considerado partiendo del supuesto en que el NNA fuera inmediatamente a su Estado de residencia habitual; es decir, que el tribunal del Estado requerido está obligado a hacer una predicción basada en la evidencia. Asimismo, no se requiere certeza sobre la predicción, sino que el tribunal esté convencido de que un riesgo justifica la descripción cualitativa de “grave”; sin hacer una valoración moral de las razones que tuvo el progenitor que sustrajo o retuvo al NNA.

En consecuencia, al analizar el grave riesgo originado en violencia doméstica, lo que se debe predecir es si al ordenarse el retorno inmediato del NNA a su residencia habitual de inmediato será expuesto a un conflicto familiar que comporte para el NNA una situación intolerable para él.

3.2. Medidas de protección provisionales dictadas por la Autoridad del Estado requerido

En la sentencia en análisis se acreditó la existencia de violencia doméstica anterior a la retención ilícita. Sin embargo, el análisis de los hechos del caso, los elementos y el análisis prospectivo del grave riesgo

24 Conf. Family Court of Australia (5/11/2010). “Harris v. Harris”. INCADAT Reference: HC/E/AU 1119.

25 Conf. Corte Suprema de Justicia de Uruguay (03/08/2012). Solicitud conforme al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores - Casación, IUE 9999-68/2010”. Referencia INCADAT: HC/E/UY 1185. Recuperado de <https://www.incadat.com/es/case/1185>

26 Conf. Court of Appeal of New Zealand (06/03/2020). “LRR v COL”. INCADAT Reference: HC/E/NZ 1451.

condujeron a que la CSJN concluyera que no se configuraba la causal de oposición en los términos del artículo 11.b. de la CIDIP IV y a ordenar la restitución inmediata de la niña.

Además, la Corte ordenó “adoptar y cumplir, de manera urgente” una serie de medidas previas y para el momento del retorno, tendientes a garantizar el retorno seguro de la niña y la progenitora sustractora, por encontrarse acreditada la existencia de violencia doméstica.

Sin embargo, ni la CIDIP IV ni la CH 1980 contienen disposiciones que reconozcan formalmente la validez de medidas de protección adoptadas por el tribunal requerido que garanticen la seguridad de NNA y de la persona que alega ser víctima de violencia, ni mecanismo alguno que permita garantizar que se hagan efectivas tales medidas en la residencia habitual del NNA.²⁷ Por ello, surgen algunas cuestiones que deben ser analizadas.

La primera cuestión es la legitimidad para dictar las medidas, pues tal como lo considera parte de la doctrina,

[e]l procedimiento es inseguro en cuanto ciertas jurisdicciones (particularmente aquellas jurisdicciones de tradición de derecho civil) consideran que no tienen competencia para emitir tales órdenes; además, el procedimiento es considerablemente engorroso y costoso en cuanto las partes deben dirigirse no solamente a las autoridades judiciales del Estado de refugio sino también a las autoridades judiciales del Estado de residencia habitual del niño.²⁸

Este aspecto fue considerado por la Conferencia de La Haya en la cuarta reunión de la comisión especial de la CH 1980. Al analizar la obligación de asegurar la restitución sin peligro del menor se concluyó que

[d]entro de los límites fijados por los poderes de sus Autoridades centrales y por los sistemas de protección jurídica y social en sus países, los Estados contratantes reconocen que las Autoridades centrales tienen una obligación en virtud del artículo 7 h de asegurarse de que los órganos de protección de la infancia estén alertados en determinados casos en los que la seguridad del menor se ponga en cuestión, de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento de la restitución, hasta que se haya hecho valer la competencia del tribunal apropiado.²⁹

27 En otros sistemas jurídicos se ha regulado, por ejemplo, según el artículo 11, apartado 4 del Reglamento Bruselas II bis, el tribunal no puede negarse a la restitución si está convencido de que pueden hacer los arreglos adecuados para asegurar la protección del niño y, en casos de violencia familiar, también del progenitor a su regreso a la residencia habitual.

28 *Id.*, nota 16.

29 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado - HCCH, Oficina permanente (2001). “Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (22-28 de marzo de 2001). Recuperado de https://assets.hcch.net/upload/concl28sc4_s.pdf

En otras palabras, se puede fundar la competencia del tribunal o autoridad administrativa del Estado requerido en el artículo 7.h de la CH 1980.

Sin embargo, considero que también se deriva de los artículos 4, 7.c y h, 21 y 26, apartado 4 del CH 1980,³⁰ que conforman un marco regulatorio que faculta y obliga a los tribunales y autoridades administrativas del Estado requerido a adoptar todas las medidas de protección tendientes a asegurar el retorno seguro de NNA a su residencia habitual. Y si retorna en compañía del progenitor sustractor, se deben ampliar estas medidas y garantizar el bienestar y retorno seguro de ambos hasta que la competencia del tribunal de la residencia habitual haya sido convocada y ejercida en debida forma.

La segunda cuestión es determinar si las medidas de protección deben ser otorgadas de oficio o a pedido de parte. En muchos casos, el progenitor reclamante al momento de solicitar la restitución ofrece y acredita que está dispuesto a cumplir las garantías necesarias para el retorno seguro del NNA y del progenitor sustractor que alega haber sido víctima de violencia. En otros, nada dice al respecto.

Por ello, en casos como *Baran v. Beaty*, el tribunal del Estado requerido concluyó que es un requisito de procedencia de las medidas provisionales de protección que el progenitor reclamante las proponga al momento de solicitar la restitución o contestar la oposición fundada en el grave riesgo originado en violencia doméstica.³¹

En el caso que aquí se comenta, la CSJN tuvo especial consideración aquellas medidas propuestas por el progenitor reclamante, ordenándolas y, de acuerdo con las particularidades del caso, procedió a ordenar otras que consideró pertinentes.

La realidad es que el ofrecimiento de garantías por parte del reclamante facilita la obtención de soluciones amigables y, en muchos casos, el retorno rápido y voluntario del progenitor sustractor y del NNA, quienes usualmente alegan tener miedo y carecer de las garantías suficientes para su retorno.

En consecuencia, corresponde al tribunal y/o autoridad administrativa del Estado requerido determinar su procedencia de oficio o a pedido de parte.

La tercera cuestión es que el procedimiento de restitución está diseñado para ser sencillo, sin realizar un análisis del fondo de asuntos tales como el derecho de custodia y el derecho de visitas, por lo que la adopción de estas medidas puede obligar a quien juzga a explorar la situación fáctica de las partes, entre ellas, las razones que llevaron a uno de los progenitores a sustraer o retener indebidamente al niño, con las dificultades y retrasos que ello implica y pudiendo, incluso, desvirtuar el instituto. Para que esto no ocurra, los operadores deben tener en cuenta los plazos que establecen los tratados y actuar de forma expedita.

30 Hague Conference on Private International Law. "Transfrontier Access/Contact and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. A Preliminary Report". février / February 2001. Prel. Doc. No 4. Recuperado de <https://assets.hcch.net/upload/abd2001pd4e.pdf>

31 Conf. United States Court of Appeals for the 11th Circuit Level Appellate Court (09/05/2008). "Baran v. Beaty". INCADAT reference: HC/E/US 1142. Recuperado de <https://www.incadat.com/download/cms/files/2017-05/ID1142%20-%20Full%20text%20-%20EN.pdf>

La cuarta cuestión es la posibilidad de hacer exigibles las medidas provisionales de protección en jurisdicciones extranjeras, principalmente, en el Estado de la residencia habitual del NNA. Si el Estado de la residencia habitual no cuenta con instituciones y centros de protección contra la violencia doméstica o si se demostrare que tales instituciones no fueran capaces de ayudar de manera adecuada al progenitor víctima de violencia doméstica y al niño, no sería procedente ordenar medidas de protección posteriores a la restitución y, en consecuencia, se configuraría la causal de “grave riesgo”.³²

En este sentido, se ha señalado que,

[s]i hay evidencia convincente de que la restitución expondría al niño a un riesgo grave de una situación intolerable, el tribunal requerido debe considerar si se pueden implementar medidas de protección en el Estado requirente para proteger al niño de ese riesgo. Estas medidas pueden tomar la forma de órdenes dictadas (o por dictar) por los tribunales del Estado requirente, por iniciativa del progenitor privado o como resultado de la cooperación judicial en relación con la solicitud. Pueden tomar la forma de compromisos asumidos por el progenitor dejado atrás, si el tribunal está convencido de que esos compromisos son exigibles y serán efectivos en la práctica [...] La evaluación del riesgo y de la efectividad de las protecciones sugeridas contra ese riesgo siempre debe enfocarse en el caso específico. No es apropiado hacer suposiciones acerca de la efectividad de las medidas de protección en el Estado requirente para proteger a un niño contra un riesgo grave que de otro modo se ha hecho evidente.³³

En la práctica, que las autoridades estén habilitadas para asegurar el respeto de tales órdenes depende de la seriedad y herramientas con que cuenta el Estado de la residencia habitual y, dado que no hay disposiciones formales, las medidas de protección ordenadas por la autoridad del Estado requerido son reconocidas por cortesía y confianza internacional.

Desde la perspectiva del derecho internacional privado, el Estado de la residencia habitual debe cumplir con las medidas provisionales ordenadas por el Estado requerido en virtud de tratados sobre cooperación,³⁴ del principio de reciprocidad y, particularmente, los tribunales y autoridades administrativas argentinas están obligadas a brindar cooperación cuando la residencia habitual del NNA esté en su territorio (conf. artículos 2611 y 2642 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Finalmente, las medidas adoptadas por el juez que ordena la restitución expiran cuando los jueces de la residencia habitual traten la cuestión de la violencia doméstica con seriedad y dispongan de las herramientas necesarias para proteger a las víctimas.³⁵ Lo anterior “significa que el Estado requirente

32 Conf. District Court of The Hague (22/02/2018). “X. (the mother) against Y (the father)”. INCADAT reference: HC/E/NL 1391. Recuperado de <https://www.incatat.com/download/cms/files/2019-01/id1391-full-text-en.pdf>

33 Id., nota 26, p. 55, traducción propia.

34 Por ejemplo, el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (no ratificado por Argentina, ni México), en sus artículos 11 y 12 faculta al Estado donde se encuentra el niño a adoptar todas las medidas de protección que considere pertinentes hasta que la autoridad del Estado de la residencia habitual del niño reconozca y adopte las medidas exigidas por la situación.

35 Id., nota 16.

resolverá imparcialmente las cuestiones relacionadas con la custodia y el bienestar del niño que regresa”,³⁶ pues se considera que el foro de la residencia habitual del niño es el más adecuado para determinar los méritos de bienestar y resolver cualquier disputa que pueda surgir, por lo que se hace necesaria la aplicación rigurosa de los mismos.

En el caso objeto de análisis, la CSJN aclaró que las medidas de protección posteriores tendrán vigencia

hasta tanto el juez competente dicte un pronunciamiento al respecto, luego de tomar conocimiento de la presente resolución, de las causas penal y de violencia familiar y de género, y de los diferentes incidentes civiles originados por el conflicto, tramitados en este país.

En consecuencia, “la aplicación de esta excepción está reservada a situaciones de corte grave e insoluble, que sean imposibles de evitar mediante la adopción de medidas de protección”.³⁷

En conclusión, acreditada la existencia de violencia doméstica y no habiéndose configurado la excepción de “grave riesgo”, se amplía el concepto de “retorno seguro” de NNA, que incluye la adopción de medidas de protección provisionales establecidas por el tribunal del Estado requerido a favor de NNA y del progenitor sustractor, que aspiran a mejorar el bienestar de NNA.

Las medidas de protección provisionales son un requisito esencial para que se ordene la restitución del NNA a su residencia habitual y obedecen a la confianza en el otro sistema de protección, basadas en el deber de cooperación de las autoridades administrativas y judiciales.

4. El interés superior del niño y los derechos subjetivos de los progenitores

En el caso en análisis, desde que el progenitor reclamante presentó el pedido ante la Autoridad Central de México hasta que la CSJN ordenó la restitución y adopción de las medidas de protección provisionales transcurrieron más de dos años.

Vale preguntarse: ¿se protegió debidamente el interés superior de la niña? O, por el contrario, ¿la cantidad de acciones intentadas por la progenitora sustractora, tendientes a impedir el retorno de la niña a su residencia habitual, someterla a valoraciones físicas y psicológicas, impedirle y/o dificultar el contacto

³⁶ Fisher, S. (2007). “Restitución del menor sin peligro. Las conclusiones de la Quinta reunión de la Comisión Especial sobre la excepción de grave riesgo. Un punto de vista disidente”. Boletín de los Jueces. LexisNexis Butterworths - HCCH, XII, 35. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/b0dd4b8e-13d2-4428-9f2d-ce49b39f3542.pdf>

³⁷ Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno de Uruguay (19/07/2019). “Real Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Noruega - de L.F., L.Y.S - Restitución internacional de menor”. Referencia INCADAT HC/E/UY 1529. Recuperado de <https://www.incadat.com/es/case/1529>

con el progenitor reclamante (pormenorizadas en el apartado 2.1.), entre otras, no constituyen en sí mismas una nueva lesión del interés superior de la niña?

Aun cuando la Convención sobre los Derechos del Niño no sea expresamente mencionada en los fallos de los tribunales y sea posterior a la CH 1980 y la CIDIP IV, el principio del “interés superior del niño”, incorporado en su artículo 3, es la base sobre la cual se funda el sistema de cooperación en materia de restitución internacional de NNA.

Es conveniente, entonces, calificar el “interés superior del niño” en el marco de los procesos de restitución internacional, interpretarlo en sentido amplio y juntamente con la CDN y también con la CADH.³⁸

Dicho lo anterior, en el marco de los convenios, el interés superior del NNA se concreta así: a) derecho no ser trasladado o retenido ilícitamente fuera de su residencia habitual;³⁹ b) todas las cuestiones de fondo, tales como el derecho de guarda o custodia, se resuelven ante el juez de su residencia habitual; c) derecho a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias; y d) obtener la rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional.

El objetivo principal de los mecanismos establecidos por los convenios para proteger el mejor interés de NNA es la restitución inmediata a su residencia habitual.

Como se ha analizado a lo largo del presente artículo, los pedidos de restitución internacional de NNA enmarcados en situaciones de violencia doméstica hacen que surja la colisión entre el interés superior del NNA, en los términos expuestos, y los derechos subjetivos del progenitor sustractor, quien en su calidad de víctima de la violencia doméstica demanda del Estado requerido y del Estado de la residencia habitual protección para el NNA y para sí. En situaciones en que los derechos de los NNA confronten con los de los adultos, deben primar los de los primeros.

En la práctica, el grave riesgo como causal de oposición originado en violencia doméstica es una manifestación concreta del principio del interés superior del NNA, que debe ser interpretado en forma restrictiva conforme lo expuesto y faculta a los tribunales y autoridades de los Estados requeridos para adoptar medidas de protección provisionales que permitan preservar los derechos de los progenitores, pero con supremacía del interés superior del NNA que debe retornar a su residencia habitual.

La causal de oposición “grave riesgo” no debe convertirse en una herramienta tendiente a dilatar injustificadamente el procedimiento, desvirtuando el sistema y vulnerando el interés superior del NNA.

5. Conclusiones

La ausencia de disposiciones específicas para los supuestos de violencia doméstica motiva la aplicación de la causal de oposición contenida en los artículos 11.b de la CIDIP IV y 13.b de la CH 1980, que

38 Principalmente, los artículos 9.1, 9.2, 9.3 y 18 de la CDN y los artículos 17 y 19 de la CADH.

39 El término “residencia habitual” se califica como el “centro de vida” de NNA. Conf. CSJN, *Fallos* 334:913.

debe ser interpretada atendiendo las particularidades que presentan estos casos y la imperante necesidad de mantener la supremacía del interés superior del NNA por sobre los derechos subjetivos de los progenitores, principalmente de aquel que es víctima de la violencia doméstica y demanda protección.

Por ello, siguiendo la línea de interpretación de la CSJN en el fallo en análisis, de la Conferencia de La Haya, la doctrina y la jurisprudencia internacional, se puede concluir que son tres los supuestos de violencia doméstica que constituyen “grave riesgo” que afecta al NNA: a) grave riesgo de daño directo dirigido al NNA; b) grave riesgo resultante de la exposición del NNA a violencia doméstica infligida por el progenitor privado del NNA al progenitor sustractor; y c) que el grave riesgo para el NNA puede estar basado también en el daño que puede llegar a sufrir el progenitor sustractor a manos del progenitor privado del niño tras la restitución.

Una vez que se han verificado los requisitos del grave riesgo cobra especial relevancia el análisis prospectivo del mismo, pues las pruebas aportadas por el progenitor sustractor al momento de oponerse a la restitución debe generar en el tribunal un grado de convencimiento tal que le permita predecir que a la inmediata restitución del niño a su residencia habitual se configurará nuevamente uno de los supuestos de violencia doméstica y el grave riesgo para el niño y/o el progenitor sustractor.

Finalmente, en los supuestos de violencia doméstica en el seno familiar del NNA, se faculta a los tribunales y autoridades administrativas del Estado requerido a adoptar las medidas de protección provisionales que considere pertinentes tendientes a lograr el “retorno seguro” del NNA y del progenitor sustractor, imponiendo a las autoridades del Estado de la residencia habitual del NNA la obligación de acatarlas hasta que las autoridades de dicho Estado resuelvan el fondo de las cuestiones y adopten las medidas pertinentes, teniendo en cuenta la violencia doméstica.

Libertad de expresión. Derecho al olvido. Memoria social e interés público

CSJN, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas”, 28 de junio de 2022

Por Analía Eliades¹

1. Introducción

Los litigios en los que se discute el alcance del derecho a la libertad de expresión y, más ampliamente, del derecho a la comunicación, despiertan especial interés público, máxime cuando se trata de casos novedosos cuyo pronunciamiento crean estándares en la materia y, en particular, cuando involucra a los entornos digitales, a internet y a las redes sociales.

Así lo fue en su momento el precedente “Belén Rodríguez”² de 2014, en el que la CSJN se expidió sobre la responsabilidad de los motores de búsqueda. Los medios de comunicación realizaron una notoria cobertura periodística y el tribunal también concitó la atención al convocar a una audiencia pública para hacer preguntas a las partes, escuchar los informes de los *amicus curiae*, ilustrarse sobre el tema de fondo y comprender cuestiones técnicas en torno a la generación de *thumbnails*.

1 Abogada y licenciada en Comunicación Social (UNLP). Doctora (Universidad Complutense de Madrid). Especialista en Derechos Humanos (UCM). Profesora asociada de Derecho a la Comunicación (Facultad de Periodismo y Comunicación Social, UNLP) y profesora adjunta interina de Derecho Constitucional (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP). Docente de posgrado de la UNLP, USAL, UNQ, UNDAV y ECAE. Investigadora.

2 CSJN, Fallos 337:1174.

Con el caso “Denegri”, precedido también de audiencias³ y de presentaciones de amigos del tribunal, la expectativa se acrecentó, pues la actora solicitó a Google Inc. se aplicara a su favor el “derecho al olvido” respecto de información que consideraba personal en el marco de hechos ocurridos hacía más de veinte años. Se trató del famoso “Caso Coppola” de 1996 y la relación de la actora con esos hechos enmarcados en la “espectacularización de la noticia”, que marcó un sello en la TV de los noventa.

2. Los antecedentes. Posición de la parte actora

Como hemos señalado, Natalia Denegri promovió demanda contra Google Inc. solicitando la aplicación del “derecho al olvido” por la antigüedad de la información en la que se encontraba involucrada, la que reprochó de perjudicial, irrelevante e innecesaria, y afirmó que le ocasionaba serios perjuicios por referirse a hechos periodísticos ocurridos en el pasado, vinculados a una causa penal de trascendencia que consideró que actualmente carecía de interés público y general y la afectaba gravemente en su vida actual personal, profesional, laboral y familiar.

Como fundamento para sustentar el mentado “derecho al olvido” la actora citó el antecedente de 2014 admitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Google Spain S. L. Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”.⁴

También sostuvo que en su caso el derecho a la información debía ceder frente a los derechos personalísimos afectados: su intimidad, su privacidad, su honor y su reputación y la de su familia.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia, que hizo lugar parcialmente a la demanda y ordenó a Google Inc. suprimir toda vinculación de sus buscadores, tanto de “Google” como de “Youtube”, que contuvieran las palabras “Natalia Denegri”, “Natalia Ruth Denegri” o “Natalia Denegri caso Cópola” y cualquier imagen o video, obtenidos hace veinte años o más, con escenas de peleas o discusiones entre la peticionaria y alguna otra circunstancial entrevistada, cuyo contenido mostrara agresiones verbales o físicas, insultos, discusiones en tono elevado, escenas de canto y/o baile de precaria calidad artística, así como también posibles reportajes televisivos en los que la actora hubiera brindado información de su vida privada. Además, dispuso que, en la etapa de ejecución de la condena, la actora debía individualizar las URL que violaran lo dispuesto y que eventualmente Google Inc. hubiera omitido desindexar, a los fines de adoptarse las medidas compulsivas que pudieren corresponder.

³ Las grabaciones de las audiencias públicas de ambos casos se encuentran disponibles en la web oficial del Centro de Información Judicial (CIJ), agencia de noticias de la CSJN: <https://www.cij.gov.ar/>

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014. Google Spain, S. L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional. Texto oficial recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0131>

3. Postura de la demandada: Google Inc.

Contra la sentencia de Cámara, la demandada interpuso recurso extraordinario, que fue concedido por cuestión federal y denegado por arbitrariedad, lo que motivó la queja.

Sostuvo que la sentencia vulneraba el derecho a la libertad de expresión reconocido en los artículos 14 de la Constitución Nacional, 13 de la CADH, 19 del PIDCP, en la Ley N° 26032,⁵ en el Decreto N° 1279/1997⁶ y en la doctrina de la CSJN sobre la materia.

Expresó que la Cámara, sin fundamento legal alguno,

ha reconocido un supuesto derecho a bloquear el acceso a contenidos totalmente lícitos solo porque el transcurso del tiempo denotaría la pérdida de interés en su acceso –incluso en contra de lo que surge en este caso– o porque puede llegar a generar cierta incomodidad en la persona involucrada.

Según su posición, el mayor o el menor grado de calidad artística, interés informativo o aporte a la cultura de tales contenidos es el resultado de una apreciación subjetiva irrelevante para justificar la supresión o bloqueo pretendido, en tanto no exista contradicción con una norma ni vulneración de derecho alguno. Alegó que la libertad de expresión no se limita al contenido de “buen gusto” y protege muy especialmente aquel que promueve el disenso o cuya valoración no resulta uniforme.

Enfatizó que no existía en el caso una real afectación al derecho al honor o a la privacidad que justificara un sacrificio del interés general mediante el impedimento de acceso a la información pública involucrada.

Sostuvo que “se trata solo de ceder al deseo de una figura pública para ‘moldear’ su pasado privando a la sociedad de buscar y acceder a contenidos lícitos y verdaderos en internet en los que la actora ha participado voluntariamente”. Señala, con apoyo en el precedente de la CSJN “Paquez” (*Fallos* 342:2187), que “el bloqueo de contenidos hacia el futuro constituye un acto de censura prohibido que no resulta justificado por el hecho de que hubieran estado disponible para los usuarios por un prolongado lapso de tiempo”.⁷

Adujo la ausencia de norma que disponga un “derecho al olvido”, salvo respecto de la información crediticia y de las sanciones penales o administrativas y sostuvo la inaplicabilidad del precedente europeo “Costeja” por sus diferencias fácticas.

5 La Ley N° 26.032 establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

6 El Decreto N° 1279/1997 declaró que el servicio de internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social.

7 CSJN, *Fallos* 345:482, considerando 3.

4. Contenido de la sentencia de la CSJN. Ejes de análisis

La Corte –compuesta por los magistrados Rosatti, Maqueda, Rosenkrantz y Lorenzetti– hizo lugar a la queja interpuesta por Google Inc., declaró procedente el recurso extraordinario y rechazó la demanda interpuesta por Natalia Denegri. Para llegar a tal decisión proponemos a continuación sistematizar los puntos centrales que la fundaron.

4.1. *Thema decidendum*: ¿protección del honor o del derecho a la libertad de expresión?

La cuestión se centró en determinar si una persona pública que estuvo involucrada en un tema de interés público tiene un “derecho al olvido” por el cual pueda solicitar que se desvincule su nombre de determinados contenidos que la involucran, alegando que por el paso del tiempo han perdido dicho interés y que resultan inapropiados a la autopercepción de su identidad actual y, en consecuencia, lesionan sus derechos al honor y/o a la intimidad, o si, por el contrario, la medida de desindexación de información ordenada restringe indebidamente el derecho a la libertad de expresión, tanto en su faz individual como colectiva.

4.2. El derecho a la libertad de expresión en internet

Tras repasar el marco constitucional y la jurisprudencia de la CSJN en materia de protección de la libertad de expresión y su resguardo en una sociedad democrática, la sentencia refiere a la importancia del derecho a la libertad de expresión en internet tanto en la dimensión individual como colectiva y recuerda los precedentes sentados en tal sentido en los casos “Rodríguez”, “Gimbutas”⁸ y “Paquez”.

También resalta el papel que desempeñan en ese marco los motores de búsqueda en tanto “herramienta técnica que favorece el acceso al contenido deseado por medio de referencias automáticas”. Los caracteriza como “intermediarios entre los usuarios y los sitios que existen en la red, no crean información disponible en ella, sino que la recorren e indexan automáticamente” y potencian el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión.

Considera, asimismo, con cita de la doctrina propia del tribunal como así también de la Corte estadounidense, que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva y que los estándares en la materia son fuertemente tutelares del ejercicio del derecho a la información, en particular, en temáticas de interés público.

8 CSJN, *Fallos* 340:1236.

4.3. Consecuencias eventuales de una decisión judicial de desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado

A la luz de los principios protectorios de la libertad de expresión, el tribunal plantea la hipótesis de cuáles serían las consecuencias de una eventual decisión judicial que determinara desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado y, de tal modo, hacer cesar su repetición, y si ello constituiría una limitación que interrumpiría el proceso comunicacional.

Razona que sería una medida extrema, que dificultaría la búsqueda y en tales condiciones importa una grave restricción a la circulación de información de interés público con fuerte presunción de inconstitucionalidad.

Señala las diferencias entre la eliminación de contenidos web y la eliminación de las vías de acceso a ellos, pero en uno u otro caso los efectos serían perjudiciales para el discurso público. Así, sostiene:

si bien es cierto que la eliminación de contenidos web difiere conceptualmente de la supresión de una de las vías de acceso a ellos, no cabe descartar de antemano que, en determinadas circunstancias, los efectos de ambos sobre el discurso público pueden resultar igualmente gravosos. No puede soslayarse que el remedio –aparentemente más leve– que solo inhabilita un nombre propio como uno de los canales para acceder a cierta información o contenido, podría extenderse a todos los participantes involucrados en el tema. Ante esa eventualidad, el efecto de tal truncamiento en la búsqueda de información pública podría justificar su análisis bajo los principios, ya reseñados, aplicables a las restricciones previas a la libertad de expresión.⁹

4.4. Supuestos excepcionales en los que se podrían aceptar solicitudes de bloqueo

Enfatizando que no sería aplicable al caso, la CSJN sostiene que en materia de solicitudes de bloqueo se podría aceptar, con carácter excepcional, un supuesto de tutela preventiva si se cumplieran los siguientes requisitos que lo fundamentan: a) acreditación de la ilicitud de los contenidos; b) acreditación del daño sufrido, y c) el contexto de motores de búsqueda en el que el daño, una vez producido, continúa generándose.

Sostiene al respecto que

Una posición contraria, que solo admitiese la responsabilidad ulterior, llevaría al absurdo de pretender que la persona que probó la afectación a sus derechos constitucionales deba iniciar constantemente nuevos reclamos reparatorios, debido a que el buscador mantiene los contenidos ya sentenciados como dañinos en la web. Es decir, en estos casos si se parte de un supuesto de responsabilidad ulterior por el

⁹ *Idem*, nota 7, considerando 12.

daño acreditado, se podría eventualmente admitir la supresión o bloqueo de los contenidos perjudiciales para evitar o prevenir daños similares futuros.¹⁰

Es decir, es factible que la tutela preventiva sea posible en las circunstancias señaladas, y que con la corroboración previa de la existencia de vinculaciones que claramente lesionan derechos personalísimos de una persona es pertinente requerir judicialmente a los motores de búsqueda que adopten las medidas necesarias para suprimir la vinculación de la persona damnificada con enlaces existentes de idénticas características.

Aclara finalmente, a este respecto, que el razonamiento que antecede no guarda contradicción con lo resuelto en el precedente “Paquez”, puesto que allí no se justificó la disposición de medidas cautelares preventivas de bloqueo del acceso a contenidos de internet, por cuanto de las constancias de la causa surgía que las expresiones contenidas en las páginas web que se indicaban como presuntamente agraviantes consistían en acusaciones contra un funcionario público en relación con hechos relativos al ejercicio de su cargo.

4.5. El interés público de la información en la cual estuvo involucrada Natalia Denegri

En el considerando 13 del resolutorio, la CSJN sostiene que es preciso examinar si la desvinculación ordenada por la Cámara constituye una restricción indebida a la libertad de expresión y evaluar si tal medida afecta el acceso a un discurso constitucionalmente protegido, aun cuando pueda molestar, ofender o incluso avergonzar a sus protagonistas.

Es aquí donde se detiene a recordar la vinculación de la actora con la amplia cobertura mediática que tuviera el llamado “caso Cóppola”

que incluyó en sus avatares a diferentes personajes del deporte y de la vida pública argentina, y que concluyó con la destitución y condena penal de un juez federal y de funcionarios judiciales y policiales. La investigación criminal cobró notorio interés y tuvo un importante seguimiento por parte de los medios de comunicación –en particular, por la televisión abierta– a través de emisiones periodísticas informativas y de programas de entrevistas en vivo a los que concurrían las personas que se encontraban relacionadas con dicho proceso penal, con altos índices de audiencia. Los contenidos respecto de los cuales se ha dictado la medida que ordena desvincular los sitios de los resultados de búsqueda con el nombre de la actora, corresponden tanto a estos últimos programas televisivos como a otras intervenciones derivadas de la fama adquirida a causa de aquellos.

¹⁰ *Idem*, nota 9.

Sostiene que la notoriedad de Denegri comenzó con ese caso y es una persona pública hasta la actualidad, desempeñándose como empresaria de medios, conductora de programas de televisión y ganadora de numerosos premios internacionales por su labor profesional. En el escrito de demanda, la actora admite haber obtenido un lugar en el periodismo en los Estados Unidos, como periodista de CNN y en su página web se presenta como “una celebridad de la televisión latinoamericana” (www.nataliadenegri.com). En pocas palabras: la actora es y fue una persona pública involucrada en temas de interés público. Este factor es esencial para determinar la preeminencia del derecho a la información.

4.6. El mero paso del tiempo no hace perder a la información histórica su interés público. La importancia de la “memoria social”

La mera enunciación del “derecho al olvido” genera una contradicción notoria con el derecho a la memoria y a la verdad consagrado por los sistemas protectorios de derechos humanos y por el que tanto han luchado las organizaciones de derechos humanos.

En este sentido, la CSJN concluye que por el mero paso del tiempo la información que formó parte del debate público no pierde tal atributo y sostener lo contrario pondría en riesgo la historia y el ejercicio de la memoria social, nutrida de los más diversos hechos de la cultura, aun aquellos que con los estándares actuales nos resulten inaceptables u ofensivos.

Por ello sostiene que

[s]i se permitiera restringir recuerdos del acervo público sin más, se abriría un peligroso resquicio, hábil para deformar el debate que la libertad de expresión pretende tutelar. En el contexto de una sociedad democrática, la información verdadera referida a una persona pública y a un suceso de relevante interés público –reflejado, principalmente, en las graves consecuencias que se derivaron de los hechos que lo componen–, exige su permanencia y libre acceso por parte de los individuos que la integran, pues ella forma parte de una época determinada cuyo conocimiento no cabe retacear a quienes conforman –y conformarán– dicha sociedad sin motivos suficientes que tornen aconsejable una solución con un alcance distinto.¹¹

4.7. Tensiones entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión

En este aspecto, la sentencia recuerda los estándares constitucionales, convencionales y jurisprudenciales de la protección del honor como derecho personalísimo que toda persona posee y ampara frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecedora en la consideración ajena, por desacreditarla.

¹¹ *Idem*, nota 7, considerando 14.

La inexactitud o falsedad de la información es un requisito clave para la procedencia de la protección del honor.

[Su] protección constitucional tiende a tutelar el citado bien jurídico frente a una agresión ilegítima –por difamatoria, injuriante, inexacta, falsa– y ajena, susceptible de dañar de manera infundada la reputación, fama o autoestima de un individuo, salvaguarda que, *prima facie*, no cabría considerar comprensiva de aquellos supuestos en que la lesión invocada es consecuencia de las acciones libres adoptadas por el propio individuo en el desarrollo de su personalidad.

Rememora la doctrina de la real malicia, en tanto que en los casos de concurrencia del derecho al honor y la libertad de expresión de personas públicas o involucradas en temas de interés público hay un valor preferente del derecho a la información como garantía esencial del sistema republicano.

Aplicados tales parámetros al caso, el tribunal entiende que no media afectación al honor por cuanto:

- a) La actora no planteó que los contenidos de los que pretendía desvincularse fueran falsos o inexactos. Por el contrario, entiende que los URL que pidió disociar de su nombre incluyen programas de televisión en los que ella efectivamente participó.
- b) La información en la que estuvo involucrada, como se señaló, es de interés público.

4.8. Ausencia de afectación de la privacidad

En punto al derecho a la intimidad también el resolutorio repasa los estándares constitucionales, convencionales y jurisprudenciales en torno a su protección y concluye que no ha sido afectada.

Con remisión al dictamen del procurador fiscal Víctor Abramovich, sostiene que “la protección de la privacidad no alcanza a aquellos aspectos de la vida personal que el titular consiente revelar al público”.

Concluye que

sin perjuicio de la escasa argumentación expresada por ella en sentido contrario en sus diferentes presentaciones y en la audiencia ante este Tribunal, no se advierten elementos de entidad que den sustento a su postura y conduzcan a tener por descartada la existencia de su consentimiento en la difusión de la información que hoy cuestiona.¹²

¹² *Idem*, nota 7, considerando 20.

Reprocha a la actora que no alegó en la demanda ni pudo acreditar vicio alguno del consentimiento para la toma de esas imágenes en medios masivos de comunicación.

En fin, para la CSJN no hubo ni intromisión ilegítima en la vida privada de la actora ni sus participaciones públicas ni falta de consentimiento para sus apariciones públicas.

4.9. Diferencias sustanciales con el precedente “Rodríguez”

La CSJN estimó necesario destacar que el caso de Natalia Denegri guarda diferencias importantes con las circunstancias de los precedentes “Rodríguez”, “Gimbutas” y “Paquez”, respecto del estándar de responsabilidad que en dichos casos se aplicó a los motores de búsqueda.

Mientras que en los precedentes mencionados se pretendía la eliminación o desindexación de las vinculaciones –y sugerencias de búsquedas y *thumbnails* derivadas– consideradas ilícitas, la pretensión de Denegri no se fundó en la ilicitud de las publicaciones periodísticas y videgrabaciones en las que participó. Por el contrario, el fundamento de su pretensión es que el mantenimiento de la disponibilidad de información verdadera que alega no representarla en la actualidad, por un largo período de tiempo, habría generado una suerte de ilicitud sobreviniente que lesiona su derecho al honor.

En este sentido, como se expresó anteriormente, de los términos de la demanda no se desprende la invocación de un vicio que –previamente acreditado en el proceso– permita concluir que la publicación de los actos grabados y emitidos en programas de televisión de acceso abierto y general, vinculados con hechos de interés público no haya sido consentida. Por ende, mediando interés público (artículos 31 de la ley 11.723 y 53 del Código Civil y Comercial de la Nación), no puede reputarse ilícita la reproducción del contenido de los registros de video en internet –tampoco que esa reproducción devino ilícita con posterioridad por el paso del tiempo– cuya desindexación del motor de búsqueda de la demandada ordenó la sentencia apelada.¹³

4.10. Algoritmos. Inteligencia artificial. Criterios de los motores de búsqueda. Falta de transparencia de Google Inc.: señalamiento de la Corte

Especial atención concita el considerando 23 de la sentencia bajo análisis al abocarse a un tema que trasciende el fallo en cuestión y es el referido a los criterios que utilizan los motores de búsqueda para determinar sus resultados. Así el número de veces que las palabras-clave aparecen en el sitio, el lugar en el que aparecen, el título y la calidad del sitio, la cantidad de sitios que abrevan en tal lugar, el orden en el que los contenidos se presentan, entre otros factores, no pueden, para el tribunal, ser ignorados.

¹³ *Idem*, nota 7, considerando 22.

Señala los numerosos interrogantes respecto al campo de aplicación de la inteligencia artificial a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos, así como respecto de su incidencia en la ordenación del debate público. Aun cuando el tema no haya sido objeto de debate en la presente causa, cabe destacar la existencia de un foro de discusión mundial acerca del modo de compatibilizar los problemas que en algunas ocasiones podrían suscitarse entre los mencionados derechos y el funcionamiento de los sistemas de algoritmos (como ejemplo de los temas en debate en la materia, pueden consultarse las “Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable”, Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial creado por la Comisión Europea en junio de 2018).

En este sentido, afirmó que

En base a la forma en que Google manifestó que aparecen los resultados [que según el testimonio del abogado de la demandada no es un criterio “neutro”], se podría generar un cierto perfil de las personas que podría condicionar la composición de lugar que el internauta se hará de la identidad de la persona auscultada. De ahí la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática de ciertos aspectos del funcionamiento de los algoritmos de los que se sirven los motores de búsqueda, para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios, hoy sujetos a la decisión de aquellos.

Ese señalamiento final de la CSJN dirigido a Google no es menor. A tenerlo en cuenta.

5. A modo de conclusión

Como hemos visto, variados son los puntos que conforman el entramado de esta sentencia. Corresponde recordar el contexto en el que se generaron esas filmaciones que veinte años después tanto agravian a Natalia Denegri. Denegri adquirió notoriedad precisamente a partir de su involucramiento en el denominado “caso Coppola”, que tuvo origen en la investigación de hechos delictivos que derivaron en la destitución y condena penal de un juez federal, un secretario judicial, de varios policías y otras personas.

Ese suceso despertó un gran interés en la sociedad, aunque tuviera muchas distorsiones informativas y fue seguido masivamente en los medios de comunicación, y en particular en el medio “estrella” del momento: la TV. Era el año 1996, y en ese entonces y en particular con ese famoso caso, como señaló Aníbal Ford “enganchó con el auge de algunos géneros de la llamada TV verdad: reality shows y trush TV. Gritos, ruidos, peleas, guasadas, que tuvieron también éxito internacional”. El “exhibicionismo de violencia en la televisión” también fue advertido por Néstor García Canclini.¹⁴

¹⁴ Por qué legislar sobre industrias culturales (septiembre-octubre 2001). *Nueva Sociedad*, (175).

La espectacularización de la noticia, el montaje de verdaderos shows televisivos, la pelea feroz por el rating, la provocación y la exposición de un morbo constante fueron signos de una época y de una cultura propia de los noventa en el marco de una fuerte impronta neoliberal, individualista, que bastardeaba la participación política y que adscribía al paradigma del fin de la historia.

Llevaría su tiempo la caída de esos formatos televisivos. No podemos ni debemos borrarlos de nuestra historia. Por supuesto, estos factores no fueron materia de juzgamiento y es aún objeto de estudio y motivo de análisis académico y de investigación en la historia del periodismo, la comunicación, la televisión y la cultura.

También en ese entonces la perspectiva de género y el avance de los derechos de la mujer y de otras diversidades sexuales estaban ausentes por completo. El paradigma patriarcal imperante cosificaba a las mujeres creando estereotipos y utilizándolas mediáticamente sin posibilidad de reacción de quienes estaban involucrados e involucradas en “escándalos mediáticos”. Este caso pone en evidencia tal tratamiento. Tanto, que muchos años después la legislación sentó las bases de un nuevo paradigma de comunicación responsable hacia las mujeres y otras diversidades.

En este sentido, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como “Convención de Belém do Pará”, en su artículo 8, inciso g, comprometió a los Estados Parte a adoptar, en forma progresiva, medidas específicas e inclusive programas para “alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer”.

En el año 2009 se sancionó la Ley N° 26485 de Protección Integral a las Mujeres, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, que reconoce como una de las modalidades de violencia a la mediática, en tanto difunda mensajes o imágenes a través de cualquier medio masivo de comunicación que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres. También incluye los mensajes que legitimen la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

Por su parte, el artículo 71 de la Ley N° 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual ordena a quienes producen, distribuyen, emitan o de cualquier forma obtengan beneficios por la transmisión de programas y/o publicidad a velar por el cumplimiento de la ley de protección integral de las mujeres.

Muchas son las enseñanzas del fallo “Denegri” y la improcedencia del “derecho al olvido”. Quizá una de ellas, la no enunciada, la que no fuera motivo de la acción ni de tratamiento procesal sea la más trascendente en el marco de esa “memoria social” de la que habla la CSJN: que nunca más ninguna persona, ninguna mujer, sea cosificada, manipulada ni utilizada como objeto de explotación mediática y que los avances normativos protectorios de las mujeres y las diversidades sean una realidad efectiva con una comunicación responsable y respetuosa en convivencia democrática.

Margen de Apreciación Nacional. Valor de las sentencias de la Corte IDH CSJN. “Escalante, Esteban Iván y otros s/homicidio”, 12 de agosto de 2022

Por Pablo Octavio Cabral¹

1. Presentación

En el caso “Escalante” la CSJN revisó la estructura argumentativa e impacto de su propia doctrina construida a través del precedente “Ministerio de Relaciones y Culto”² (en adelante, “Fontevicchia II”) en cuanto a los alcances de las sentencias dictadas por la Corte IDH en el derecho interno de nuestro país, en particular en la obligación de los órganos judiciales provinciales de dar cumplimiento a decisiones de dicho tribunal internacional y la cuestión federal que se produce por su falta de tratamiento.

Esta decisión del máximo tribunal de justicia nacional, cabeza del Poder Judicial federal y uno de los poderes constituidos del Estado argentino, debe ser leída en el marco de la actual discusión pública que dicho órgano judicial mantiene con el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo sobre las implicancias institucionales que tiene para nuestra democracia constitucional el fenómeno de la politización de la justicia y, su contracara, la judicialización de la política (Cabral, 2019, 2021).

¹ Abogado (UNLP). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP). Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Subdirector nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado (PTN).

² CSJN. Fallos 340:47.

En particular, me interesa detenerme en la utilización del concepto jurídico “margen de apreciación nacional”, ya mencionado por la Corte en *Fontevicchia II* y aplicado en la decisión en análisis en un sentido distinto al dado en el primero de los fallos. Pretendo simplemente hacer foco en la manera en que la CSJN construye un ámbito de discreción o libertad judicial para evaluar los efectos de las decisiones de la Corte IDH.

Adelantando mi opinión, considero que la Corte Suprema desvirtuó una doctrina construida en el sistema europeo de protección de derechos humanos con el objetivo de otorgar un margen de apreciación a los Estados nacionales para la elaboración y desarrollo de las políticas públicas que los poderes –con legitimación democrática de origen– determinen, con algún grado –variable según el caso– de libertad, cuándo es necesario y justificado limitar o restringir algún derecho fundamental reconocido en ese sistema regional.

Una lectura de los argumentos utilizados en el voto mayoritario en “Escalante” puede abrir la puerta para un nuevo control de constitucionalidad de las decisiones y normas del sistema interamericano de derechos humanos, a partir del ejercicio del *margen de apreciación nacional*, competencia ejercida en forma exclusiva y centralizada por el órgano supremo y cabeza del Poder Judicial de la Nación.

La lectura que los ministros Rosatti y Lorenzetti realizan del artículo 27 de la Constitución Nacional y los alcances que le pretenden otorgar a la doctrina del *margen de apreciación nacional* desconoce el principio de soberanía popular, reconocido expresamente en nuestra Constitución Nacional (artículos 33 y 37) como una pauta jurídicamente relevante para el desarrollo de una sociedad democrática que respete los derechos humanos de sus ciudadanos.

2. El Caso “Escalante”

2.1. El contexto normativo y jurisprudencial

El hecho delictivo por el que fueron condenados los hallados penalmente responsables ocurrió en la provincia de Corrientes en octubre de 2006, cuando uno de los autores del asesinato –C.N.G.– era menor de edad. La justicia provincial –ex Cámara Criminal de Mercedes– lo condenó a la pena de prisión perpetua por el delito de homicidio triplemente calificado por haberse cometido con ensañamiento, alevosía con el concurso de dos o más personas, en concurso ideal con el delito de privación de la libertad personal calificado.

Dicha sentencia fue recurrida en sede provincial llegando por las vías procesales hasta la CSJN, donde adquirió firmeza por la desestimación de la queja por recurso extraordinario denegado, presentado por la defensa de C.N.G., en aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Adquiere relevancia que, antes de que la condena estuviera firme por intervención del máximo tribunal federal, la Corte IDH dictó sentencia en el *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, cuya doctrina fue recogida en el año 2014 por la Corte Suprema en “Arce”.

En “Mendoza y otros” la República Argentina resultó condenada por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 5.1, 5.2, 5.6, 7.3 y 8.h de la CADH en varios casos en los que el Poder Judicial impuso penas de privación (prisión y/o reclusión) perpetua de la libertad por hechos que ocurrieron cuando los condenados aún eran niños, en aplicación de un sistema de justicia de adolescentes que permite que estos sean tratados al igual que los adultos infractores.

Al analizar la procedencia de las medidas de reparación (art. 63 de la CADH) expresó la Corte IDH que

el Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad. De igual modo, Argentina deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta Sentencia. Lo anterior, con el fin de evitar la necesidad de que casos como el presente se interpongan ante los órganos del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, y puedan ser resueltos por los órganos estatales correspondientes.³

La CSJN adoptó esta pauta jurisprudencial en la causa “Arce”,⁴ en la que resolvió que correspondía revocar la sentencia que rechazó el recurso de revisión contra la sentencia que condenó a quien al momento de los hechos tenía menos de 18 años a la pena de prisión perpetua por el delito de homicidio agravado ya que, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no trató su situación particular, sí declaró la responsabilidad del Estado argentino con fundamento en violaciones de derechos humanos y obligó al Estado a adoptar diversas disposiciones de derecho interno de conformidad con el artículo 2 de la CADH en el caso análogo –“Mendoza y otros”–, situación que se impone de modo indiscutible por sobre cualquier preocupación abstracta por la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales.

2.2. La decisión del Superior Tribunal de la Provincia de Corrientes

El máximo tribunal provincial rechazó los planteos de la defensa –solicitando la aplicación de lo ordenado por la Corte IDH en el caso “Mendoza y otros”– por entender que el motivo esgrimido no se encontraba previsto entre las causales que habilitaban la vía respecto de sentencias pasadas en

3 Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 237.

4 CSJN. Causa “Arce, Diego Daniel s/ homicidio agravado”, Expte. CSJ 1008/2011 (47-A)/CS1, sentencia del 5 de agosto de 2014.

autoridad de cosa juzgada conforme la legislación procesal correntina (art. 514 del Código Procesal Penal provincial). Destacó, además, la imposibilidad de ampliar jurisprudencialmente los supuestos de procedencia de esta vía, atento el carácter excepcional del recurso de revisión en cuestión.

La decisión fue robustecida por los siguientes dos argumentos: a) la propia CSJN había desestimado el recurso de queja interpuesto en su oportunidad por la defensa contra la confirmación de la sentencia condenatoria, circunstancias temporalmente posteriores al dictado de la sentencia por la Corte IDH y b) resulta aplicable al caso lo resuelto por la CSJN en el caso *Fontevicchia II*, ya que se deriva de dicha doctrina que la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH alcanza únicamente a las sentencias dictadas por ese tribunal dentro del alcance de sus potestades remediales y que no actúa como una cuarta instancia que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales, sino que resulta subsidiaria y complementaria de estas.

2.3. La resolución de la CSJN en “Escalante”

El voto de la mayoría está rubricado por los jueces Rosatti y Lorenzetti, habiéndolo hecho, según sus propios fundamentos, los jueces Rosenkrantz y Maqueda, coincidiendo todos en hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. El presente trabajo se centrará en el análisis de los argumentos del voto de la mayoría.

Recordó el Tribunal que, si bien las decisiones de los superiores tribunales de justicia provinciales en materia de procedencia de recursos locales no son, en principio, revisables por la Corte federal, esta regla cede cuando –como en el caso– se encuentra cuestionada la interpretación y aplicación de normas de naturaleza federal y la sentencia atacada es contraria a las pretensiones del recurrente.

La cuestión federal llevada por la defensa de C.N.G. ante el Superior Tribunal provincial exigía –según la Corte– dilucidar si es constitucionalmente válido para el orden jurídico argentino, el cumplimiento en este proceso penal de lo ordenado por la Corte IDH como medida de reparación dictada en el caso “Mendoza y otros” bajo el artículo 63.1 de la CADH.

El primero de los argumentos utilizados por el Tribunal provincial fue rechazado por la Corte argumentando, por un lado, que el hecho que la desestimación del recurso extraordinario haya sido con posterioridad al dictado de la sentencia en el caso “Mendoza y otros”

no puede interpretarse con el alcance que le asigna el supremo provincial al rechazar el actual planteo del apelante, en tanto no se ajusta a lo efectivamente resuelto por esta Corte en esa sentencia. Al respecto y con el objeto de evitar interpretaciones erróneas acerca del alcance de los fallos de este Tribunal, recientemente se puso de relieve que la desestimación de un recurso extraordinario mediante la aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida.⁵

⁵ CSJN. *Fallos* 345:647, considerando 8.

Respecto del segundo argumento del Tribunal provincial, la CSJN afirmó que la invocación al precedente “Fontevicchia II”, en la forma en que lo ha hecho el superior tribunal local, no constituye un argumento para clausurar la vía intentada por el recurrente, dado que

existen diferencias procesales relevantes entre el caso citado y los planteos traídos por el apelante en estas actuaciones, circunstancias que demandaba un desarrollo argumental que estableciera específicamente la incidencia en el presente supuesto de lo sostenido por esta Corte en aquella ocasión, atendiendo a las mencionadas discrepancias.⁶

Sintetiza la Corte que el Tribunal Supremo de la provincia de Corrientes omitió tratar adecuadamente la materia federal planteada por la defensa recurrente en el pedido de revisión y que dicha cuestión se encuentra directamente relacionada con el litigio, apelando de modo predominante a fundamentos basados en la regulación procesal local, erigiendo de este modo un obstáculo para que la Corte ejerza su competencia apelada, ya que lo que habilita su intervención es la previa decisión de la cuestión federal por la cabeza de la justicia provincial.

Volviendo a poner la lupa sobre la utilización del concepto de margen de apreciación nacional, la CSJN afirma:

Sin que importe adelantar criterio alguno sobre la solución de la cuestión federal planteada, su tratamiento supone sopesar las competencias convencionalmente acordadas para la jurisdicción internacional (cfr. artículos 27, 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; artículos 1º, 2º, 63.1, 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2º de la Ley 23.054, entre otras disposiciones relevantes) en línea con los alcances del compromiso internacionalmente asumido por el Estado argentino, siempre dentro del marco hermenéutico que impone el margen de apreciación nacional que dimana del artículo 27 de la Norma Fundamental.⁷

3. El margen de apreciación nacional en la sentencia “Fontevicchia II”

Para un análisis de los alcances de la sentencia en el caso “Escalante” respecto de la doctrina del margen de apreciación nacional, debemos complementar el contexto con una breve reseña a la decisión de la CSJN en la causa “Fontevicchia II” que puso en crisis su propia doctrina (Casos “Cantos” de 2003,⁸ “Espósito” de 2004,⁹ “Derecho” de 2011,¹⁰ “Carranza Latrubesse” de 2013¹¹ y “Mohamed” de 2015,¹²

6 *Idem*, nota 6, considerando 7.

7 *Idem*, nota 6, considerando 6.

8 CSJN. Fallos 326:2968.

9 CSJN. Fallos 327:5668.

10 CSJN. Fallos 334:1504.

11 CSJN. Fallos 336:1024.

12 CSJN. Res. 477/15 del 25 de marzo de 2015 en Expte. 4499/13.

entre otros), según la cual a partir de la reforma constitucional de 1994, las sentencias de la Corte IDH en causas en que la Argentina es parte deben ser cumplidas y ejecutadas por el Estado y, en consecuencia, son obligatorias para el Poder Judicial.

Frente a la solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos que la CSJN dé cumplimiento a una decisión del Tribunal Interamericano, nuestra Corte federal puso en tela de juicio el punto resolutorio de la sentencia dictada por la Corte IDH en el *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*, en la que, luego de declarar que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes, dispuso que la Argentina debía “dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias”.

La CSJN consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado por el Poder Ejecutivo, entendiendo que la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH –que surge del artículo 68.1 de la CADH– debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia.

La postura mayoritaria desestimó la presentación del Ministerio por considerar que hacer lugar a lo solicitado supondría transformar a la Corte IDH en una “cuarta instancia” revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales desvirtuando el carácter subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos, en contravención de los principios de derecho público de la Constitución Nacional (art. 27 CN). Entendió que la condena de la Corte IDH no podía cumplirse porque dicho tribunal se había excedido en su competencia.

Además, sostuvo que del texto de la CADH no surge la facultad de la jurisdicción internacional de revocar las sentencias nacionales, interpretando el contenido normativo de su artículo 63.1, y el alcance del término “revocar” utilizado por la Corte Interamericana en su punto resolutorio 21.

La interpretación de la doctrina respecto de este relevante precedente jurisprudencial ha sido variada, aunque en su mayoría se expresó preocupada por considerarla un retroceso en la protección de los derechos humanos en nuestro país (Abramovich, 2017; Arballo, 2017; Gil Domínguez, 2017; Gullco, 2017; Hitters, 2017: 1; Saba, 2017; Sagüés, 2017; Palacio de Caeiro, 2017; Parra Vera, 2016; Pizzolo, 2017; Rey, 2017; De Antoni, 2017). La CSJN trata de justificar su negativa a la solicitud de dejar sin efecto su sentencia de 2001 por medio de una interpretación restrictiva de la competencia de la Corte IDH (Clérico, 2018).

El desarrollo argumental que me interesa en este breve trabajo es la mención que efectúa en su considerando décimo respecto del margen de apreciación nacional:

Esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (desarrollada a partir de los casos “*Lawless v. Ireland*”, sentencia del 1º de julio de 1961, y “*Handyside v. The United Kingdom*”, sentencia del 7 de diciembre de 1976, y expresada más recientemente en el caso “*Lautsi and Others v. Italy*”, sentencia del 18 de marzo de 2011) y de la “cuarta instancia” (“*Schenk v. Switzerland*”, 10862/84, sentencia del 12 de julio de 1988; “*Tautkus v. Lithuania*”, 29474/09, sentencia del 27 de noviembre de 2012; entre otros”).

Del hilo argumental de la sentencia se puede observar que la doctrina del margen de apreciación nacional complementa el análisis del carácter subsidiario de la jurisdicción internacional y la prohibición de la cuarta instancia de revisión de las sentencias dictadas en el ordenamiento jurídico interno. Luego, y a partir de los considerandos 16 a 19, desarrolla los principios de derecho público de la Constitución Nacional (art. 27 CN).

En un detallado trabajo, Clérico desarrolla la evolución del concepto de margen de apreciación nacional en sus orígenes jurisprudenciales en el sistema europeo de derechos humanos, destacando las diferencias contextuales y la falta de justificación por parte de la Corte Suprema para referirse –y aplicar– dicha construcción jurisprudencial foránea en nuestro ámbito local.

Para dicha autora, la aplicación por parte de la Corte de este concepto –caracterizada por su levedad– requiere de una mayor explicación que contextualice su utilización en nuestra región y amplíe su desarrollo argumental, por lo que finaliza concluyendo que “la cita del margen de apreciación europea es decorativa” (Clérico, 2018: 311).

Aun así, de la hilación argumental del voto de mayoría queda claro que la construcción del margen de apreciación nacional, junto con la prohibición de la cuarta instancia es una expresión del carácter subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos. Las razones desarrolladas luego en el voto, referidas a la violación de los principios del derecho público prohibida en el artículo 27 de la Constitución Nacional, no se relacionan con aquel margen de apreciación.

Resulta claro que los fundamentos utilizados por la mayoría para reforzar su decisión con base en la aplicación del margen de apreciación nacional resultan una invocación traída exclusivamente del derecho internacional.

Esto no sucede en el voto del juez Rosatti, quien sostiene que dentro de los principios del derecho público argentino se encuentra el margen de apreciación nacional. Es decir, no se funda en fuentes del derecho internacional, sino que lo hace sobre normas de nuestro derecho constitucional. Lo manifiesta expresamente en su considerando quinto:

esta Corte no puede desconocer que la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico sin que tal incorporación suponga derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional (art.75, inciso 22 de la Constitución Nacional), dentro de la cual destaca el artículo 27. El constituyente ha consagrado en el citado artículo 27 una esfera de reserva soberana (*margen de apreciación nacional*) delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional”, a los cuales los tratados internacionales –y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice– deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina.

Este desarrollo jurisprudencial propuesto en el voto del juez Rosatti encuentra una mayor explicación en la tarea de doctrinario de dicho magistrado, quien en uno de sus varios artículos sobre el tema caracteriza al margen nacional de apreciación:

Como la potestad inherente a la soberanía de los Estados nacionales, ejercida en concordancia con el orden público internacional para evaluar si una norma, decisión o interpretación internacional emitida en ejercicio de una competencia i) derivada del orden internacional, ii) disputada entre dicho ámbito y el nacional, iii) insuficientemente regulada o iv) aquejada de polisemia, y destinada a ser aplicada en su territorio, lesiona normas, principios o valores de la Constitución Nacional (Rosatti, 2015, 2018).

Si bien la definición dice fundar el principio del margen de apreciación nacional en la “soberanía de los Estados nacionales”, ¿a quién atribuye la potestad para apreciar dentro de dicho margen la norma, decisión o interpretación internacional? En nuestro sistema constitucional, ¿qué poder constituido tiene competencia para evaluar si una norma internacional lesiona normas, principios o valores de la Constitución Nacional? La respuesta no puede ser otra que el órgano supremo y cabeza del Poder Judicial (art. 108 CN). Ni el Poder Ejecutivo, ni el Poder Legislativo, ni la Corte IDH, ni los superiores tribunales de justicia provinciales, ni los órganos inferiores del Poder Judicial; solo la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

4. El concepto margen de apreciación nacional después del fallo “Escalante”

El margen de apreciación nacional es un concepto que nació en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se desarrolló y adquirió fama y relevancia, no siendo pacífica su incorporación a nuestro sistema regional de protección de derechos humanos.¹³

Díaz Solimine lo describe de la siguiente forma: “se refiere al espacio de maniobra que los organismos de Estrasburgo están dispuestos a reconocer a las autoridades nacionales –ya sean administrativas, legislativas o judiciales– al momento de cumplir sus obligaciones contempladas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos” (Díaz Solimine y Díaz Solimine, 2020: 111).

¹³ Las posturas doctrinarias sobre la cuestión son abundantes, siendo coincidentes en que en el ámbito interamericano la jurisprudencia de la Corte, si bien en un comienzo utilizó el concepto del margen de apreciación nacional, luego no lo utilizó en sus sentencias. La postura contraria puede ser resumida en las palabras de Antonio Cançado Trindade; “Siendo así, la doctrina del margen de apreciación pasa a requerir una seria reconsideración. Afortunadamente, tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Cançado Trindade, 2001: 386). Una posición favorable la sostienen Alfonso Santiago y Lucía Bellocchio para quienes: “Nos parece que con el principio de subsidiariedad, la necesidad de evitar conflictos innecesarios con los Estados parte y el progresivo desarrollo institucional y jurisprudencial de la Corte IDH requerirá la adopción y desarrollo de la doctrina del margen de apreciación nacional por parte del tribunal regional” (Bellocchio y Santiago, 2018: 580).

Explica Clérico que el margen de apreciación nacional implica que las autoridades nacionales están mejor posicionadas que el órgano jurisdiccional internacional para realizar la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la medida. Siempre su utilización debe estar referida a la cuestión de fondo, es decir, si existían razones –dentro de la discrecionalidad estatal– para justificar la restricción de un derecho (Clérico, 2018: 311).

Como vimos, en el precedente *Fontevicchia II*, la CSJN mencionó –al pasar– la doctrina del margen de apreciación nacional. El paso que da la mayoría en “Escalante” no es menor ya que, adhiriendo a la postura de Rosatti, sostiene que el margen de apreciación nacional dimana del artículo 27 de la norma fundamental, es decir, de nuestro derecho constitucional. De ello se desprende que se trataría de uno de los principios del derecho público que reviste carácter supraconvencional, que fue descubierto por los magistrados de nuestra corte nacional, a pesar de que no se encuentra positivizado en ninguna norma constitucional o legal que le de sustento.

¿Qué implicancias puede tener que el margen de apreciación nacional provenga del derecho internacional (construcción jurisprudencial del sistema europeo de derechos humanos o aun de su par interamericano) o se trate de uno de los principios (implícitos) del derecho público argentino mencionados en el artículo 27 de la Constitución Nacional?

Si situamos este principio como parte del derecho, no caben dudas de que su interpretación, aplicación y desarrollo doctrinario es una competencia convencional de la Corte IDH que nuestra Corte deberá aplicar en sede interna, a partir del funcionamiento del principio de subsidiaridad de nuestro sistema regional.

Contrariamente a los obstáculos que el sistema interamericano ofrece a la interpretación y uso del margen de apreciación nacional que en “Escalante” propone la Corte, en el ámbito del derecho constitucional interno, el artículo 27 de nuestra carta magna –leído bajo el prisma del artículo 2 del Código Civil y Comercial¹⁴– ofrece un espacio de libertad para decir el derecho que empodera desmesuradamente a la cabeza del Poder Judicial por sobre los otros dos poderes con mayor legitimación democrática.

En mi opinión, este cambio de criterio de la Corte no tiene fundamento jurídico que le dé sustento, tratándose del intento de apropiarse de un mayor margen de poder en su lucha intestina con las autoridades que democráticamente representan al pueblo. Se trata de una decisión pura y exclusivamente *política*.

Como lo expuso Clérico, nuestro máximo tribunal de justicia no contextualizó ni fundó adecuadamente en derecho el uso del margen de apreciación nacional al resolver en la causa *Fontevicchia II*, agregando yo que en “Escalante” de ninguna manera suplió dicha carencia de origen. No alegó la Corte que el fundamento último de la existencia de este margen de discrecionalidad no sea la soberanía

14 Código Civil y Comercial; Artículo 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

de los Estados parte en la CADH. Tampoco que no exista una reserva de un espacio de libertad –más o menos extenso– en favor de los Gobiernos y los legisladores a la hora de tener que concretizar las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de adoptar medidas que pudieran suspender, afectar, limitar o restringir derechos y garantías reconocidos y protegidos en la referida Convención.

El artículo 2 de la CADH dispone que los Estados parte tienen el deber de adoptar disposiciones de derecho interno cuando los derechos y libertades no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. Así, nuestro país se comprometió a adoptar –con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención– las medidas legislativas o administrativas que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.¹⁵

Es decir, surge de una razonable interpretación de nuestro ordenamiento jurídico que el principio del margen de apreciación nacional es aplicable al momento en que el poder político democráticamente elegido, en representación del pueblo, reglamenta razonablemente (art. 28 CN) las disposiciones de los tratados internacionales de protección de derechos humanos, con la finalidad de amoldar su concretización en el ámbito nacional o local.

En nuestro ordenamiento jurídico positivo, la forma, alcance y escrutinio de las limitaciones de los derechos también están explicitadas en normas que integran el bloque de constitucionalidad. Además del principio constitucional de razonabilidad (art. 28 CN), la propia CADH establece por un lado las exigencias y requisitos para suspender las garantías de los derechos, enumera aquellos derechos que no son susceptibles de ser suspendidos (art. 27), y dispone que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas, dejando expuesto en la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana que estas restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática (art. 30).

En otras palabras, y siguiendo este razonamiento, los titulares legitimados por la existencia de un margen de discrecionalidad a la hora de establecer políticas públicas, en un sentido muy amplio (legislativas, administrativas, de alcance individual o general, por acción o por omisión), no pueden ser otros que los poderes del Estado democráticamente elegidos.

La propia Constitución Nacional refuerza la idea de que la soberanía radica en el pueblo y que su voluntad es protegida por el sistema republicano y democrático (arts. 33 y 37 de la CN), por lo que, de ser posible interpretar que nuestro ordenamiento jurídico esconde en sus entrañas el principio de margen de apreciación nacional, esta libertad para decidir con cierta discrecionalidad solo puede estar

¹⁵ La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en una doctrina jurisprudencial consolidada le otorgaba este sentido al principio de *margen de apreciación nacional*. Ver causas “Bramajo” (Fallos 319:1840); “D. de P.V.A. c/O.C.H.” (Fallos 322:2701); “Alianza Frente para la Unidad” (Fallos 324:3143); “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3312); “Simón” (Fallos 328:2056); “Mazzeo” (Fallos 330:3248); “R.A.D.” (Fallos 330:3853); “Sindicato Policial Buenos Aires” (Fallos 340:437), entre otros.

en cabeza de los poderes políticos que representan al pueblo, es decir, tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo.

El órgano jurisdiccional con competencia para evaluar si una actuación u omisión estatal se encuentra en ese margen de discreción permitido no es el máximo tribunal nacional, sino el órgano jurisdiccional con competencia para evaluar la violación de los derechos y garantías reconocidas en la CADH.

Esa esfera de reserva de la soberanía judicial que la Corte Suprema descubrió en el artículo 27 de la Constitución Nacional le permite someter a escrutinio las decisiones de la Corte IDH con un indeterminado margen de discrecionalidad judicial y seleccionar los principios del derecho público que considere aplicables al caso, para, en definitiva, abrir un paraguas a las normas y decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

5. Conclusiones provisorias

Como adelanté al inicio y desarrollé en este breve comentario, mi lectura del precedente “Escalante” no coincide con aquellos que ven en ese fallo una superación de lo resuelto en “Fontevicchia II” y un retorno a las doctrinas anteriores que reconocían la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH para nuestra Corte Suprema.

Tampoco puedo suscribir que “importa un progreso hermenéutico en el proceso de ejecución del control de convencionalidad en nuestro país, al tiempo de trazar una clara tendencia hacia la correcta operatividad del sistema adjetivado por la internacionalización del derecho” (Bianchi, 2022).

En mi opinión, es una profundización de la utilización del margen de apreciación nacional en beneficio de la propia competencia del máximo tribunal de justicia nacional, en desmedro de nuestro sistema democrático, que sin dudas se halla fundado constitucionalmente en el principio de soberanía popular.

Afirma Gil Domínguez que, a partir de este fallo, la versión original de Fontevicchia II quedó definitivamente superada:

De lo contrario, la decisión jurisprudencial del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes hubiera sido confirmada, puesto que la misma se fundó en la perimida versión del alcance del control de convencionalidad externo en relación con las facultades constitucionales que titulariza el Poder Judicial (Gil Domínguez, 2022).

Considero que justamente la lectura del margen de apreciación nacional en cabeza del máximo tribunal federal supone reservarse también la competencia para su aplicación respecto de las decisiones de los superiores tribunales provinciales. El control de constitucionalidad de las decisiones y normas del

sistema interamericano de derechos humanos, a partir del ejercicio del margen de apreciación nacional, no es difuso, ni mucho menos federal.

El problema que identificamos en estos precedentes judiciales de la CSJN no es nuevo ni exclusivo de nuestro país. Como explica Salvioli:

Existen gobiernos –e incluso otros órganos internos de los Estados por fuera de los poderes ejecutivos, en particular algunos de los más altos tribunales y cortes nacionales– que han esgrimido diferentes argumentos, desde cuestiones que remiten a los asuntos internos o el tan trillado concepto de soberanía, hasta enunciar la imposibilidad de remover la cosa juzgada que se determinó nacionalmente por razones de seguridad jurídica, todo en aras de procurar eludir el cumplimiento debido de las obligaciones emergentes de fallos que fueron emitidos por tribunales internacionales de derechos humanos en relación a dichos países, desconociendo incluso que, como cualquier órgano del Estado, no tienen más opción –ni más deber– que cumplir con las obligaciones internacionales asumidas soberanamente por los Estados (Salvioli, 2022: 228).

La particularidad de nuestro caso es que no son los poderes políticos –ni el ejecutivo ni el legislativo– quienes reclaman ese margen de apreciación nacional frente a los organismos jurisdiccionales del sistema interamericano de protección de derechos humanos, sino es la cabeza del Poder Judicial federal, cuya conformación es claramente contramayoritaria y adolece de un déficit de origen en su legitimación democrática, quien reclama para sí una esfera de reserva soberana.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. (2017). Comentarios sobre “Fontevicchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino. *Revista Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho, UBA, 9-25.
- Arballo, G. (2017). La Corte Argentina frente a la Corte Interamericana: la resolución de no-cumplimiento del caso Fontevicchia. Recuperado de <http://www.saberderecho.com/2017/02/la-corte-argentina-frente-la-corte.html>
- Bellocchio, L. y Santiago, A. (dirs.) (2018). *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)*. Buenos Aires: La Ley.
- Bianchi, L. (3 de octubre de 2022). El caso “Escalante”: una avant première post “Ministerio”. *Revista La Ley*.
- Cabral, P. O. (abril/junio de 2019). El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, 9, 231-258.
- (2021). La judicialización de la política: propuesta de un abordaje sociológico a un fenómeno político que impacta en el campo jurídico. *Revista Trayectorias Universitarias*, IV(7).

- Cançado Trindade, A. (2001). *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Clérico, L. (2018). La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes. *Revista Derechos En Acción*, 7(7), 295-317.
- De Antoni, R. (2017). Duelo de Cortes: el caso “Fontevecchia” y el valor de las sentencias de la Corte Interamericana. *Derechos en Acción*, 5(5).
- Díaz Solimine, Omar Luís y Díaz Solimine, Ignacio Luís (2020). *El margen nacional de apreciación. Aportes a la soberanía jurídica de los Estados*. Buenos Aires: Astrea.
- Gil Domínguez, A. (3 de abril de 2017). Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad. *Revista La Ley*.
- (2022). Un nuevo capítulo del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - El caso “Escalante”. *Rubinzal Culzoni, Doctrina Digital*, RC D 640/2022.
- Gullco, H. (27 de abril de 2017). Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra? *Revista La Ley*.
- Hitters, J. C. (2 de agosto de 2017). Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? *Revista La Ley*.
- Palacio de Caeiro, S. (8 de marzo de 2017). El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Autor. *Revista La Ley*.
- Parra Vera, O. (2016). Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En P. Santolaya e I. Wences (coords.), *La América de los Derechos* (pp. 565-606). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pizzolo, C. (23 de febrero de 2017). ¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación “creacionista” de los derechos humanos. *Revista La Ley*, 7-13.
- Rey, S. (junio de 2017). En defensa de la Convención: una respuesta del derecho internacional a los “elogios” recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Fontevecchia y D’Amico”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 199-216.
- Rosatti, H. D. (2015). Globalización, convencionalidad y estatalidad. Sobre el margen de apreciación nacional en la aplicación de normas internacionales. En W. F. Carnota (dir.), *Derecho de la integración y control de constitucionalidad* (pp. 469 y ss.). Buenos Aires: La Ley.
- (2018). El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local: teoría y praxis judicial. *Revista de Derecho Público*, 2, Santa Fe, 653 y ss.
- Saba, R. (2017). No huir de los tratados. *Revista Pensar en Derecho*. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-10.php>
- Sagüés, M. S. (2017). Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino. En M. Henríquez Viña y M. Morales Antoniazzi (coords.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (pp. 281-370). Santiago de Chile: DER Ediciones.
- Salvioli, F. (2022). *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos*. San José de Costa Rica: IJSA.

Derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Derecho a la honra. Principio de legalidad

Corte IDH. Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451

Por Jacqueline Nicole Albornoz¹

1. Introducción

En el presente artículo se comentará el fallo “Moya Chacón y otro” de la Corte IDH, sobre el derecho de libertad de pensamiento y expresión, su ejercicio, restricciones y procedencia de responsabilidades ulteriores atento a la CADH.

Para comenzar se expondrán brevemente los hechos del caso y luego el análisis de los derechos en juegos realizado por el Tribunal, para así llegar a una decisión unánime acerca de responsabilidad estatal costarricense. Finalmente, se mencionarán algunas reflexiones de importancia sobre el caso.

2. Hechos del caso

El caso trata sobre la imposición de una medida de responsabilidad civil ulterior contra los periodistas Ronal Moya Chacón y Freddy Parrales debido a que publicaron un artículo periodístico informando

¹ Abogada (UNPAZ). Diplomada en Derecho Procesal Penal (UNPAZ). Maestranda en Derecho Administrativo (UNPAZ). Ayudante de Derecho Penal General y Especial (UNPAZ).

que algunos funcionarios policiales se vieron involucrados en presuntas irregularidades en el control trasiego de licores hacia Costa Rica en la zona fronteriza con Panamá.

Los periodistas fueron procesados civil y penalmente, junto con el entonces ministro de Seguridad Pública, a partir de la pretensión de un querellante particular mencionado en el caso como J. C. T. R., quien solicitó que se los responsabilice penalmente por los tipos penales de injuria y difamación previstos en los artículos 145 y 146 del Código Penal de Costa Rica. Asimismo, solicitó que se aplique el artículo 7 de la Ley de Imprenta costarricense y requirió una indemnización pecuniaria civil.

El día 10 de enero de 2007 el Tribunal de Juicio del Segundo Circuito de San José decidió absolver penalmente a los imputados, ya que no se pudo demostrar el elemento subjetivo de tipo penal, en cuanto a que no se observaba una intención directa de dañar el honor del querellante, sino que muy probablemente la intención era desarrollar su trabajo de brindar información al público.

No obstante, el Tribunal consideró que se había configurado una acción dañosa, generadora de responsabilidad civil, ocasionada por la publicación escrita de un hecho falso desacreditante e injurioso, y condenó de manera solidaria a los periodistas, al ministro, al periódico *La Nación* y al Estado de Costa Rica por daño moral, al pago de aproximadamente USD 9.600 más costas.

Por todo ello, los periodistas presentaron una petición ante la CIDH el día 29 de agosto del año 2008, que fue declarada admisible y luego de doce años el caso fue sometido a la jurisdicción de la Corte IDH.

3. Consideraciones previas y análisis de los derechos en juego

Previo a expresar su decisión, la Corte IDH realiza las siguientes consideraciones, las cuales se desarrollarán brevemente a los efectos de profundizar sobre los derechos en juego involucrados y sus implicancias.

A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal ha dado un amplio contenido al derecho de libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH. Así, ha indicado que la norma protege al derecho de buscar, recibir, difundir ideas e informaciones de toda índole, como también el de recibir y conocer informaciones e ideas difundidas por los demás.

La Corte IDH señaló la importancia de la libertad de expresión en asuntos de interés público, como “una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”, puesto que resulta indispensable para la formación de la opinión pública. A su vez, esgrimió que es condición *sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente y para que la sociedad esté plenamente informada al momento de ejercer sus opciones.²

² Corte IDH. *Caso Moya Chacón y otro Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451, párr. 63.

Asimismo, mencionó que, a través de la opinión pública, la sociedad realiza un control democrático y ello se traduce en el fomento de la transparencia en las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por esta razón, la restricción a la libertad de expresión o del debate sobre cuestiones de interés público debe tener un margen reducido.³

La Corte IDH ha destacado que el ejercicio profesional del periodismo no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, ya que el periodista no es otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de manera continua, estable y remunerada.⁴ Los medios de comunicación social juegan un rol esencial; sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión y, para ello, es indispensable la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.⁵

En este sentido, los periodistas deben no solo ser libres de impartir informaciones e ideas de interés público, sino también deben ser libres de reunir, recolectar y evaluar esas informaciones e ideas. Por ende, cualquier medida que interfiera en las actividades periodísticas de personas que estén cumpliendo su función obstruye el derecho a la libertad de expresión.⁶

La Corte IDH agregó que en el marco de la libertad de información, el ejercicio del periodismo no goza de una protección ilimitada, aun cuando se trate de asuntos de interés público, y debe ejercerse de manera responsable, debiendo constatar razonablemente los hechos que se divulgan, aunque no de manera exhaustiva.⁷

No obstante, los Estados no solo deben minimizar las restricciones a la circulación de información, sino también equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo.⁸

Además, los Estados deben otorgar protección a las fuentes periodísticas, ya que permiten a las sociedades beneficiarse del periodismo de investigación con el fin de reforzar la buena gobernanza y el Estado de derecho. Por lo tanto, la confidencialidad de las fuentes resulta indispensable.⁹

Por último, y como tercera consideración mencionada, el Tribunal señaló que la libertad de expresión no puede estar sujeta a censura previa, pero sí a responsabilidades ulteriores en casos excepcionales y cuando se cumplan con determinados requisitos de estricta legalidad.

En relación con ello, recordó que las restricciones deben estar previamente fijadas en la ley de manera clara y precisa; deben responder a un objetivo legítimo convencional y ser una medida necesaria en una sociedad democrática, razón por la cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

3 *Ibidem*, nota 2.

4 *Ibidem*, nota 2, párr. 66.

5 *Ibidem*, nota 4.

6 *Ibidem*, nota 2, párr. 67.

7 *Ibidem*, nota 2, párr. 76.

8 *Ibidem*, nota 2, párr. 69.

9 *Ibidem*, nota 2, párr. 25.

Respecto de los fines convencionales permitidos o legítimos, están indicados en el artículo 13.2 de la CADH, y en el caso en concreto se hace mención del respeto al derecho de reputación u honra de las personas. En cuanto a la idoneidad, significa que las medidas adoptadas deben ser conducentes para alcanzar la finalidad legítima permitida. Por último, para justificar la restricción, esta debe ser imperiosa para la sociedad democrática. Para ello, se deben examinar alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquellas.

La medida de responsabilidad ulterior debe ser proporcional al interés que justifica, ajustarse estrechamente al logro del objetivo e intervenir en la menor medida en el efectivo goce del derecho en cuestión. En este sentido, la libertad de expresión puede ser objeto de responsabilidades ulteriores cuando se afecte el derecho a la honra o reputación.

Finalmente, el Tribunal se expresó sobre el artículo 11 de la CADH, que establece que toda persona tiene derecho a la protección de su honra y al reconocimiento de su dignidad y prohíbe ataques ilegales hacia dicho derecho. La Corte IDH sostuvo que el derecho a la honra se encuentra relacionado con la estima y valía propia y la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.¹⁰

En este sentido, tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra y reputación están protegidos por la Convención, revisten suma importancia y deben ser garantizados. Sin embargo, cuando estos derechos colisionan entre sí, es de vital importancia analizar si las declaraciones efectuadas poseen carácter de interés público, ya que en estos casos se debe evaluar con especial cautela la restricción a la libertad de expresión, debido a que los asuntos de debate e interés público son esenciales para que la sociedad se mantenga informada para conocer el funcionamiento del Estado.¹¹ En consecuencia la restricción a la libertad de expresión merece mayor protección.

Todas las consideraciones precedentemente mencionadas fueron utilizadas por el Tribunal en su análisis de la responsabilidad internacional costarricense de la siguiente manera.

Para la Corte IDH, la solución del conflicto que se presenta requiere una ponderación entre el derecho a la honra y la libertad de expresión.

De manera preliminar, manifestó que no era necesario analizar la convencionalidad del marco normativo penal del Estado de Costa Rica, atento a que en ese ámbito los periodistas habían sido absueltos.

Luego de constatar que la información divulgada calificaba como asuntos de debate e interés público, el Tribunal procedió a examinar la legalidad de la medida de responsabilidad ulterior impuesta a las presuntas víctimas.

Para ello, analizó el artículo 1045 del Código Civil del país en cuestión, el cual dispone que “[t]odo aquel que, por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo

¹⁰ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepciones preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 27 de enero de 2009, párr. 57.

¹¹ *Ibidem*, nota 2, párr. 74.

junto con los perjuicios” y fue utilizado para condenar civilmente a los periodistas al pago de 5 millones de colones más las costas.

El Tribunal estimó que, si bien la redacción de la norma no es compatible con el criterio de legalidad, encuadra en lo que respecta al fin legítimo perseguido por la Convención, ya que se relaciona con “el respeto a los derechos o reputación de los demás”.¹²

En cuanto a la idoneidad de la medida, el proceso civil iniciado en principio resultaría idóneo para proteger las afectaciones al derecho a la honra por la publicación de la nota periodística.¹³

Resta exponer el análisis respecto de la necesidad y proporcionalidad como requisito concurrente de estricta legalidad, en la sanción impuesta. En relación con ello, la Corte IDH advirtió que, si bien los periodistas publicaron información inexacta respecto del Sr. J. C. T. R., no se demostró a nivel interno que tuvieran intención de infringir un daño particular contra la persona o personas afectadas en la noticia. Así, la propia sentencia del Tribunal de Juicio del Estado de Costa Rica indicó que no se observaba “una intencionalidad directa en afectar el honor del querellante, sino que muy probablemente su única intención al momento de publicar la noticia era desarrollar su trabajo de información al público”.¹⁴ El Tribunal nacional también consideró que la publicación había sido realizada sin guardar el cuidado que requiere la profesión, entendiéndolo como un grave descuido y actuación negligente. En particular, reprochó a los periodistas no haber acudido a la oficina de prensa del Poder Judicial para comprobar pormenores de los hechos y la causa.

La Corte IDH señaló que los periodistas consultaron de manera directa al Sr. J. C. T. R., quien evitó la comunicación, no dio su versión de los hechos aduciendo que no contaba con tiempo, y también demostraron que obtuvieron la información sobre el trasiego de licores que estaba teniendo lugar en la frontera sur con Panamá del Organismo de Investigación Judicial y que verificaron la información con el Ministro de Seguridad.

A la luz de lo expuesto, la Corte IDH expresó que la información publicada provino de una fuente oficial y que no era exigible a los periodistas la realización de verificaciones adicionales.¹⁵ Además, agregó que sería un error obligar a los periodistas a acudir a determinado tipo de fuente, antes que otras, ya que ello importaría establecer un mecanismo de intervención previa al modo con el que los periodistas llevan a cabo su actividad, lo cual, a su vez, podría traducirse en un acto de censura previa.¹⁶

Sobre este tenor, concluyó con preocupación que la sanción impuesta resultó desproporcionada al fin que perseguía y generó un efecto amedrentador sobre los periodistas, puesto que impactó negativamente en el rendimiento laboral de los informantes, provocando una suerte de autocensura.¹⁷

12 *Ibidem*, nota 2, párr. 52.

13 *Ibidem*, nota 2, párr. 87.

14 *Ibidem*, nota 2, párr. 88.

15 *Ibidem*, nota 2, párr. 89.

16 *Ibidem*, nota 2, párr. 90.

17 *Ibidem*, nota 2, párr. 92.

En vista de lo anterior, decidió que la sanción impuesta a los señores Moya Chacón y Parrales Chaves no fue necesaria ni proporcional al fin perseguido y, por tanto, contravino los artículos 13.1 y 13.2 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y que la condena civil fue violatoria del derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH.

4. Reflexiones y palabras finales

En relación con el caso en concreto es pertinente mencionar que si bien los periodistas no fueron condenados en el ámbito penal, la Corte IDH resalta con preocupación la existencia de normas penales en Costa Rica dirigidas exclusivamente a la actividad periodística. Ello provoca efectos nocivos para el ejercicio de la libertad de expresión y desalienta el fomento de la transparencia en las actividades estatales, permitiendo así que se pueda incrementar la corrupción en la gestión pública.

Asimismo, es importante advertir que las restricciones directas o indirectas a la libertad de expresión de manera autoritaria permiten la consolidación del monopolio de la información y divulgación de datos e ideas, atentando así contra la libertad, puesto que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.¹⁸

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

Desaparición forzada. Búsqueda. Rol de las mujeres

Corte IDH. Caso *Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452

Por Jomary Ortegón Osorio¹

1. Introducción

El concepto de litigio estratégico se refiere a la “estrategia de seleccionar, analizar y poner en marcha el litigio de ciertos casos que permitan lograr un efecto significativo en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un Estado o región” (Coral-Díaz et al, 2010: 53). Mientras que para algunos profesionales del derecho este ejercicio consiste en la búsqueda de casos que tengan ciertas características que favorezcan el litigio, para el Colectivo de Abogados y Abogadas “José Alvear Restrepo” (CAJAR), organización de derechos humanos de la que formo parte, desarrollar acciones de litigio estratégico implica identificar en cada caso cuáles son los factores estructurales que inciden en las violaciones a derechos humanos para buscar su visibilización y transformación.

Desde la década de los ochenta, el movimiento social y de derechos humanos de Colombia ha logrado cambios importantes de legislación, y con el Acuerdo de Paz, una entidad dedicada específicamente a la búsqueda de personas desaparecidas en razón del conflicto armado, la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas. Sin embargo, no solo persisten las dificultades para establecer el

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

paradero de miles de víctimas de desaparición forzada, sino que no se han removido las causas estructurales que subyacen a la comisión de este grave crimen.

El 13 de septiembre de 2022, fue notificada la sentencia proferida por la Corte IDH en el *Caso Pedro Julio Movilla Galarcio y otros vs. Colombia*, referido a la desaparición forzada de un militante político en mayo de 1993 y los efectos de este crimen para su familia. Para los y las familiares de la víctima, la desaparición de Pedro no ocurrió como un hecho aislado, sino en el contexto de comisión sistemática de la desaparición forzada como una de las herramientas más usadas por la criminalidad estatal del continente para acallar a los opositores políticos durante varias décadas.

Uno de los propósitos de este litigio fue hacer visible ese patrón, como una manera de contribuir a la comprensión del fenómeno, y que tanto la investigación como la búsqueda tomaran en cuenta la militancia de la víctima, así como los elementos comunes a otros casos.

Un segundo propósito, que emergió ya en el trámite ante la Corte IDH, fue dignificar la labor de las mujeres buscadoras. Desde un enfoque de género, las mujeres, debido a su posición social y económica desigual, experimentan las desapariciones de manera diferente que los hombres (ICTJ, 2015: 4). En este caso, Candelaria Vergara, esposa de la víctima, ha luchado durante casi tres décadas para que se establezca la verdad sobre el paradero de su esposo y los responsables sean judicializados y sancionados.

Un tercer objetivo fue contribuir a la consolidación de la búsqueda como derecho autónomo, en el entendido de que debe ser satisfecho con independencia de la investigación penal.

A lo largo de su historia la Corte IDH ha dictado ocho sentencias contra Colombia que incluyen el análisis sobre la comisión de desaparición forzada: *Caballero Delgado y Santana* (1995), *19 Comerciantes* (2004), *Masacre de Mapiripán* (2005), *Rodríguez Vera y otros* (2014), *Vereda La Esperanza* (2017), *Omeara Carrascal* (2018), *Isaza Uribe* (2018) y *Movilla Galarcio y otros* (2022). En todas ha establecido la responsabilidad internacional del Estado, al tiempo que ha dictado importantes medidas de reparación en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los responsables; continuación de las labores de búsqueda; reconocimientos públicos de responsabilidad y becas para familiares de las víctimas; medidas de rehabilitación y compensaciones económicas.

En el presente artículo abordaré los hechos del caso y el trámite ante la CIDH. Luego expondré sintéticamente la sentencia proferida por el Tribunal Interamericano, desarrollando los aspectos referidos al reconocimiento parcial de responsabilidad, el contexto en que ocurrieron los hechos, el establecimiento de la responsabilidad estatal por desaparición forzada, la obligación de búsqueda y el rol de las mujeres buscadoras. Por último, presentaré algunas reflexiones finales a manera de balance del litigio en este caso.

2. La desaparición forzada de Pedro Julio Movilla

Desde temprana edad, Pedro Julio Movilla Galarcio se vinculó a diferentes expresiones del movimiento social. Durante la secundaria, fue un activista estudiantil en la Federación de Estudiantes del

departamento de Córdoba, en el caribe colombiano (CAJAR, 2022: 4). En su vida adulta se vinculó al movimiento sindical; trabajó en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) de Montería y formó parte del sindicato, llegando a ocupar cargos en la junta directiva de la organización de trabajadores. Igualmente, integró el Comité Obrero Popular del departamento de Córdoba y trabajó con la Asociación de Maestros y Trabajadores de la Educación de Córdoba (ADEMACOR). Debido a esta actividad fue despedido en el año 1976, mientras que él y su familia fueron perseguidos y hostigados por integrantes de organismos de seguridad del Estado (CAJAR, 2021: 37).

En la década de los ochenta, se vinculó al Partido Comunista Colombiano - Marxista Leninista (PCC-ML), en donde llegó a ser un destacado dirigente regional del departamento de Córdoba (Villarraga, 2022: 23). Con posterioridad a su desplazamiento y el de su familia por amenazas, llegó al departamento de Antioquia, donde trabajó con el movimiento sindical, social y popular en alianza con los sindicatos de maestros, el sindicato de la industria textil, de la cervecería Pilsen, entre otros. Impulsó procesos políticos como la Unión Democrática Revolucionaria (UDR) y el Frente Popular (Villarraga, 2022: 23).

Finalizando la década de los ochenta, fue electo directivo del PCC-ML a nivel nacional. Con posterioridad al segundo desplazamiento familiar a la ciudad de Bogotá, continuó su trabajo popular de la mano de sectores sindicales y organizaciones sociales (CAJAR, 2022: 4).

Al momento de su desaparición, conformaba un hogar con su esposa y sus tres hijos, Carlos de 13 años, José de 11 años y Jenny de 8 años. Su familia lo recuerda como un activista comprometido, pero especialmente como un padre y esposo amoroso, respetuoso y responsable. Igualmente, tenía un rol central en su familia materna cordobesa, tanto en el liderazgo para la toma de decisiones familiares como en el aspecto económico en apoyo a sus hermanas y sobrinos.²

El 13 de mayo de 1993, luego de que dejara a su hija a las 8:00 am en la escuela, su familia no volvió a tener noticias de su paradero. Esperaron hasta el día siguiente y se dirigieron a la escuela, donde fueron informados que Pedro no había recogido a Jenny y que una madre de otra compañera la había llevado a su casa (Declaración José Movilla, 2021: 9). En ese momento, empezó la búsqueda para Candelaria, indagando con maestros, estudiantes y vecinos del sector, con quienes pudo establecer que una persona, que coincidía con la descripción de su esposo, había sido subida a un taxi por agentes policiales.

Desde tempranas horas, padres de otros alumnos y profesores de la escuela habrían notado la presencia de tres motos cuyos conductores estarían armados con ametralladoras (CIDH, 2014: 2). Simultáneamente,

2 En su declaración, José Movilla, manifestó: "Así como mi papá era importante acá, también lo era respecto de su familia en Montería. Económicamente mi tía Nery y él eran los proveedores [...]. Él era el menor de toda una familia de mujeres, pero aun así en ese momento era algo así como el primogénito en términos bíblicos. Era una familia que estaba hecha a la antigua, con el modelo patriarcal completo en que el hijo varón legítimo de la familia era el que heredaba el poder simbólico del abuelo [...]. El punto es que mi papá fue el primer varón reconocido de esa familia, entonces eso lo convertía en el heredero del poder simbólico del patriarca. Pero esa situación también entraba en conflicto con la lucha política de mi papá, con el modelo de nueva sociedad que quería construir, los ideales socialistas. Entonces mi papá renunció a su rol de heredero de la casa paterna, le dijo a mis tías y tíos 'eso es de ustedes allá. Yo no quiero ni tener propiedad privada ni nada', porque no era su ideal. Pese a eso, siguió asumiendo un papel importante dentro de la familia".

una persona identificada como Pedro Pabón fue detenida por autoridades policiales con posterioridad a que realizara disparos al aire en supuesto estado de embriaguez (CIDH, 2014: 2). Tempranamente, se determinó que esta persona trabajaba como informante del F-2 y de la Policía Judicial - DIJIN y que el arma que portaba no era de su propiedad, sino de un teniente de la Policía Nacional, quien señaló que la había perdido un año antes, pese a que no se encontró ningún reporte de pérdida o robo previo a la fecha de los hechos (CAJAR, 2021: 45).

Después de las primeras indagaciones en la escuela, Candelaria se contactó con la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (ASFADDES), que el 17 de mayo de 1993 presentó una queja ante la Procuraduría General de la Nación. Al día siguiente, Candelaria hizo lo propio ante la Procuraduría –encargada de investigar disciplinariamente a funcionarios públicos– y la Defensoría del Pueblo. A solicitud de esta última, también la Fiscalía inició una investigación previa para establecer la ocurrencia del delito y eventuales responsables. Para la fecha no estaba tipificado en Colombia el delito de desaparición forzada, lo cual se logró en el año 2000 con la entrada en vigencia de la Ley 589, producto de la lucha de muchos años de familiares de víctimas de desaparición forzada, por lo que las investigaciones se adelantaban por el delito de secuestro simple.

Iniciada la investigación disciplinaria, además de recibir declaración de las personas presentes el día de los hechos, la Procuraduría recibió el testimonio de un ex militante de la guerrilla Ejército Popular de Liberación, quien señaló que al momento de su detención fue torturado y entre las preguntas que le realizaron los agentes de la DIJIN que lo detuvieron estaba la ubicación de “Milton”, que era el nombre con que se conocía a Pedro Julio Movilla en el PCC-ML (CAJAR, 2021: 55).

Igualmente, la Procuraduría realizó una inspección a la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, en donde se encontraron anotaciones de inteligencia respecto de la víctima, la última de ellas fechada en mayo de 1993. Además de sus datos personales y rasgos físicos, las anotaciones de inteligencia ubican a Pedro como “miembro Activo del Comité Central del Partido Comunista Colombiano Marxista Leninista, de la Fundación de Trabajadores de Córdoba y aparece como ‘adiestrador delictivo’ del Ejército Popular de Liberación –Disidente–” (CAJAR, 2021: 56).

Por intermedio de ASFADDES, Candelaria conoció al CAJAR, que el 18 de mayo de 1993 interpuso una acción de *habeas corpus* que fue desestimada debido a que la procedencia del mecanismo dependía de que se indicara el lugar de detención de la víctima. Esto hacía que en la mayoría de los casos el uso del mecanismo estuviera destinado a fracasar.

3. El trámite ante el SIDH

El 5 de junio de 1996 la Fiscalía suspendió provisionalmente la investigación penal, ante lo cual, el 17 de junio de 1996, CAJAR presentó una petición ante la CIDH. Con posterioridad a que la Comisión diera traslado al Estado de la petición, la Fiscalía revocó, el 24 de junio de 1996, la suspensión provisional del expediente a fin de continuar la investigación para identificar a los responsables.

El 29 de noviembre de ese mismo año, el Estado alegó ante la Comisión que “no se habrían agotado los recursos internos disponibles”. Asimismo, alegó una “confusión por parte de los peticionarios” entre Pedro Julio Movilla y Pedro Pabón, quien sí habría sido retenido y posteriormente dejado en libertad (CIDH, 2014: 3).

Durante los siguientes dos años, la CIDH recibió información actualizada de las partes y su trámite estuvo congelado durante diez años, en los cuales tampoco hubo avances investigativos. Por ejemplo, solo hasta el año 2003 se permitió la participación de la parte civil en la investigación previa. Igualmente, se omitió la práctica de diligencias relevantes: a pesar de que se había identificado que el señor Pabón trabajaba como informante de la DIJIN y que los disparos que había realizado al aire fueron con un arma de dotación policial que no le pertenecía, no fue llamado a declarar, como tampoco el propietario del arma.

El 21 de julio de 2014 la CIDH aprobó el Informe de Admisibilidad N° 48/14 y el 8 de febrero de 2019 el Informe de Fondo N° 149/18, en el que estableció la responsabilidad del Estado colombiano por la desaparición forzada de Pedro Julio Movilla Galarcio, así como su falta de debida diligencia en la investigación penal y establecimiento del paradero de la víctima. El 8 de agosto de 2020, después de cinco prórrogas otorgadas al Estado para el cumplimiento de sus recomendaciones, la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

El 17 de mayo de 2021 el Estado colombiano reconoció parcialmente su responsabilidad internacional por violación de los artículos 3, 4, 5, 7, 8 y 25 de la CADH en relación con la obligación de garantía. El reconocimiento estatal excluyó la consideración de los artículos I b) y I d) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP), los artículos 17 y 19 de la CADH y los efectos diferenciales de la búsqueda en la esposa de la víctima. Asimismo, excluyó la consideración de una serie de víctimas identificadas por la Comisión en su Informe del artículo 50.

El Estado aceptó que desde 1993 se desconoce el paradero de la víctima, que los esfuerzos investigativos y aquellos encaminados a establecer su ubicación han sido insuficientes, pero negó que su privación de la libertad sea imputable a agentes estatales. Por tal razón, la representación de las víctimas expresó que dicha negativa convertía dicho acto en una manifestación revictimizante y vacía, que “dista de ser suficiente, congruente y sustancial” (Corte IDH, 2022: 7).

4. Análisis de la sentencia de la Corte IDH

4.1. El contexto en que ocurrieron los hechos

En su Informe de Fondo, la CIDH identificó tres contextos, los cuales fueron ampliados por la Representación de las Víctimas en su Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas ante la Corte IDH: primero, un contexto de inclusión de la noción de “enemigo interno” en los manuales de inteligencia

y contraguerrilla; segundo, la violencia política en Colombia contra sectores sociales; y tercero, la alta incidencia de desapariciones forzadas en el marco del conflicto armado en Colombia (CIDH, 2020).

El Estado alegó que la CIDH y la representación de las víctimas desconocían la complejidad del conflicto armado para la época de los hechos, con la intención de sugerir que la desaparición de Pedro Julio Movilla bien podría atribuirse a otro actor armado y no necesariamente a agentes estatales. Esta argumentación fue reiterada en la audiencia desarrollada ante la Corte IDH.

El Tribunal Interamericano se ha referido en numerosas ocasiones al contexto, como marcos “históricos, sociales y políticos que permitieron situar los hechos alegados como violatorios de la CADH en el marco de las circunstancias específicas en que ocurrieron” (Corte IDH, 2015: 14).

Tal como lo refiere la propia Corte, la consideración del contexto ha posibilitado “la caracterización de los hechos como parte de un patrón sistemático de violaciones a los derechos humanos, como una práctica aplicada o tolerada por el Estado o como parte de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población” (14). También ha sido útil para “la determinación de la responsabilidad internacional del Estado, la comprensión y valoración de la prueba, la procedencia de ciertas medidas de reparación y los estándares establecidos respecto de la obligación de investigar dichos casos” (15).

En el presente caso, la Corte IDH concluyó que

(p)ara 1993, se presentaba en Colombia una situación de violencia política y que, en ese marco, se presentaron numerosas violaciones a derechos humanos, que incluyen desapariciones forzadas, perpetradas por el Estado y por agentes no estatales con aquiescencia del Estado, en aplicación de la llamada “doctrina de la seguridad nacional”, que identificaba como “enemigos internos” a personas en función de su actividad o ideología, en la cual quedaban incluidos militantes de partidos políticos de izquierda y sindicalistas. Lo dicho se vio facilitado por un contexto de impunidad (Corte IDH, 2022: 20).

Así, siguiendo su jurisprudencia en el *Caso Isaza Uribe y otros vs. Colombia* (2018a), la Corte IDH determinó que la violencia en Colombia se relaciona con la existencia de la noción de enemigo interno “asumida por las Fuerzas Armadas desde principios de la década de 1960, así como por los contenidos de varios reglamentos y manuales militares [de] contraguerrillas”, según la cual el movimiento sindical era percibido como una expresión del comunismo internacional y hacía parte de un sector de la población a combatir (Corte IDH, 2022: párr. 62).

La importancia de este reconocimiento radica en su contribución a la memoria histórica de tipo explicativa sobre los factores que han contribuido la violencia política en Colombia. Así lo reconoció recientemente la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición en su Informe Final, en los siguientes términos:

La persecución, represión y estigmatización como “enemigos” de los opositores políticos o de sectores sociales alternativos a las formas dominantes de poder político, económico y social, que reivindican reformas de apertura política o de igualdad social, ha sido una característica de la cultura política y social en Colombia desde el siglo XIX (CEV, 2021: 389).

Desde los años cincuenta del siglo XX, esta cultura encontró un discurso propicio en la doctrina de la seguridad nacional, propia de la guerra contra el comunismo, que permitió equiparar y etiquetar como “enemigo” a los movimientos sociales y políticos alternativos, y evolucionó en el tiempo con diferentes discursos y denominaciones, con una base siempre contrainsurgente (guerra contra las drogas y la guerra contra el terrorismo) (CEV, 2021: 390).

Sobre la doctrina de seguridad nacional, también se refiere la Corte IDH en su sentencia al señalar su extensión a lo largo de América Latina durante la década de 1960, para reprimir “sectores focalizados [...] bajo la justificación de luchar contra la amenaza comunista y la subversión” (Corte IDH, 2022: 18). Esta doctrina, a través de la noción de enemigo interno, “hacía uso de prácticas irregulares e incluía ‘disidentes sociales’ y ‘partidos políticos de izquierda’, dentro de los cuales, estaban incluidos los militantes del PCC-ML” (Corte IDH, 2022: 19) como Pedro Julio Movilla Galarcio.

Un segundo elemento de contexto que se deriva del anterior tiene que ver con la práctica de la desaparición forzada como método represivo de la seguridad nacional, contra aquellas personas definidas como enemigo interno, “que buscaba no dejar rastros, generando incluso la apariencia de ausencia de víctimas” (Corte IDH, 2022: 19).

La Corte IDH cita en su sentencia las cifras del Centro de Memoria Histórica que documenta por lo menos 60.630 desapariciones entre 1970 y 2015, así como un informe del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 1998 que señala que “se habían recibido, con regularidad, informes de fuentes no gubernamentales según los cuales seguían produciéndose desapariciones forzadas en el país” (Corte IDH, 2022: 20). Ambos elementos de contexto fueron tomados en cuenta por la Corte IDH al momento de establecer la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la desaparición forzada de Pedro Movilla.

Con relación específica a la situación de militantes del PCC-ML, la sentencia de la Corte IDH destaca que “pese a que el EPL llegó a un acuerdo de paz con el gobierno en 1991, durante la década de 1990, muchas de las personas ex combatientes resultaron víctimas de violaciones a los derechos humanos, inclusive desapariciones forzadas” (Corte IDH, 2022: 20).

Si bien el Tribunal cita el peritaje del investigador Álvaro Villarraga Sarmiento, no incluye la referencia completa al mismo, según el cual “durante la década de los noventa un millar de excombatientes amnistiados e indultados fueron objeto de homicidios y desaparición forzada y otros márgenes mayores sufrieron homicidios, ataques y desplazamientos forzados” (Villarraga, 2022: 22). Esta referencia da cuenta de la falta de garantías con que han contado históricamente ex integrantes de grupos armados

en su tránsito a la vida civil en Colombia, lo cual es relevante tanto para el proceso actual de reincorporación de ex integrantes de FARC-EP como para futuros acuerdos de paz con otros grupos insurgentes.

4.2. La configuración de la desaparición forzada

La Corte IDH ha establecido que para que una desaparición forzada se considere como tal, debe cumplir con tres elementos: i) una privación de la libertad; ii) la intervención directa de agentes estatales o su aquiescencia; iii) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona desaparecida (Corte IDH, 2009: párr. 140).

Ahora bien, la Corte IDH también ha señalado desde sus primeras decisiones que una de las características de la desaparición forzada es propiciar el ocultamiento del crimen, cualquier rastro de prueba e inhibir su investigación. Por ello, el Tribunal ha concluido que “esta característica puede redundar en la dificultad o imposibilidad de la obtención de prueba directa sobre el acto de desaparición forzada” (Corte IDH, 2022: párr. 21). Esta consideración se ha traducido en que tanto la Comisión como la Corte han establecido estándares probatorios flexibles para determinar su ocurrencia y la consecuente atribución de responsabilidad internacional a los Estados.

De allí que cobran especial importancia en el análisis probatorio el contexto, los testimonios, la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones (Caro Coria, 2012: 373-376), en la medida en que, ha señalado la Corte IDH, “tomados en su conjunto, permitan inferir conclusiones consistentes sobre los hechos” (Corte IDH, 1988: párrs. 130-131).

Así, en el caso de Pedro Movilla no existía una prueba directa sobre la desaparición forzada, por lo que correspondía al Tribunal analizar si a partir de la prueba indirecta aportada se podía inferir la ocurrencia del crimen. En su orden, me referiré a los elementos que la Corte IDH tuvo en cuenta en este caso y cómo en su conjunto le permitieron desarrollar inferencias sobre los aspectos en debate.

En primer lugar, consideró importante destacar los elementos de contexto relevantes para el caso. Así, determinó que si bien no existía prueba de la actividad sindical de la víctima al momento de su desaparición, sí estaba acreditada su militancia en el PCC-ML y su actividad sindical anterior (Corte IDH, 2022: párr. 123). También identificó un cuadro complejo de violencia estatal y no estatal para la época de los hechos, “que se manifestaba incluso por actos de desaparición forzada de personas” (Corte IDH, 2022: párr. 124). En ese marco, “autoridades estatales seguían la llamada ‘doctrina de la seguridad nacional’ que implicaba la identificación de ‘enemigos internos’ entre los que se incluían a militantes políticos de izquierda y sindicalistas” (Corte IDH, 2022: párr. 125). Finalmente, determinó que, aunque el EPL haya sido incorporado a la vida civil en 1990, está probado que algunos de sus integrantes fueron víctimas de violaciones a derechos humanos (Corte IDH, 2022: párr. 126).

En segundo lugar, el Tribunal determinó que en virtud de su militancia Pedro Movilla había sido objeto de actividades de inteligencia estatal que lo marcaban como “miembro de grupo armado” y

“adiestrador delictivo”, por lo que era considerado parte del “enemigo interno” a contrarrestar (Corte IDH, 2022: párrs. 127-128).

En tercer lugar, sobre las circunstancias de comisión de los hechos, para la Corte IDH los diferentes testimonios coinciden en afirmar que el día y hora en que Pedro Movilla dejó a su hija en el colegio, “una persona fue objeto de ‘secuestro’, así como a la presencia de un taxi, en el que alguien habría sido introducido contra su voluntad” (párr. 132). Todos estos elementos, sumados a la inexistencia de una versión alternativa en 29 años de investigación penal, permitieron al Tribunal concluir que Pedro Movilla Galarcio “fue privado de su libertad por agentes estatales o por personas actuando bajo su autorización, apoyo o aquiescencia” (Corte IDH, 2022: párrs. 133-135).

En cuarto lugar, con relación al elemento de ocultamiento, consideró que la negativa estatal de investigar de manera diligente, así como emprender acciones exhaustivas de búsqueda durante 29 años, “constituyó una negativa a investigar la denuncia de detención y eventual desaparición y a reconocer la detención” (párr. 136).

A pesar de que la representación de víctimas había solicitado que se declarara la responsabilidad estatal por violación del artículo 2 de la CADH, debido a la existencia de un régimen legal que posibilitaba la desaparición forzada como expresión de la noción de enemigo interno, el Tribunal consideró que no era posible realizar dicha valoración en ausencia de prueba sobre la vigencia y aplicación de manuales castrenses y su relación directa con el presente caso (párrs. 138-140).

De esta manera, a pesar de que en casi tres décadas no fue posible conseguir prueba directa de la desaparición forzada del líder político, razón por la cual la jurisdicción contencioso administrativa ya había desestimado la reclamación de las víctimas, el Tribunal Interamericano en una interpretación teleológica sobre el crimen, reiteró que los estándares probatorios deben ser diferentes a los requeridos para el establecimiento de la responsabilidad en materia penal. La interpretación compleja e integral de la prueba resulta de suma importancia en las desapariciones forzadas atribuidas directamente al Estado, ya que es en estos casos en que no solo confluyen las estructuras que cometen el crimen, sino que normalmente las desapariciones, particularmente de opositores políticos, son acompañadas de otros dispositivos de ocultamiento y favorecimiento de la impunidad.

4.3. El deber autónomo de búsqueda

Entonces digamos que la primera reparación, la reparación fundamental que buscábamos —y que de cierta manera es una esperanza que ahora está un poco más débil— es encontrar mi papá.

Desde ahí es que se puede empezar a reparar.

Declaración de José Movilla, 2021: 19.

La Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que desde una lectura amplia de la CADH se pueden derivar derechos autónomos que no se encuentran expresados de manera textual en el instrumento (Corte IDH, 2020: párr. 493). Ejemplos de ello serían el derecho a la verdad y el derecho al agua que no tienen un reconocimiento expreso en el tratado interamericano. Siguiendo esta jurisprudencia, los representantes de víctimas alegaron la existencia de “un derecho autónomo a buscar y de ser posible encontrar a las víctimas de desaparición forzada, el cual va acompañado de la obligación estatal de búsqueda, identificación y entrega de las personas víctimas de este delito” (CAJAR, 2021: 119).

El fundamento de esta pretensión tiene su asidero en varios elementos jurídicos. Primero, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas consagra el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición y la suerte de la persona desaparecida (art. 24.2) y la correlativa obligación estatal de adoptar “medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos” (art. 24.3).

Igualmente, en los Principios Rectores para la búsqueda de personas desaparecidas (CED, 2019) se reconocen las obligaciones estatales de “buscar, localizar, liberar, identificar y restituir los restos” y la importancia de que la búsqueda haga parte de una política pública integral, clara, transparente, visible y coherente.

En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte IDH ya se ha orientado a señalar que los Estados tienen la obligación de “realizar todas las acciones necesarias para determinar el destino o paradero de la persona desaparecida” (Corte IDH, 1997: párr. 90), deber que puede ser emprendido tanto por autoridades judiciales como administrativas (Corte IDH, 2014: 480).

En tercer lugar, en nuestra práctica reciente, organismos como la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas tiene el mandato humanitario de buscar, desde una perspectiva humanitaria, en coordinación, pero con independencia de las autoridades judiciales.

En la sentencia del caso *Movilla*, la Corte IDH estimó que no era necesario analizar la existencia de un derecho autónomo a la búsqueda; sin embargo, reiteró la existencia de una obligación autónoma de búsqueda que había reconocido recientemente en el *Caso Familia Julien Grisonas Vs. Argentina* (Corte IDH, 2021: párr. 214) como expresión del derecho a conocer la verdad en casos de desaparición forzada. La consideración autónoma de este deber implica que la búsqueda debe adelantarse con independencia de la existencia o no de investigaciones penales abiertas.

En la sección de reparaciones, la Corte IDH igualmente reiteró el deber de diligencia frente a la búsqueda y ordenó al Estado que elabore en el término de tres meses un plan de búsqueda con participación de las víctimas. Esta orden resulta vital para este y muchos casos, en los que si bien se desarrollan acciones encaminadas a establecer el paradero de la víctima, son discontinuas, desarticuladas y no siguen etapas lógicas de trabajo. De acuerdo con Ginna Camacho, antropóloga forense, quien rindió peritaje en el caso, “es preciso que se establezcan mecanismos de articulación, que permitan el intercambio de información entre la investigación y los procesos de búsqueda” (2022: 7).

La Corte IDH también señaló que se deben tomar en cuenta los Principios Rectores para la Búsqueda de las Personas Desaparecidas del Comité contra la Desaparición Forzada de Naciones Unidas:

a) La búsqueda de una persona desaparecida debe continuar hasta que se determine con certeza su suerte o paradero, lo que implica que dicha persona “se encuentre nuevamente bajo la protección de la ley” o, si resulta estar fallecida, “haya sido plenamente identificada”. b) Los familiares de la víctima, quienes también son víctimas, y personas que las representen o asistan tienen derecho de participar en la búsqueda, lo que implica, entre otros aspectos, el acceso a información, sin perjuicio de las medidas necesarias para preservar la integridad y efectividad de la investigación penal o de la búsqueda misma. c) La búsqueda debe ejecutarse mediante una “estrategia integral”, de modo que tenga en cuenta todas las hipótesis razonables sobre la desaparición, sin descartar ninguna, salvo cuando resulte insostenible, de acuerdo con criterios objetivos y contrastables. Dicha estrategia debe “tomar en cuenta el análisis de contexto”. d) “[T]odas las actividades y diligencias a realizar de manera integrada, mediante todos los medios y procedimientos necesarios y adecuados para encontrar, liberar o exhumar a la persona desaparecida o establecer la identidad de ella. La estrategia integral de búsqueda debe incluir un plan de acción y un cronograma y debe ser evaluada periódicamente”. e) La búsqueda “debe estar centralizada en un órgano competente, o coordinada por este, que garantice una efectiva coordinación con todas las demás entidades cuya cooperación es necesaria para que la búsqueda sea efectiva, exhaustiva y expedita”. f) “La búsqueda de la persona desaparecida y la investigación penal de los responsables de la desaparición deben reforzarse mutuamente”. “Cuando la búsqueda es realizada por autoridades no judiciales independientes de las que integran el sistema de justicia, se deben establecer mecanismos y procedimientos de articulación, coordinación e intercambio de información” (Corte IDH, 2022: párr. 207).

La orden interamericana se constituye en un estándar mínimo que se debería seguir en todos los casos de desaparición forzada de personas y que, como se advierte, acoge los estándares de Naciones Unidas en materia de participación de víctimas, debida diligencia, integralidad, coordinación y orientación hacia la satisfacción de derechos.

4.4. Mujeres buscadoras

Una característica central de la búsqueda es que los y las familiares desempeñan un papel protagónico en ella. Debido en parte a que la mayoría de víctimas directas son hombres y quienes les sobreviven son mujeres, pero también debido a la distribución social de los roles de género, las mujeres son con frecuencia quienes encabezan las labores de búsqueda de sus seres queridos.

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas (2013) ya ha reconocido los impactos diferenciados de la desaparición forzada en las mujeres, ya sea tratándose de víctimas directas o de sus familiares, quienes a su vez son reconocidos como víctimas. Así, en contextos patriarcales, en aquellos casos en que la víctima de desaparición es hombre, la carga económica de sostenimiento del hogar recae esencialmente sobre las mujeres, a quienes además se suman las cargas afectivas, de bús-

queda y de exigencia de justicia, las cuales son frecuentemente invisibilizadas. Ha señalado el Grupo de Trabajo que

Al quebrantarse la estructura de la familia, la mujer se ve perjudicada económica, social y psicológicamente. La conmoción emocional se ve agravada por las privaciones materiales, agudizadas por los gastos realizados si la mujer decide emprender la búsqueda del ser querido. Además, la mujer no sabe cuándo regresará el ser querido, o siquiera si regresará algún día, lo que dificulta su adaptación a la nueva situación (párr. 12).

En el ámbito de la Corte IDH, los análisis con perspectiva de género sobre los impactos de la desaparición forzada han sido bajos. Tal como lo destacan Dulitsky y Claros (2015),

[l]a Corte falla en realizar determinaciones sobre obligaciones de los Estados en atender las particulares afectaciones de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres, de la prevención y remoción de las prácticas estigmatizadoras contra madres, esposas, hijas de personas desaparecidas, las obligaciones de proveer atención médica y psicosocial desde una perspectiva de género, de remover los obstáculos específicos que las mujeres enfrentan en el acceso a justicia por solo mencionar algunas.

A efectos de lograr un reconocimiento a la labor de mujeres buscadoras, los representantes aportaron los testimonios de Gloria Gómez, directora de ASFADDES; Yanette Bautista, directora de la Fundación Nydia Erika Bautista; un peritaje psicosocial elaborado por la psicóloga Yeimy Carolina Torres de la organización Copsico y la declaración de Candelaria Vergara, que fue retomada por la Corte en su sentencia.³

En la sentencia del caso, el Tribunal Interamericano establece por primera vez una consideración particular respecto de las mujeres buscadoras, en la que reconoce sus aportes y establece obligaciones particulares del Estado respecto de su labor en relación con el ejercicio de su derecho a la participación política:

Los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen la obligación de realizar acciones para reconocer y garantizar la labor de las mujeres buscadoras en la prevención e investigación de la desaparición forzada. Así también, deben garantizar que dicha labor sea ejercida sin obstáculos,

³ A mí me ha tocado desde el mismo momento en que desaparecieron a Pedro buscarlo con mis hijos, ya mis hijos en vez de tener que ir a una escuela tenían que acompañarme a mí a ir a buscarlo en todas partes. Nos tocó en esa búsqueda, perdí hasta mi trabajo también, nos hemos dedicado a asistir a movilizaciones, a cargarlo aquí en el pecho, buscarlo día y noche [...] Las consecuencias económicas fueron total (sic), fatales, perdimos nuestra casa que teníamos en Montería, los familiares de Pedro, Pedro es el hijo menor de una familia monteriana donde hay 5 hermanas, él era el encargado de sostener esa familia también, igual que sostener a Jenny, a José y a Carlos y a mí, entonces al no estar el sustento, quién sustentaba la familia pues se nos derrumbó todo, perdimos la casa, hemos perdido, perdimos todo. Yo perdí mi trabajo, las vacaciones antes nosotros las pasábamos juntos, ya no hubo vacaciones, ya no hubo calidad de vida (Corte IDH, 2022: párr. 182).

intimidaciones o amenazas, asegurando la integridad personal de las mujeres buscadoras y sus derechos de participación política reconocidos en la Convención, haciendo frente a los obstáculos históricos y culturales que limitan la búsqueda, y garantizando la permanencia de su proyecto de vida en condiciones dignas para las mujeres y sus dependientes (Corte IDH, 2022: párr. 181).

Igualmente, señaló la Corte IDH que este reconocimiento debería proyectarse en las reparaciones ordenadas a mujeres buscadoras, sin que la misma reproduzca estereotipos de género y dignifique la manera en que estas quieren ser representadas (Corte IDH, 2022: 181). En el presente caso, el Estado estuvo de acuerdo en manifestar mediante un acto público su reconocimiento de responsabilidad, incluyendo la exaltación de “la labor de Candelaria Vergara Carriazo como mujer buscadora en Colombia, valorando sus esfuerzos incansables en la búsqueda de su esposo” (Corte IDH, 2022: párr. 222).

De otro lado, en materia de búsqueda, la Corte IDH hizo mención expresa a la necesidad de que exista una estrategia que involucre a los y las familiares de las víctimas que incluya “comunicación”, “acción coordinada”, “participación, conocimiento y presencia” en las respectivas diligencias (Corte IDH, 2022: párr. 206). Finalmente, al momento de dictar las compensaciones económicas correspondientes, la Corte fijó en equidad, la suma de USD 15.000 en favor de Candelaria Vergara a efectos de compensar las acciones de búsqueda desarrolladas por ella a lo largo de 29 años.

5. Reflexiones finales

La jurisprudencia interamericana en materia de desaparición forzada no solo es prolífica, sino que ha contribuido al establecimiento de un marco más favorable a nivel universal y nacional de reconocimiento de este crimen y de mejoramiento de las respuestas estatales en materia de búsqueda, así como investigación y sanción de los responsables.

Las obligaciones estatales de garantía en la materia son igualmente aplicables a problemáticas recientes de privación de la libertad, que se reproducen en los países de la región como trata de personas, secuestro por grupos armados nacionales y transfronterizos, traslados forzosos de población, etc.

Haciendo un balance desde la perspectiva del litigio estratégico, la sentencia del caso Movilla hace aportes concretos en materia de reconocimiento de la labor de mujeres buscadoras y consideración del deber de búsqueda como autónomo, con una proyección importante en la sección de reparaciones, en la que se fija de manera específica el contenido de la obligación de buscar y la necesidad de que esa labor esté comprendida en un plan de búsqueda elaborado con participación de las víctimas. Asimismo, la Corte IDH ratifica los estándares probatorios frente a un crimen cuyo propósito es desaparecer toda evidencia posible.

Dentro de los propósitos no logrados desde el litigio, se encuentra la falta de reconocimiento del derecho a la búsqueda; no obstante, la Corte IDH reconoció una obligación autónoma de búsqueda en relación con el derecho a la verdad.

Quisiera llamar la atención sobre el comportamiento estatal a lo largo del litigio, que tal como ha ocurrido en otros casos, alcanza el nivel del negacionismo y la revictimización. Toda parte en un proceso tiene el derecho de escoger su estrategia y medios de defensa, pero tratándose de víctimas de criminalidad de Estado, la actitud litigiosa bien podría ser de reconocimiento y dignificación de quienes han transitado un camino de casi tres décadas en búsqueda de verdad y justicia. De allí que reconocimientos parciales de responsabilidad que solo cumplen el propósito de afectar a las víctimas, deberían ser eliminados del comportamiento litigioso del Estado colombiano.

Para finalizar quisiera enaltecer la labor de 29 años de Candelaria Vergara, sus hijos e hija, quienes han dedicado su vida a la búsqueda de Pedro Julio, una labor que continúa. Normalmente se recuerda a la persona desaparecida, sus memorias, sus sueños y luchas, pero se olvida a quien está detrás de la escarpela. Ellos y ellas, los familiares de las víctimas de desaparición forzada con quien he tenido el honor de compartir varias luchas, son una inspiración constante en la defensa de los derechos humanos y un recordatorio de que nuestro trabajo debe estar orientado a que todas las personas desaparecidas tengan una respuesta sobre el destino de sus seres queridos y que este horrendo crimen no se cometa nunca más en nuestra región.

6. Referencias bibliográficas

Libros y artículos

Caro Coria, D. (2012). La prueba en el crimen de desaparición forzada de personas conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ius et Veritas*, 22(44), 358-385. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12041>

Corte IDH (2020). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 6: Desaparición forzada*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo6.pdf>

Coral Díaz, A. M.; Londoño Toro, B. y Muñoz Ávila, L. M. (julio-diciembre de 2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, (121), 49-76.

Dulitsky, A. y Lagos, C. Jurisprudencia Interamericana sobre Desaparición Forzada y Mujeres: La Tímida e Inconsistente aparición de la perspectiva de género. *Lecciones y Ensayos*, (94), 45-94. Recuperado de <https://bit.ly/3XmXOn9>

ICTJ (2015). *Las desaparecidas y las invisibles. Repercusiones de la desaparición forzada en las mujeres*. ICTJ. Recuperado de <https://bit.ly/3rN7doV>

Piezas procesales

CAJAR (2021). Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas ante la Corte IDH, 4 de enero de 2021. Sin publicar.

----- (2022). Alegaciones de fondo en el caso Pedro Julio Movilla Galarcio vs. Colombia, 17 de marzo de 2022, sin publicar.

Declaración José Movilla Vergara, aportada a la Corte IDH el 3 de febrero de 2022, sin publicar.

Declaración pericial de Álvaro Villarraga Sarmiento, aportada a la Corte IDH el 3 de febrero de 2022, sin publicar.

Declaración pericial de Ginna Camacho, aportada a la Corte IDH el 3 de febrero de 2022, sin publicar.

Decisiones y jurisprudencia

CED/C/7 (2019). Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas, aprobadas por el Comité en su 16 período de sesiones. (8-18 de abril de 2019)

CIDH (2014). Informe de admisibilidad.

----- (2020). Caso 11.641. Pedro Julio Movilla Galarcio y Familiares. Colombia. Nota de remisión a la Corte IDH. 8 de agosto de 2020.

Corte IDH (1988). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

----- (1989). *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989.

----- (1989a). *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989.

----- (1997). *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34. Párr. 90.

----- (2004). *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

----- (2009). *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

----- (2010). *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

----- (2010 a). *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C no. 220.

----- (2012). *Caso García y Familiares Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012. Serie C No. 258

----- (2014). *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.

----- (2015) *López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C no. 302.

----- (2018). *Caso Terrones Silva y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 360.

- (2018a). *Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363.
- (2020). *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C. No. 400
- (2021). *Caso Familia Julien Grisonas Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C No. 437.
- (2022). *Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452.
- ONU, Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias WGEID (2001). Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. 26 de enero de 2001. A/HRC/16/48. Comentarios Generales, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas. Núm. 4.
- (2013). Observación General sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, 98° período de sesiones (31 de octubre al 09 de noviembre de 2012), 14 de febrero de 2013. A/HRC/WGEID/98/2.

Igualdad. No discriminación. Discapacidad. Derecho al trabajo

Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C 453

Por Valeria Monópoli¹

1. Hechos del caso

Luis Fernando Guevara Díaz es una persona con discapacidad intelectual que el 4 de junio de 2001 fue nombrado de manera interina para desarrollar tareas en el Ministerio de Hacienda de Costa Rica. Posteriormente, la Unidad Técnica de Recursos Humanos del Ministerio instauró un concurso para obtener la propiedad del puesto; es decir, para asignarlo de manera estable.

El Sr. Guevara Díaz participó en dicho concurso y obtuvo la nota más alta en las evaluaciones realizadas, no obstante lo cual no fue seleccionado para el puesto. Por esta razón, su nombramiento como funcionario interino cesó el 16 de junio de 2003, quedándose sin trabajo.

El Sr. Guevara Díaz presentó un recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad absoluta contra la decisión que lo cesó en su cargo, alegando actos de discriminación en el trabajo. El recurso administrativo fue declarado sin lugar. Luego, interpuso un recurso de amparo, que fue rechazado, pues la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia consideró que el procedimiento seguido

¹ Abogada (UBA). Especialista en Derechos Humanos, Estado y Sociedad (ECAE). Profesora de Legislación en Discapacidad (ISALUD). Asesora legal de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

en el proceso de contratación había cumplido con todos los parámetros establecidos en la ley para casos como el presente, y que

[e]l amparo constitucional se agota en la tutela a la participación igualitaria de los interesados para integrar la nómina o terna respectiva y no le corresponde revisar la legalidad, oportunidad o conveniencia de la decisión de los órganos competentes en la escogencia concreta, que se hace en el ejercicio de potestades discrecionales.²

Entre las pruebas ofrecidas en sus presentaciones el Sr. Guevara Díaz ofreció dos oficios de funcionarios del Ministerio en los que se señalaba que “[p]or sus problemas de retardo y bloqueo emocional que padece, (información brindada por su madre), considero no es una persona acta [*sic*] para el puesto. Si se le quisiera ayudar existen varias formas de hacerlo”³ y que “[d]ebido a las funciones que cumple y las oportunidades que se le han dado en su puesto el comportamiento de don Luis Fernando ha incidido negativamente en su devenir laboral e incluso sus actitudes pueden afectar su seguridad personal, reitero por el tipo de funciones que se realizan por lo cual se sugiere reconsiderar su nombramiento”.⁴

2. Reconocimiento de responsabilidad internacional

Durante el trámite ante la Corte IDH, el Estado reconoció su responsabilidad internacional circunscribiendo dicho reconocimiento a los hechos establecidos en el Informe de Fondo de la CIDH, tanto en su análisis fáctico como en su análisis jurídico. En consecuencia, se declaró responsable de la vulneración de los artículos 8.1, 24, 25.1 y 26 de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del Sr. Guevara Díaz.

Costa Rica solicitó entonces a la Corte IDH que estableciera las medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias de las infracciones que se cometieron, de conformidad con los principios de su jurisprudencia.

3. La sentencia de la Corte IDH

La Corte IDH consideró que, teniendo en cuenta el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por Costa Rica y que existe amplia jurisprudencia relativa a los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, no era necesario pronunciarse sobre las violaciones relativas a esas normas.⁵

2 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C 453, párr. 38.

3 *Idem*, nota 2, párr. 31.

4 *Idem*, nota 2, párr. 32.

5 *Idem*, nota 2, párr. 23. No obstante, debe advertirse que, al tratar el alcance del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en el párrafo 74 de la sentencia estableció algunos estándares relativos a garantías en procesos administrativos y judiciales en los que se analicen violaciones del derecho al trabajo.

A continuación, desarrollaremos las consideraciones centrales del Tribunal respecto del derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación y la violación al derecho al trabajo.

3.1. Derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación de las personas con discapacidad

La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.⁶

En este sentido, en el presente caso se desarrollan dos aspectos del derecho a la igualdad: la prohibición de diferencia de trato arbitrario –igualdad formal– y la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados –igualdad material–.

Siguiendo esta línea, la Corte IDH aborda el alcance del artículo 1.1 de la CADH, en tanto “es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna”.⁷ En este marco, resulta discriminatorio cualquier trato diferente que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado; es decir, cualquier trato arbitrario.

A su vez, señaló que la protección que ofrece el artículo 24 de la CADH, a diferencia del artículo antes comentado, no se dirige solo a los derechos contenidos en la CADH, sino a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación, resultando un mandato orientado a garantizar la igualdad material. En palabras del Tribunal:

[S]i un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.⁸

⁶ *Idem*, nota 2, párr. 46.

⁷ *Idem*, nota 2, párr. 47.

⁸ *Idem*, nota 2, párr. 48.

En ambos supuestos debe recordarse que ya en jurisprudencia previa⁹ la Corte IDH había establecido que la discapacidad es una categoría protegida en los términos del artículo 1.1 de la CADH. En este caso, reafirma esta consideración, señalando que “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir de manera discriminatoria los derechos de una persona a partir de su discapacidad”.¹⁰

Finalmente destaca que

[E]n cumplimiento de los deberes de protección especiales del Estado respecto de toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, resulta imperativa la adopción de medidas positivas para la protección de los derechos, las cuales son determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones normativas o de facto sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras. Al respecto, tal como lo señaló la perita Silvia Quan, las barreras actitudinales gozan de una particular relevancia como obstáculo para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, debido a los prejuicios, estigmas y discriminación en múltiples formas.¹¹

3.2. Derecho al trabajo de las personas con discapacidad

El primer aspecto por señalar sobre este punto ha sido la justiciabilidad del artículo 26 de la CADH, dado que el derecho cuya violación se alega –derecho al trabajo–, integra el grupo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Es importante destacar que el Tribunal vuelve a resaltar su competencia material para conocer y resolver controversias relativas a este artículo, la que ya “ha sido reafirmada en al menos 22 casos contenciosos y en dos opiniones consultivas”.¹² Para quien desee profundizar este aspecto, puede ser interés el voto concurrente que en la sentencia aquí comentada realiza el juez Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch.

Con relación al derecho al trabajo en particular, la Corte IDH sostiene que es un derecho protegido por el artículo 26 de la CADH, derivando su existencia y reconocimiento del artículo 44.b de la Carta de la OEA, que dice que

9 Conf. Corte IDH. *Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423, párr. 79, y *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 101.

10 *Idem*, nota 2, párr. 50.

11 *Idem*, nota 2, párr. 53.

12 *Idem*, nota 2, párr. 55.

el trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.

Para la Corte IDH, del artículo 26 de la CADH, en relación con los artículos 24 y 1.1 del mismo instrumento, surgen obligaciones específicas para la protección del derecho al trabajo de las personas con discapacidad. Al respecto, el Tribunal advierte que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación establece para los Estados un deber especial de protección de los derechos de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, que abarca el respeto y la garantía del derecho al trabajo –en tanto derecho protegido por la Convención– de las personas con discapacidad –en tanto son personas en situación de vulnerabilidad–.

De esta forma, los Estados deben abstenerse de realizar conductas que vulneren el derecho al trabajo como resultado de actos de discriminación y deben adoptar medidas positivas dirigidas a lograr su mayor protección atendiendo a las circunstancias particulares de las personas con discapacidad.¹³

Seguidamente, considera el *corpus iuris* internacional sobre la materia, concluyendo que existe una obligación reforzada para los Estados de respetar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el ámbito público.

Para llegar a tal conclusión repasa el Protocolo de San Salvador, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Observación General N° 6 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Observación General N° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo.¹⁴

También recorre la jurisprudencia de los tribunales de la más alta jerarquía en la región que se han referido a los alcances de la protección del derecho al trabajo de personas con discapacidad, mencionando precedentes de la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Constitucional de Ecuador.¹⁵

Esta obligación reforzada se traduce, en primer lugar, en la prohibición de realizar cualquier acto de discriminación por motivos de discapacidad relativas al goce de sus derechos laborales, en particular respecto a la selección y contratación en el empleo, así como en la permanencia en el puesto o ascenso, y en las condiciones laborales; y, en segundo lugar, derivado del mandato de igualdad real o material, en la obligación de adoptar medidas positivas de inclusión laboral de las personas con discapacidad,

13 *Idem*, nota 2, párr. 61.

14 *Idem*, nota 2, párrs. 62-67.

15 *Idem*, nota 2, párrs. 69-72.

las cuales deben dirigirse a remover progresivamente las barreras que impiden el pleno ejercicio de sus derechos laborales. De esta forma, los Estados se encuentran obligados a adoptar medidas para que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los concursos públicos mediante la formación profesional y la educación, así como la adopción de ajustes especiales en los mecanismos de evaluación que permitan la participación en condiciones de igualdad, y a emplear personas con discapacidad en el sector público.¹⁶

La Corte IDH concluye que la razón por la cual el Sr. Guevara Díaz no fue elegido para el puesto en el Ministerio de Hacienda se basó en su condición de persona con discapacidad intelectual, por lo cual el Estado incurrió en un acto de discriminación directa en el acceso al trabajo.¹⁷

La Corte IDH destaca que el Sr. Guevara Díaz obtuvo la calificación más alta en el concurso, contaba con experiencia de dos años en el puesto, no existían informes sobre el mal desempeño en el ejercicio de sus funciones y se le había reconocido su efectividad en el trabajo.

La diferencia de trato hacia el Sr. Guevara Díaz se realizó sin que existiera justificación objetiva y razonable alguna que la sustentara y fue la razón principal por la que no ganó el concurso.¹⁸ La decisión de no nombrar a una persona con discapacidad en el puesto requería una fundamentación rigurosa que explicara las razones por las que se adoptaba esa decisión, ya que “genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida”.¹⁹ Este estándar no fue satisfecho en el caso en estudio, toda vez que el Estado justificó la medida amparado en el ejercicio de facultades discrecionales, sin realizar una argumentación suficiente que ofreciera una justificación legítima de la decisión.

Finalmente, la Corte IDH concluye que “el cese del Sr. Guevara resultó injustificado, en la medida en que ocurrió como consecuencia directa de la discriminación sufrida en el concurso. Por lo tanto, constituyó una violación a su derecho a la permanencia en el empleo”.²⁰

3. Reparaciones

Como medida de restitución, el Tribunal ordenó que el Sr. Guevara Díaz sea nombrado en un cargo de igual o mayor jerarquía que aquel por el que concursó. En caso de que no desee ser nombrado, o bien existan razones que justifiquen que esto no suceda, el Estado deberá ofrecer la oportunidad a la víctima de ser nombrada en otro puesto laboral que se ajuste a sus aptitudes y necesidades en alguna otra institución pública.²¹

16 *Idem*, nota 2, párr. 73.

17 *Idem*, nota 2, párr. 78.

18 *Idem*, nota 2, párr. 79.

19 *Idem*, nota 2, párr. 80.

20 *Idem*, nota 2, párr. 81.

21 *Idem*, nota 2, párr. 89.

A renglón seguido el Tribunal prevé la sustitución de esta medida para el supuesto de que el Sr. Guevara no confirmara su deseo de ser nombrado o no deseara ser nombrado en un cargo público en los términos antes señalados: el Estado deberá pagar una indemnización de USD 25.000.

Asimismo, dispone que el Estado publique la sentencia y el resumen oficial de la sentencia.²²

Cómo garantía de no repetición se ordena al Estado adoptar, en el plazo de un año, programas de educación y formación dirigidos a los funcionarios del Ministerio de Hacienda, durante un período de tres años, sobre temas de igualdad y no discriminación de personas con discapacidad. Estos programas deberán abordar los contenidos esenciales de las obligaciones del Estado en materia de respeto y garantía del derecho al trabajo de las personas con discapacidad en casos de contratación, nombramientos, promoción y despido, así como los deberes especiales que surgen al momento de abordar alegatos relacionados con supuestos actos de discriminación por motivo de discapacidad.²³

Finalmente, estableció el pago de indemnizaciones compensatorias.

4. Comentarios finales

La sentencia aquí comentada tiene significativa importancia, dado el cambio de composición del Tribunal a principios del año 2022, al reafirmar el criterio de justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que la Corte IDH viene desarrollando desde el año 2017.²⁴

No obstante, las tensiones al respecto siguen presentes en la actual composición y pueden apreciarse al dar lectura al voto concurrente y parcialmente disidente del juez Sierra Porto, el voto parcialmente disidente de la jueza Pérez Goldberg y el voto concurrente del juez de Bittencourt Mudrovitsch.

Desde otra perspectiva, debe destacarse que la Corte IDH ha ido desarrollando su jurisprudencia en torno a los derechos de las personas con discapacidad desde el año 2006. En los primeros casos la Corte IDH entiende la discapacidad solamente como una situación de vulnerabilidad que justifica que se considere a la persona como titular de una protección especial;²⁵ en la jurisprudencia más reciente, en cambio, concibe la condición, además, como una categoría protegida en los términos del artículo 1.1. de la CADH.

En el devenir ha ido abordando cuestiones como el acceso a la salud, a la justicia, la interseccionalidad entre niñez y discapacidad, la privación de libertad, la seguridad social, aunque no en todos los casos desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación. El caso que nos ocupa es el primero en

²² *Idem*, nota 2, párr. 92.

²³ *Idem*, nota 2, párr. 95.

²⁴ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

²⁵ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103.

el que el tribunal regional aborda la garantía del derecho al trabajo de las personas con discapacidad y lo hace en vínculo con el derecho a la igualdad y no discriminación.

En paralelo al desarrollo de la Corte IDH, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad fue produciendo sus propias Observaciones Generales, lo que hoy permite enriquecer la interpretación de la CDPD y, en consecuencia, el *corpus iuris* internacional.

Especial mención merece con relación al caso que nos ocupa el modelo de igualdad inclusiva propuesto por el Comité en su Observación General N° 6 y las formas de discriminación que identificó, ya que sin lugar a dudas constituyen herramientas valiosísimas para comprender la complejidad de las diferentes experiencias de exclusión que sufren las personas por motivo de discapacidad y ofrecen respuestas que aseguren una garantía robusta de los derechos humanos de las persona con discapacidad, ya que “[l]a igualdad y la no discriminación constituyen el núcleo de la Convención y son evocadas sistemáticamente en sus artículos sustantivos con el uso reiterado de la expresión “en igualdad de condiciones con las demás”.²⁶

En este sentido, el Comité explica el progreso en la materia con las siguientes palabras:

La igualdad de oportunidades, como principio general de la Convención en virtud del artículo 3, constituye un paso importante en la transición de un modelo de igualdad formal a un modelo de igualdad sustantiva. La igualdad formal lucha contra la discriminación directa tratando de manera similar a las personas que están en situación similar. Puede ayudar a combatir los estereotipos negativos y los prejuicios, pero no puede ofrecer soluciones al “dilema de la diferencia”, ya que no tiene en cuenta ni acepta las diferencias entre los seres humanos. La igualdad sustantiva, en cambio, aborda también la discriminación indirecta y estructural, y tiene en cuenta las relaciones de poder. Admite que el “dilema de la diferencia” entraña tanto ignorar las diferencias entre los seres humanos como reconocerlas, a fin de lograr la igualdad.

La igualdad inclusiva es un nuevo modelo de igualdad que se desarrolla a lo largo de toda la Convención. Abarca un modelo de igualdad sustantiva, al tiempo que amplía y detalla el contenido de la igualdad en las dimensiones siguientes: a) una dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana. La Convención se basa en la igualdad inclusiva.²⁷

26 CODPD, Observación General N° 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6, 26 de abril de 2018, párr. 7.

27 *Idem*, nota 26, párrs. 10 y 11.

Es interesante también destacar que el CODPD distingue cuatro formas de discriminación reconocidas por el derecho internacional con relación a la discapacidad. Estas son la discriminación directa, la discriminación indirecta, la denegación de ajustes razonables y el acoso.²⁸

En 2022, luego de la sentencia aquí comentada, el Comité avanzó también en la publicación de la Observación General N° 8 sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo.²⁹ El instrumento constituye un invaluable aporte a la interpretación de las obligaciones estatales que emergen del artículo 27 de la CDPD y precisa el vínculo entre la igualdad y prohibición de discriminación y el derecho al trabajo.

En este sentido se advierte que algunos de los criterios vertidos por la Corte IDH en el *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica* son compartidos por el Comité, como ser la calificación del tipo de discriminación sufrida por la víctima –discriminación directa–³⁰ o la obligación reforzada del sector público de emplear personas con discapacidad:

Las disposiciones de los demás apartados del artículo 27 se aplican indistintamente a los sectores público y privado. Sin embargo, cuando el Estado parte es el empleador, debe adoptar un enfoque más riguroso en lo que respecta a la inclusión. Los Estados partes deberían introducir normas objetivas para la contratación y la promoción de personas con discapacidad teniendo en cuenta sus méritos y comprometerse a aumentar el número de empleados con discapacidad. En caso necesario, deberían adoptarse medidas específicas para sensibilizar al sector público, atraer y contratar a personas con discapacidad y apoyar a los empleados del sector público con discapacidad, con el objetivo de reflejar la diversidad de la comunidad y beneficiarse de las experiencias vitales de las personas con discapacidad.³¹

A modo de cierre, debemos destacar que el caso que aquí comentamos constituye un necesario precedente para la región teniendo en cuenta que “la discriminación y desigualdad que sufren las personas con discapacidad se expresa en mayores porcentajes de pobreza y menores tasas de empleo”,³² entre otras cuestiones, y que, en palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “el derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana”.³³

28 *Idem*, nota 26, párr. 18.

29 CODPD, Observación General N° 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, CRPD/C/GC/8

30 *Idem*, nota 29, párr. 17.

31 *Idem*, nota 29, párr. 40.

32 Morales, B. y Van Hemelryck, T. (2022). Inclusión laboral de las personas jóvenes en América Latina y el Caribe en tiempos de crisis: desafíos de igualdad para las políticas públicas. *Documentos de Proyectos (LC/TS.2022/34)*, Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), p. 22.

33 Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El Derecho al Trabajo, Observación general N° 18, CRPD/C/GC/8, párr. 1.

Ejecuciones extrajudiciales. Impunidad. Defensores ambientales

Corte IDH. *Caso Sales Pimenta Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2022. Serie C No. 454

Por Silvia Maria da Silveira Loureiro¹ y Jamilly Izabela de Brito Silva²

1. Introducción

El 30 de junio de 2022, la Corte IDH dictó sentencia en el caso *Sales Pimenta Vs. Brasil*, poniendo fin a casi cuarenta años de búsqueda de justicia de los familiares de Gabriel Sales Pimenta, abogado y defensor de derechos humanos asesinado el 18 de julio de 1982, en la ciudad de Marabá, al sur del Estado de Pará, en un contexto marcado por violentos conflictos agrarios, masacres y asesinatos de centenares de trabajadores rurales y sindicalistas, bajo la dictadura militar brasileña.

El Tribunal declaró a Brasil internacionalmente responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstos en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, así

1 Doctora en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro). Máster en Derecho y Estado (Universidad de Brasilia). Profesora del Curso de Graduación de Derecho y del Programa de Posgrado en Derecho Ambiental (Escuela de Derecho de la Universidad del Estado de Amazonas). Coordina las actividades de investigación y extensión de la Clínica de Derechos Humanos y Derecho Ambiental de la Escuela de Derecho de la Universidad del Estado de Amazonas.

2 Máster en Derecho Ambiental (Universidad del Estado de Amazonas). Agente Técnico-Jurídico del Ministerio Público del Estado de Amazonas. Actualmente se desempeña en la Fiscalía General de la República en la Asesoría Jurídica de Gestión de Precedentes del Tribunal Supremo de Brasil. Desarrolla actividades de investigación y extensión en la Clínica de Derechos Humanos y Derecho Ambiental de la Escuela de Derecho de la Universidad del Estado de Amazonas.

como del derecho a la integridad personal, asegurado en el artículo 5.1 de este instrumento, todo ello aunado a la obligación de respetar y garantizar los derechos contenidos en el artículo 1.1 de la misma convención, en perjuicio de los padres y hermanos de Gabriel Sales Pimenta.

Al juzgar la violación de los artículos 8.1 y 25 de la CADH, la Corte IDH determinó la falta de debida diligencia reforzada en la investigación del asesinato de Gabriel Sales Pimenta, la cual fue realizada sin tomar en cuenta su condición de defensor de derechos humanos y el contexto de violencia generalizada en el que desarrollaba su labor en el sur de Pará; la duración irrazonable del proceso penal que culminó con su extinción por prescripción, tras una serie de acciones y omisiones de agentes estatales a lo largo de los años; la violación del derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la muerte de Gabriel Sales Pimenta, en un marco de impunidad estructural; y la importancia para la familia y para la sociedad del esclarecimiento de los hechos por su condición de defensor de los derechos humanos de los trabajadores rurales de la región.

El juzgamiento de este caso por la Corte IDH es de trascendental importancia, dado que se trata de la primera condena por el asesinato de un defensor de derechos humanos³ y apunta la impunidad estructural de este tipo de casos en Brasil. Aunque los hechos tuvieron lugar en 1982, Brasil sigue siendo uno de los países más peligrosos del mundo para el trabajo de los defensores de derechos humanos, apareciendo en los primeros puestos del ranking de asesinatos denunciados por la organización Global Witness.⁴ Así, entendemos que las medidas de reparación determinadas por la Corte IDH tienen un impacto transformador y envían un claro mensaje a los Estados de que tienen la obligación de proteger a quienes, en sus diversas formas de actuación, tienen derecho a defender derechos.

Sin embargo, señalaremos en este breve análisis crítico dos aspectos de esta sentencia que creemos que la Corte IDH podría haber profundizado en su razonamiento. El primer punto es la falta de énfasis en el contexto extremadamente violento de los conflictos agrarios en el sur de Pará, aún bajo la égida de la dictadura militar, para configurar el asesinato de Gabriel Pimenta como un crimen de lesa humanidad en el marco de violaciones graves, generalizadas, masivas y sistemáticas de los derechos humanos que justifiquen la eliminación de la prescripción penal, como medida de reparación de la impunidad estructural en Brasil. El segundo es la caracterización del trabajo de Gabriel Sales Pimenta como defensor de la tierra y del medio ambiente, dentro del espectro más amplio de la categoría de defensoras y defensores de los derechos humanos como una garantía reforzada de su derecho a defender derechos.

3 En el *Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil*, la Corte IDH decidió por unanimidad que en razón del limitado soporte fáctico con que contaba, no quedó demostrado que el Estado violó los derechos a las Garantías Judiciales y a la Protección Judicial consagrados en los artículos 8 y 25 de la CADH.

4 Global Witness (2021). "Last line of defence: the industries causing the climate crisis and attacks against land and environmental defenders". Recuperado de https://www.globalwitness.org/documents/20191/Last_line_of_defence_-_high_res_-_September_2021.pdf.

2. El asesinato de Gabriel Sales Pimenta como un crimen de lesa humanidad, la prescripción construida y la lucha contra la impunidad estructural en Brasil

La región donde ocurrió el asesinato del defensor de derechos humanos Gabriel Sales Pimenta está históricamente relacionada con intensas disputas por la tierra, que adquirieron contornos aún más violentos en las décadas de 1970 y 1980. Conocida como Bico do Papagaio, abarca sesenta y seis municipios situados en el norte de Tocantins, sur de Pará y suroeste de Maranhão.

En esta misma región ocurrieron los hechos relacionados con la Guerrilla de Araguaia, que ya fue objeto de sentencia por la Corte IDH en el *Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil* del 2010. Ocho años después del exterminio del movimiento guerrillero por el Estado, el 18 de julio de 1982, Gabriel Sales Pimenta fue asesinado de tres disparos en la ciudad de Marabá, convirtiéndose en una de los miles de víctimas de la represión durante los años de la dictadura militar en Brasil (1964-1985).

En la sentencia del caso “Sales Pimenta”, la Corte IDH esboza un claro contexto de violencia en la región del sur de Pará:

Durante los años del régimen militar, las organizaciones campesinas, sindicatos y otras formas de asociación que procuraban una reforma agraria fueron objeto de la represión política y social que buscaba su desarticulación, y fueron tildados de “comunistas” o “subversivos”. Entre 1979 y 1985, el movimiento represivo se acrecentó en el campo, siendo ese uno de los periodos con mayor número de muertes y desapariciones de trabajadores rurales y de defensores de sus derechos [...] en Brasil, se conoce que, de 1961 a 1988, fueron muertos 75 sindicalistas, 14 personas abogadas, 7 personas religiosas, 463 lideresas/líderes de luchas colectivas, entre otras. Según un informe estatal de 2013, “[s]er abogado de campesinos en los tiempos de la dictadura militar era una profesión de alto riesgo [...], [r]iesgo de muerte”. El estado de Pará, durante el periodo de 1961 a 1988, encabezó el *ranking* de muertes y desapariciones con 528 homicidios entre 1980 a 1993 y 772 entre 1971 y 2004, de los cuales, respectivamente, 239 y 574 sucedieron en el sur del estado. Pará ha sido señalado por algunos organismos y organizaciones internacionales por los constantes y violentos conflictos relacionados con la lucha por tierras, que han resultado en la muerte de cientos de trabajadores rurales, líderes sindicales, abogados, defensores de derechos humanos, entre otros.⁵

Respecto de la situación de impunidad de los crímenes cometidos en el contexto de la violencia en el campo en el sur de Pará, el Tribunal señaló que:

Entre 1964 y 1998, de los 703 casos de trabajadores rurales víctimas de homicidio, el 5,26% de casos fueron juzgados, y solo en 183 casos se inició una investigación, dentro de los cuales, 113 dieron origen

⁵ Corte IDH. *Caso Sales Pimenta Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2022. Serie C No. 454, párrs. 44-50.

a un proceso penal. Entre 1985 y marzo de 2001, de los 1.207 casos, 85 personas acusadas tuvieron una sentencia definitiva, resultando en una media de 95% “sin respuesta judicial”. Por su parte, en el sur y sureste del estado de Pará, de los 340 trabajadores rurales muertos en el mismo periodo de 1985 y marzo de 2001, dos personas fueron juzgadas en forma definitiva, dejando una media de 99,4% del total de los homicidios “sin ningún tipo de respuesta judicial, sea de condena o absolución en el ámbito penal”. Por otro lado, entre 1985 y el 2013, ocurrieron 428 casos, con un total de 644 homicidios relacionados con los conflictos en el campo. De estos, 21 casos fueron elevados a juicio, resultando en 12 autores intelectuales y 17 autores materiales condenados. En cuanto al municipio de Marabá del estado de Pará, donde ocurrió la muerte de Gabriel Sales Pimenta, la tasa de impunidad fue de 100%, entre 1975 y 2005.⁶

Cabe señalar que los conflictos agrarios en la Amazonia, especialmente los que ocurren en el sur de Pará, se caracterizan por la organización de terratenientes que utilizan tácticas de pistoleros y contratan asesinos profesionales, tolerados y alentados por el Estado, que no actúa para impedir los conflictos sistemáticos y generalizados que culminan con la muerte de miles de personas involucradas en la lucha en el campo, ni para investigar y castigar a los responsables de estas graves violaciones de los derechos humanos.

De hecho, la ejecución extrajudicial de Gabriel Sales Pimenta, así como la de muchas otras personas consideradas opositoras al régimen, también se produjo porque los responsables de estos crímenes contaron con la connivencia y la tolerancia del Estado brasileño en el momento de los hechos y en los años posteriores al final de la dictadura. Así, el Estado brasileño no solo facilitó la privación arbitraria de la vida de opositores a la dictadura, sino que tampoco garantizó la adopción de medidas adecuadas para proteger y preservar este derecho.

La Corte IDH reconoció que el asesinato de Gabriel Sales Pimenta se inserta en un grave contexto de violencia e impunidad, posibilitadas por los ataques sistemáticos y generalizados a los opositores del régimen, entre los cuales deben incluirse trabajadores y dirigentes rurales, sindicalistas, simpatizantes civiles y religiosos, abogados y defensores de derechos humanos vinculados a la lucha en el campo en Brasil y más específicamente en el sur de Pará durante la dictadura militar hasta los días de hoy.

Sin embargo, el Tribunal no calificó el asesinato de Gabriel Sales Pimenta como un crimen de lesa humanidad, como hizo al juzgar otro caso asociado al período de la dictadura brasileña y relativo a la tortura y muerte del periodista Vladimir Herzog en 1975. En ese caso, el Tribunal estableció parámetros para la caracterización del asesinato de Herzog como crimen contra la humanidad, que podrían haberse empleado en el caso de Gabriel Sales Pimenta:

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de otros tribunales internacionales, nacionales y órganos de protección de derechos humanos, la tortura y asesinato del señor Herzog serían considerados como una grave violación de derechos humanos. No obstante, ante la necesidad de establecer si persistían obligaciones de investigar, juzgar y sancionar a los responsables por la tortura y muerte de

6 *Idem*, nota 5, párr. 51.

Vladimir Herzog como crímenes de lesa humanidad al momento del reconocimiento de la competencia de la Corte por parte de Brasil, el Tribunal también analizará si la tortura y asesinato de Vladimir Herzog fueron i) perpetrados por agentes estatales o por un grupo organizado como parte de un plan o estrategia preestablecida, es decir, con intencionalidad y conocimiento del plan; ii) de manera generalizada o sistemática; iii) contra la población civil, y iv) con un propósito discriminatorio/prohibido.⁷

De todo lo expuesto hasta ahora resulta indiscutible que la ejecución extrajudicial de Gabriel Sales Pimenta representa una grave violación de los derechos humanos que debe ser considerada un crimen contra la humanidad y, por tanto, imprescriptible. Forma parte de un contexto de violaciones graves, generalizadas, masivas y sistemáticas de los derechos humanos por uno de los muchos grupos organizados por los terratenientes, como parte de una estrategia preestablecida que contaba con el amplio conocimiento y connivencia del Estado, y tenía el propósito específico de eliminar a los trabajadores y dirigentes rurales, sindicalistas, simpatizantes civiles y religiosos, abogados y defensores de los derechos humanos asociados a la lucha en el campo.

Además de que el Estado actuó directamente para que el proceso penal no se finalizara con el juicio y sanción de los responsables, se aplicó el instituto de la prescripción. En realidad, como señaló el perito Dissenha, es una “prescripción construida” por las acciones y omisiones del Estado, por falta de la debida diligencia reforzada en la investigación y sanción del delito.⁸

Al encontrar que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, la Corte IDH utilizó el término “impunidad estructural” para destacar el contexto en el cual está inserto el caso Sales Pimenta, que se refleja en la falta de debida diligencia. La negligencia grave de los operadores judiciales en la tramitación de proceso penal, que permitió que operara la prescripción, fue el factor determinante para que el caso permaneciera en una situación de absoluta impunidad.

Como reparación de impacto transformador ante la situación de impunidad estructural en la que se encuentra Brasil, el Tribunal ordenó que el Estado debe crear un “mecanismo para reapertura de procesos judiciales” en los cuales haya operado la prescripción penal.⁹

Para ejemplificar esta situación de impunidad estructural, la Corte IDH cita los casos “Herzog y otros”, “Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares” y “Barbosa de Souza y otros” que son muy diferentes entre sí en cuanto a los hechos que generaron la impunidad. La

7 Corte IDH. *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353, párr. 237.

8 El perito declaró que la prescripción en el proceso penal bajo análisis fue “construida”, no pudiendo ser vislumbrada como un acto aislado y único, sino consecuencia de una serie de graves y flagrantes conductas y omisiones por parte de agentes estatales a lo largo de los años. En la misma línea, el perito Kalil manifestó que “cuando dicha prescripción se da debido a la falta de medidas que debería haber tomado el Estado a través del Poder Judicial [...] cuando tenía el poder de evitar la prescripción no hace nada y eso se inscribe en un contexto de violencia general donde también se amedrenta a los defensores de los derechos de las personas y también a la persona que está reivindicando sus propios derechos. Considero que la prescripción [...] no se pensó para eso, que no debería permitir como un mecanismo para perpetuar la impunidad”. *Idem*, nota 5, nota al pie 178.

9 *Idem*, nota 5, párr. 179.

elección de estos casos es preocupante, ya que solo en “Herzog y otros” se ha eliminado el obstáculo de la prescripción porque se reconoció que era un crimen contra la humanidad. Así, nos parece que la impunidad, por si sola, no conduce necesariamente a la imprescriptibilidad del delito, pues entendemos que este debe configurarse como un crimen contra la humanidad, en un contexto de graves, generalizadas, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos.

En “Herzog”, la Corte IDH defendió

la nulidad de la prescripción en casos de tortura, asesinatos cometidos en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y desapariciones forzadas de forma constante y reiterada, ya que estas conductas vulneran derechos y obligaciones inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁰

Por ello lamentamos que no se haya pronunciado expresamente sobre la caracterización de la ejecución de Gabriel Sales Pimenta como crimen de lesa humanidad para justificar de manera más robusta la aplicación del principio de imprescriptibilidad.

Aunque lo entendemos como una respuesta firme al contexto de impunidad estructural que azota a Brasil, la creación del mecanismo para reapertura de procesos judiciales determinado por la Corte IDH dejó más interrogantes que directrices para el Estado. Mientras que los paradigmas de las leyes de Colombia y Perú mencionados en la nota al pie 263 pueden servir de guía a la hora de dar cumplimiento a la sentencia, los ejemplos de las leyes de España, Francia y Alemania son más dudosos, ya que están en el contexto de decisiones que garantizan los derechos de los acusados para la reapertura de procesos penales juzgados en su contra.

Para dar un ejemplo concreto de las delicadas cuestiones jurídicas que deja sin respuestas esta medida de reparación, citamos el *Caso Escher y otros Vs. Brasil*, que es el único caso brasileño que la Corte IDH ha declarado de cumplimiento íntegro en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia.

El Tribunal decidió que el Estado debía investigar los hechos respecto a la entrega y divulgación de las cintas con las conversaciones ilegalmente grabadas. Sin embargo, afirmó que

[a]ceptar que el presente caso reviste una gravedad por la cual no sería procedente la prescripción implicaría que en todo caso sometido a la Corte, por tratarse de violaciones de derechos humanos que, en sí mismas, implican gravedad, no procedería dicho instituto procesal.¹¹

¹⁰ *Idem*, nota 7, párr. 263.

¹¹ Corte IDH, *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 19 de junio de 2012.

Por estas razones, la creación del mecanismo de reapertura de procesos judiciales, a pesar de ser una excelente oportunidad para luchar contra la impunidad estructural en Brasil, requiere cautela. Por un lado, los criterios de elegibilidad de los casos sujetos a tal mecanismo deberían haber sido más claros y acordes con la jurisprudencia de la Corte, como ser aquellos en los que se reconozcan violaciones graves, generalizadas, masivas y sistemáticas de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y prescripción fraudulenta. Por otro lado, no debe olvidarse que la prescripción es también una garantía procesal del individuo y su inaplicación no puede ser banalizada so pena de dejar al acusado indefenso frente al poder punitivo del Estado.

3. Gabriel Sales Pimenta como defensor de la tierra y del medioambiente

Para la Corte IDH, la labor desempeñada por Gabriel Sales Pimenta se caracteriza como la de un defensor de derechos humanos, al ejercer la abogacía en representación de trabajadores rurales en conflictos por disputas de tierras en el sur de Pará. Entendemos que podría haber ido mucho más allá de los parámetros ya establecidos en su jurisprudencia constante sobre la obligación de debida diligencia reforzada en la investigación de crímenes cometidos contra defensores de derechos humanos y el efecto amedrentador que la impunidad de estos crímenes provoca en la sociedad.

El Tribunal podría haber desarrollado la calificación de Sales Pimenta como defensor de derechos humanos en asuntos ambientales, en línea con lo que los países de América Latina y el Caribe han venido desarrollando en el marco del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú).¹²

Según Borràs Pentinat,

El concepto de defensor/a ambiental parece ciertamente novedoso y no está lo suficientemente definido, si bien comparte el concepto y muchas de las realidades de los defensores de derechos humanos. En todo caso, los defensores ambientales se definen, por una parte, por cumplir con una trascendental función

12 Adoptado en Escazú (Costa Rica), el 4 de marzo de 2018. Es el primer acuerdo regional ambiental de América Latina y el Caribe y el primero en el mundo en contener disposiciones específicas sobre defensores de derechos humanos en asuntos ambientales: "Artículo 9. Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales. 1. Cada Parte garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad. 2. Cada Parte tomará las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de dicha Parte en el ámbito de los derechos humanos, sus principios constitucionales y los elementos básicos de su sistema jurídico. 3. Cada Parte tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el presente Acuerdo".

social y ambiental, ya que proteger el medio ambiente conlleva también avanzar en la protección de los derechos humanos. Y, por otra, por ser objeto de injusticias.¹³

Para explicar la importancia de la figura del defensor de los derechos humanos en asuntos ambientales, dicha autora señala los principales derechos humanos y ambientales directamente afectados por la degradación ambiental y que son el centro de la lucha de las defensoras y los defensores medioambientales, entre los que cita el derecho a la tierra, relacionado con la actividad de Gabriel Sales Pimenta, en los siguientes términos:

[L]a vulneración de este derecho a la tierra y al territorio se ha visto especialmente agravado por el fenómeno del acaparamiento de tierras, el cual no solo refuerza la necesidad de proteger el derecho a la tierra y al territorio, sino también al derecho a no ser desplazado forzosamente.¹⁴

Borràs Pentinat continúa en su argumentación afirmando que la misma protección dada por la jurisprudencia de la Corte IDH a los territorios de los pueblos indígenas, por su estrecha vinculación con su hábitat, se ha extendido a los pueblos tribales y se aplica también a las comunidades locales en situación similar, donde la tierra es un medio de subsistencia, lo que lleva a establecer un vínculo entre la labor de Gabriel Sales Pimenta en la defensa de los trabajadores rurales de Pau Seco y el derecho a la tierra. A la luz de este desarrollo jurídico, “cabe concluir que la protección al derecho a la tierra y al territorio también se aplica a comunidades locales, como son campesinos y otros grupos que se encuentran directamente asociados con su medio ambiente como fuente de sustento y cultura”.¹⁵

Es sumamente importante “proteger a los protectores de derechos”,¹⁶ aquellas personas, como Gabriel Sales Pimenta, que trabajan asumiendo un riesgo personal con el fin de defender los derechos humanos en sentido amplio. Correlativamente a este “derecho a defender derechos”, los Estados tienen el deber de proteger a estas personas, porque se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad. Ocurre que, entre las defensoras y defensores de los derechos humanos, quienes trabajan directamente en conflictos de tierras y con cuestiones medioambientales están implicados en situaciones de riesgo agravado, como demuestran los datos mencionados en la sentencia bajo análisis:

Específicamente en cuanto a la situación de violencia en contra de defensores y defensoras de derechos humanos en el contexto de conflictos rurales, hay distintos reportes que dan cuenta de una alta incidencia de amenazas y homicidios. La organización Global Witness, tras un estudio realizado con datos de 2002 a 2013 de varios países del mundo, indicó que Brasil es el país más peligroso para la defensa de los derechos sobre la tierra y el medio ambiente, con 448 casos de los 908 a nivel mundial. Asimismo, en el año 1982, 30 defensores de trabajadores/as rurales fueron muertos, además de Gabriel Sales Pimenta. La

13 Borràs Pentinat, S. (2019). *Defensa y resistencia: las personas defensoras de los derechos humanos ambientales* (p. 55). Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi.

14 *Idem*, nota 13, p. 70.

15 *Idem*, nota 14.

16 *Idem*, nota 13, p. 59.

mayoría de estos delitos sucedió en el estado de Pará. En esta línea, en los últimos veinte años, el 35% de homicidios de trabajadores/as rurales y defensores/as de dichos trabajadores en Brasil ocurrieron en el estado de Pará.¹⁷

Para la región de América Latina y el Caribe es aún más importante desarrollar el contenido y alcance de las obligaciones estatales en materia de protección de defensoras y defensores del medio ambiente, incluidos aquellos involucrados en la defensa de tierras y territorios, ya que se encuentran en un contexto de extrema violencia e impunidad, por lo que sostenemos que la Corte IDH podría haber profundizado su razonamiento sobre el concepto y los parámetros de protección respecto a esta temática.

4. Conclusiones

La sentencia de la Corte IDH que aquí se comenta es, sin duda, un hito importante en la jurisprudencia de casos brasileños, no solo por la larga espera de justicia para sus familiares, sino también por la importancia social del papel de los defensores de los derechos humanos en Brasil y su situación de extrema vulnerabilidad.

Sin embargo, en este breve análisis crítico quisimos expresar nuestra preocupación por la decisión de la Corte de crear un

mecanismo que permita la reapertura de investigaciones y procesos judiciales, incluso en los que ha operado la prescripción, cuando, en una sentencia de la Corte Interamericana se determine la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de la obligación de investigar violaciones de derechos humanos de forma diligente e imparcial.¹⁸

Por bien intencionada que parezca esta medida, a la luz de la impunidad estructural vigente en Brasil y de la construcción intencionada de condiciones para la prescripción, no podemos dejar de observar que la Corte IDH no determinó cuáles son las violaciones de derechos humanos sujetas a tal mecanismo. Solo dijo que son aquellas violaciones que el Estado no investigó de manera diligente e imparcial, así reconocido por una sentencia interamericana. Sin embargo, no calificó estas violaciones como graves, generalizadas, masivas y sistemáticas o como crímenes de lesa humanidad. Al fin y al cabo, no toda violación de derechos humanos implica necesariamente imprescriptibilidad.

En el caso de Sales Pimenta tampoco hubo avances significativos en la formación de una jurisprudencia capaz de señalar que la prescripción generada en razón de las acciones y omisiones de los agentes del Estado para causar retraso en el proceso y, en consecuencia, la pérdida del derecho punitivo del Estado debe ser removida. La llamada prescripción construida es una prescripción fraudulenta. En

¹⁷ *Idem*, nota 5, párr. 50.

¹⁸ *Idem*, nota 5, párr. 180.

este sentido, la Corte también podría haber dejado expreso que los casos a ser sometidos al mecanismo de reapertura de procesos judiciales serían aquellos en los que se produce la prescripción fraudulenta.

Finalmente, reiteramos nuestra preocupación al no ver en la sentencia el desarrollo jurisprudencial de la figura del defensor de derechos humanos en asuntos ambientales. En contrario de los esfuerzos regionales en el ámbito del Acuerdo de Escazú, la Corte IDH repite su jurisprudencia constante sobre el tema sin innovar, a pesar de poseer datos concretos para otras reflexiones y desarrollos en el presente caso. Es urgente que las defensoras y los defensores de la tierra y del ambiente cuenten con parámetros específicos de protección fijados por la Corte, dada la extrema vulnerabilidad en la que se encuentran en la región y particularmente en Brasil.

Crímenes contra la humanidad. Derecho a la verdad. Identificación de las víctimas Corte IDH. *Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica Vs. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455

Por Rafael Barrios Mendivil

1. Introducción

El partido político colombiano Unión Patriótica (UP) se constituyó como organización el 28 de mayo de 1985. Su nacimiento fue resultado de un proceso de paz entre el Secretariado Nacional de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno del ex presidente Belisario Betancur Cuartas, firmado el 24 de mayo de 1984 y conocido como “Acuerdos de la Uribe”.

Como parte de los Acuerdos, el gobierno nacional se comprometió a otorgar las garantías y seguridades indispensables para que la UP pudiera actuar en las mismas condiciones que los demás partidos políticos. El Estado no solo incumplió con este compromiso, sino que es responsable bajo el derecho interamericano por la violación de múltiples derechos de miles de víctimas que simpatizaron con la UP en vida. Así falló la Corte IDH luego de más de treinta años de litigio.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad La Gran Colombia). Cofundador e integrante del Colectivo de Abogados y Abogadas “José Alvear Restrepo” (CAJAR). Abogado con experiencia en litigio en la justicia ordinaria, procesos disciplinarios y contencioso administrativo, justicia penal militar, la Ley de Justicia y Paz y litigio ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Escribe regularmente en *Confidencial Colombia* y ocasionalmente en otras publicaciones digitales en Colombia.

La UP participó por primera vez en las elecciones en 1986, alcanzando a tener 15 parlamentarios. Con presencia política en todo el territorio nacional, entre ese año y 1994 obtuvo considerables resultados en el Senado, la Cámara de Representantes, concejos y alcaldías municipales y la Asamblea Nacional Constituyente de 1990.

Pero, desde su inicio desencadenó la violencia en su contra. En los primeros meses de la administración de Virgilio Barco (1986-1990) fueron asesinados los representantes a la Cámara, Leonardo Posada Pedraza y Octavio Vargas Cuéllar, y el senador Pedro Nel Jiménez Obando. Su primer candidato presidencial, Jaime Pardo Leal, fue asesinado el 11 de octubre de 1987. Tres años después, el 22 de marzo de 1990, el candidato presidencial Bernardo Jaramillo Ossa, corrió la misma suerte, siendo acribillado en el Puente Aéreo de Bogotá.

Ante el estado de indefensión e impunidad por la falta de respuestas del Estado a los asesinatos, y luego del crimen del dirigente comunista José Miller Chacón en Bogotá y el asesinato del ex congresista Henry Millán, en Florencia, Caquetá, el 16 de diciembre de 1993 la Corporación Reiniciar y la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ) radicaron una petición ante la CIDH, alegando la responsabilidad del Estado. Recién el 29 de junio de 2018 la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

2. Las diferencias y controversias en el litigio del caso. El fallo de la Corte IDH

2.1. Universo de víctimas

En su informe de fondo la CIDH presentó 101 hechos, de los que se desprenden las circunstancias de modo tiempo y lugar en relación con un universo de 230 presuntas víctimas. En esos casos representativos, 161 personas fueron víctimas de homicidios, 14 de desapariciones forzadas, 15 de judicializaciones infundadas, 17 de tentativas de homicidio, 9 de amenazas, 5 de lesiones y 17 de desplazamientos forzados.²

A su vez, los representantes de las víctimas presentaron hechos adicionales que se refieren a 448 presuntas víctimas. Los intervinientes comunes de Reiniciar mencionaron otras 5.461 presuntas víctimas para las cuales no se hace mención precisa de una plataforma fáctica o de pruebas que permita acreditar la existencia de una violación a los derechos humanos atribuible al Estado.³

El Estado aceptó parcialmente su responsabilidad internacional sobre hechos que afectaban a 219 víctimas, precisando que únicamente versaba sobre el universo de víctimas que se encuentra determinado y con respecto al marco fáctico definido que figura en el listado anexo del Informe de Fondo de la CIDH.

2 Conf. CIDH, Informe No. 170/17, Caso 11.227, *Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica*, Colombia, 6 de diciembre de 2017.

3 Conf. Corte IDH. *Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455, párrs. 219 y 220.

La Corte IDH dio la razón a los intervinientes comunes al declarar la responsabilidad del Estado de Colombia. Citó una investigación de acuerdo con la cual los voceros de la UP y del Partido Comunista Colombiano denunciaron la existencia de cinco operaciones de exterminio presuntamente diseñadas desde altas esferas estatales.

Los planes “Esmeralda” (1988) y “Retorno” (1993) habrían tenido como objetivo desaparecer las seccionales de la UP en los departamentos de Meta, Caquetá y en la región de Urabá. La “Operación Cóndor” (1985) y los planes “Baile Rojo” (1986) y “Golpe de Gracia” (1992) habrían estado dirigidos a socavar las estructuras de dirección nacional del movimiento y a asesinar o secuestrar a sus dirigentes elegidos a las corporaciones públicas.⁴

Advirtió además que la Comisión de la Verdad y la Jurisdicción para la Paz, instancias de justicia transicional acordadas en el más reciente acuerdo de paz entre las FARC y el Estado colombiano de 2016, reveló cifras de violencia contra la UP e indicó que hubo al menos 8.300 víctimas de la UP, lo que constituye “una cifra inédita de lo que hasta ahora se consideraba la victimización de este partido político”.

La Corte IDH, al dirimir la controversia, se apartó del artículo 35.1 de su Reglamento y su jurisprudencia constante, en la cual las víctimas deben estar identificadas por la CIDH, en el Informe de Fondo.

Aplicó, en cambio la excepción del artículo 35.2 del referido Reglamento, “cuando se justificare que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de casos de violaciones masivas o colectivas, el Tribunal decidirá en su oportunidad si las considera víctimas”.⁵

El tribunal decidió considerarlas como tales por las múltiples violaciones de los derechos humanos, el contexto de un conflicto armado interno prolongado, y la extensión territorial de las violaciones en casi toda la geografía colombiana.

La directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado reiteró que las 6.000 víctimas a las que hacen referencia en el fallo de la Corte es solo un punto de referencia alrededor de todos los simpatizantes de la UP.⁶

Ahora bien, en cuanto al número actual para efectos de indemnización, se sitúa en más de 670 personas y se deja abierta la puerta para que las instituciones del Estado hagan identificación y caracterización de otras que no fueron incluidas.

2.2. La naturaleza de la responsabilidad estatal

En cuanto a la responsabilidad del Estado colombiano, este sostuvo durante el litigio que su responsabilidad internacional era indirecta, mientras los peticionarios sostenían que era directa.

4 Conf. Campos Zornosa, Y. (2003). *El Baile Rojo*. Bogotá: Grafiq Editores, pp. 17 y 18, citado en nota al pie 177, nota 3, párr. 200.

5 *Idem*, nota 3, párr. 130.

6 Recuperado de <https://caracol.com.co/2023/01/30/union-patriotica-hoy-es-el-dia-de-la-justicia/>

La Corte IDH dirimió la diferencia al estudiar los hechos que vulneraron las obligaciones internacionales.

Sostuvo que “[e]n la determinación de la atribución al Estado de los hechos que vulneraron las obligaciones internacionales, se superponen formas de responsabilidad directa que se desprenden tanto de la participación directa de agentes estatales y de actores no estatales”,⁷ lo que ocurrió en diferentes momentos de los hechos de violencia contra los integrantes de la UP, ya que hubo, según el Tribunal, “diversos mecanismos de tolerancia, aquiescencia y colaboración para que éstos sucedieran”.

A eso se refirió el ex jefe paramilitar Salvatore Mancuso el 4 de agosto de 2021, cuando declaró ante la Comisión de la Verdad que la UP no fue exterminada por las autodefensas: “Su gran victimario fue el Estado y claro que nosotros tuvimos responsabilidades”. La Corte IDH advirtió que existen casos en los cuales la autoría de las muertes se atribuye a agentes del Estado, especialmente Policía y Ejército, algunos de los cuales fueron reconocidos por el propio Estado.

2.3. Crimen de lesa humanidad o genocidio

La política de Estado de persecución y exterminio de los integrantes y militantes de la UP se desarrolló entre 1984 y 2002 y se basó en la pertenencia de sus miembros a dicha organización, así como en la expresión de sus ideas. El Estado enfatizó que “no está probado que la violencia contra la Unión Patriótica fue una política de Estado” y excluyó expresamente de su reconocimiento el contexto de una violencia contra la UP. Los intervinientes comunes alegaron que la lectura de la responsabilidad del Estado debe efectuarse necesariamente a la luz del contexto de violencia sistemática contra los integrantes y militantes de la UP.

La sistematicidad de la violencia contra la UP fue caracterizada por la Corte IDH en el *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, con referencias a las calificaciones de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, quien se refirió a las ejecuciones de militantes de la UP como “sistemáticas”; al Defensor del Pueblo, que calificó a la violencia contra los dirigentes y militantes de ese partido como “exterminio sistematizado”; a la Corte Constitucional de Colombia, que utilizó el término “eliminación progresiva”; a la CIDH (“asesinato masivo y sistemático”); a la Procuraduría General de la Nación, que se refiere a “exterminio sistemático”; a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (“exterminio”); y a la Fiscalía General de la Nación, que sostuvo que “los crímenes en contra de simpatizantes, miembros, militantes y líderes del Partido Unión Patriótica no fueron hechos aislados, sino que por el contrario, tuvieron un carácter masivo y generalizado”.⁸

⁷ *Idem*, nota 3, párr. 209.

⁸ Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. El senador Manuel Cepeda Vargas era comunicador social y líder del Partido Comunista Colombiano y del partido político Unión Patriótica. Fue ejecutado extrajudicialmente por una alianza entre militares y paramilitares el 9 de agosto de 1994 en la ciudad de Bogotá. En una de las citas del fallo, el Tribunal afirmó: “[e]l punto de inflexión fue el asesinato del senador Manuel Cepeda el 9 de agosto de 1994. El tercer período se extiende desde 1995 hasta 1997 y se caracteriza por ser el más violento, en particular en la región de Urabá, último de los bastiones de éxito político electoral de la UP. De esta forma, la UP decidió no participar en las elecciones locales y regionales de 1997”. También sirvió de

Para la Corte IDH, en Colombia existió un contexto de violencia sistemática contra los integrantes y militantes de la UP dirigida a su exterminio, que se prolongó por más de dos décadas. Esa violencia fue ejercida por diferentes actores estatales y no estatales, y se manifestó de diversas formas. Tomando en cuenta la sistematicidad y la gravedad de esas faltas al deber de investigar y de prevenir, se podría considerar que llegaron a ser de un grado tal que implicaron una conducta estatal que propició la impunidad, al punto de constituir una forma de tolerancia sistematizada frente a los hechos de violencia contra los integrantes y militantes de la UP.⁹

El crimen de lesa humanidad contra integrantes y militantes de la UP fue argumentado por los intervinientes comunes de la familia Díaz Mantilla por la participación directa, tolerancia y aquiescencia del Estado en los hechos que revisten conductas denigrantes y constitutivas de graves violaciones de derechos humanos, de delitos de lesa humanidad que hacen parte de un genocidio político que se dirigió deliberadamente contra los miembros, simpatizantes, militantes y familiares de la UP.

Con esto coincidieron los intervinientes comunes de Reiniciar al observar que la Corte IDH ha realizado directamente calificaciones de hechos bajo los elementos de crímenes internacionales, incluyendo crímenes de lesa humanidad. La CIDH, en su Informe de Admisibilidad, decidió no incluir la alegación de genocidio avanzada por los peticionarios.

La Corte IDH concluyó que

todo el emprendimiento sistemático contra los dirigentes y militantes de la Unión Patriótica configura un crimen contra la humanidad, porque es claro que las acciones y omisiones o aquiescencias estatales emprendidas con el propósito de aniquilamiento de un grupo humano de cualquier naturaleza configuran siempre un crimen de lesa humanidad.¹⁰

Esta condena es muy grave para Colombia, porque es uno de los peores crímenes que pueden ser cometidos por integrantes del Estado. La diferencia sobre la calificación de exterminio y no “genocidio” del partido político UP se debió a que la *Convención* para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y el Estatuto de Roma de 1998, que creó la Corte Penal Internacional, definen al genocidio como el intento “de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”. Por lo tanto, no existe en el derecho internacional el delito de genocidio político.

soporte al caso colectivo de la UP el peritaje rendido por Eduardo Cifuentes Muñoz dentro del caso Manuel Cepeda, quien al referirse a la relación directa entre el surgimiento, la actividad y el apoyo electoral de la UP y el homicidio de sus militantes y dirigentes en regiones, sostuvo: “el ataque repetitivo contra los líderes con poder de representación del partido, puede leerse como un mensaje dirigido a sus integrantes para detener una eventual participación futura, a las bases sociales que ofrecían apoyo a la colectividad, y a los sectores o partidos políticos aliados de la UP, para trazar distancia con la organización, imponiéndose un ambiente político de discriminación, temor y rechazo”.

⁹ *Idem*, nota 3, párrs. 409, 416, 441 y ss.

¹⁰ *Idem*, nota 3, párr. 254.

En este aspecto, la sentencia de la Corte IDH difiere del derecho colombiano. Debido a la movilización y exigencia de las víctimas, el exterminio de la UP fue tipificado como genocidio dentro del Código Penal colombiano (*Ley 599 de julio 24 del 2000*), ya que amplió su definición a los intentos de destruir total o parcialmente a un “grupo político”.

Lo anterior fue ratificado por la Corte Constitucional en sentencias reiteradas, como la C-177 de 2001, al considerar que un Estado puede ampliar el alcance de un crimen internacional,

pues es sabido que la regulación contenida en los Tratados y Pactos Internacionales consagra un parámetro mínimo de protección, de modo que nada se opone a que los Estados, en sus legislaciones internas consagren un mayor ámbito de protección [...] siempre y cuando se conserve la esencia de este crimen, que consiste en la destrucción sistemática y deliberada de un grupo humano, que tenga una identidad definida. Y es indudable que un grupo político la tiene.

2.4. El derecho a la verdad

Con respecto a la controversia sobre la naturaleza del derecho a la verdad, en el sentido de si se entiende como derecho autónomo o si está amarrado necesariamente a otros derechos de la CADH, los intervinientes comunes de Reiniciar le solicitaron a la Corte que declarara la violación del derecho a la verdad como un derecho autónomo.

El Estado aclaró que reconocía responsabilidad por la vulneración de este derecho solo conectado con el “deber de investigar y esclarecer los hechos y el deber de difundir públicamente información de los resultados de las investigaciones”.

La Corte IDH decidió que, si bien el derecho a conocer la verdad se ha enmarcado fundamentalmente en el derecho de acceso a la justicia, no se circunscribe a la verdad procesal o judicial. Puntualizó que “lo cierto es que este derecho a la verdad tiene autonomía”,¹¹ ya que tiene una naturaleza amplia y su vulneración puede afectar distintos derechos contenidos en el tratado, dependiendo del contexto y circunstancias particulares.

Es el caso de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, o el derecho de acceso a la información, o en casos de desaparición forzada, el derecho de los familiares de las víctimas a conocer el destino de estas y, en su caso, dónde se encuentran sus restos.

El voto razonado de los jueces Ferrer Mac-Gregor Poisot y Pérez Manrique, al cual se adhirió el vicepresidente Pazmiño Freire, salió en apoyo de esa decisión, ya que “la Sentencia representa un punto de maduración en la línea jurisprudencial sobre el derecho a la verdad, en tanto reafirma, los desarrollos jurisprudenciales sobre el derecho a la verdad de la Corte IDH sobre autonomía de este derecho”.

11 *Idem*, nota 3, párr. 479.

2.5. Lo que ordena la Corte

La Corte IDH concluyó y declaró que el Estado colombiano es responsable por la violación a los derechos a la libertad de expresión, de asociación y políticos, al derecho a la honra, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida e integridad personal, a la libertad personal y a la libertad de circulación y residencia de los integrantes de la UP. También lo responsabilizó por la vulneración de los derechos de la niña y del niño.

Todo lo anterior como “parte de un plan de exterminio sistemático contra el partido político Unión Patriótica”.¹²

De este modo, el Estado deberá pagar aproximadamente 1.120.000 dólares, que son poco más de 5.113 millones de pesos colombianos.

Además, la Corte IDH le ordenó al Estado las siguientes reparaciones: a) impulsar, en un plazo no mayor de dos años, investigaciones que esclarezcan la verdad de estos crímenes y realizar una búsqueda de las personas desaparecidas –iniciativas que son significativas tanto para la preservación de la memoria y satisfacción de las víctimas como para la recuperación y restablecimiento de la memoria histórica en una sociedad democrática–; b) dar tratamiento médico y psicológico a las víctimas que lo soliciten y que hubiesen sufrido un menoscabo psicológico como consecuencia de los hechos delimitados por la Corte; c) designar un día nacional en conmemoración de las víctimas de la UP y que en él lleven a cabo actividades para la difusión de los hechos de este caso, a fin de evitar que se repitan; d) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en Colombia en relación con la totalidad de los hechos del caso; e) construir un monumento en memoria de los asesinados en el que se deberá colocar una placa en la cual se haga alusión al contexto en que ocurrieron las violaciones con mención expresa de que su existencia obedece al cumplimiento de una reparación ordenada por la Corte Interamericana. Adicionalmente, se deben colocar placas en al menos cinco lugares públicos para conmemorar a las víctimas del caso; f) hacer un documental audiovisual “sobre la violencia y estigmatización contra la Unión Patriótica”, que tenga en cuenta la opinión de los intervinientes comunes de los representantes de las víctimas; g) realizar foros académicos que se centren en la estigmatización que han sufrido estos militantes e informar a la CIDH cómo va a proteger o mejorar los mecanismos de protección existentes a dirigentes de la UP.

¹² *Idem*, nota 3, párr. 655.

3. Palabras finales y reacción a la sentencia

La sentencia de la UP es en sí misma reparadora y representa una gran victoria para las víctimas y los sobrevivientes de dicho partido.

El actual presidente de Colombia, Gustavo Petro, se mostró dispuesto a cumplir el fallo y celebró la sentencia: “Hoy un tribunal de justicia de carácter americano dirá que el Estado ayudó a asesinar a miles de militantes de un partido político, solo porque era de izquierda”.

El ministro de Justicia, Néstor Osuna, dijo también que acatarán la sentencia de la Corte IDH sobre el exterminio de la UP, puntualizando que “nos llama a reflexionar sobre la sociedad que fuimos y que no podemos volver a ser, nunca más”.

La ex ministra de Cultura, Patricia Ariza, escribió: “Soy sobreviviente y llevo en mi corazón a todos los asesinados. La memoria, la justicia y el afecto hacen parte de la reparación”.

El senador del Polo Democrático, Iván Cepeda, hijo de Manuel Cepeda, sostuvo que “Es una sentencia que, sin lugar a duda, hace justicia a tres décadas de lucha y que se constituye en un precedente para que no se vuelva a producir un genocidio político en Colombia”.

La senadora Jahel Quiroga, sobreviviente del exterminio y ex integrante de Reiniciar, resaltó que en el continente no hay un caso similar al de la UP, en donde hay violaciones masivas de derechos. Le envió un mensaje “a los ausentes de hace mucho tiempo y los compañeros y compañeras que murieron, a ellos mi admiración, mi respeto, mi vida”. Añadió que es “una sentencia hito para el continente americano y que irá a reparar a los partidos políticos de oposición”.

La senadora y sobreviviente de la UP Aida Avella aseguró que el fallo es trascendental para las víctimas, para las personas que batallaron por años para que se lograra justicia.

Martha Lucía Zamora, directora de la ADJE, comentó que el fallo “[s]e trata de una mezcla de situaciones muy dolorosas, no hay defensa y la sentencia es la mejor forma de reparar a las víctimas de la UP. Así las cosas, se podrá tener la seguridad de que por fin existe justicia”.

Hay plena confianza en que el gobierno actual cumpla a cabalidad la sentencia, marcando así la diferencia con sus antecesores y reafirmando el cambio de actitud y voluntad política que ha demostrado al respaldar el Sistema Universal y el Interamericano de Derechos Humanos.

Principio de complementariedad. Participación de las víctimas

Corte IDH. *Caso Habbal y otros Vs. Argentina.* Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463

Por Rodrigo Robles Tristan¹

1. Introducción

En la sentencia comentada, la Corte IDH falló unánimemente desestimando las dos excepciones preliminares planteadas por el Estado. En cuanto al fondo, concluyó que este último no era responsable por las violaciones de derechos alegadas.

La petición fue presentada en mayo de 1996, admitida en julio de 2008 y elevada a la jurisdicción contenciosa en febrero de 2021. En la sentencia, de agosto de 2022, el Tribunal hizo notar su preocupación porque

entre la presentación de la petición inicial ante la Comisión, y el sometimiento del caso ante la Corte, transcurrieron más de 24 años, más aún considerando que el objeto del presente caso incluye alegatos relacionados con la posible situación de apatridia de una presunta víctima.²

1 Abogado y docente de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Coordinador de peticiones y casos ante el Sistema Interamericano de la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales en materia de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Las expresiones vertidas en el artículo corresponden al autor.

2 Corte IDH. *Caso Habbal y otros Vs. Argentina.* Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463, párr. 3.

Se trata de unos hechos que guardaron cierta notoriedad en la Argentina: la incursión en el país de Monzer Al Kassar, una persona que acumula varias condenas por tráfico de armas y de drogas ilícitas en distintos Estados, y otras tantas sospechas de haber participado de algún modo en eventos traumáticos de la historia nacional.³

Las personas señaladas como presuntas víctimas por la CIDH y por los representantes son la esposa del nombrado –Raghda Habbal– y las hijas e hijo del matrimonio. Los últimos eran, a la época de los hechos relevantes, menores de edad (el varón contaba con meses de nacido).

En cuanto a los pormenores de hecho, basta con retener que se cuestionaba la adopción de dos decisiones: la cancelación de la radicación migratoria y consiguiente orden de detención y expulsión del país de la señora Habbal en mayo de 1992 y la cancelación de su naturalización como argentina en octubre de 1994.

2. La participación de las víctimas en el proceso internacional

La jurisprudencia interamericana dice que

(u)na vez el caso es sometido a la Corte es necesario el consentimiento de las presuntas víctimas a ser parte del proceso, siempre y cuando sea posible, en tanto su participación por sí mismas o por medio de sus representantes es indispensable en el procedimiento ante este Tribunal.⁴

Y que el consentimiento y/o voluntad de participación de la víctima en cuestión “es un elemento fundamental para que la Corte adjudique responsabilidad internacional al Estado en su perjuicio”.⁵ Más aún, “se hace necesario una manifestación expresa de voluntad de (la presunta víctima) o de su representante legal con la finalidad de que pueda efectivamente participar en el proceso”.⁶

3 Véase Télam, “Relacionan el atentado a la AMIA con el Irangate y la venta ilegal de armas a Croacia”, 15 de julio de 2017.

4 Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 44. En el caso, la Corte se abstuvo de pronunciarse sobre una presunta víctima que estaba ausente, respecto de quien los representantes apoderados por otras víctimas dijeron que “carecían de un poder de representación expreso”, además de que no respondió a los requerimientos del Tribunal y, según testigos, no tenía intenciones de involucrarse en el caso (párr. 47).

5 *Idem*, nota 4, párr. 46.

6 Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 39. En aquel caso, ante la circunstancia de que una presunta víctima no manifestó por sí su voluntad de participar en las actuaciones internacionales, al tiempo que no se tenía contacto con ella y que los representantes no se atribuían su representación, la Corte se abstuvo de pronunciarse en relación con las alegaciones referidas a esa persona (párr. 38). En otro caso, en el que las víctimas tampoco estaban presentes ni fue posible contactarlas, se suspendió el trámite, que no fue reanudado sino hasta que dichas personas fueron habidas y designaron defensores públicos interamericanos. Conf. Corte IDH. *Caso González y otros Vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 20 de septiembre de 2021. Serie C No. 436, párr. 5.

Parece que el Estado mal entendió esa jurisprudencia al plantear que la Corte IDH debía abstenerse de pronunciarse sobre las presuntas víctimas porque no les constaba su consentimiento (o conocimiento) respecto del trámite internacional, ni contaba con una representación debidamente acreditada de ellas. La señora Habbal apoderó a una persona el 18 de septiembre de 1991, quien en 1993 extendió, a su vez, un poder para juicios en nombre de ella, en favor del letrado que la representó a nivel doméstico e internacional. Para la Corte IDH, ese poder estaba “vigente” y era “suficiente” respecto de todas las presuntas víctimas.⁷

La Corte IDH no respondió los argumentos del Estado orientados a cuestionar la suficiencia de ese instrumento respecto de la señora Habbal, teniendo en cuenta la falta de contacto o instrucciones de los representantes con la nombrada. Quizás porque el argumento estatal se basaba en la jurisprudencia del TEDH,⁸ en el contexto de la aplicación de sus propias reglas procesales,⁹ pero lo cierto es que esas mismas reglas también están reconocidas en el ámbito interamericano.¹⁰

Además, el tema de la falta de contacto estuvo presente en la audiencia: los jueces de Bittencourt Mudrovitsch y Sierra Porto y el propio presidente del Tribunal preguntaron explícitamente a los representantes si mantenían relación con las presuntas víctimas, si sabían qué fue de ellas, si estaban en condiciones de que les ratifiquen el poder o si contaban con instrucciones suyas. Pero estas inquietudes de los magistrados no se trasladaron a la sentencia, a pesar de las respuestas negativas que obtuvieron.

Esto es todavía más llamativo en relación con las hijas e hijo de la señora Habbal, que no aparecían nombrados en el poder de 1993. El presidente preguntó directamente sobre la cuestión en la audiencia y la Corte IDH, en una actuación del 11 de marzo de 2021 que no aparece relatada en la sentencia,¹¹ requirió a los representantes que, a los fines de “confirmar (la) acreditación como representante(s) de los cuatro hijos de la señora Habbal”, acompañen un poder “de(l) que se derive una manifestación clara de la voluntad de dichas personas para ser representadas en el trámite del presente proceso”.

Al final, al Tribunal le bastó con el viejo poder de 1993, concedido por la señora Habbal cuando todos sus hijos eran menores de edad. Evidentemente, ese poder no expresaba “una manifestación clara de la voluntad de (las hijas e hijo de la señora Habbal) para ser representadas en el trámite del proceso”, como la propia Corte había pedido en marzo de 2021. Para la Corte IDH, las hijas e hijo están comprendidos

7 *Idem*, nota 2, párrs. 22-24.

8 Conf. TEDH. *Case of N.D. and N.T. v. Spain*, Application No. 8675/15 and 8697/15, 13 de febrero de 2020, Court (Grand Chamber), párr. 72; *Case of Sharifi and others v. Italy and Greece*, Application No. 16.643/09, 21 de octubre de 2014, Court (Second Section), párrs. 124-134; *Ibrahim Hayd v. The Netherlands*, Application No. 30.880/10, Decision, Court (Third Section), 29 de noviembre de 2011, párr. 10 y *Case of Ramzy v. The Netherlands*, Application No. 25.424/05, 20 de julio de 2010, Court (Third Section), párrs. 64-66.

9 Conf. art. 37 del CEDH, que regula el posible archivo de las actuaciones por desistimiento, resolución a nivel interno o “cualquier otro motivo” que lo justifique y artículo 45.3 de las Reglas de Procedimiento del TEDH, que establecen que los representantes de las víctimas deben justificar su personería con un poder otorgado por aquellas.

10 Conf. artículo 48.1.b de la CADH; artículo 42 del Reglamento de la CIDH y artículos 2.26 y 35.1.b del Reglamento de la Corte IDH. Este último sostiene que los representantes son quienes están “debidamente acreditados” como tales.

11 Véase la sección II, “Procedimiento ante la Corte”.

dentro esa relación jurídica, porque fue otorgada “cuando la señora Habbal tenía la patria potestad” sobre ellos, al tiempo que no había sido “revocad(a)” por ninguno.

Este argumento había sido enérgicamente objetado por el Estado, básicamente porque confiere una suerte de “ultraactividad” a la patria potestad respecto de personas adultas, que hoy superan los treinta años de edad, prescindiendo absolutamente de su genuina voluntad, paradero, consentimiento e incluso conocimiento sobre el trámite internacional. La Corte IDH nada dijo sobre el punto.

Por lo tanto, me sigo preguntando al día de hoy, a la luz de la propia jurisprudencia del Tribunal que reseñé más arriba, ¿cómo se hace para extender a una persona los efectos de una relación jurídica en la que no participó? ¿Cómo puede pedírsele que “revoque” un instrumento que no la nombra? Por lo demás, si la Corte entendió desde el vamos que esto era razonable, ¿para qué les solicitó en primer término a los representantes que presentaran un poder específico? ¿Por qué les consultó específicamente en la audiencia sobre el particular?

3. El análisis de responsabilidad del Estado

La Corte IDH descartó de plano la excepción planteada por el Estado en el sentido de que no se estaba ante un caso o controversia, sino ante un alegato hipotético-conjetural. Para ella, la evaluación sobre si hubo “incumplimiento del deber de respeto” en relación con los derechos invocados o si los actos estatales “tuvieron un efecto en los derechos de las presuntas víctimas, o bien si han cesado y han sido reparad(os)” corresponde al fondo y, por ende, no descarta su competencia.¹²

En cuanto al fondo, el razonamiento de la Corte IDH tiene una peculiaridad que me interesa destacar especialmente porque se compone de dos niveles de análisis: uno es el “incumplimiento de las obligaciones de la CADH” y el otro, la concurrencia o no de “afectaciones concretas” derivadas de ese incumplimiento. En otras palabras: el análisis en el plano teórico-jurídico y en el plano fáctico aparecen separados, despegados y, al parecer, independientes.

En el primer nivel hay un extenso recitado de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre las garantías procesales aplicables en los procedimientos migratorios y las obligaciones estatales en materia de nacionalidad y prevención de la apatridia. La Corte también fijó algunos estándares novedosos.

Luego vino una suerte de confronte de ese recitado de estándares con el procedimiento migratorio y la decisión respectiva, en el que la Corte IDH concluyó que el contenido de la resolución en perjuicio de la señora Habbal y el procedimiento seguido para su adopción “constituyeron un incumplimiento de

¹² Esta conclusión de la Corte se corresponde con el hecho de que el progreso de este tipo de planteos en los tribunales internacionales depende de determinar si, en las circunstancias del asunto, su naturaleza es exclusivamente preliminar o si contiene aspectos tanto de admisibilidad como de fondo. Conf. CIJ; “Cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 surgidas del incidente aéreo del ‘Lockerbie’” (Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos de América), 27 de febrero de 1998, párr. 49. La Corte entendió lo segundo.

las obligaciones del Estado contenidas en los artículos 22.5, 22.6, 7, 8.1, 8.2.b), c), d) y h), y 19 de la CADH”.¹³

Luego repitió con otros términos que ese incumplimiento se daba por “el hecho mismo de la existencia de dicha decisión y del procedimiento para su adopción” y volvió a buscar la excepción preliminar que había dejado en el camino, para sostener que “(d)esde esa perspectiva, el caso no resulta conjetural o hipotético”.

En el segundo nivel de análisis, la Corte IDH observó que

no existen elementos de prueba que permitan acreditar que la (expulsión) si bien se encontró vigente desde 1992 hasta el año 2020, interfiriera de forma alguna con la posibilidad de las presuntas víctimas de permanecer en territorio nacional argentino o de ingresar en él, o bien que impidiera de alguna forma el ejercicio de su libertad personal.¹⁴

El Tribunal se basó en dos consideraciones: i) la señora Habbal ingresó nuevamente al país después de la expulsión “sin que existan indicios de que su derecho a la libertad de movimiento o su libertad personal fuera restringida” y ii)

la ausencia de participación de las presuntas víctimas en el proceso impidió conocer si, más allá de aquellos aspectos que se desprenden de las pruebas aportadas en el proceso, la señora Habbal, sus hijas y su hijo hayan sufrido afectaciones concretas.

Luego vino el análisis de complementariedad, al que me referiré en el apartado siguiente.¹⁵

Para la cancelación de la naturalización, tras el recitado de rigor, la Corte IDH concluyó que la decisión no implicó la violación del principio de inocencia, como se había alegado, pues ese proceso tenía una naturaleza distinta que el penal, en el que la señora Habbal fue sobreseída. En la misma línea, rechazó el alegato de violación del principio de legalidad, porque el presupuesto de hecho de la cancelación no se correspondía con el tipo investigado en la causa penal. Consideró, también, que la decisión estaba

13 *Idem*, nota 2, párr. 80. En el marco de ese confornte, la Corte detectó que i) la resolución migratoria se dictó de oficio sin que la señora Habbal pueda ejercer, antes de su dictado, los derechos procesales a ser informada de las alegaciones en su contra, a contar con asistencia letrada, a ser oída, etcétera; ii) que no intervino un organismo especializado en niñez, ni se fundamentó suficientemente lo decidido en función del interés superior de las hijas e hijo y particularmente, del impacto que tendría sobre ellos en su especial situación de vulnerabilidad y en su unidad familiar; iii) que, tratándose del dictado de una detención por razones migratorias, se prescindió de la ponderación de necesidad y proporcionalidad, y de “absoluta indispensabilidad” para el caso de niñas y niños.

14 *Idem*, nota 2, párr. 81.

15 *Idem*, nota 2, párr. 84.

justificada en la falsedad de los hechos invocados para obtener la naturalización, de acuerdo con la causal específicamente contemplada en la ley.

Finalmente, reconoció que el tribunal interviniente a nivel nacional no consideró el posible riesgo de apatridia en el que quedaría la señora Habbal al ser cancelada la naturalización argentina. Sin embargo, observó que la nombrada contaba con otras nacionalidades —española y argentina poscancelación de la naturalización—. También tuvo en cuenta que la señora Habbal se valió de la nacionalidad siria con posterioridad a haberla renunciado, de modo que dicha renuncia no había tenido efectos. En conclusión, “en las circunstancias del presente caso, resulta evidente que no existió riesgo de que la presunta víctima se encontrara en situación de apatridia”.

4. Comentarios

El fallo trajo consigo ciertas objeciones que propongo retomar.¹⁶ La primera tiene que ver con lo que antes llamé “segundo nivel de análisis”. Se dice que, al exigir “efectos materiales”, la Corte IDH se contradijo con su jurisprudencia de “Vera Rojas” y “Petro Urrego”, en la que no los exigió para concluir que el Estado era responsable.

No comparto que exista esta contradicción, pues en “Vera Rojas” la Corte IDH no prescindió de los “efectos materiales” de la actividad estatal impugnada.¹⁷ Por el contrario, entendió que sí los hubo: no el cese de la prestación en sí mismo, pero sí el riesgo fatal al que fue sometida la víctima. Asumido este riesgo fatal, la Corte IDH procedió a analizar si cesó producto de la actuación estatal y llegó a la conclusión negativa. La concreción del riesgo fatal se evitó por la actuación de las propias partes interesadas y, en todo caso, ese riesgo persistía a pesar de las decisiones adoptadas por el Estado.¹⁸

En lo que respecta a “Petro Urrego”, coincidí con que la Corte IDH no identificó “efectos materiales” derivados de la inhabilitación del entonces alcalde mayor de Bogotá. El Tribunal consideró que la destitución “no fue subsanada totalmente”¹⁹ porque fue interrumpido el ejercicio del cargo por espacio de un mes, pero nada dijo sobre la subsistencia o no de la inhabilitación. Y es cierto que esa decisión estuvo suspendida mientras se tramitaban las actuaciones de fondo que posteriormente resolvió el Consejo de Estado, por lo cual el Petro fue candidato después.

16 Tomo aquí, en general, las publicaciones en la red social “Twitter” de la doctora Silvia Serrano Guzmán (disponible en: <https://twitter.com/silviaserranog/status/1577733979343667220>) y de la doctora Ivonne Garza (disponible en: <https://twitter.com/ivonnegarza/status/1577402305766268928>).

17 No por esto desconozco que hay ciertas “acrobacias” en los razonamientos de la Corte IDH, al decir de Serrano Guzmán. Esto fue señalado desde adentro: el juez Sierra Porto entendió que el principio de complementariedad fue aplicado de manera incoherente. 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, párr. 14. En ese sentido, el voto de la mayoría sostuvo en cuestión de unos pocos párrafos que la ilicitud internacional cesó, y después, que no había cesado del todo, para luego afirmar que persistía.

18 *Idem*, nota 17, párrs. 123, 143 y 145.

19 Conf. Corte IDH. *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr. 108.

Podría decirse que, si bien no tuvieron lugar los “efectos materiales” propios de la inhabilitación en sí misma, dichos efectos sí se produjeron en relación con la vigencia del principio democrático y los derechos de los electores. Puede que la Corte haya asumido que la inhabilitación generó un efecto en la consideración política del señor Petro y en el electorado, lo que representó “efectos materiales” de la decisión,²⁰ pero es cierto que no lo dijo explícitamente.

Dicho lo anterior, aun reconociendo que la sentencia de la Corte IDH pueda resultar innovadora o inconsistente con la jurisprudencia previa (de otra composición), entiendo que está fuera de discusión que la expulsión de la señora Habbal no produjo “efectos materiales”. Las objeciones se concentran en que la sentencia trasladó la carga de probar esos “efectos materiales” a las presuntas víctimas, al señalar que no tenía conocimiento de los primeros, producto de la falta de participación de las segundas.²¹

Se dice que esa falta, en todo caso, debió perjudicar al Estado, con sustento en los casos “J.” y “Roche Azaña”, porque no notificó la resolución migratoria. Estas objeciones se vinculan con una más general en materia probatoria, que le achaca a la Corte IDH la falta de una perspectiva contextual que tome en cuenta la vulnerabilidad de las personas migrantes y/o en riesgo de apatridia.

Pienso que la caracterización de las intersecciones que pudiere plantear determinada situación en clave académica (v. gr, personas en situación de movilidad y/o en riesgo de apatridia) no inclina por sí sola la carga probatoria y argumental en el contexto de un caso judicial. La vulnerabilidad es una cuestión de hecho que, por lo tanto, exige la mención y acreditación de las condiciones personales del sujeto o de la naturaleza de la situación específica en la que se encuentra.²²

En esa lógica, me parece bastante evidente que la situación específica de la señora Habbal y sus hijas e hijo con respecto a las decisiones sobre residencia y nacionalidad no se identifica con la situación en que se encontraban las personas y comunidades involucradas en los casos que la Corte IDH decidió en materia de contextos de movilidad humana o de riesgo de apatridia; ni mucho menos se compadece con la zozobra que experimentan las personas víctimas de las crisis de movilidad humana que asolan a la región y al mundo.

Pienso, por ejemplo, en la falta de notificación y consecuente carencia de efectos de la decisión migratoria,²³ o en los múltiples ingresos y egresos del país y el empleo de diversas nacionalidades. Todas esas

20 El juez Zaffaroni refirió, en ese sentido, que “(s)ería caer en el desconocimiento de un elemental dato de la realidad pasar por alto o pretender ignorar que, una imputación política de corrupción, mediante un procedimiento nulo, tratándose de una persona con actividad política, siempre en alguna medida importa una lesión al honor objetivo, es decir, en cuanto a sus efectos respecto de terceros y del propio electorado, cuando es sabido que, al margen de lo jurídico, todo proceso es susceptible de generar una duda o dejar una mancha en la opinión pública, o sea, en cuanto al crédito o confianza que en la persona depositen sus conciudadanos”. Y que, por ello, aún con la nulidad dispuesta por el Consejo de Estado, “una parte del daño está consumado y no es reparable”.

21 En la misma línea, se argumenta que la Corte IDH debió exigir al Estado que pruebe que, efectivamente, la señora Habbal continuaba siendo ciudadana siria a pesar de haber renunciado a esa nacionalidad, de modo de acreditar que esa circunstancia no la colocó en riesgo de apatridia.

22 Conf. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 88.

23 Conf. art. 11 de la Ley N° 19549 y Hutchinson, T., “Régimen de procedimientos administrativos”, 9ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2013, pp. 112-114. Hay que recordar que Al Kassar obtuvo directamente de la familia presidencial aquellos documentos, familia que también estaba en el poder cuando la cancelación de ambos.

circunstancias, que para mí están lejos de la vulnerabilidad y más bien cerca del poder, son explicitadas en la sentencia.

Y a ellas se les unen otras circunstancias acreditadas que lamentablemente no fueron expuestas en la sentencia, lo cual probablemente hubiera evitado las críticas en su contra. Entre esas circunstancias: la indagatoria de Al Kassar indicando que su “giro comercial” implicaba radicarse y nacionalizarse en muchos países; el hecho notorio del excelente pasar económico de la familia por entonces;²⁴ la ausencia de información sobre el momento y el modo en que la familia egresó de la Argentina; y las declaraciones de la señora Habbal que dejaban entrever que su presencia en el país era intermitente y/o incluso que siquiera estaba aquí para el momento de los hechos.²⁵

Siguiendo con las objeciones, vale la pena repasar brevemente el razonamiento probatorio de la Corte en “J” y en “Roche Hazaña”. En el primero, entendió que las pruebas respecto de ciertas alegaciones estaban en “absoluto control” del Estado, que por lo tanto se encontraba en mejor posición para esclarecer tales alegaciones y aplicando ese criterio (en conjunción con indicios de contexto y testimonios) las tuvo por acreditadas.²⁶ En relación con la violencia sexual sufrida por la víctima, la Corte IDH también aplicó este mismo criterio, en conjunción con la falta de investigación del hecho y las “razones” invocadas para justificarla.²⁷ Dijo entonces que “llegar a una conclusión distinta, implicaría permitir al Estado ampararse en la negligencia e ineffectividad de la investigación y la situación de impunidad en la que permanecen los hechos del caso, para sustraerse de su responsabilidad”.

En cuanto a los Roche Hazaña, originales del Ecuador, llegaron a Nicaragua en una camioneta repleta de personas migrantes que fue acribillada a balazos tras pasar un control fronterizo terrestre. El señor Roche Hazaña estaba en coma cuando los funcionarios estatales a cargo de la investigación fueron a interrogarlo. Pero después de que salió del coma, nunca fue notificado para poder ejercer los derechos procesales que la legislación vigente le permitía “debido al absoluto desconocimiento de la existencia del proceso”. El señor Roche Hazaña era una persona migrante, circunstancia que lo colocaba en

24 Véase, en general, “El País”, “‘Soy un muerto viviente’: la actual vida del ‘Príncipe de Marbella’, traficante de armas”, 10 de septiembre de 2019. En este artículo se afirma que la señora Habbal continuaba viviendo en Marbella al momento de la publicación, pero en el ESAP los representantes señalaron que vive en Siria. En la sentencia, la Corte se refirió a otro artículo del mismo diario: “Menem despoja de la ciudadanía argentina al presunto ‘narco’ y terrorista Al Kassar”, 8 de mayo de 1992.

25 En el procedimiento ante la CIDH, los representantes habían manifestado que durante el proceso de ciudadanía ella no se encontraba en la República Argentina (esto es, entre 1992 y 1994). Véase CIDH. Informe N° 140/19, párr. 21. A lo que hay que sumar una prueba que fue producida ante la Corte IDH: las declaraciones indagatorias que Raghda Habbal y Al Kassar rindieron ante los tribunales argentinos en la causa penal que se les siguió por la falsedad ideológica de la residencia y la naturalización (la señora Habbal fue sobreseída). De esas declaraciones surgía que, durante el tiempo de los hechos relevantes, la señora Habbal “iba y venía” del país, y que luego del nacimiento del hijo varón tenían apuro por volver a Marbella, ya que sus hijas estaban allí.

26 Conf. Corte IDH. *Caso J Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párrs. 142 y nota 240, sobre el lapso temporal en que la señora J. fue detenida sin ser judicializada, párrs. 198-201, sobre la notificación formal de los cargos antes de la declaración, párrs. 238-241, sobre la presentación pública de la señora J. como una delincuente terrorista. La Corte resolvió otras dudas probatorias en contra de la víctima, véase párrs. 146-147, sobre el permiso otorgado para un allanamiento, etc.

27 *Idem*, nota 26, párrs. 306, 318, 320, 321, 323, 324 328, 330, 331, 333, 334, 339, 352, 354, 355, 356, entre otros.

situación de “desigualdad real” que, a su vez, “tuvo un impacto fundamental en su ausencia de participación en el proceso”.²⁸

Al respecto:

i) Creo sinceramente que las circunstancias narradas dos párrafos más arriba revelan que el caso Habbal no presentó situaciones de “dudas probatorias”.

ii) En “J” y “Roche Hazaña”, la Corte IDH tuvo ante sí elementos de contexto y pruebas (declaraciones de las víctimas o de sus allegadas/os, informes, pericias, etc.) y los hizo valer frente a la falta de justificaciones o pruebas que correspondía al Estado aportar con el objeto de esclarecer el asunto y/o frente a sus omisiones de protección reforzada respecto de personas desaventajadas. Todo en el marco de hechos internacionalmente ilícitos que configuraron menoscabos concretos en la esfera de derechos de las personas damnificadas, de cuyos padecimientos la Corte IDH pudo dar cuenta pormenorizada.

No encuentro de qué manera el Estado podría haber aportado más para probar un hecho negativo (*i.e.*, la falta de “efectos materiales”) ni qué información podría haber tenido exclusivamente en su poder para esclarecerlo. Entiendo, en este sentido, que es innecesario (además de impracticable) pedirle a Siria que certifique que la señora Habbal continuó siendo siria, si se advierte que, en los hechos, usó el pasaporte sirio después de la supuesta renuncia (que, según la ley siria, debe ser aceptada para producir efectos). La Corte IDH debió ser mucho más explícita en su reconstrucción probatoria sobre este punto, porque las pruebas no le faltaban.

iii) Cuando en “Habbal” la Corte dice que no cuenta con información de las víctimas por su falta de participación en el trámite, no se está refiriendo, en rigor, a su falta de participación en el procedimiento migratorio. Se refiere al proceso internacional.

Por esto digo que lo decidido en “Habbal” no es el resultado de una valoración de la prueba perjudicial para las presuntas víctimas y “beneficiosa” para el Estado, sino de un déficit mucho más profundo, que no se resuelve invirtiendo la carga de la prueba o aplicando la perspectiva de la vulnerabilidad.

Más allá del relato técnico-jurídico, la Corte IDH no tuvo una sola referencia sobre el concreto impacto de la decisión migratoria en la persona, bienes o intereses de las presuntas víctimas. Además, ni la CIDH ni los representantes alegaron “efectos materiales” derivados de esa decisión, tendientes a demostrar que “interfiriera de alguna forma” en los derechos de esas personas, lo que quedó de manifiesto en las preguntas formuladas específicamente en la audiencia por los jueces Ferrer Mac Gregor y Sierra Porto y por el presidente. Me parece que esto es una consecuencia evidente de la absoluta falta de información sobre el conocimiento y consentimiento de las presuntas víctimas en relación con el trámite internacional, lo que me lleva a reflexionar sobre la pertinencia de la excepción preliminar.

28 Conf. Corte IDH. *Caso Roche Azaña y otros Vs. Nicaragua*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C No. 403, párrs. 90, 92, 93, etc.

En “Habbal” las presuntas víctimas no fueron detenidas ni expulsadas del país y, de hecho, reingresaron a la Argentina sin problemas en cuatro oportunidades. Por consiguiente, la decisión migratoria no tuvo sus efectos propios, ni se alegaron otros que pudieran desprenderse de ella, siquiera alguno que posibilite presumir que las presuntas víctimas debieron modificar su conducta de alguna forma producto de esa decisión.²⁹ Me pregunto dónde está la vulneración de los artículos 7 y 22 de la Convención Americana.

iv) A diferencia de “Roche Hazaña”, la falta de participación en el procedimiento migratorio, producto de la no notificación del mismo, tiene una dimensión ciertamente relativa. El señor Roche Hazaña acabó, en palabras de la Corte IDH, siendo “relegado” del proceso en el que se determinó la inocencia de sus atacantes, sin que él o su familia puedan ejercer la participación que una legislación que no conocían les concedía. Además, como la decisión la tomó un jurado, no la pudo impugnar posteriormente. La decisión migratoria del caso “Habbal” nunca se ejecutó. Estuvo vigente, sin cumplir sus efectos, hasta que el Estado la derogó en cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH, interesando la no elevación del caso a la jurisdicción contenciosa de la Corte.

Durante todo ese lapso, la señora Habbal tuvo conocimiento de la resolución y, sin embargo, pudiendo hacerlo, no se notificó espontáneamente con el objeto de resistirla. Hay que recordar que, en paralelo, la señora Habbal sí participó del proceso judicial por la cancelación de la nacionalidad, con la representación de distinguidos abogados del fuero federal. En ese proceso, se refirió pormenorizadamente a la resolución migratoria que no había sido notificada e incluso se agravió por ella. Por cierto, sin que pueda decirse que, por su condición de extranjera, estaba en la situación de indefensión legal en que se encontraron los Roche Hazaña, si se tiene que al mismo tiempo estaba ejerciendo una sofisticada defensa judicial en los estrados penales y civiles.

Considero, en definitiva, que el caso “Habbal” no podía resolverse con el razonamiento probatorio de los casos “J” y “Roche Hazaña” porque lo que falta en el primero no son solo pruebas, sino la identificación misma de esos supuestos “efectos materiales”. No se trata de omisiones estatales que “benefician” al Estado, sino de la falta de concurrencia de los elementos que caracterizan la definición de un “caso” (conf. art. 62.1 de la CADH): un alegato de hechos que, jurídicamente caracterizados, suponen la lesión de derechos reconocidos.

Intuyo cierta expectativa de que el acopio de recitados de estándares por parte del sistema interamericano mejorará, *ipso facto*, la situación general de injusticia económica, social y ambiental en la que nos encontramos a nivel continental. Pienso que esto tiende a concentrar los esfuerzos de los actores y del propio sistema en el mecanismo de casos y peticiones, cuando existen otras funciones, referentes a la articulación política en derechos humanos propia de la CIDH, que mejor (y seguro más rápido) encarnan el abordaje de esa situación general.

²⁹ Conf. arg. a contrario TEDH. *Case of Bowman v. The United Kingdom*, Application No. 24.839/94, 19 de febrero de 1998, Court (Grand Chamber), párr. 29.

Estas mismas expectativas me llevan a decir que, cuando la Corte IDH rechaza un caso es una “oportunidad perdida” de desarrollar el repertorio de jurisprudencia. Seguro que esto también influyó sobre la Corte IDH y su peculiar tratamiento de la responsabilidad internacional en dos niveles. Esta metodología le permite decir que, sin atender lo fáctico, hubo un “incumplimiento de las obligaciones de la CADH” y despacharse con todo un análisis técnico jurídico que, en definitiva, no se corresponde con una situación concreta en la que eventualmente tenga incidencia una sentencia.

No descalifico en absoluto el pronunciamiento técnico-jurídico de la Corte, que por cierto tiene una clara vigencia en las discusiones actuales de nuestro país sobre el procedimiento migratorio. Un ejemplo de ello es la afirmación en el sentido de que los organismos que deciden sobre la expulsión de personas que pueden afectar a niñas y niños y a la unidad familiar están obligados y no meramente facultados a pronunciarse explícitamente sobre ambas cuestiones,³⁰ o que deben garantizar la asistencia legal notificando al interesado de su derecho de ejercerla y/o incluso a la defensa pública.³¹

Sin embargo, entiendo que el análisis de responsabilidad siempre debe partir por lo fáctico pues, de otro modo, la discusión jurídica deja de sustentarse en un caso y pasa a sustentarse en una declaración abstracta y general de derecho. Esto es relevante para la Corte IDH, que posee las dos atribuciones, pero en procesos y contextos muy diferenciados (conf. arts. 62.1 y 64 de la CADH).

Es cierto que el sistema de casos y peticiones apunta a contribuir sobre discusiones de “interés público interamericano” a partir del desarrollo de la jurisprudencia (conf. art. 45.2.c. del Reglamento de la CIDH), pero no por eso deja de ser un sistema contencioso, concebido para declarar la responsabilidad internacional de un Estado en relación con unos hechos y unas pruebas que los demuestran. Cuando la Corte IDH dice que esos hechos y esas pruebas no están, no podemos considerarlo una “oportunidad perdida” ni concluir que el Estado ha salido “premiado”.

30 La CSJN opinó que la dispensa por reunificación familiar es discrecional y restrictiva en “Barrios Rojas” (Fallos 343:990), aunque los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti entendieron que denegarla podía incidir arbitrariamente en el derecho a la protección judicial si se demostraba el grado de desamparo en el que quedarían los integrantes de la familia si se concreta la expulsión, o si aparecían involucrados directamente niñas y niños cuyo interés superior la justifique. Véase la aplicación de esta última excepción, por la mayoría, en “C.G.” (Fallos 345:905). En “Otoya Piedra” (Fallos 344:3600), la CSJN interpretó que la negativa a esa dispensa se entendía justificada en la sola mención de la entidad y gravedad del eventual delito cometido por una persona migrante.

31 La Corte Suprema, por mayoría, opinó lo contrario en Fallos 345:14, “Zuluaga Celemin”, indicando que no había “incumplimiento de un precepto normativo expreso y específico” si no se le comunicaba personalmente a la persona migrante su derecho de contar con abogado ni se daba intervención a la defensa pública, porque ninguna de esas prevenciones emanaba del artículo 86 de la ley de migraciones 25.871; y además, porque en los hechos la persona pudo recurrir la expulsión, con asistencia jurídica gratuita, con posterioridad a su dictado. El juez Rosenkrantz sostuvo, en disidencia, que al citado artículo 86 debían sumarse las disposiciones de la Ley N° 19549, que garantizan el derecho de defensa en el procedimiento administrativo antes de que se decidan las cuestiones debatidas, y a la asistencia jurídica gratuita de forma *obligatoria* si se discuten cuestiones de derecho. Todo ello redundaría en que la persona tiene el derecho de defenderse y, para ejercerlo, debe contar con asistencia letrada, desde antes de que se decida, y que la autoridad migratoria debe comunicarle que tiene ese derecho porque si no, la posibilidad de que lo ejerza sería “una quimera”. Esta opinión del juez es consistente con su voto en disidencia conjunta con la jueza Highton de Nolasco en Fallos 341:1570. El dictamen del procurador fiscal Víctor Abramovich sostiene una lectura semejante y se posiciona en diversas decisiones de la Corte IDH y otros organismos de protección.

Los estándares sobre cuestiones de interés público siempre son bienvenidos. Pero en el marco de un caso contencioso en el que se discute la responsabilidad internacional de un Estado, es la controversia la que debe suscitar la discusión de interés público y no al revés. En ese sentido, el juez Fitzmaurice sostuvo que:

La tarea de un tribunal internacional no es distribuir culpas en el vacío, o encontrar a los Estados responsables de ilegalidades, salvo en función de y en relación con una decisión (que establezca) que dichas ilegalidades han sido la causa de las consecuencias objetadas, por las cuales el Estado concernido es internacionalmente responsable, o salvo en relación a una situación jurídica que aún continúa en la que un pronunciamiento puede tener interés material y relevancia.³²

Una última objeción señala que la Corte IDH aplicó una “franca distorsión” del principio de complementariedad, porque ese principio no puede dar lugar a “oportunidades indefinidas”. Al respecto, observo, como lo hizo el Tribunal, que el asunto estuvo más de veinte años en el seno de la CIDH hasta que adoptó una decisión de fondo con recomendaciones. El Estado cumplió con esa recomendación, por lo que no hubo “oportunidades indefinidas”, sino la convencionalmente prevista (art. 50 del tratado).

En base a ello, y a las capacitaciones que también se dispusieron como correlato del informe del artículo 50, el Estado solicitó que el caso no fuese enviado a la Corte. En cuanto a las recomendaciones restantes (el pago de una suma económica y la restitución de la nacionalidad), el Estado señaló que no podía estimarse una indemnización en relación con personas cuyo paradero y voluntad se desconoce. Y lo propio con la nacionalidad, que hasta donde sé no puede atribuirse forzosamente a quien no la pide.

Si el Estado atiende las recomendaciones, las cuestiones alcanzadas por el cumplimiento de la recomendación no deberían llegar a la Corte. De lo contrario, se desincentiva el respeto de las decisiones de la CIDH y con ello pierde razón de ser la instancia procesal en sí misma, ya que en definitiva el asunto igual irá a la Corte.

Esto también se relaciona con la tendencia a la ampliación de la casuística del Tribunal y del compendio de estándares que emergen de ella. Resultados como el de “Raghda Habbal” podrían llevar a revisar la práctica de que todos los asuntos sean inexorablemente remitidos a la jurisdicción contenciosa, sin considerar que un “caso” es algo más que los estándares.

32 Conf. CIJ. “Camerún Septentrional”, (Camerún c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), 2 de diciembre de 1963, *C.I.J. Recueil* 1963, opinión del juez Fitzmaurice.

Desaparición forzada de personas. Acceso a la información pública

Corte IDH. *Caso Flores Bedregal y otras Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de octubre de 2022. Serie C No. 467

Por Pablo Ernesto Lachener¹

1. Introducción

Una de las deudas más grandes de las democracias latinoamericanas en materia de derecho a la verdad e investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante el último ciclo de dictaduras militares en el continente resulta ser la restricción al acceso a la información contenida en los archivos estatales.

En el caso que aquí se comenta la Corte IDH establece estándares novedosos sobre acceso a la información pública contenida en archivos militares, referida a la desaparición forzada de personas, y los vincula a la debida diligencia en la búsqueda del paradero de la víctima, el derecho a la verdad, y la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables del crimen.

¹ Abogado (UBA). Integrante del equipo de litigio y defensa legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Ex integrante del equipo jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo. Docente de Teoría del Delito y Sistema de la Pena (UBA).

Hasta ahora, las menciones referidas al acceso a la información pública se vinculaban a las investigaciones penales para determinar responsabilidades, pero nunca se había establecido de manera directa la relación entre el derecho de acceso a la información pública contenida en el artículo 13 de la CADH con la obligación de búsqueda seria del paradero de la víctima de desaparición forzada de personas.²

La investigación del paradero de las víctimas de desaparición forzada es una materia pendiente en todos los Estados de la región. La naturaleza del crimen genera escepticismo sobre el resultado de la búsqueda. Incluso en los Estados con más desarrollo en la investigación de estos hechos, los logros siguen siendo insuficientes: muchas veces por impericia, descentralización, superposición de funciones, incompetencia o desinterés de las propias agencias estatales, la búsqueda recae en familiares que deben sortear innumerables obstáculos provenientes de prácticas estatales y normativas.

Uno de los obstáculos que se repiten en la región está vinculado al acceso por parte de los familiares, e incluso muchas veces de los propios agentes estatales encargados de la investigación, a la información pública que contienen los archivos estatales y, en particular, aquellos en poder de las fuerzas armadas, de seguridad y de inteligencia.

La Corte IDH tuvo oportunidad de expedirse en varias oportunidades sobre la obligación de los Estados de realizar una búsqueda seria, en la cual se lleven a cabo todos los esfuerzos, de manera sistemática y rigurosa, con los recursos humanos, técnicos y científicos adecuados e idóneos, para dar con el paradero de las personas desaparecidas o eventualmente con sus restos.³

Sin embargo, es la primera vez que la decisión vincula la obligación de búsqueda seria del paradero de la víctima, el derecho a la verdad y el acceso a la información pública contenida en los archivos de las fuerzas armadas.

2. La desaparición forzada de personas y el derecho a conocer la verdad

La desaparición forzada de personas ha sido un tipo de delito tristemente célebre en nuestro continente. Se trata de un delito complejo que afecta múltiples bienes jurídicos y lo hace de forma permanente. La Corte IDH ha señalado entre sus notas constitutivas y concurrentes: a) la privación de la libertad;

2 Conf. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 202; y *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353, párr. 334.

3 *Inter alia*, Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 334; *Caso García y familiares Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C No. 258, párr. 200; *Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 251; y *Caso Munárriz Escobar y otros Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de agosto de 2018. Serie C No. 355, párr. 104.

b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de estos; y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada.⁴

Inicia con una privación de la libertad en violación al artículo 7 de la CADH y se vincula también a prácticas de tortura y asesinatos cometidos por agentes estatales en violación a los artículos 4 y 5 del tratado.

Desde los primeros casos en los que tuvo que intervenir, la Corte IDH observó que la práctica de las desapariciones implicó con frecuencia la ejecución de las personas detenidas, en secreto, de forma sumaria, seguida del ocultamiento del cadáver para borrar las huellas del crimen y procurar la impunidad de sus ejecutores.

Al mismo tiempo, la falta de investigación de estos hechos por parte de los Estados constituye un incumplimiento del deber de garantizar (artículo 1.1 de la CADH) a toda persona sometida a su jurisdicción la inviolabilidad de la vida y el derecho a no ser privado de ella arbitrariamente.

La Corte IDH también sostuvo que la desaparición forzada implica la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecida en el artículo 3 de la CADH, ya que la desaparición busca sustraer a la persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, la negación de su existencia y dejarla en una situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado.⁵

La desaparición forzada de personas incluye, entre las víctimas, a la familia de la persona desaparecida (conf. artículo 1.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas), que también tiene el derecho a las garantías judiciales (artículo 8.1 de la CADH)⁶ y a la protección judicial (artículo 25.1 de la CADH)⁷, en el marco de procesos internos que se realicen en tiempo razonable⁸ y con recursos efectivos.⁹

El Tribunal ha considerado que la ausencia de recursos efectivos constituye una fuente de angustia y sufrimientos adicionales para las víctimas y sus familiares.¹⁰ Los familiares tienen el derecho a conocer la verdad sobre estas violaciones,¹¹ en tanto este derecho se subsume, pues no existe de manera autónoma, al derecho a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades a través de la investigación y el juzgamiento.¹²

4 Conf. 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. 140; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párr. 60; y *Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 95.

5 *Idem*, nota 2, párr. 122.

6 Conf. Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 97.

7 Conf. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 130.

8 Conf. Corte IDH. *Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párr. 188.

9 *Idem*, nota 8, párr. 193.

10 *Idem*, nota 4, párr. 167.

11 Conf. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 78.

12 Conf. Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 166; *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. 151; *Caso Chitay*

Conocer la verdad mediante el esclarecimiento de los hechos y el establecimiento de las responsabilidades está ligado al deber de los Estados de investigar. Se trata de una obligación de medios, pero que debe emprenderse con seriedad y no como una formalidad destinada de antemano a ser infructuosa. Además, es un deber jurídico propio del Estado y, por lo tanto, no puede ser tratado como una gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o sus familiares.¹³

3. Hechos del caso de Juan Carlos Flores Bedregal

Juan Carlos Flores Bedregal fue un militante boliviano del Partido Obrero Revolucionario. En 1979 fue elegido diputado por las listas de la Unidad Democrática y Popular. En 1980 formó parte del Comité Nacional de Defensa de la Democracia (CONADE), conformado en resistencia al golpe de Estado producido en julio de 1980 por el general Luis García Meza Tejada.¹⁴

El 17 de julio de 1980 un grupo militar y paramilitar atacó y ocupó el edificio de la Central Obrera Boliviana (COB) donde estaba reunido el CONADE. Allí se encontraba, entre otros, Juan Carlos Flores Bedregal. La víctima fue reconocida por los atacantes que no dudaron en abrir fuego contra ella.

Si bien existen versiones encontradas sobre si falleció en el acto (postura del Estado) o si fue llevado herido en ambulancia (postura de los familiares), lo cierto es que luego de haber sufrido el ataque, nunca más se supo sobre el destino de sus restos o su paradero y que desde ese momento sus familiares nunca dejaron de buscarlo.

En 1982, con la reinstauración de la democracia en Bolivia, se iniciaron procesos judiciales y administrativos para investigar los delitos de la dictadura. En estos procesos judiciales se estableció que el Sr. Flores Bedregal habría sido asesinado en la toma del edificio de la COB.

Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 206; *Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249, párr. 240; *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 147; y *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. 298. En un caso dicha consideración se realizó dentro de la obligación de investigar ordenada como una medida de reparación. Conf. 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, párr. 148. Además, en otros casos se ha establecido que está subsumida en los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la CADH, pero no se ha incluido dicha consideración dentro de la motivación del punto resolutive respectivo. Conf. Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 291; *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. 263; y *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 173.

13 Conf. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 177.

14 El gobierno *de facto* instauró un régimen de represión en el cual fuerzas de seguridad y grupos paramilitares perpetraron graves violaciones a los derechos humanos en un contexto de impunidad que favoreció la práctica sistemática de detenciones ilegales, torturas y desapariciones forzadas. Miles de personas fueron detenidas sin debido proceso conforme a una práctica sistemática de detenciones, apremios ilegales y torturas. Las modalidades más utilizadas durante los interrogatorios consistían en golpes, descargas eléctricas, abusos sexuales, simulacros de fusilamiento, quemaduras con cigarrillos, presiones psicológicas y otros actos de intimidación contra personas detenidas o sus familiares. Conf. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191.

En el año 1997, la Cámara de Diputados de Bolivia encomendó a su Comisión de Derechos Humanos la búsqueda de los restos de Marcelo Quiroga Santa Cruz, quien también fue herido y desaparecido junto al Sr. Flores Bedregal. En noviembre del año 1998 se inició una causa penal por estos hechos. En septiembre de 2002 la familia del Sr. Flores Bedregal se constituyó como parte querellante. En la sentencia condenatoria dictada en el año 2007 se pudo acreditar el pacto de silencio y de encubrimiento sobre el paradero de la víctima.¹⁵

En el marco de esta causa,¹⁶ la familia solicitó en reiteradas oportunidades la desclasificación y desarchivo de los documentos de los archivos de las fuerzas armadas vinculados a la desaparición y el paradero del Sr. Flores Bedregal. La justicia hizo lugar a la solicitud de desarchivo recién en julio de 2008 y mediante un trámite de apelación.

En febrero de 2010, y en la etapa de casación de la sentencia, frente al incumplimiento del desarchivo por parte de las FF.AA., la familia reiteró la solicitud ante el Poder Judicial, que hizo lugar en abril del mismo año. Recién en octubre de 2010, y luego de una inspección ocular realizada por el fiscal, el comando en Jefe de las FF.AA. remitió un informe y documentación con la aclaración de que debía ser mantenida en reserva en virtud del artículo 98 de la ley orgánica de las FF.AA. Por este motivo, la familia de la víctima no pudo acceder a la información ni pudo participar de la inspección de los archivos militares. Al mismo tiempo hubo intentos de identificar restos para dar con el paradero del Sr. Flores Bedregal. Se realizaron tres exhumaciones en cementerios clandestinos y dos inspecciones oculares. Sin embargo, ninguna de estas acciones resultó exitosa.

4. La sentencia de la Corte IDH

La Corte IDH resolvió, por unanimidad, que el Estado boliviano es responsable por la desaparición forzada de Juan Carlos Flores Bedregal en violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y libertad personal, a las garantías judiciales y la protección judicial, así como a conocer la verdad, acceder a la información, a la independencia judicial y a la integridad personal en perjuicio de Olga Beatriz, Verónica, Eliana Isbelia y Lilian Teresa, todas Flores Bedregal.

15 El 12 de diciembre de 2007 se dictó sentencia condenatoria dentro del proceso penal ordinario contra tres imputados por su participación en el golpe de Estado y por haber participado en la toma de la COB, permitido la muerte de los dirigentes Quiroga Santa Cruz, Flores Bedregal y Vega Yapura, haber participado en la tortura de los aprehendidos, directa e indirectamente y no prestar la cooperación debida para el esclarecimiento de los hechos, la determinación de los verdaderos responsables de la muerte de los dirigentes y el lugar en que se encuentran sus cuerpos aunque no se haya podido determinar autores directos. Se los condenó a una pena privativa de libertad de treinta años de presidio sin derecho a indulto por los delitos de alzamiento armado contra la seguridad y soberanía del Estado, terrorismo y encubrimiento, y asesinato en grado de complicidad. La justicia boliviana entendió que era inaplicable el tipo de desaparición forzada, tal como lo había pedido la querrela, por el principio de irretroactividad de la ley penal.

16 También existió un pedido de desarchivo que corrió por la vía administrativa a raíz de la Resolución Ministerial N° 316/09, mediante la cual se autorizó al comandante en Jefe de las FF.AA. a facilitar el acceso de familiares y víctimas de dictaduras militares que así lo soliciten y demuestren interés legítimo, a archivos, registros públicos y documentos existentes de las FF.AA. A pesar del pedido de la familia, y ante la falta de respuestas, en diciembre de 2009 presentaron una acción de amparo que fue rechazada.

Respecto de la desaparición forzada, reiteró que se trata de un delito permanente mientras no se conozca el paradero de la víctima o se hallen sus restos, lo que por otra parte está establecido en el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

De su naturaleza se deriva el deber correlativo de los Estados de llevar adelante la búsqueda. A su vez, se trata de una obligación autónoma, es decir, que es independiente de la investigación, juzgamiento y sanción del crimen en sí mismo.¹⁷

En este caso, se constató la existencia de un documento que hace mención del cadáver de la víctima, pero también surgen serias irregularidades¹⁸ que impiden la constatación de que el levantamiento del cadáver efectivamente haya sido del Sr. Flores Bedregal. Por lo demás, se presentan todos los elementos típicos del crimen y en consecuencia el Estado es responsable por la desaparición forzada de personas.¹⁹

La Corte IDH también determinó que el Estado tardó diecinueve años en iniciar la investigación, y que el proceso tuvo dilaciones no atribuibles a las víctimas, por lo que en este punto el Estado incumplió con el deber de debida diligencia en el inicio y el impulso de la investigación de la desaparición forzada del Sr. Flores Bedregal y sobre el juzgamiento de los responsables del hecho, por lo que es responsable por la violación de las garantías judiciales y la protección judicial.²⁰

Por otra parte, el Estado boliviano fue declarado responsable por la falta de aplicación del tipo penal de desaparición forzada de personas, lo que redundó en un enfoque fragmentado sobre la complejidad de los hechos e impidió habilitar líneas de investigación conducentes al esclarecimiento del caso.²¹ En este punto, también fue declarado responsable por la violación de las garantías judiciales y la protección judicial.

La falta de una búsqueda eficiente, integral, adecuada y diligente también es una afectación al derecho de los familiares porque se ven imposibilitados de cerrar un proceso de duelo.²² Por ende, el Estado fue declarado responsable por la violación de las garantías judiciales y la protección judicial en perjuicio de las hermanas del Sr. Flores Bedregal.

A pesar de las órdenes judiciales, la documentación desclasificada no llegó a tiempo de la sentencia y fue remitida solo al fiscal bajo estricto secreto, impidiendo su acceso a familiares o su utilización por parte de las autoridades judiciales. Además, la desclasificación fue seleccionada por el mismo órgano estatal al que se le atribuían los hechos. En consecuencia, los obstáculos judiciales y administrativos

17 Comité de las Naciones Unidas sobre Desaparición de Personas. Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas, 16° período de sesiones (2019), principio 13.4.

18 El cuerpo no fue objeto de exámenes médico forenses a fin de establecer las causas y circunstancias del fallecimiento; fue consignado como el cuerpo de la presunta víctima sin ser identificado por sus familiares, conocidos o testigos, y sin haber recurrido a otros métodos forenses de identificación (señas particulares, placas dentales, pruebas de ADN, etc.); no se garantizó la cadena de custodia; y la documentación no satisface los estándares internacionales en materia de esclarecimiento de muertes potencialmente ilícitas.

19 Corte IDH. *Caso Flores Bedregal y otras Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de octubre de 2022. Serie C No. 467, párr. 87.

20 *Idem*, nota 19, párr. 116.

21 *Idem*, nota 19, párr. 121.

22 *Idem*, nota 19, párr. 167.

enfrentados por la familia en sus solicitudes de acceso a la información sobre el paradero de la víctima constituyen violaciones al artículo 13.1 y 13.2 de la CADH.²³

El Tribunal sostuvo que la obligación de mantener en secreto la información constituye una violación a la independencia de la función judicial porque restringe su actuación.²⁴ La Corte IDH afirmó que la obligación establecida por las FFAA. de mantener en reserva la información “afecta el ejercicio independiente de la función judicial, pues constituye un obstáculo para que dicha información sea utilizada por las autoridades judiciales en el marco de los procesos sometidos a su conocimiento”,²⁵ viéndose impedida de trasladarla a las partes en el proceso y utilizarla como parte de la argumentación.

Finalmente, el Estado también fue hallado responsable por el derecho a la integridad personal, en particular psíquica y moral, de la familia del Sr. Flores Bedregal, ya que los familiares de las víctimas de ciertas violaciones a los derechos humanos también pueden ser consideradas víctimas. Asimismo, los obstáculos al acceso a la información sobre la verdad respecto del destino de una persona desaparecida constituyen una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos.²⁶

4.1. Sobre la relación entre el derecho de acceso a la información y la búsqueda del paradero de la persona desaparecida o sus restos

La sentencia de la Corte IDH aborda de manera novedosa la relación de la desclasificación de archivos con los procesos de investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes de desaparición forzada de personas y con la obligación de debida diligencia en la búsqueda del paradero de personas desaparecidas o sus restos.²⁷ También establece una relación muy importante entre el acceso a la información pública y la independencia judicial.²⁸

Hasta “Flores Bedregal”, los casos de desaparición forzada de personas se abordaban principalmente desde el derecho a la verdad, no como derecho autónomo, sino en relación con la investigación, el juzgamiento y la sanción de los autores de los crímenes.

En “Gelman” y “Rochac Hernández”, la Corte IDH hizo mención del derecho de acceso a la información pública.

En el primero observó que, a pesar de la existencia de una ley de acceso a la información pública, había limitaciones en la información sobre graves violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar, por la dificultad de acceso técnico y sistematizado a raíz de la disgregación y falta de control en los archivos de seguridad nacional.²⁹

23 *Idem*, nota 19, párr. 152.

24 *Idem*, nota 19, párr. 154.

25 *Idem*, nota 24.

26 Conf. 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, párr. 122.

27 *Idem*, nota 19, párrs. 132-140.

28 *Idem*, nota 19, párr. 154.

29 Conf. Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 282.

En el segundo constató la dificultad de las investigaciones judiciales por la falta de acceso a la información contenida en archivos acerca de operativos de contrainsurgencia como de las personas, mandos y estructuras militares que participaron en ellos. Por este motivo, le recomendó al Estado adoptar

medidas pertinentes y adecuadas para garantizar a los operadores de justicia, así como a la sociedad salvadoreña, el acceso público, técnico y sistematizado a los archivos que contengan información útil y relevante para la investigación en causas seguidas por violaciones de los derechos humanos durante el conflicto armado, medidas que deberá apoyar con las asignaciones presupuestarias adecuadas.³⁰

En “Flores Bedregal” la Corte IDH tuvo la oportunidad de volver a evaluar el derecho de acceso a la información, contenido en el artículo 13 de la CADH, en tanto establece expresamente el derecho de toda persona de buscar y recibir información, y en particular de aquella que se encuentra bajo control del Estado.

El Estado tiene la obligación de suministrarla y solo puede limitar su acceso por algún motivo permitido por la Convención para el caso concreto.³¹ Debe garantizar en forma simultánea las dimensiones individual y social del derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Se considera que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento de la democracia, porque está vinculado a la transparencia y la buena gestión pública de un sistema representativo y participativo de gobierno.³²

Si bien el artículo 13.2 de la CADH establece una limitación en torno al acceso de información vinculada a la seguridad nacional, esto no puede alegarse en casos de esclarecimiento de desaparición forzada de personas. En este sentido, la Corte IDH afirma que “las restricciones al acceso a la información en el marco de la investigación de una desaparición forzada son contrarias al derecho a la verdad”.³³

Este derecho a la verdad no abarca solamente al proceso judicial de determinación de responsabilidades, sino también a la búsqueda del paradero de la víctima, que no debe estar condicionado a limitación o suspensión, ni ceder frente a la invocación de fines legítimos o circunstancias excepcionales, tal como lo ha señalado el Consejo de Derechos Humanos de la ONU.³⁴

30 Corte IDH. *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 209.

31 Conf. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 77; y *Caso Pueblos Kallina y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 265

32 Conf. Asamblea General de la OEA, “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”, resoluciones AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003; AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004; AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) de 7 de junio de 2005; AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006; AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07) de 5 de junio de 2007; AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008; y AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de 4 de junio de 2009.

33 *Idem*, nota 19, párr. 135.

34 Conf. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. “Comentarios generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias 2010, A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011, p. 15. Ver también, *Amicus Curiae* elaborado por la Clínica Jurídica de Libertades Informativas y Transparencia

La Corte IDH estableció que las autoridades involucradas deben tener una participación activa, pues no basta el acceso formal a la información, sino que se deben agotar todos los esfuerzos para establecer el paradero de la víctima.³⁵

A su vez, la investigación debe ser transparente. Las autoridades estatales no pueden ampararse en el secreto, la confidencialidad de la información o razones de interés público o seguridad nacional en casos de violaciones a los derechos humanos, especialmente cuando la información es requerida por autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o procesos pendientes³⁶ y en los que debe incluirse a las partes.³⁷

La Corte IDH también recordó que, en la investigación de un delito, la decisión de clasificar a una información como secreta y de negar su entrega no puede quedar a cargo del órgano estatal cuyos miembros se encuentran investigados,³⁸ así como tampoco pueden decidir sobre la existencia de la documentación solicitada.³⁹

Por otra parte, no alcanza con que el Estado le informe al juez de la causa que la información es inexistente o está destruida, sino que tiene la obligación de buscar esa información por todos los medios posibles y realizar los esfuerzos necesarios para reconstruirla.⁴⁰

Por último, la Corte IDH establece que los Estados tienen la obligación de garantizar un procedimiento adecuado y efectivo para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, fijando plazos, con funcionarios debidamente capacitados y con recursos judiciales sencillos, rápidos y efectivos frente a la denegación de la información solicitada.⁴¹

5. Conclusión

Luego del largo ciclo de investigación y juzgamiento de las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante las últimas dictaduras militares en la región, aún queda como materia pendiente el acceso a la información contenida en los archivos estatales y, en particular, en los de las fuerzas armadas, de seguridad y organismos de inteligencia.

de la Universidad del Pacífico con ocasión del *Caso Flores Bedregal y otras vs. Bolivia*, 29 enero de 2021. Recuperado de <https://clinicajuridica.up.edu.pe/wpcontent/uploads/Amicus-CLI-UP-Caso-Flores-Bedregal-Vs.-Bolivia-FINAL.pdf>

35 *Idem*, nota 19, párr. 136.

36 Conf. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 180; y *Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452, párr. 159.

37 *Idem*, nota 19, párr. 138.

38 *Idem*, nota 36, párr. 181.

39 *Idem*, nota 2, párrs. 202 y 334, respectivamente.

40 Conf. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2021, cons. 6.

41 *Idem*, nota 19, párr. 140.

El caso que analizamos aborda de manera novedosa esta problemática y declara la responsabilidad internacional del Estado boliviano por haber violado el derecho de las víctimas establecido en el artículo 13 de la CADH, tanto en lo que hace a la necesidad de acceder a los archivos públicos de las fuerzas armadas bolivianas para la investigación, sanción y juzgamiento de los responsables del crimen (vinculado a su vez con el derecho a la verdad) como en la búsqueda del paradero o restos de la víctima.

En el caso se observó que la documentación solicitada por las víctimas y los agentes judiciales a las fuerzas armadas llegó tardíamente, con limitaciones para su uso y para el acceso de los familiares y fue seleccionada por el propio órgano al que pertenecían los agentes investigados. Esto tuvo un impacto directo, además, tanto para la búsqueda del paradero de la víctima y de sus restos como para la propia función judicial de determinación de responsabilidades, lo que la Corte IDH entendió como una afectación a la garantía de independencia judicial.

Los Estados deben garantizar la búsqueda de personas desaparecidas con debida diligencia. Uno de esos factores es garantizar el acceso a la información contenida en sus archivos, tanto para las autoridades judiciales como para los familiares y las víctimas. A su vez, ese acceso debe ser facilitado por las autoridades, sin omitir información ni alegar su supuesta destrucción. El acceso no debe hacerse como un mero formalismo, ya que el Estado está obligado a agotar todos los esfuerzos por dar con el paradero de la víctima. En definitiva, los Estados deben garantizar el acceso a la información mediante un procedimiento de tramitación y de resolución de pedidos adecuado y efectivo.

La investigación del paradero de las víctimas de desaparición forzada es una materia pendiente en todos los Estados de la región. A pesar de los avances, los logros siguen siendo insuficientes porque aún subsisten obstáculos que impiden garantizar el derecho a la verdad.

Este caso constituye un avance en esa dirección y marca una línea de acción para todos los Estados americanos en materia de acceso a la información vinculada a estos crímenes.

Violencia obstétrica. Salud reproductiva

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

Por Carmen Cecilia Martínez¹

1. Introducción

El caso que aquí comento se trata del primero en el cual, dentro de su función contenciosa,² la Corte IDH contempla y define a la violencia obstétrica como una forma de violencia de género.

En su decisión, el Tribunal señaló que el Estado argentino es responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud, en relación con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la CADH en perjuicio de Cristina Brítez Arce.

Asimismo, estableció que Argentina es responsable internacionalmente por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación con el artículo 1.1 de la CADH y el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de la hija e hijo de la Sra. Brítez Arce. De igual modo, respecto de estos últimos, el Estado fue declarado responsable por la violación de sus derechos a la integridad personal, a la protección de la familia y a los derechos de la niñez de la CADH.

1 Abogada (Universidad Yacambú). Máster en Derecho (UP). Directora Asociada de Estrategias Legales del Programa para América Latina y el Caribe del Centro de Derechos Reproductivos.

2 Antes lo hizo en el marco de su función consultiva. Conf. Corte IDH. *Enfoques Diferenciados respecto de Determinados Grupos de Personas Privadas de la Libertad*. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29.

En el presente artículo profundizaré sobre el avance jurisprudencial que produjo la Corte IDH en el caso, al establecer que los Estados tienen la obligación de prevenir, sancionar y abstenerse de practicar violencia obstétrica, así como de velar porque sus agentes actúen en consecuencia.³

Seguidamente contemplaré algunas reflexiones sobre la oportunidad que tuvo la Corte IDH de analizar los hechos del caso a la luz de los artículos 11.2 (vida privada) y 13.1 (información) de la CADH. En efecto, un análisis a la luz de estos artículos le hubiese permitido un mejor encuadre del tipo de violaciones a la CADH que involucra la violencia obstétrica.

2. Hechos del caso

La Sra. Brítez Arce era una mujer de origen paraguayo, quien al momento de los hechos tenía 38 años, un hijo y una hija adolescentes. Falleció el 1 de junio de 1992 en un hospital público de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, luego de intentar recibir atención médica accesible y de calidad a lo largo de su último embarazo, inclusive luego de ser diagnosticada con feto muerto cuando tenía más de 40 semanas de gestación.⁴

Su muerte se produjo por un paro cardiorrespiratorio, luego de que personal de salud tomara la decisión de: a) inducirle un parto; b) mantenerla en trabajo de parto por más de tres horas, y al menos dos de ellas sentada en una silla; y c) trasladarla a una sala de partos. Pasaron más de ocho horas entre que llegó al hospital y fue trasladada a la sala de partos.

Para tomar estas decisiones, el personal sanitario no le brindó información a la Sra. Brítez Arce sobre su estado de salud, ni sobre las posibles alternativas o tratamientos a seguir, lo que le causó un cuadro de estrés, ansiedad y angustia.⁵ Tampoco tomó en cuenta el riesgo de mortalidad y morbilidad materna que enfrentaba la Sra. Brítez Arce, tanto por su antecedente de hipertensión, como por encontrarse con un cuadro de preeclampsia.⁶

Adicionalmente, durante el transcurso de su embarazo la Sra. Brítez Arce no obtuvo el tratamiento médico especializado que requería en función de los factores de riesgo señalados en su historia clínica, no le fue suministrada información sobre el riesgo de padecer preeclampsia y sus implicaciones, y no se le dieron recomendaciones de cuidado para prevenir o tratar el cuadro de hipertensión.

3 Corte IDH. *Caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2022. Serie C No. 474, párr. 77.

4 *Idem*, nota 3, párr. 27.

5 *Idem*, nota 3, párr. 83.

6 *Idem*, nota 3, párrs. 37, 48 y 82. De acuerdo con el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, “[a]lrededor del 80% de los fallecimientos derivados de la maternidad en todo el mundo obedecen a complicaciones obstétricas, principalmente [...] preeclampsia y eclampsia [...]”. Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, UN Doc. A/61/338, 13 de septiembre de 2006, párr. 7.

Tras su fallecimiento, una enfermera se encargó de dar la noticia a su hijo e hija. A partir de su muerte, se emprendieron acciones judiciales en el ámbito local sin conseguir resultados favorables. Transcurrieron más de treinta años entre la muerte de la Sra. Brítez Arce y que sus familiares obtuvieran una sentencia por parte de la Corte IDH.⁷

3. Análisis del caso

En el presente apartado señalaré, en primer lugar, que la Corte IDH conservó y fortaleció la línea jurisprudencial sobre la especial protección de las que son sujetas las personas embarazadas. En segundo lugar, profundizaré sobre la importancia de que se haya reconocido a la violencia obstétrica como una forma de violencia basada en género prohibida por los tratados interamericanos de derechos humanos, incluyendo la Convención Belém do Pará. En tercer lugar, expondré una reflexión sobre la oportunidad que tuvo la Corte IDH de analizar el caso concreto a la luz de los artículos 11.2 y 13.1 de la CADH. Por último, elaboraré un breve análisis sobre los estereotipos de género que considero operaron en el caso.

3.1. Las personas embarazadas son sujetas de especial protección

La Corte IDH ha reconocido la protección especial que los Estados deben proveer durante el embarazo⁸ y ha establecido que existen obligaciones concretas en atención a las específicas vulnerabilidades a las que se enfrentan las mujeres y personas gestantes durante el embarazo, el parto y el posparto.⁹

Por ejemplo, en “Comunidad Indígena Xákmok Kásek” estableció que los Estados tienen obligación de brindar servicios adecuados y establecer controles prenatales, durante el nacimiento y posparto con el fin de prevenir la mortalidad y la morbilidad materna.¹⁰

En “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa” señaló que los Estados deben adoptar medidas especiales y acceso a adecuados servicios médicos para proteger a las embarazadas, “en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia”.¹¹

7 La petición del caso fue presentada ante la CIDH el 20 de abril de 2001. El informe de admisibilidad fue aprobado el 28 de julio de 2015 y el informe de fondo el 6 de diciembre de 2019. El sometimiento del caso ante la Corte IDH se realizó el 25 de febrero de 2021.

8 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 233

9 *Idem*, nota 2, párr. 131.

10 *Idem*, nota 8, párrs. 231-233. El Tribunal valoró que, dentro de las diversas muertes que habían ocurrido en el caso, se encontraba el fallecimiento de una mujer indígena embarazada por razones asociadas a la falta de atención médica y a la situación de pobreza.

11 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177. En otro caso contra Paraguay ordenó al Estado el suministro de atención médica a todas las personas de la comunidad, y especialmente a las mujeres embarazadas, mientras la Comunidad permanecía fuera de sus tierras. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 221.

Además, en “Manuela y otros”¹² expresó que las personas gestantes tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en la atención obstétrica y, en general, en los servicios de salud reproductiva sin ser objeto de discriminación o violencia.¹³

En la sentencia del caso “Brítez Arce”, la Corte IDH reiteró que el cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar el derecho a la salud debe dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginalizados.¹⁴ Así, estableció que “durante o inmediatamente después del parto o de una cesárea las mujeres se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad”,¹⁵ destacando que, en el caso concreto, la Sra. Brítez Arce “se encontraba en una situación de especial vulnerabilidad por encontrarse embarazada lo que imponía deberes especiales en cabeza del Estado”.¹⁶

Bajo este marco, el Tribunal reafirmó que los Estados tienen la obligación de proporcionar servicios de salud adecuados, especializados y diferenciados durante el embarazo, parto y en un período razonable después del parto, atendiendo la situación de particular vulnerabilidad que implica el embarazo para garantizar el derecho a la salud de la persona gestante y, entre otras cuestiones, prevenir la mortalidad y morbilidad materna. Lo contrario puede conllevar a la responsabilidad internacional de los Estados por la violación de los derechos a la salud, a la integridad y, eventualmente, el derecho a la vida.

3.2. Violencia obstétrica

Antes de que la Corte IDH, en el marco de su función contenciosa y consultiva, definiera a la violencia obstétrica, ya lo habían hecho otros órganos y mecanismos internacionales y regionales de derechos humanos como la CIDH,¹⁷ el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI),¹⁸ la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias,¹⁹

12 Manuela era una mujer madre cabeza de familia, que vivía en una zona rural, en situación de pobreza, y que padecía un cáncer linfático. Cuando se encontraba en el último trimestre de su tercer embarazo enfrentó un conjunto de emergencias obstétricas. En lugar de recibir la atención obstétrica de urgencia que necesitaba, el personal médico que la atendió quebrantó el secreto profesional y activó el sistema penal que, en últimas, la condenó a treinta años de prisión. Véase más en https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2021/03/Factsheet-MANUELA_v2.pdf

13 Conf. Corte IDH. *Caso Manuela y otros Vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C N° 441, párr. 252.

14 *Idem*, nota 3, párr. 61; y *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 118.

15 *Idem*, nota 3, párr. 56.

16 *Ibidem*.

17 CIDH (2019). *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233, párr. 181; y CIDH (2017). *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17, párr. 80.

18 MESECVI (2015). *Segundo Informe de seguimiento a la Implementación de Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*, pp. 45 y 46; MESECVI (2012). *Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará*, p. 39.

19 AG (2019). Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Dubravka Šimonović, *Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica*, A/74/137.

y la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental,²⁰ entre otros.

Por otra parte, tanto en el caso *S. F. M.*²¹ como en *N. A. E.*²² y *M. D. C. P.*,²³ el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer acogió la definición de violencia obstétrica desarrollada por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias de Naciones Unidas, considerándola como “aquella que ocurre durante la atención del parto en los centros de salud, afirmando que esta forma de violencia es un fenómeno generalizado y sistemático, o arraigado en los sistemas de salud”.²⁴

En el último año, la Corte IDH ha avanzado acogiendo el concepto de violencia obstétrica y estableciendo obligaciones a los Estados para prevenirla y repararla.²⁵ Como ha sido mencionado, en su Opinión Consultiva OC-29/22, en el marco del enfoque diferencial que corresponde respecto a las personas privadas de la libertad, definió a la violencia obstétrica como aquella que “se ejerce contra las mujeres durante el embarazo, el trabajo de parto y después del parto”,²⁶ al tiempo que determinó que constituye una forma de violencia basada en el género contraria a la Convención de Belém do Pará, lo que conlleva a la obligación de los Estados de prevenir y abstenerse de incurrir en actos constitutivos de violencia de género durante el acceso a servicios de salud reproductiva, incluyendo el trabajo de parto.²⁷

En “Brítez Arce”, por primera vez dentro de su función contenciosa, la Corte IDH acoge el concepto de violencia obstétrica, definiéndola como:

[u]na forma de violencia basada en el género prohibida por los tratados interamericanos de derechos humanos, incluyendo la Convención Belém do Pará, ejercida por los encargados de la atención en salud sobre las personas gestantes, durante el acceso a los servicios de salud que tienen lugar en el embarazo, parto y posparto, que se expresa mayoritaria, aunque no exclusivamente, en un trato deshumanizado, irrespetuoso, abusivo o negligente hacia las mujeres embarazadas; en la denegación de tratamiento e información completa sobre el estado de salud y los tratamientos aplicables; en intervenciones médicas forzadas o coaccionadas y en la tendencia a patologizar los procesos reproductivos naturales, entre otras manifestaciones amenazantes en el contexto de la atención de la salud durante el embarazo, parto y posparto.²⁸

20 Consejo de Derechos Humanos (2022). Informe de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Tlaleng Mofokeng. *La violencia y su impacto en el derecho a la salud*, A/HRC/50/28, párr. 44. La Relatora Especial sostuvo que constituyen violencia obstétrica “las vejaciones y la violencia contra las mujeres durante el embarazo, el parto en establecimientos sanitarios y el posparto cometidas por profesionales de la medicina y por el personal de partería, enfermería y otras personas integrantes del personal hospitalario”.

21 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *S. F. M. c. España*, Comunicación No. 138/2018, CEDAW/C/75/D/138/2018, 28 de febrero de 2020.

22 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *N. A. E. c. España*, Comunicación No. 149/2019, CEDAW/C/82/D/149/2019, 27 de junio de 2022.

23 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *M. D. C. P. c. España*, Comunicación No. 154/2020, CEDAW/C/84/D/154/2020, 24 de febrero de 2023.

24 *Idem*, nota 23, párrs. 7.8 y 7.9; nota 22, párr. 15.5; y nota 21, párrs. 7.5 y 7.6.

25 *Idem*, nota 2, párr. 162.

26 *Idem*, nota 2, párr. 160.

27 *Idem*, nota 2, párr. 160, y nota 3, párr. 77.

28 *Idem*, nota 3, párr. 81.

De este modo, la Corte IDH integra en una definición omnicompreensiva los diversos desarrollos del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano, estableciendo una de las definiciones jurídicas más completas en la materia.

En el caso en concreto, analizó la violación del derecho a la salud, considerando “en simultaneidad” las violaciones de los derechos a la vida e integridad de la Sra. Brítez Arce y su “relación con actos constitutivos de violencia obstétrica”.²⁹

Para ello, evaluó los hechos del caso en el marco de la atención del embarazo, el trabajo de parto, el parto y posparto. Si bien la Corte IDH fue clara en señalar que no está llamada a establecer si “el curso de acción definido por los médicos fue el adecuado”,³⁰ con base en el expediente y las pruebas ofrecidas en el proceso interamericano, sí analizó que la decisión de someter a la Sra. Brítez Arce a trabajo de parto, sin brindarle información sobre las opciones e implicaciones de tratamiento que tenía, y dejándole en espera por más de dos horas en una silla mientras se llevaba a cabo el procedimiento, le ocasionó una

situación de estrés, ansiedad y angustia, que sumada a la especial vulnerabilidad en que se encontraba, implicaron un trato deshumanizado y la denegación de información completa sobre su estado de salud y alternativas de tratamiento, lo que constituye violencia obstétrica.³¹

El desarrollo jurisprudencial logrado por la Corte IDH al acoger el concepto de violencia obstétrica, junto con el análisis que se realiza en el caso concreto, son de profunda relevancia tanto para combatir la violencia de género en el ámbito de la atención de salud obstétrica, como para el fortalecimiento y avance de las obligaciones estatales para asegurar los servicios y derechos reproductivos y, en particular, la autonomía de las personas gestantes.

En efecto, la decisión de la Corte IDH ilustra la forma en que el ejercicio de la autonomía reproductiva exige tomar en serio las obligaciones de prevención de la violencia obstétrica a través de tratos humanizados y del suministro oportuno de información que, como se verá a continuación, es fundamental para que las personas puedan tomar decisiones autónomas en el marco de sus procesos reproductivos.

3.3. Información, vida privada y autonomía reproductiva

En el presente apartado haré una breve reflexión sobre la oportunidad que existía en el caso para analizar la violación de los artículos 11.2 y 13.1 de la CADH.³²

29 *Idem*, nota 3, párr. 57.

30 *Idem*, nota 3, párr. 83.

31 *Idem*, nota 3, párr. 85.

32 Parte de estos desarrollos los hemos presentado ante la Corte IDH desde el Centro de Derechos Reproductivos, en calidad de *amicus curiae*, en los casos *Brítez Arce* y *Rodríguez Pacheco*.

Seleccioné el análisis de estos dos derechos dado que “Brítez Arce” es un caso testigo, en el cual, a partir de la denegación y la falta de información, junto con la aplicación de estereotipos de género, operó la anulación de la autonomía en el ámbito de la salud reproductiva. Sin embargo, ello no quiere decir que no existan otros desarrollos igualmente relevantes.

En “I. V.” la Corte IDH estableció que “una mujer que no tiene conocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos puede ser propensa a adoptar una actitud menos asertiva respecto a sus derechos”³³ y que esto puede conllevar a que se “deposite mayor confianza en el criterio de su médico, o que profesionales de la salud adopten una posición paternalista respecto a su paciente”.³⁴

En este mismo sentido, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha sostenido que profesionales de la salud ostentan “el poder del conocimiento médico acreditado y el privilegio social de la competencia médica reconocida, mientras que las mujeres dependen básicamente de la información y la atención del centro de salud”.³⁵

En “Brítez Arce” la Corte IDH recuerda que el derecho a la salud durante el embarazo, parto y posparto debe satisfacer los elementos esenciales de dicho derecho: disponibilidad, aceptabilidad, calidad y accesibilidad.³⁶ En este marco, estimó pertinente, a la luz del caso concreto, referirse de forma específica al componente de accesibilidad de la información³⁷ como aquel dentro del cual se encuentra comprendido el deber de

[i]nformar plenamente a las personas embarazadas, en período de posparto y en período de lactancia sobre su condición médica y asegurar el acceso a información precisa y oportuna sobre salud reproductiva y materna durante todas las etapas del embarazo, la cual deber estar basada en evidencia científica, emitirse sin sesgos, libre de estereotipos y discriminación, incluyendo el plan de parto ante la institución de salud que asistirá el nacimiento y el derecho al contacto materno-filial.³⁸

En este sentido, estableció que la falta de información sobre los tratamientos y sus implicaciones, junto con el trato deshumanizado que recibió la Sra. Brítez Arce, constituyeron violaciones a su salud, integridad y vida. Sin embargo, el Tribunal no contempló en el caso un análisis de la violación de los derechos contemplados en los artículos 13.1 y 11.2 de la CADH, desmarcándose de lo dicho previamente en “I. V.” sobre el rol que pueden tener ambos derechos para analizar este tipo de temas vinculados a la salud reproductiva.

33 Corte IDH. *Caso I. V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 329, párr. 187.

34 *Idem*, nota 33.

35 *Idem*, nota 19, párr. 49.

36 *Idem*, nota 3, párr. 72.

37 *Idem*, nota 3, párr. 73.

38 *Idem*, nota 3, párr. 46.

En el referido caso el Tribunal había señalado que el artículo 13 de la CADH consagra el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, lo cual protege el derecho de acceso a la información, incluyendo información relacionada con la salud sexual y reproductiva.³⁹ Asimismo, determinó la existencia de una conexión entre la integridad con la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la salud, lo que exige

[p]or un lado, que el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable y, por el otro, que se garantice el acceso a la información relevante para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo a su propio plan de existencia.⁴⁰

Adicionalmente, la Corte IDH también ha dicho que

[e]l personal de salud no debe esperar a que el paciente solicite información o haga preguntas relativas a su salud, para que esta sea entregada. La obligación del Estado de suministrar información de oficio, conocida como la obligación de transparencia activa, impone el deber a los Estados de suministrar información que resulte necesaria para que las personas puedan ejercer otros derechos, lo cual es particularmente relevante en materia de atención a la salud, ya que ello contribuye a la accesibilidad a los servicios de salud y a que las personas puedan tomar decisiones libres, bien informadas, de forma plena.⁴¹

En relación con la vida privada, la Corte IDH ha establecido que existe una conexión entre la vida privada, la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad personal, las cuales, a su vez, se hallan también directa e inmediatamente vinculadas con la atención de la salud.⁴² En efecto, ha destacado la “intrínseca vinculación entre los derechos a la vida privada y a la integridad personal con la salud humana”⁴³ y ha considerado que “la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal”.⁴⁴

Por su parte, el TEDH ha considerado que “las cuestiones relacionadas con el parto están fundamentalmente vinculadas a la vida privada de la mujer y entran en el ámbito de ese concepto a los efectos del artículo 8 [vida privada] del CEDH”,⁴⁵ pues, en su criterio, “[d]ar a luz es un momento único y

39 *Idem*, nota 33, párr. 155.

40 *Idem*, nota 39.

41 *Idem*, nota 33, párr. 156.

42 *Idem*, nota 33, párr. 157; y *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 147.

43 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de agosto de 2018, párr. 161; y nota 33, párr. 154.

44 *Idem*, nota 42, párr. 143; y nota 33, párr. 152.

45 TEDH. *Case of Dubska and Krejzová v. The Czech Republic*. Application no. 28859/11 and 28473/12, Court (Grand Chamber), 15 de noviembre de 2016, párr. 163; *Case of Pojatina v. Croatia*. Application no. 18568/12, Court (First Section), 4 de febrero de 2019. párr. 44; y *Case of Kosaitė-Čypienė and others v. Lithuania*. Application no. 69489/12, Court (Second Section), 4 de junio de 2019, párr. 90.

delicado en la vida de una mujer. Abarca cuestiones relacionadas con su integridad física y moral, la atención médica, la salud reproductiva y la protección de la información relacionada con la salud” y “[e]stas cuestiones, incluida la elección del lugar de nacimiento, están, por lo tanto, fundamentalmente ligados a la vida privada de la mujer y caen en el ámbito de ese concepto a los efectos del artículo 8 del Convenio”.⁴⁶

En el caso argentino, la Corte IDH verificó que la Sra. Brítez Arce presentó varios factores que no fueron atendidos por el sistema de salud y sobre los cuales tampoco se le brindó información sobre qué tratamientos tomar y sus posibles alcances. Entre los factores se encontraron: al menos un antecedente de presión arterial alta en un embarazo anterior y presión arterial de 130/90 en uno de sus controles prenatales. Asimismo, al momento que llegó al hospital y se confirmó un diagnóstico de muerte fetal, no se le brindó información completa sobre sus alternativas e implicaciones lo que, según un peritaje presentado en el caso y valorado por la Corte IDH en su sentencia, generó “una situación de estrés, ansiedad y angustia” que expuso a la Sra. Brítez Arce a “un riesgo que *a posteriori* se transformó en daño, la muerte”.⁴⁷

Por lo tanto, si bien hay una diferencia con los hechos de “I. V.”, en “Brítez Arce” la Corte IDH tuvo la oportunidad de hacer un análisis a la luz de los artículos 13.1 y 11.2 de la CADH, estimando que Argentina debió garantizar el acceso a la información en salud reproductiva, cumpliendo con la obligación de transparencia activa, en el marco de la atención obstétrica de la Sra. Brítez Arce, lo que hubiese contribuido a que esta conociese información completa que se relacionaba con aspectos de su vida privada, y pudiera tomar decisiones libres, responsables y autónomas en el marco de su embarazo, trabajo de parto, y parto.

3.4. Estereotipos de género

Cabe destacar que los hechos que enfrentó la Sra. Brítez Arce se encuentran atados a la existencia y aplicación de estereotipos de género que no fueron visibilizados en la narrativa jurisprudencial desarrollada por la Corte IDH. Durante su último embarazo, la Sra. Brítez Arce no fue vista como sujeta de derechos y, por tanto, agente de su propia capacidad reproductiva y cuidado de salud.

En otros casos, la Corte IDH ha advertido que los estereotipos de género negativos o perjudiciales pueden impactar y afectar el acceso a la información de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva.⁴⁸ También ha reconocido que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en dichos estereotipos.⁴⁹

⁴⁶ *Idem*, nota 45, párr. 163.

⁴⁷ *Idem*, nota 3, párr. 83.

⁴⁸ *Idem*, nota 33, párr. 187.

⁴⁹ *Idem*, nota 13, párr. 252; y nota 33, párr. 143.

Los hechos del caso concreto permiten afirmar que operó el estereotipo según el cual las gestantes “son identificadas como seres vulnerables e incapaces de tomar decisiones confiables o consistentes”,⁵⁰ y que la aplicación de este estereotipo llevó a que profesionales de salud no le brindaran información completa, precisa y oportuna a la Sra. Brítez Arce sobre su estado y los tratamientos a seguir. Información que era necesaria para que ella pudiera tomar decisiones a favor de su bienestar y salud.

Otro estereotipo que no fue estimado, y que se puede verificar en los hechos del caso, es aquel a partir del cual se asume que las mujeres, “al ser vistas como el ente reproductivo por excelencia”,⁵¹ deben sacrificarse por el máximo fin de la reproducción: la gestación. En el caso concreto, al desaparecer la gestación (con la confirmación de la muerte fetal), puede valorarse que se asumió que la Sra. Brítez Arce no “salvaguardó o se sacrificó” por el cuidado del embarazo, generándose entonces la despriorización de su atención.

Por último, vale la pena resaltar que no se evaluó en el caso si el origen de la Sra. Brítez Arce impactó en el trato o la atención que recibió. Si bien es cierto que ello no fue alegado o probado durante el litigio del caso, resulta necesario que en la valoración de futuros casos de violencia obstétrica pueda aplicarse un análisis interseccional que identifique y visibilice la confluencia de factores que intervienen en el entramado de violencia institucional y de género que ocasiona la violencia obstétrica, incluyendo situaciones de migración o de origen nacional.

4. Conclusión

La sentencia del *Caso Brítez Arce Vs. Argentina* es de profunda relevancia, ya que permite identificar las obligaciones que los Estados deben adoptar para la prevención, investigación, juzgamiento y reparación sobre hechos constitutivos de violencia obstétrica.

A partir de la jurisprudencia desarrollada en el caso, los Estados tienen la obligación de tomar medidas adecuadas para erradicar la violencia obstétrica, por medios apropiados y sin dilaciones.⁵² En efecto, todas las autoridades implicadas deben realizar un control de convencionalidad utilizando la interpretación autorizada que realiza la Corte IDH.

Adicionalmente, esta sentencia tiene una influencia decisiva en demandas internacionales que están en curso y litigios a nivel de cada país que están en marcha y que pueden impulsarse en el futuro. En efecto, tanto ante la Corte IDH como ante la CIDH existen casos que están pendientes de una sentencia, o de un informe de fondo, respectivamente. En este sentido, próximamente la Corte IDH dictará su sentencia en el *Caso Rodríguez Pacheco Vs. Venezuela*, el cual representa una nueva oportunidad para que

50 *Idem*, nota 33, párrs. 187, 236, 243 y 311.

51 *Idem*, nota 49.

52 El Comité CEDAW ha recomendado, en el marco de sus observaciones finales, a los Estados parte adoptar “medidas jurídicas y normativas para proteger a las mujeres embarazadas durante el parto”. *Idem*, nota 22, párr. 15.5. Esta sanción no debe ser penal.

analice hechos constitutivos de violencia obstétrica y elabore un análisis amplio, también a la luz de los artículos 11.2 y 13.1 de la CADH.

Ante la CIDH, entre otros, se encuentra pendiente el caso de Eulogia y su hijo Sergio.⁵³ Eulogia es una mujer quechua de la región del Cusco, Perú, que enfrentó violencia obstétrica por parte de personal de salud que desconoció sus tradiciones y deseos, lo que, adicionalmente, repercutió en la integridad personal y salud de su hijo Sergio quien, posteriormente, perdió la vida.⁵⁴ Este caso vislumbra desde una perspectiva interseccional cómo opera la violencia obstétrica en contra de mujeres campesinas, indígenas y quechuahablantes, así como las consecuencias irreversibles que tiene este tipo de violencia en sus vidas, y la obligación de reparación integral en estos casos.

Por último, es importante resaltar que la violencia obstétrica es una forma de violencia que se encuentra profundamente naturalizada y arraigada en nuestros sistemas de salud; al punto de que es una forma de violencia de la que no se habla mucho y frente a la que muchas personas no tienen conocimiento sobre la posibilidad de exigir sus derechos.

Es ilustrativo que recién en el año 2022 se emita la primera decisión en un caso contencioso relacionado con este tipo de violencia. Por ello, los estándares desarrollados por la Corte IDH y otros órganos y mecanismos de derechos humanos son tan relevantes para alcanzar los derechos y servicios de salud reproductiva libres de violencia y discriminación.

53 CIDH, Informe No. 35/14, Petición 1334-09. *Eulogia y su hijo Sergio*. Perú. 4 de abril de 2014.

54 Desde el Centro de Derechos Reproductivos, junto con PROMSEX-Perú, representamos el caso de Eulogia y su hijo Sergio. Véase un informe con los hechos y la estrategia de litigio del caso en <https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2022/09/Eulogia-vs-peru.pdf>

Violencia sexual. Incesto. Niñas y adolescentes. Revictimización

Corte IDH. *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475

Por Rosa Celorio¹

1. Introducción

La sentencia de la Corte IDH sobre el caso de Brisa Liliana de Angulo Losada (en adelante, “Brisa”) es un momento importante para las niñas y adolescentes en el continente americano. Es una de las primeras sentencias de la Corte en abordar el grave problema de la violencia sexual contra las niñas en el hemisferio y su manifestación en el ámbito de la familia como incesto.

El fallo visibiliza la impunidad que rodea la gran mayoría de estos casos, aun cuando son reportados ante las autoridades judiciales, y las falencias en su investigación, procesamiento y sanción.

Durante el largo trayecto del caso ante el SIDH, Brisa sostuvo que fue víctima de incesto y violencia sexual perpetrada por su primo; hechos que comenzaron cuando ella tenía 16 años y su primo 26. Estos incidentes fueron reportados ante las autoridades judiciales bolivianas, quienes cometieron una

¹ Bachiller en Relaciones Internacionales (Georgetown University). Doctora en Derecho (Boston College Law School). Vicedecana y profesora Burnett Family Distinguished de Derecho Internacional y Comparado (George Washington University Law School). Anteriormente fue abogada *senior* y especialista principal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

serie de irregularidades en la investigación y sanción del agresor y revictimizaron a Brisa y a sus familiares durante su búsqueda de justicia.

Es importante notar que el caso de Brisa lleva más de veinte años en la impunidad y hasta la fecha su agresor no ha sido sancionado ni condenado.

La historia de Brisa es conocida internacionalmente dada su trayectoria como sobreviviente, activista y abogada. Su caso es emblemático, y Brisa ha dedicado su vida a trabajar con víctimas de violencia sexual y ha creado una fundación enfocada en este problema.

Se debe destacar que Brisa solo solicitó de la Corte IDH medidas de no repetición para erradicar el problema de la violencia sexual en el futuro contra las niñas y las adolescentes.

En otros escritos he destacado cómo la Corte IDH ha dictado un grupo de sentencias estableciendo estándares importantes en el ámbito de los derechos de las mujeres y la igualdad de género.²

Gran parte de este desarrollo ocurrió después del año 2006 y las sentencias propulsoras han enfatizado el deber de los Estados de actuar con debida diligencia para prevenir y responder a la violencia contra las mujeres; el derecho de toda mujer a vivir libre de violencia y discriminación; y la obligación correlativa de garantizar un acceso a la justicia adecuado y efectivo. Además, han tenido como fundamento jurídico derechos protegidos en la CADH y en la Convención de Belém do Pará.

La sentencia que aquí comento hace aportes fundamentales. La Corte IDH realiza una lectura de ambos tratados con una doble perspectiva de género y niñez en casos de violencia y discriminación investigados por la administración de justicia a nivel nacional. Las contribuciones del Tribunal son notables en lo pertinente al contenido del deber de actuar con debida diligencia reforzada en casos ante la justicia sobre violencia sexual e incesto contra las niñas y las adolescentes; la obligación de no revictimizar a las sobrevivientes y sus familiares en el ámbito judicial; la necesidad de un marco legislativo centrado en la figura del consentimiento para abordar de forma efectiva la violencia sexual contra las niñas y las medidas de no repetición necesarias para prevenir estos crímenes en el futuro.

2. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH encontró al Estado de Bolivia responsable por violaciones a los derechos a la integridad personal, las garantías judiciales, la vida privada y familiar y los derechos a la niñez, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial, consagrados en los artículos 5.1, 5.2, 8.1, 11.2, 19, 24 y 25.1 de la CADH, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno, reflejadas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento. A su vez, declaró violaciones de los artículos 7.b, 7.c, 7.e y 7.f de la Convención de Belém de Pará.

² Celorio, R. C. (2022). *Women and International Human Rights in Modern Times*, Edward Elgar Publishing, pp. 278-286, y Celorio, R. C. (2011). The Rights of Women in the Inter-American System of Human Rights: Current Opportunities and Challenges in Standard-Setting. *University of Miami Law Review*, 65, 823-841.

El corazón de estas violaciones son las fallas del Estado de actuar con debida diligencia reforzada y con protección especial para investigar con celeridad los actos de violencia sexual sufridos por Brisa, la revictimización de tanto ella como sus familiares durante el proceso penal y la carencia de una perspectiva de género y de niñez en la actuación judicial.

La Corte IDH realiza un llamado de atención por la aplicación de una legislación penal incompatible con los tratados interamericanos, la discriminación interseccional sufrida por Brisa en razón de su género y niñez y la violación de la garantía de un plazo razonable en la investigación de estos hechos.

Por último, ordenó una serie de reparaciones extensas, incluyendo medidas para mantener abierto el proceso penal contra E. G. A. y el impulso de su investigación, y la eventual determinación de responsabilidades de funcionarios y funcionarias por la revictimización de Brisa y sus familiares en su búsqueda de justicia. También ordenó al Estado que adecue su marco jurídico para asegurar que la falta de consentimiento sea el aspecto central en la configuración del delito de violación y para visibilizar la violencia sexual incestuosa. Finalmente, el Estado debe adoptar protocolos para guiar la investigación y sanción de casos de violencia sexual contra las niñas; implementar programas de capacitación para funcionarios públicos sobre esta temática y campañas de sensibilización para la población general sobre el incesto; incorporar materiales didácticos escolares para sensibilizar a las niñas y niños sobre este problema y diseñar un sistema nacional de recopilación de datos de casos de violencia sexual en contra de niñas.

A continuación, presentaré consideraciones sobre cuatro aspectos jurídicos en los que la Corte IDH hace contribuciones cruciales para la efectiva prevención y sanción de casos de violencia sexual e incesto contra las niñas.

3. Debida diligencia reforzada y el deber de protección especial

La Corte IDH reafirma en la sentencia que el estándar de investigación, juzgamiento y sanción es más alto en casos de violencia sexual contra las niñas. Se refiere, en particular, a un criterio reforzado de celeridad y a un deber de debida diligencia estricta, el cual exige investigaciones serias, objetivas y efectivas en estos asuntos.

En la construcción de este análisis jurídico, el Tribunal alude de forma innovadora a las obligaciones de garantía, protección especial y no revictimización de las niñas como deberes autónomos bajo la CADH.

La Corte IDH reitera criterios importantes que deben guiar la investigación de casos de violencia sexual contra las niñas –invocando su sentencia en el caso de *V. R. P. y V. P. C. y otros vs. Nicaragua*–.³ Entre ellos, se encuentran la valoración de la palabra de la sobreviviente en estos procesos libres de

³ Corte IDH. *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475, párr. 95; y *Caso V. R. P. y V. P. C. y otros vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

toda forma de revictimización y la realización de un examen médico psicológico detallado y completo por personal idóneo y capacitado.

También hace hincapié en la necesidad de la participación de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos en el proceso penal y el carácter fundamental de contar con información relativa sobre el procedimiento, los servicios de asistencia jurídica y las medidas de protección disponibles.⁴

La Corte IDH destaca la necesidad de llevar a cabo el proceso penal en un entorno que no sea intimidatorio, hostil e insensible para las niñas que atraviesan instancias judiciales.⁵ Se refirió a los exámenes físicos y fijó criterios para que no constituyan una revictimización para las niñas afectadas.⁶ En estos exámenes la sobreviviente debe poder elegir el sexo del profesional; que debe ser especialista en ginecología infanto-juvenil, con formación para realizar exámenes médico forenses en casos de violencia sexual; y debe permitirse la presencia de un acompañante de confianza de la sobreviviente. A su vez, es importante el consentimiento informado de la sobreviviente y que se garantice su derecho a ser oída, respetando su intimidad y privacidad.

En su hallazgo de que el Estado falló en actuar con debida diligencia reforzada y con los principios descritos, la Corte IDH destacó la experiencia traumática que Brisa tuvo durante los exámenes ginecológicos forenses, llevados a cabo de forma incompatible con los tratados interamericanos; el hecho de que Brisa fue obligada a relatar los hechos en distintas ocasiones y sin un debido acompañamiento; y que han transcurrido veinte años sin sentencia firme contra su agresor.

4. Enfoque interseccional en la investigación de casos de violencia sexual contra niñas

La Corte IDH destaca en su sentencia de forma explícita que el deber de debida diligencia reforzada debe ser realizado por el Estado incorporando un enfoque interseccional.⁷ Ello exige tomar en consideración que Brisa era una mujer y una niña, lo cual acentuó su vulnerabilidad a actos de violencia sexual y formas de revictimización en el proceso penal.

El Tribunal ha comenzado a incorporar un enfoque de interseccionalidad en sus sentencias y en este asunto en particular se refiere a la obligación de incorporar esta perspectiva por las autoridades judiciales en casos de violencia sexual contra las niñas.

En el marco de este análisis, hace hincapié en el deber de protección especial hacia las niñas, lo cual conlleva investigaciones con celeridad y la prevención de todo tipo de revictimización durante los procesos judiciales. También destaca los principios rectores de la Convención sobre Derechos del Niño, los cuales deben guiar estos casos, incluyendo el principio de no discriminación; el interés superior de

4 *Idem*, nota 3, párr. 103.

5 *Idem*, nota 3, párr. 106.

6 *Idem*, nota 3, párr. 107.

7 *Idem*, nota 3.

la niña; la garantía del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el respeto a la opinión de la niña en todo procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación.⁸

Por lo tanto, confirma que, en estos casos, rigen los principios ya establecidos que deben guiar la investigación de casos sobre violencia contra las mujeres, pero también el interés superior de la niña involucrada.⁹ Todo ello conlleva un deber de las autoridades judiciales de estar atentas para prevenir que las niñas sufran daños adicionales físicos, psicológicos y emocionales durante los procesos judiciales.¹⁰

Un enfoque interseccional hacia las niñas en estos procesos judiciales implica empatía hacia el trauma sufrido y una consideración de sus necesidades en base a su edad, sexo, grado de madurez y posible situación de discapacidad.¹¹ En todo momento, debe haber un respeto pleno de su integridad física y mental.

La Corte IDH también se refiere en particular a los estereotipos de género que guiaron la investigación de los hechos de violencia sexual contra Brisa.¹² Las autoridades judiciales en este asunto se refirieron de forma constante a atributos personales de Brisa y cuestionaron de forma repetida la existencia de violencia sexual en este asunto.¹³

El Estado debió haber tomado en consideración la vulnerabilidad acentuada de Brisa como niña en un proceso de violencia sexual y, bajo los artículos 1.1. y 24 de la CADH, debió adoptar medidas positivas para garantizar un acceso “efectivo e igualitario” a la justicia.¹⁴

El Tribunal señaló la falta de atención integral a Brisa durante el proceso penal, cuyo trauma y vejación de su integridad personal perdura hasta el día de hoy.¹⁵

Por lo tanto, concluyó en que la investigación no fue llevada a cabo con una perspectiva de género y de protección reforzada de los derechos de la niñez, exigida por la CADH y la Convención de Belém do Pará.

5. El consentimiento como elemento central en las leyes

Uno de los aportes más importantes de la sentencia se encuentra vinculado al área del consentimiento. La Corte IDH destacó que las leyes relacionadas con la violencia sexual deben tener como eje central el consentimiento, siendo suficiente demostrar que la sobreviviente no consintió a los hechos de violencia sexual. Ello conlleva eliminar como factores probatorios en estos asuntos la posible resistencia física de la sobreviviente o el uso de la fuerza o violencia física.

8 *Idem*, nota 3, párr. 96.

9 *Idem*, nota 3, párr. 99.

10 *Idem*, nota 3, párr. 104.

11 *Idem*, nota 10.

12 *Idem*, nota 3, párrs. 162-165.

13 *Idem*, nota 3, párrs. 164-165.

14 *Idem*, nota 3, párr. 166.

15 *Idem*, nota 3, párr. 168.

El Tribunal ofrece un análisis detallado de momentos en donde no se puede inferir el consentimiento, que incluyen: a) cuando haya existido fuerza, amenazas, o “un aprovechamiento del entorno coercitivo”, todo ello disminuyendo la capacidad de la sobreviviente para consentir; b) cuando haya impedimentos para ofrecer un consentimiento libre; c) en momentos en los que no hay evidencia de resistencia por parte de la sobreviviente; y d) cuando la víctima teme consecuencias dada una relación de poder existente.¹⁶ La normativa, a su vez, debe disponer que el consentimiento debe ser ofrecido de manera expresa, libre y previa al acto de violencia sexual, y que puede ser reversible.¹⁷

En base a estos principios, la Corte IDH determinó que la legislación penal en Bolivia no establecía –y sigue sin establecer– el consentimiento como eje central del delito de violación. La normativa interna exige probar violencia o intimidación, de manera contraria con los estándares internacionales.

La Corte IDH considera al primo de Brisa como una figura de autoridad, equivalente a un hermano mayor; situación en la cual se puede concluir que había una asimetría de poder entre ellos y una relación de confianza.¹⁸ En este tipo de situación no se puede inferir el consentimiento de la sobreviviente.¹⁹

El fallo incorpora como un insumo importante varios estándares regionales e internacionales sobre el consentimiento. Entre ellos, es notable la referencia a la Recomendación General N° 3 del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Para sobre la figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género,²⁰ a la definición de violencia sexual incluida en el Convenio de Estambul²¹ y a la decisión de *Karen Tayag Vertido c. Filipinas* sobre el impacto nocivo de los estereotipos de género en procesos judiciales.²²

6. Medidas de no repetición y reparaciones

La Corte IDH concluye su sentencia con una sección extensa de reparaciones, incluyendo una gama de medidas encaminadas a la no repetición de actos de violencia sexual e incesto contra las niñas y las adolescentes.

Entre estas medidas, hace un llamado al Estado a modificar su legislación interna sobre violencia sexual en tres niveles. Un nivel se refiere a la necesidad de reformar en un plazo razonable su ordenamiento jurídico interno para que la ausencia de consentimiento sea central y constitutiva del delito de violación sexual. Ello conlleva eliminar el requerimiento de que el delito sea cometido mediante

16 *Idem*, nota 3, párr. 148.

17 *Idem*, nota 3, párr. 149.

18 *Idem*, nota 3, párr. 153.

19 *Idem*, nota 18.

20 Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Para (2021). Recomendación General N° 3. La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género.

21 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (2011).

22 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Karen Tayag Vertido c. Filipinas*, Comunicación N° 18/2008, CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010.

violencia o intimidación e incorporar circunstancias que pueden viciar el consentimiento.²³ En un segundo nivel, Bolivia debe eliminar el delito de estupro, por estar fundamentado en estereotipos de género.²⁴ Finalmente, se ordena al Estado visibilizar la violencia sexual incestuosa en el Código Penal Boliviano, requiriendo atención especializada.²⁵

La Corte también fija un listado abarcador de medidas de prevención que deben ser adoptadas por el Estado de Bolivia, incluyendo la adecuación de protocolos a las necesidades de casos de violencia sexual y programas de capacitación y sensibilización para funcionarios públicos. El Estado debe implementar campañas de concientización y sensibilización; educación sexual para niñas, niños y adolescentes y un sistema nacional y centralizado de recopilación de datos de violencia sexual contra las niñas.

7. Conclusiones

Saludo el trabajo de la Corte IDH en esta sentencia, pues es una contribución significativa al abordaje del grave problema del incesto y su afectación en las niñas y adolescentes. Se sugiere que el Tribunal aborde en mayor detalle en el futuro el contenido del deber de prevención en casos de incesto, enviando un mensaje contundente a los Estados de que es un deber de amplio alcance bajo la Convención de Belém do Pará.

En este caso, el Estado no estaba del todo preparado para prevenir la violencia incestuosa que atravesó Brisa, con efectos irreparables para su integridad, privacidad, y plan de vida: carecía de un marco legislativo, institucional, judicial y de actuación adecuado y equipado para prevenir la violencia incestuosa contra las adolescentes.

La Convención de Belém do Pará exige que los Estados estén organizados, capacitados y preparados para prevenir la violencia contra las adolescentes; obligación que debe ser enfatizada por la Corte IDH en sus futuras sentencias. En este sentido, puede hacer aportes sustanciales en identificar un mínimo de medidas razonables que los Estados deben adoptar bajo la Convención de Belém do Pará para prevenir la violencia sexual incestuosa contra las adolescentes, como un ingrediente crítico de su deber de actuar con debida diligencia reforzada.

Una interpretación abarcadora del deber de prevención bajo la Convención de Belém do Pará es fundamental y necesaria para la futura efectividad de este instrumento, para enviar un mensaje claro a los Estados que su estructura gubernamental debe actuar de forma proactiva, exhaustiva y sin dilación para prevenir todo tipo de violencia incestuosa contra las adolescentes. De lo contrario, los niveles de violencia contra las mujeres y las adolescentes en la región continuarán siendo preocupantes.

Por último, exhorto a la Corte IDH a pronunciarse en mayor detalle sobre aspectos vitales para el procesamiento judicial de casos de incesto de adolescentes en nuestro hemisferio. Se puede establecer un

23 *Idem*, nota 3, párr. 198.

24 *Idem*, nota 3, párr. 199.

25 *Idem*, nota 3, párr. 201.

desglose detallado de medidas que los Estados pueden adoptar para prevenir la revictimización de las sobrevivientes y sus familiares cuando atraviesan instancias judiciales; problema común en casos de violencia contra las mujeres ante la Corte. También pueden explicarse los pasos que los Estados deben adoptar para garantizar la debida y adecuada participación de las adolescentes en procesos judiciales pertinentes.

El Tribunal regional debe continuar expandiendo el contenido del deber de los Estados de prevenir la discriminación interseccional en instancias judiciales y reafirmar su vínculo con el derecho de toda adolescente de vivir libre de estereotipos, violencia y discriminación.

Defensor de derechos humanos ambientales. Libertad de expresión. Persecución penal

Corte IDH. *Caso Baraona Bray Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481

Por Andrea Ruiz Rosas¹ y Juan Pablo Olmedo Bustos²

1. Introducción

En contra del Estado de Chile la Corte IDH ha dictado 15 sentencias condenatorias y la del *Caso Baraona Bray* es la última de este repertorio. Nuevamente, determinó la responsabilidad internacional del Estado por desconocer la libertad de pensamiento y de expresión, senda jurisprudencial que comenzó con el caso “La Última Tentación de Cristo”,³ y siguió con los casos “Palamara Iribarne”,⁴ “Claude Reyes y otros”,⁵ y “Urrutia Laubreaux”.⁶

- 1 Abogada y magíster en Derecho Público (Universidad de Chile). Diplomada en Estudios Avanzados (Universidad Complutense de Madrid), Diplomada en Derecho y Gestión Parlamentaria (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso). Académica en la Universidad Alberto Hurtado, Universidad de Chile y Universidad Finis Terrae. Socia fundadora del estudio jurídico Olmedo y Ruiz, especializado en Derecho Internacional.
- 2 Abogado (Universidad Católica de Chile). LLM en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Essex). Creador de la Fundación Pro-Acceso y la Fundación Pro-Bono. Primer presidente del Consejo para la Transparencia de Chile. Socio fundador del estudio Jurídico Olmedo y Ruiz.
- 3 Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- 4 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- 5 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- 6 Corte IDH. *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409.

El caso que aquí se comenta tuvo por objeto que se declare la responsabilidad internacional del Estado en perjuicio de Carlos Baraona Bray por violación a los artículos 13, 9 y 25.1 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, por haber denunciado un manto de protección de la tala ilegal de alerce,⁷ en la cordillera del Sarao, en la Región de Los Lagos, aspecto de indudable interés en Chile por el valioso acervo natural que esta especie nativa representa. La sentencia de la Corte IDH acogió cada una de las violaciones alegadas y declaró la responsabilidad del Estado.

La revisión de la sentencia obliga a reflexionar sobre algunas temáticas de relevancia del caso. En primer lugar, sobre la condición de defensor de derechos humanos ambientales del Sr. Baraona Bray, con referencia obligada al Acuerdo de Escazú; en segundo lugar, sobre la importancia de la libertad de expresión y de pensamiento en una sociedad democrática y en materia de asuntos ambientales; y, en tercer lugar, sobre la definición de discurso protegido de interés público referido a conductas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones públicas y la proscripción de la persecución penal.

2. Hechos del caso

Desde el año 2003 diversas agrupaciones de la sociedad civil comenzaron a denunciar la existencia de una red de presiones políticas y asociaciones ilícitas en perjuicio de la conservación del alerce. En particular, se había acusado a la Corporación Nacional Forestal por actuar de forma negligente en el control de la tala ilegal del alerce y ceder ante las presiones para otorgar planes de manejo a privados.

Dentro de este contexto, durante el mes de mayo de 2004, el Sr. Baraona Bray realizó declaraciones ante los medios de comunicación, donde señaló que un senador de la región ejercía presiones políticas sobre las autoridades encargadas de la conservación del alerce con la finalidad de permitir y mantener la ocupación ilegal de propiedades y la tala ilícita.

El 14 de mayo el senador presentó una querrela penal en contra del Sr. Baraona Bray por la presunta comisión de los delitos de calumnia e injurias graves con publicidad, contenidos en los artículos 412 y siguientes, 416 y siguientes y 423 del Código Penal chileno, invocando, además, la agravante del artículo 12, inciso 13 del Código Penal, ya que las supuestas expresiones injuriosas fueron hechas en desprecio y con ofensa de la autoridad pública de que estaba investido el senador.

El 22 de junio de 2004, el Sr. Baraona Bray fue condenado por el delito de injurias graves a la pena de 300 días de prisión suspendida, multa de 20 UTM y la suspensión para el ejercicio de cargos públicos por el período de la condena, a pesar de que sus expresiones se enmarcaban en un contexto de crítica legítima a la autoridad.

⁷ En Chile, el alerce es una especie declarada monumento natural y cuya tala fue prohibida en el año 1976 a través del Decreto Supremo N° 490 del Ministerio de Agricultura. Los bosques de alerce en Chile tienen los ejemplares de árboles nativos más longevos que se han encontrado en el planeta de más de cinco mil años de vida y donde, según lo señalado la revista *Science*, se encuentra el Alerce Milenario el Gran Abuelo, que hasta la fecha es el ser viviente individual más antiguo en todo el planeta. Conf. Popkin, G. (2022). Is the world's oldest tree growing in a ravine in Chile?, *Science*. Recuperado de <https://www.science.org/content/article/world-s-oldest-tree-growing-ravine-chile>

Sobre la base de los hechos descriptos, el 4 de marzo de 2005 se presentó una denuncia ante la CIDH por la violación del derecho a la libertad de expresión del Sr. Baraona Bray por imponerle el Estado de Chile responsabilidades ulteriores de naturaleza penal por el ejercicio de dicho derecho en temas de defensa del medio ambiente.

El 11 de agosto de 2020, la CIDH sometió el asunto ante la Corte IDH, que manifestó su preocupación por la excesiva dilación de este caso.⁸ La sentencia final fue adoptada con fecha 24 de noviembre de 2022 y notificada a las partes el 28 de febrero de 2023. Por tanto, sólo después de transcurrir más de 18 años de la ocurrencia de los hechos que se denunciaron, se reconoció la responsabilidad del Estado de Chile, poniendo en evidencia el problema de oportunidad que enfrenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁹

3. Sobre la condición de defensor de derechos humanos ambientales del Sr. Baraona Bray

El Sr. Baraona Bray es un abogado chileno, cuyo proyecto de vida incluía participar activamente en la defensa de los derechos humanos y el medio ambiente. En su calidad de funcionario de la Corporación Nacional Forestal, conoció casos relacionados con la explotación y la tala ilegal del alerce y, luego, en el ámbito privado, se desempeñó en organizaciones no gubernamentales dedicadas a proyectos de conservación ambiental y participó en varios recursos judiciales en defensa del medio ambiente.¹⁰

En este punto, resulta significativa la condición de abogado de la víctima, como expresión de su compromiso profesional con la democracia ambiental, aportando al debate público y a la crítica social, información útil y eficaz para dar protección al medio ambiente. Todo ello hasta el año 2004, fecha de ocurrencia de los hechos que motivaron la denuncia internacional.

A pesar de la oposición del Estado, que en sus alegatos puso en duda dicha vocación de defensa ambiental, por ser un correcto funcionario público y un abogado que defiende intereses privados, la Corte IDH hace un interesante análisis de qué debe entenderse por defensora o defensor de derechos humanos y por qué no es incompatible con la función pública ni el ejercicio de la abogacía en el ámbito privado.¹¹

Para el Tribunal, esta calidad se deriva de la labor que se realiza, reiterando jurisprudencia en la que determinaba que ello era con independencia de si se es un particular o un funcionario público, pues la condición debe entenderse de manera amplia y flexible debido a la naturaleza de las actividades que realizan relacionadas con la promoción, defensa y protección de derechos humanos, ya sea que la

8 Conf. Corte IDH. *Caso Baraona Bray Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481, párr. 4.

9 Esta nota de preocupación de la Corte IDH también había sido recogida en Corte IDH. *Caso Habbal y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463, párr. 3.

10 *Idem*, nota 8, párr. 53.

11 Véase, también, Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 129 y ss.

persona se autodenomine como tal o tenga un reconocimiento social esa defensa.¹² Por ende, la consideración de persona defensora no es incompatible con el desempeño público ni privado.

Junto a esta alusión general, la Corte profundiza en que la defensa de derechos humanos no solo se extiende a los derechos civiles o políticos, sino que también a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.¹³ Por consiguiente, en la categoría analizada se incluyen los defensores ambientales, también denominados defensores de derechos humanos ambientales o defensores de derechos humanos en asuntos ambientales.¹⁴

La sentencia reconoce que el Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como “Acuerdo de Escazú”, es el primer instrumento internacional en referirse expresamente a estos defensores, definiéndolos en el artículo 9.1 como “personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales”¹⁵ y al cual el Estado de Chile adhirió con fecha 13 de junio de 2022.

El énfasis se pone en la situación de vulnerabilidad que pueden encontrarse los defensores ambientales y en la necesidad de proveerles especial protección,¹⁶ teniendo presente que el artículo 9 del Acuerdo de Escazú exige a los Estados garantizar un entorno seguro y propicio para que puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad, y tomar las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos sus derechos, incluidos los derechos a la vida, a la integridad personal, la libertad de opinión y expresión.¹⁷

Para la Corte IDH, por tanto, las acciones desarrolladas por el Sr. Baraona Bray lo caracterizan como un defensor de derechos humanos¹⁸ y merecen protección, pues en sus palabras, estas personas desempeñan una labor “fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho”.¹⁹

4. Sobre la importancia de la libertad de expresión y de pensamiento en una sociedad democrática y en asuntos ambientales

El Estado de Chile ha sido condenado en cinco ocasiones por la Corte IDH por violar el derecho a libertad de expresión de sus ciudadanos. En “Baraona Bray” hace hincapié en la importancia de la

12 *Idem*, nota 8, párrs. 70, 71 y 80.

13 La Corte IDH profundiza la referencia más general que se hizo en el caso de la muerte de Gabriel Sales Pimenta, abogado y defensor de trabajadores rurales en Pará, a quien le atribuye la calidad de defensor de derechos humanos. Conf. Corte IDH. *Caso Sales Pimenta Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2022. Serie C No. 454, párr. 71.

14 *Idem*, nota 8, párr. 71.

15 *Idem*, nota 8, párr. 74.

16 *Idem*, nota 8, párr. 75.

17 *Idem*, nota 8, párr. 76.

18 *Idem*, nota 8, párr. 66. Esta calificación del Sr. Baraona Bray como defensor de derechos humanos es un punto no pacífico de la sentencia, pues el juez Sierra Porto y la jueza Hernández López evidenciaron una falta de precisión en la determinación del estándar y su aplicación al caso concreto. *Idem*, nota 8, voto concurrente y parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto y de la jueza Nancy Hernández López.

19 *Idem*, nota 8, párr. 78.

libertad de expresión en una sociedad democrática y, en particular, cuando se trata de asuntos ambientales, por el manifiesto interés público que representan.

La sentencia reitera que la libertad de expresión “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”,²⁰ en la misma línea que en “La Última Tentación de Cristo”,²¹ y que no solo ampara la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población²² o chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos,²³ siguiendo con ello al TEDH.

Es más, en el caso particular, se reconoce que las expresiones de la víctima fueron sumamente críticas de la conducta del senador respecto de las autoridades encargadas de la conservación del alerce, pero ello no implica que quede desprotegido. Por el contrario, para la Corte IDH, “[l]a utilización de expresiones que pueden ser chocantes o críticas son recursos o estrategias comunicacionales utilizadas por defensores de derechos humanos y del medio ambiente, que buscan comunicar y generar conciencia en la población en general”,²⁴ lo que ratifica la importancia de una protección reforzada a su respecto.

En la vertiente colectiva de esta libertad, “las personas pueden ejercer el control democrático de las gestiones estatales para poder cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas”,²⁵ posibilitando que sus opiniones sean escuchadas mediante la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones, por lo que está vedado a los Estados realizar actos directos o indirectos que constituyan restricciones indebidas a dicha libertad.

Por consiguiente, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos están proscritos los procesos judiciales derivados de demandas estratégicas contra la participación pública, conocidos por sus siglas en inglés como “SLAPP” (Strategic lawsuit against public participation).

La Corte IDH consideró que “la recurrencia de funcionarios públicos ante instancias judiciales para presentar demandas por delitos de calumnia o injuria, no con el objetivo de obtener una rectificación, sino de silenciar las críticas realizadas respecto a sus actuaciones en la esfera pública, constituye una amenaza a la libertad de expresión” y “un uso abusivo de los mecanismos judiciales que debe ser regulado y controlado por los Estados”.²⁶

La acción judicial presentada en contra de la víctima por el senador aludido en sus declaraciones constituyó, para el Tribunal, un caso de SLAPP, pues tuvo precisamente como objetivo acallar a una persona que emitía declaraciones de interés público sobre hechos eventualmente irregulares.²⁷

20 *Idem*, nota 8, párr. 88.

21 *Idem*, nota 3, párr. 68.

22 *Idem*, nota 3, párr. 69.

23 *Idem*, nota 8, párr. 118.

24 *Idem*, nota 23.

25 *Idem*, nota 8, párr. 90.

26 *Idem*, nota 8, párr. 91.

27 *Idem*, nota 8, párr. 127.

Es tal la gravedad de la violación a la libertad de expresión que genera este tipo de acciones (persecución penal e imposición de condenas) que el efecto amedrentador o *chilling effect* no solo afecta el derecho de quien es demandado directamente, quien se autocensuró o silenció, sino que inhibe la circulación de ideas, opiniones e información por parte de terceros,²⁸ a tal punto que la Corte IDH constata que “tampoco hay registro que el debate haya continuado con la misma fuerza en la esfera pública”.²⁹

Cuando el efecto amedrentador se refiere a materias relacionadas con asuntos ambientales, la necesidad de una protección reforzada de la libertad de expresión cobra mayor relevancia en una sociedad democrática, pues su ejercicio respalda la mejor formulación de políticas públicas que afectan el medio ambiente, mediante procesos de participación que recojan las preocupaciones ciudadanas y permitan exigir la responsabilidad de las autoridades.³⁰

En esta materia, la Corte IDH relevó el concepto de democracia ambiental del principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que promueve la participación de todos los ciudadanos interesados en los asuntos ambientales, y citó al Acuerdo de Escazú, en particular, el compromiso de cada Estado Parte de implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales (artículo 7).

5. Sobre la definición de discurso protegido de interés público y la proscripción de la persecución penal

Teniendo presente que toda forma de expresión debe estar amparada por esta libertad, salvo que se trate de discursos prohibidos, la Corte IDH analizó si el discurso proferido por el Sr. Baraona Bray es de aquellos que deben recibir una protección especial por su importancia crítica para el ejercicio de los demás derechos humanos o para el adecuado funcionamiento del sistema democrático.

Destacan en este aspecto dos criterios: si se trata de un discurso político y sobre asuntos de interés público o si es un discurso sobre funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos, debido a que esta definición será determinante para la resolución final que adopta la Corte IDH en orden a prohibir la persecución penal de este tipo de expresiones por parte del Estado.

En primer término, a pesar de que el Estado desconoció que en el presente caso esté en juego el interés público,³¹ la sentencia despeja ese punto. La Corte IDH reconoce que tienen esa calidad las declaraciones en materias de asuntos ambientales, pues se trata de expresiones: a) referidas a asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, b) que inciden sobre el funcionamiento del Estado, o c) afectan derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes. Las opiniones o información sobre protección o gestión del medio ambiente y sobre riesgos

28 *Idem*, nota 27.

29 *Idem*, nota 8, párr. 124.

30 *Idem*, nota 8, párr. 96.

31 *Idem*, nota 8, párr. 87.

o impactos ambientales deben ser consideradas asuntos de interés público, pues el respeto y garantía de los derechos humanos no puede escindirse de la protección al medio ambiente.³²

En función del segundo criterio esgrimido, la Corte IDH señaló que las personas que influyen en cuestiones de interés público están más expuestas al escrutinio y a la crítica del público. Las autoridades y funcionarios públicos deben estar dispuestos a aceptar un mayor grado de crítica que los particulares, y los políticos deben mostrar un mayor grado de tolerancia a esa crítica, lo que no significa que el honor de estas personas no deba ser jurídicamente protegido, sino que debe serlo conforme con los principios del pluralismo democrático.³³ Por ende, los discursos referidos a conductas de funcionarios en ejercicio de sus funciones son especialmente protegidos por su interés público.

Sobre la base de estos criterios concurrentes en el caso en análisis, la sentencia define que, tratándose del ejercicio de la libertad de expresión sobre temas de interés público y, en particular, el referido a críticas dirigidas a funcionarios públicos, la respuesta penal es contraria a la CADH.³⁴

Con esto, la Corte IDH reitera su jurisprudencia sobre la improcedencia de responsabilidades ulteriores de naturaleza penal que había asentado en “Álvarez Ramos”³⁵ y “Palacio Urrutia”.³⁶

En función de otorgar una mayor protección, supera los criterios previos construidos sobre la base del principio de legalidad, en los que se declaraba la inconvencionalidad por la generalidad, ausencia de certeza y falta de claridad de las conductas que podrían generar responsabilidad penal; el principio de *ultima ratio*, que permitía acudir a la sanción penal solo en casos extremos y graves; y el principio de proporcionalidad, que entregaba al juez penal la potestad de determinar la existencia de un discurso de interés público, exigiendo analizar los elementos fácticos y jurídicos y los límites de la libertad de expresión respecto del derecho al honor de un funcionario público, para ponderar y definir cuál debe prevalecer en el caso concreto.

La Corte IDH en “Baraona Bray” decide fortalecer la protección de la libertad de expresión cuando se trata de denuncias contra funcionarios públicos por la necesidad de evitar el efecto amedrentador que genera la incertidumbre del inicio de un proceso penal y la necesidad de recurrir a la ponderación judicial si se está ante un caso de interés público.

Señala la sentencia que

este Tribunal considera necesario continuar en la senda protectora del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 de la Convención, en el entendido de que, *cuando se trata de delitos contra el honor que implican ofensas e imputación de hechos ofensivos*, la prohibición de la persecución criminal

32 *Idem*, nota 8, párr. 114.

33 *Idem*, nota 8, párrs. 111 y 112.

34 *Idem*, nota 8, párr. 115.

35 Corte IDH. *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380.

36 Corte IDH. *Caso Palacio Urrutia y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C No. 446.

no debe basarse en la eventual calificación de interés público de las declaraciones que dieron lugar a la responsabilidad ulterior, sino en la condición de funcionario público o de autoridad pública de aquella persona cuyo honor ha sido supuestamente afectado (énfasis agregado).³⁷

De esta forma, la Corte IDH otorga certeza al titular del derecho mediante la consagración de un criterio claro y objetivo,³⁸ pues puede descartar de forma inmediata, al momento de emitir la expresión o declaración, la posibilidad de que se inicie un proceso penal en su contra, pues su conducta es atípica en el ordenamiento jurídico.

6. Conclusiones

En la sentencia del *Caso Baraona Bray Vs. Chile*, la Corte IDH dio dos pasos vigorosos en la protección de la libertad de expresión de las personas defensoras de los derechos humanos.

En primer lugar, profundizó los criterios que permiten determinar cuándo una persona tiene la calidad de defensor de derechos humanos, prescribiendo que esta condición debe entenderse de manera amplia y flexible debido a la naturaleza de las actividades que realizan relacionadas con la promoción, defensa y protección de derechos humanos, ya sea que la persona se autodenomine como tal o tenga un reconocimiento social esa defensa, y que la defensa de derechos humanos no solo se extiende a los derechos civiles o políticos, sino que también a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Por consiguiente, en la categoría analizada se incluyen los defensores ambientales, quienes por la situación de vulnerabilidad que pueden encontrarse requieren que se les provea una especial y reforzada protección. Solo queda pendiente para futuros casos una consideración especial sobre el rol de los abogados en esta especial categoría.

En segundo lugar, la Corte IDH continuó en la senda de elevar los estándares de protección de la libertad de expresión cuando se trata de discursos protegidos de interés público referidos a la imputación de ofensas o hechos ofensivos a funcionarios públicos, definiendo *a priori* que las responsabilidades ulteriores de naturaleza penal para defender la honra de dichos funcionarios son contrarias a la CADH.

El Tribunal exigió al Estado de Chile que adopte, dentro de un plazo razonable, medidas legislativas relacionadas con la tipificación de los delitos de injurias conforme a los parámetros de la sentencia. Vale decir, como la vía penal no es un medio convencionalmente idóneo, la legislación deberá estable-

³⁷ *Idem*, nota 8, párr. 129.

³⁸ De interés resultan en este punto las consideraciones y argumentaciones a favor de este criterio jurisprudencial formuladas en el voto concurrente de los jueces Pérez Manrique, Ferrer Mac-Gregor Poisot y Mudrovitsch, párr. 8 y ss. Sin embargo, este criterio no es pacífico, pues en contra de avanzar en esta línea jurisprudencial se manifestaron el juez Sierra Porto y la jueza Hernández López. *Idem*, nota 8, voto concurrente y parcialmente disidente del juez Sierra Porto y de la jueza Hernández López, párr. 6 y ss.

cer vías alternativas al proceso penal para la protección del honor de los funcionarios públicos respecto de opiniones relacionadas con su actuación en la esfera pública.³⁹

Por último, cabe destacar que, en la senda jurisprudencial de fortalecimiento de la libertad de expresión como piedra angular de la existencia de la sociedad democrática, la Corte IDH ha reforzado la garantía de dos importantes derechos: el acceso a la información, en “Claude Reyes” y la libertad de expresión, en “Baraona Bray”. Ambos derechos se constituyen como valiosas herramientas de control social de los abusos de autoridad y de los hechos de corrupción, pues “la libertad de expresión es una de las formas más eficaces de denuncia de la corrupción”⁴⁰ y los Estados tienen el deber de generar un ambiente libre de amenazas para los defensores de derechos humanos ambientales que investigan y denuncian estas conductas.

39 *Idem*, nota 8, párr. 174.

40 CIDH (2019). *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II, párr. 8.

Discriminación por orientación sexual en las relaciones de consumo

Corte IDH. *Caso Olivera Fuentes Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2023. Serie C No. 484

Por Jeannette Llaja Villena¹ y Beatriz Ramírez Huaroto²

1. Introducción

El 11 de abril de 2023 la Corte IDH notificó públicamente su sentencia en el caso de Crissthian Olivera Fuentes, primero sobre discriminación por orientación sexual en las relaciones del consumo, en el que se responsabiliza a un Estado por no fiscalizar la actuación de empresas privadas.³

El Sr. Olivera Fuentes y su pareja fueron discriminados en un supermercado en el año 2004, cuando en el Perú y en el Sistema Interamericano recién empezaba a construirse un marco jurídico de protección de derechos para las personas LGTBIQ+.⁴ En ese momento, la CIDH solo había declarado la

1 Abogada (Pontificia Universidad Católica del Perú). Magíster en Derecho Constitucional (Pontificia Universidad Católica del Perú). Maestranda en Gobierno y Gestión Pública en América Latina (Universidad Pompeu Fabra). Fue abogada del caso en sede interna como parte de DEMUS – Estudio para la defensa de los derechos de la mujer.

2 Abogada (Pontificia Universidad Católica del Perú). Magíster en Derecho Constitucional (Pontificia Universidad Católica del Perú). Profesora de Derecho (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Escuela de Posgrado de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y Academia de la Magistratura).

3 Corte IDH. Comunicado de Prensa 24/2023. 11 de abril de 2023.

4 En la sentencia se precisa que el acrónimo LGTBIQ+ se refiere a personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer, en donde el signo + representa a las personas con una orientación sexual, una identidad de género, una expresión de género y características sexuales diversas que se identifican a sí mismas utilizando otros términos. Corte IDH. *Caso Olivera Fuentes Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2023. Serie C No. 484, nota al pie 37.

admisibilidad del caso *Giraldo Vs. Colombia*,⁵ en el que se denunciaba la negación a una mujer privada de libertad del derecho a la visita íntima de su compañera de vida.

Al momento de la emisión de la sentencia, casi dos décadas después de los hechos materia del caso *Olivera Fuentes*, la Corte IDH ya había desarrollado una importante jurisprudencia sobre la base de la CADH y otros tratados del SIDH para fortalecer el reconocimiento y garantía de los derechos de la diversidad sexual.

Los casos “*Atala Riffo y niñas*”,⁶ “*Duque*”,⁷ “*Flor Freire*”,⁸ “*Azul Rojas Marín y otra*”,⁹ “*Vicky Hernández y otras*”,¹⁰ y “*Pavez Pavez*”¹¹ establecieron un marco interpretativo desde el que se abordó la discriminación contra *Cristhian Olivera*. Asimismo, la Opinión Consultiva OC-24/17¹² reconoció la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como categorías protegidas contra la discriminación al amparo de la CADH.

Luego de esta introducción, en la segunda parte se hace un resumen de los hechos del caso. En la tercera parte se presentan los principales hitos del procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En la cuarta parte se analiza el fondo de la sentencia. En la quinta parte se resumen las reparaciones ordenadas. Por último, a modo de conclusión, se hace un comentario general de la relevancia de la sentencia.

2. Los hechos del caso

El 11 de agosto de 2004, en horas de la noche, el Sr. *Olivera Fuentes* y su pareja se encontraban en la cafetería *Dulces y Salados de Supermercados Santa Isabel* (hoy bajo la denominación *Plaza Vea* a cargo de la empresa *Supermercados Peruanos*) realizando demostraciones de afecto que consistían en proximidad física, miradas románticas y lectura de poemas.

5 CIDH. Informe N° 71/99. Petición 11.656. *Marta Lucía Álvarez Giraldo*. Colombia, 4 de mayo de 1999.

6 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

7 Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

8 Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

9 Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.

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

11 Corte IDH. *Caso Pavez Pavez Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449.

12 Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

La supervisora de la tienda, junto a miembros de seguridad, les señaló que debían cesar sus demostraciones de afecto o que, de lo contrario, se retiraran de la tienda. De acuerdo con la empresa, un cliente se había quejado porque había niños circulando por la zona.

Con posterioridad, el 17 de agosto de 2004, el Sr. Olivera Fuentes y su pareja realizaron demostraciones afectivas en otro local del mismo supermercado, ocasión en la que el personal les indicó que por política de la empresa debían retirarse. Estos hechos fueron parte de un reportaje del programa televisivo *Reporte semanal*, en el que concurrió también una pareja heterosexual que realizó la misma conducta, pero a la que no le hicieron ninguna indicación.

El 1 de octubre de 2004, el Sr. Olivera Fuentes denunció formalmente lo ocurrido ante la Comisión de Protección del Consumidor del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad (INDECOPI), institución que desde el año 1998 había desarrollado jurisprudencia administrativa frente a los casos de discriminación por razones étnico-raciales en el consumo, fundamentalmente relacionadas a la actuación de discotecas,¹³ en la que, de acuerdo a la norma que regulaba su actuación, debía aplicar el estándar de inversión de la carga de prueba.¹⁴ En el proceso, el Sr. Olivera Fuentes presentó el video publicado en el programa televisivo acerca de los hechos ocurridos una semana después de los actos iniciales de discriminación como un indicio de la actuación de la empresa.

Como respuesta a la denuncia administrativa, la empresa de supermercados alegó que el Sr. Olivera Fuentes no había logrado probar la existencia de un acto de discriminación en su contra y que el fin de la intervención de la empresa fue el “respeto a la moral y las buenas costumbres” y el interés superior de los niños que se encontraban jugando en la zona contigua a las mesas de la cafetería.¹⁵

Además, presentó un informe titulado “Informe médico-psicológico que trata el significado de la exhibición pública de manifestaciones eróticas entre parejas del mismo sexo y su efecto sobre la niñez”, en el que, entre otros elementos, se reivindica el ambiente familiar compuesto por un padre y una madre para el desarrollo psicosexual normal de los niños, como referencia para su identificación sexual y el entendimiento de las relaciones complementarias entre hombre y la mujer. Asimismo, indicó que el efecto de “asistir a escenas eróticas” consistentes en “besos, abrazos, caricias” en una pareja homosexual nunca será neutro y que “las relaciones eróticas homosexuales podían quebrar la comprensión de las relaciones afectivas entre un hombre y una mujer, a partir de lo que ve en su propia familia, provocándole inseguridad y angustia”.¹⁶ La empresa también presentó cartas en las que diversos clientes mostraban su rechazo a las muestras de afecto desplegadas por el Sr. Olivera Fuentes y su pareja.¹⁷

La revisión de todo el expediente administrativo muestra que la empresa nunca negó la intervención realizada al Sr. Olivera Fuentes, sino que la justificó.

13 Casos Discotecas The Edge y The Piano (1998), Sol y Luna, Delirium Café & Bar y Bauhaus (1998), entre otros. Conf. INDECOPI. *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito. Jurisprudencia del INDECOPI*. Lima, Indecopi, 2015.

14 Artículo 7.b del TUO del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor.

15 *Idem*, nota 4, párr. 53.

16 *Idem*, nota 4, párr. 54.

17 *Idem*, nota 4, párr. 53.

La Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI resolvió declarar infundada la denuncia por medio de la Resolución N° 1039-2005/CPC de fecha 31 de agosto de 2005. En su fundamentación, argumentó en extenso que la protección del interés superior del niño configura una causa objetiva para el trato diferenciado en el entendido de que las muestras de afectos homosexuales pueden dañar la integridad psicosexual de los/as niños/as y su salud integral.¹⁸ Para resolver el caso en concreto, señaló que los medios probatorios presentados no le generaban convicción acerca de los hechos denunciados y que, por tanto, no podía pronunciarse al respecto.

Ante la apelación del denunciante, el 17 de mayo de 2006 el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI emitió la Resolución N° 0665-2006/TDC-INDECOPI por la que confirmó la resolución precedente, pero modificándola en sus fundamentos. Asimismo, dispuso que la Comisión organice y realice operativos destinados a identificar posibles conductas discriminatorias por orientación sexual en establecimientos abiertos al público. Si bien concluyó en que el denunciante no pudo probar el trato diferenciado, tomó abierta distancia de la fundamentación de la primera resolución.

En primer lugar, estableció que las muestras de afecto entre las personas en un establecimiento público deben ser permitidas o restringidas con criterios totalmente independientes a la orientación sexual de las personas que las realizan y, en segundo lugar, señaló que “todas las alegaciones en cuanto al interés superior del niño no se corresponden con los hechos objeto de la denuncia”.

Esta decisión fue cuestionada ante el Poder Judicial en el marco de un proceso contencioso administrativo, en el cual la Segunda Sala en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima, primero, y la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, luego, consideraron infundada la demanda, mientras que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente declaró improcedente el recurso de casación presentado.

El denunciante presentó el 13 de septiembre de 2006 una demanda contencioso-administrativa solicitando la nulidad del primer extremo de la Resolución N° 0665-2006/TDC-INDECOPI fundamentando su pretensión en que se vulneró el “debido proceso administrativo” al exigir un estándar probatorio que desconocía el principio *pro consumidor* y que, por tanto, violaba la Ley de Protección al Consumidor.

El 10 de junio de 2008 la Segunda Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia, por la que declaró infundada la demanda, pues consideró que “no se advierte que [la resolución de INDECOPI] sea producto de una actuación arbitraria por parte de la entidad demandada, ya que se ha ceñido a la normatividad de la materia vigente, por lo que ha actuado conforme a ley”. Ello, en la medida en que “las pruebas aportadas por el recurrente no son suficientes por constituir prueba realizada por el propio recurrente”.

¹⁸ La Comisión analizó en aproximadamente doce hojas si la exposición de niños a muestras de afecto por parte de parejas homosexuales daña su salud mental y concretamente su desarrollo psicosexual. Para ello, no solo hizo eco del informe médico-psicológico presentado por la empresa denunciada, sino que citó a otros psiquiatras de la misma tendencia respecto de la homosexualidad.

Asimismo, se pronunció sobre la justificación del trato diferenciado contra el denunciante, al considerar que su conducta era “no adecuada” y justificando la intervención en la “causa objetiva [de] la tranquilidad del resto de consumidores” y “el interés superior del niño” y el atentar contra “la cultura social”.

Ante la apelación presentada, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió su sentencia de fecha 14 de junio de 2010, en la cual confirmó la sentencia precedente en consideración de que, a su criterio, no se encontraba acreditado que el recurrente había sido víctima de un trato discriminatorio por razón de su orientación sexual. La Sala no evaluó las posibles causas objetivas y justificadas del trato diferenciado en tanto que “las pruebas aportadas [...] no otorgan certeza de los hechos ocurridos”.

Contra esta sentencia se presentó un recurso de casación que fue declarado improcedente por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente el 11 de abril de 2011, bajo la consideración de que admitirlo supondría “una nueva valoración de la prueba actuada”.

El argumento que se mantuvo en las resoluciones del proceso administrativo y el judicial es que el Sr. Olivera Fuentes no pudo probar el trato diferenciado, de forma que se redujo la discriminación vivida a versiones contradictorias entre las partes. Se desestimó el valor probatorio como indicio del video del reportaje televisivo con hechos del 17 de agosto de 2004, y se guardó silencio sobre la respuesta y pruebas presentadas por el supermercado en los que explicaba y justificaba su actuación discriminatoria.

Sin embargo, mientras la Comisión de Protección al Consumidor, aludiendo al interés superior del niño, recogió argumentos del informe médico-psicológico presentado por la empresa sobre las consecuencias de la exposición de los niños a conductas homosexuales, los órganos jurisdiccionales, en una aparente neutralidad, aludieron a actos de pareja “excesivos” o “exacerbados” que afectaban a la infancia, así fueran protagonizados por personas heterosexuales u homosexuales.¹⁹

3. Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se presentó el 29 de noviembre de 2011 y, por los hechos expuestos, se denunció la violación del derecho a la igualdad ante la ley (art. 24) en relación con la obligación de respetar y garantizar derechos sin discriminación derechos (art. 1.1) y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2); derecho a la vida privada (art. 11.2), a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13), en conexión con el artículo 1.1; así como de los derechos a las garantías judiciales (art. 8.1) y protección judicial (art. 25) en conexión con el artículo 1.1. de la CADH. La CIDH declaró admisible la petición el 28 de diciembre de 2017 en cuanto a presuntas violaciones a todos esos derechos.²⁰

19 Mayor desarrollo sobre lo resuelto en sede interna se encuentra en Ramírez Huaroto, B. y Llaja Villena, J. (febrero de 2011). Protección del/a consumidor/a y prueba en los casos de discriminación: una agenda pendiente. *Gaceta Constitucional*, Tomo 38, 269-280.

20 CIDH. Informe 172/17. Petición 1718-11. Admisibilidad. *Cristhian Manuel Olivera Fuentes*. Perú. 28 de diciembre de 2017.

El 29 de octubre de 2020 la Comisión aprobó su Informe de fondo en el que concluyó que el Estado había violado los derechos a las garantías judiciales –plazo razonable (art. 8.1), vida privada (art. 11), igualdad ante la ley (art. 24) y protección judicial– tutela efectiva (art. 25.1), todos ellos en relación con la obligación de respetar y garantizar derechos sin discriminación (art. 1.1.) de la CADH.

Se desestimaron las alegaciones en torno a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13) y la relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2). De conformidad con el artículo 50 de la CADH, recomendó al Estado reparar integralmente al Sr. Olivera Fuentes, incluyendo el pago de una indemnización por daños materiales e inmateriales. Asimismo, le recomendó adoptar cuatro medidas específicas para evitar la repetición de los hechos: a) elaborar e implementar una política pública para promover en la sociedad el respeto a los derechos de las personas LGBTI y su aceptación social, en especial a través de la educación y la cultura general; b) crear o fortalecer mecanismos de entrenamiento especializados a todos los operadores de justicia y fuerzas de seguridad sobre la temática; c) exigir, promover y orientar a las empresas a realizar la debida diligencia en materia de derechos humanos dentro de sus procesos u operaciones relacionadas con la protección al consumidor respecto a la igualdad y no discriminación de personas LGBTI; y d) adoptar medidas para ratificar la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.²¹

El 4 de junio de 2021 la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH, luego de seis meses de notificado al Estado peruano sin que se hayan observado avances en el cumplimiento de las recomendaciones. La Comisión consideró que el caso permitiría “profundizar [la] jurisprudencia en materia de discriminación por orientación sexual, en particular, en casos de discriminación por expresión de la orientación sexual en el ámbito privado empresarial”, así como “continuar desarrollando los estándares relativos a la tutela judicial efectiva en este tipo de casos”.²²

La Corte IDH deliberó el 4 de febrero de 2023. Antes de pronunciarse sobre el fondo, se atendió a cuatro argumentos presentados por el Estado.

En primer lugar, cuestionó que la CIDH se extralimitó en su competencia, pues analizó y valoró medios probatorios. Frente a ello, la Corte IDH precisó que los órganos del SIDH no fungen como una cuarta instancia de revisión judicial que examina la valoración de la prueba para determinar su compatibilidad con la normativa interna, sino con relación a la CADH.

En segundo lugar, el Estado alegó que el Sr. Olivera Fuentes no agotó los recursos internos porque adoptó una vía que no era la más idónea para obtener tutela. La Corte IDH replicó que no era necesario el agotamiento de la vía interna respecto de todos o cualquiera de los recursos disponibles, sino que los recursos a ser agotados son aquellos que resultan adecuados en la situación particular de la violación de derechos humanos alegada y que esto se dio en el caso.

21 CIDH. Informe No. 304/20, Caso 13.505. Fondo. *Crissthan Manuel Olivera Fuentes*. Perú. 29 de octubre de 2020.

22 CIDH. Nota de remisión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 13.505. *Crissthan Manuel Olivera Fuentes*. 4 de junio de 2021.

En tercer lugar, se alegó que, durante el trámite ante la Corte, los representantes de la víctima hicieron referencia a hechos ajenos al marco fáctico establecido por la CIDH en el informe de fondo. El Tribunal dio la razón parcialmente al Estado, pues excluyó uno de los hechos alegados.

Finalmente, el Estado alegó que, durante el trámite ante la Corte, los representantes de la víctima alegaron la violación de los derechos a la libertad (artículo 7) y a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13) en relación con supuestos actos generalizados de represión destinados a la invisibilización de la población LGBTIQ+. La Corte IDH señaló que dichas alegaciones estaban limitadas a los hechos del caso que eran el análisis del procedimiento administrativo y jurisdiccional interno y, por tanto, eran procedentes, pues entraban dentro del marco fáctico comprendido en el informe de fondo.

4. Análisis del fondo de la sentencia

En la sentencia se declararon vulnerados los derechos a la libertad personal (art. 7.1), a la vida privada (art. 11.2), a la igualdad ante la ley (art. 24), a las garantías judiciales (art. 8.1) y a la protección judicial (art. 25.1) consagrados en la CADH. Se trató de una recurrencia en cuanto a los derechos declarados como vulnerados en los casos previos sobre diversidad sexual, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Caso	Derechos declarados vulnerados
Atala Riffo Vs. Chile	garantías judiciales (art. 8.1) protección a la honra y a la dignidad (art. 11.2) protección a la familia (art. 17) igualdad ante la ley (art. 24) obligación de no discriminación (art. 1.1)
Duque Vs. Colombia	igualdad ante la ley (art. 24) obligación de no discriminación (art. 1.1)
Flor Freire Vs. Ecuador	garantías judiciales (art. 8.1) protección a la honra y a la dignidad (art. 11.1) igualdad ante la ley (art. 24) obligación de no discriminación (art. 1.1) obligación de adoptar medidas (art. 2)
Azul Rojas Marín Vs. Perú	integridad personal (art. 5) libertad personal (art. 7) garantías judiciales (art. 8.1) protección a la honra y a la dignidad (art. 11) protección judicial (art. 25) obligación de no discriminación (art. 1.1) obligación de adoptar medidas (art. 2)

Caso	Derechos declarados vulnerados
Vicky Hernández y otras Vs. Honduras	reconocimiento a la personalidad jurídica (art. 3) vida (art. 4) integridad personal (art. 5) libertad personal (art. 7) garantías judiciales (art. 8) privacidad (art. 11) libertad de expresión (art. 13) nombre (art. 18) protección judicial (art. 25) obligación de no discriminación (art. 1.1)
Pavez Pavez Vs. Chile	libertad personal (art. 7) garantías judiciales (art. 8.1) vida privada (art. 11) igualdad ante la ley (art. 24) protección judicial (art. 25) trabajo (art. 26) obligación de no discriminación (art. 1.1)

En tanto el acto discriminatorio denunciado fue perpetrado por una empresa, es decir, un agente no estatal, la Corte IDH analizó la fundamentación dada en las respuestas administrativas y judiciales frente a la denuncia del Sr. Olivera Fuentes para determinar la existencia de responsabilidad estatal.

La declaración de responsabilidad estatal se centró en dos líneas argumentativas: por un lado, los parámetros y las exigencias sobre la carga de la prueba impuestos por los órganos administrativos y judiciales y, por el otro, los estereotipos por orientación sexual que afectaron la imparcialidad de dichos órganos.

En primer lugar, la Corte IDH combinó los estándares para la valoración de las pruebas en los casos de discriminación por motivos históricos, con los que deben operar cuando se trata de actuación de agentes empresariales. Sobre lo primero, ya tenía abundante jurisprudencia previa; sobre lo segundo, innovó en esta sentencia siguiendo estándares del Sistema Universal y del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Por ambas razones se estableció como razonable que solo se exija a quien denuncia “aquello que está en posibilidad material de probar, lo que se traduce en el aporte de indicios de su denuncia”, a fin de poder dar un “panorama de hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación”. Una vez que la víctima ha presentado un caso *prima facie*, la carga de la prueba pasa al autor –en este caso, la empresa–, que debería demostrar que no hizo tal distinción o que existió una justificación objetiva y razonable que amparaba la diferencia de trato.²³

En el caso concreto, aunque la Corte IDH se declaró incompetente para determinar la veracidad de lo denunciado, declaró la existencia de

23 *Idem*, nota 4, párr. 109.

fuertes indicios de discriminación en razón de la orientación sexual del Sr. Olivera y su pareja, a través no solo de la propia denuncia interpuesta por el Sr. Olivera y su testimonio, sino también de las declaraciones realizadas por los trabajadores de Supermercados Peruanos S.A., así como de la propia estrategia de defensa del supermercado.²⁴

Una consideración especial se hizo sobre el valor de los testimonios en contextos de discriminación histórica. Así, precisó que “en un contexto donde aún prevalecen prejuicios y existe una discriminación histórica y estructural contra personas LGBTIQ+, las instancias administrativas y los tribunales deben ser especialmente cuidadosas a la hora de desechar o desvalorar testimonios”. La regla debe ser que ningún “testimonio puede ser infravalorado únicamente en razón de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de una persona”.²⁵

En segundo lugar, la Corte IDH sostuvo que las instancias administrativas “concluyeron sesgadamente que toda manifestación de afecto entre una pareja homosexual podría implicar un aspecto erótico” y que esa forma de valoración “conlleva un estereotipo negativo por orientación sexual que contiene una carga peyorativa que no habría sido aplicada a una pareja heterosexual” de forma automática. Ello no fue posteriormente corregido, ni reparado judicialmente. Además, consideró que en sede interna “fueron valorados peritajes y testimonios con gran contenido de estereotipos”.²⁶

En tanto las resoluciones administrativas apelaron a prejuicios sociales sobre actos afectivos realizados por una pareja homosexual y su alegado impacto sobre otras personas (y, en particular, niños y niñas), amparando así al supermercado sin un mayor análisis de lo que realmente sucedió, estuvieron motivadas en razones discriminatorias con base en la orientación sexual del Sr. Olivera Fuentes y su pareja. Ello comprometió el acceso a un órgano imparcial que analizara la denuncia, lo que es parte del debido proceso.²⁷

La Corte IDH recordó su jurisprudencia previa sobre imparcialidad subjetiva y resaltó que

los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima.²⁸

Se desestimaron las alegaciones sobre violación del plazo razonable como parte del debido proceso, pues transcurrieron cinco instancias (entre el ámbito administrativo y el judicial) en un lapso de seis años y medio, desde la interposición de la denuncia por parte del Sr. Olivera Fuentes hasta la

24 *Idem*, nota 4, párr. 108.

25 *Idem*, nota 4, párr. 116.

26 *Idem*, nota 4, párr. 122.

27 *Idem*, nota 4, párr. 124.

28 *Idem*, nota 4, párr. 123.

última resolución definitiva dictada por la Corte Suprema de Justicia, sin que se apreciara conducta negligente por parte del Estado peruano.

Tampoco se declararon violaciones autónomas a los derechos a la integridad psíquica y moral (art. 5), así como a la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13), en tanto se entendieron analizadas “bajo el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la libertad personal y el derecho a la vida privada”.²⁹

El estándar más novedoso de la sentencia es el referido a la obligación de las empresas privadas de respetar los derechos humanos de las personas LGTBIQ+ y la obligación de los Estados de reglamentar, monitorear y fiscalizar su actuación.

La Corte IDH recuerda que la obligación que tienen los Estados de garantizar derechos abarca el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes protegidos, “siendo necesario adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en las sociedades”, lo que incluye un “deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.³⁰

Como en el “Caso de los Buzos Miskitos”,³¹ la Corte IDH marcó pautas a partir de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos. Así señaló que los Estados deben adoptar medidas para que las empresas: a) cuenten con políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; b) incorporen prácticas de buen gobierno corporativo con enfoque de parte interesada; c) cuenten con procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y d) cuenten con procesos que permitan reparar violaciones a derechos humanos con motivo de las actividades que realicen, especialmente cuando afectan a personas en situación de pobreza o en situación de vulnerabilidad.³²

En tanto el estigma, profundamente arraigado en la sociedad, así como los estereotipos negativos que recaen sobre la comunidad LGTBIQ+ perpetúan los actos de discriminación, la Corte IDH destacó la necesidad de implicar a toda la comunidad para eliminar todo tipo de prácticas y actitudes discriminatorias, muy particularmente, al sector empresarial, que tiene la “responsabilidad de fomentar un cambio positivo para la comunidad LGTBIQ+” respetando sus derechos en el contexto laboral y en las relaciones comerciales a través de la oferta de productos y servicios.³³

Respecto de las relaciones afectivas, el Tribunal indicó que “la CADH –entendida a la luz de los estándares internacionales sobre empresas privadas y derechos humanos– obliga a los Estados a exigir a las empresas privadas una estricta igualdad de trato entre personas LGTBIQ+ y personas heterosexuales en materia de afecto público”.³⁴ Reiteró la jurisprudencia previa, en el sentido de que, aunque el objetivo

29 *Idem*, nota 4, párr. 129.

30 *Idem*, nota 4, párr. 96.

31 Corte IDH. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432.

32 *Idem*, nota 13, párr. 100.

33 *Idem*, nota 13, párr. 102.

34 *Idem*, nota 13, párr. 118.

general de proteger el principio del interés superior del niño es en sí mismo un fin legítimo e imperioso, ello “no puede ser empleado como un argumento para justificar actos discriminatorios en razón de la orientación sexual”.³⁵

Con base en diversos documentos aprobados por órganos de las Naciones Unidas, la Corte IDH precisó algunas obligaciones concretas como parte de la “reglamentación, monitoreo y fiscalización con el fin de que las empresas adopten acciones dirigidas a eliminar todo tipo de prácticas y actitudes discriminatorias contra la comunidad LGBTIQ+”: a) formular políticas para atender su responsabilidad de respetar los derechos humanos e incluir en ellas expresamente los derechos de las personas LGBTIQ+, b) ejercer debida diligencia para detectar, prevenir y mitigar toda repercusión negativa, potencial o real, que hayan causado o a la que hayan contribuido en el disfrute por parte de las personas LGBTIQ+ de sus derechos humanos, o que esté directamente relacionada con sus operaciones, productos, servicios y relaciones comerciales, así como para rendir cuentas sobre cómo les hacen frente, y c) tratar de resolver toda repercusión negativa en los derechos humanos que hayan causado o a la que hayan contribuido poniendo en práctica mecanismos de reparación por sí solas o cooperando con otros procesos legítimos, lo que incluye establecer mecanismos eficaces de reclamación a nivel operacional para las personas o comunidades afectadas y participar en ellos.³⁶

5. Resumen de las reparaciones

Al haber sido declarado responsable de la violación de derechos humanos del Sr. Olivera Fuentes, el Estado peruano está en la obligación de resarcir los daños de manera integral. Por ello, además de la compensación pecuniaria, debe adoptar medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. La sentencia emitida por sí misma es una forma de reparación.

Como medida de rehabilitación, la Corte IDH reconoció que Crissthian Olivera “padeció un profundo sufrimiento y angustia en detrimento de su integridad psíquica y moral” por la actuación del Estado peruano durante dieciocho años en relación con la discriminación por su orientación sexual, identidad de género y expresión de género. Por eso, ordenó “brindarle gratuitamente, de forma prioritaria, tratamiento psicológico y/o psiquiátrico, según corresponda”, que incluye “provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos directamente relacionados y necesarios”.³⁷

Como medidas de satisfacción, dispuso: a) publicar el resumen oficial de la sentencia elaborado por la Corte en el Diario Oficial y en un medio de comunicación de amplia circulación nacional; b) publicar la sentencia en las páginas web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Indecopi y el Poder Judicial; y c) publicar una cartilla informativa o infografía de la sentencia con lenguaje accesible en las redes sociales de dos instituciones públicas estatales.³⁸ Se desestimó un acto de reconocimiento público de responsabilidad.³⁹

35 *Idem*, nota 13, párr. 120.

36 *Idem*, nota 13, párr. 104.

37 *Idem*, nota 13, párr. 140.

38 *Idem*, nota 4, párr. 145.

39 *Idem*, nota 4, párr. 146.

Como garantías de no repetición se establecieron tres principales: a) diseñar e implementar una campaña anual informativa de sensibilización y concientización a nivel nacional en los medios de comunicación respecto de la importancia de promover en la sociedad una cultura de respeto, no discriminación y garantía de los derechos de las personas LGBTIQ+; b) elaborar un plan pedagógico integral en materia de diversidad sexual y de género, igualdad y no discriminación, perspectiva de género y derechos humanos de las personas LGBTIQ+ en el ámbito de consumo para la formación regular de autoridades que cumplan funciones en ese ámbito, así como un manual de razonamiento jurídico sobre estándares interamericanos en casos de discriminación hacia personas LGBTIQ+; y c) diseñar e implementar una política pública con el objetivo monitorear y fiscalizar que las empresas y sus trabajadores y trabajadoras cumplan con la legislación nacional, así como con los estándares interamericanos sobre igualdad y no discriminación de las personas LGBTIQ+.⁴⁰

Finalmente, se fijó una indemnización compensatoria por el daño inmaterial en atención a “las violaciones cometidas, los sufrimientos ocasionados y experimentados en diferentes grados y el tiempo transcurrido”.

6. Consideraciones finales

La discriminación da cuenta de patrones socioculturales por los cuales se estigma a otros seres humanos y se les trata de forma diferenciada en atención a ello. Los Estados, el peruano entre ellos, reconocen su obligación de combatir este fenómeno y eso se expresa en el reconocimiento de disposiciones específicas, entre otras, en materia de derecho del consumo. Sin embargo, en la práctica, los criterios establecidos para la probanza de las denuncias presentadas configuraron una barrera de acceso para sancionar efectivamente estos casos.

En los casos de discriminación por orientación sexual, a diferencia de otras categorías de discriminación, se lidia con un obstáculo adicional: el prejuicio es socialmente extendido, tolerado y reforzado, lo que se agrava en tanto el marco legal legitima la diferencia entre heterosexuales y homosexuales en general. En estos casos es imperiosa la necesidad de sancionar efectivamente y verificar que, en el marco de las relaciones de consumo, como en todas las demás, las personas no sufran tratos diferenciados en atención a su pertenencia a determinado colectivo socialmente estigmatizado.

La sentencia de la Corte IDH en el presente caso marca un derrotero para el Perú y para la región en cuanto a obligaciones estatales exigibles a empresas en materia de no discriminación por orientación sexual.

40 *Idem*, nota 4, párrs. 153-161.

Garantías judiciales. Defensa técnica eficaz

Corte IDH. Caso *Álvarez Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de marzo de 2023. Serie C No. 487

Por Julieta Velardez¹

Introducción

En el presente caso, la Corte IDH analiza la responsabilidad del Estado argentino respecto del cumplimiento o no del derecho a las garantías judiciales y la protección judicial en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, durante el trámite del proceso penal seguido contra el Sr. Álvarez por una serie de delitos que cometiera durante los años noventa.

Además, la Corte IDH analiza la convencionalidad o no de la pena materialmente perpetua a la cual fue sometida la presunta víctima.

Hechos

Guillermo Antonio “el Concheto” Álvarez fue juzgado por el Tribunal Oral de Menores N° 1 de la Capital Federal en el año 1999. Lo condenaron a la pena única de reclusión perpetua, más la accesoria

¹ Abogada (UNPAZ). Se desempeña laboralmente el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

de reclusión por tiempo indeterminado de efectivo cumplimiento, por dos homicidios calificados, cuatro asaltos a mano armada y el robo de tres vehículos.

En la madrugada del 28 de julio de 1998, Álvarez y sus cómplices de La Banda de los Chicos Bien irrumpieron en el pub Company y mataron al subinspector Fernando Aguirre y a la estudiante María Andrea Carballido.²

En el marco del proceso penal se presentaron una serie de situaciones que habrían afectado sus derechos a las garantías judiciales, a la presunción de inocencia y a la protección judicial, puesto que implicaron la revocación de los abogados de la defensa por parte de la presunta víctima, lo que desencadenó que, ante la necesidad de designar un nuevo defensor público o privado, el Tribunal no le otorgara una prórroga y designara una defensora pública de oficio.

Esta designación devino en una reunión previa a la audiencia que debía celebrarse, la cual antecedió con solo una hora de duración, ese mismo día. La defensora solicitó la suspensión del juicio, dado que la causa constaba de dieciséis cuerpos y numerosos expedientes acumulados, pero tal solicitud también fue denegada.³ Adicionalmente, el Sr. Álvarez fue esposado durante la audiencia.

La petición de reprogramación de la audiencia fue desestimada, lo cual originó una serie de recursos interpuestos por la defensa del imputado, que fueron posteriormente rechazados.

Finalmente, el Sr. Álvarez manifestó que la defensora oficial fue obligada a asumir su defensa sin estar al tanto de su versión de los hechos y conociendo, por el contrario, la versión de los hechos del coimputado en el mismo caso por ser también su defensora, de modo que al momento de interrogar a los testigos y peritos existía la posibilidad de incurrir en preguntas que podrían perjudicarlo.⁴

Trámite ante el SIDH

Al tramitar la denuncia de Guillermo Álvarez, la CIDH en un inicio la acumuló a las presentadas entre 2002 y 2003 por cinco menores de edad que habían sido condenados a prisión perpetua, dada la estrecha similitud entre las alegaciones de hecho y de derecho presentadas. Uno de ellos, César Mendoza, integraba La Banda de los Chicos Bien. Sin embargo, la petición de Álvarez fue desglosada porque era mayor de edad al momento de la comisión de los delitos. Los cinco restantes casos fueron analizados por la Corte IDH en 2013 en “Mendoza y otros”.

El Estado alegó que la decisión relativa a mantener al denunciante esposado se tomó en base a lo informado por el Cuerpo de Seguridad, que consideró que la medida era necesaria dados los reiterados antecedentes de intentos de evasión del imputado.

2 Rey, S. A. (dir.) (2021). *Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, tomo 2. Buenos Aires: Astrea.

3 CIDH. Informe N° 55/16, Petición 4.949-02, admisibilidad, 6/12/2016, párr. 8.

4 *Id.* párr. 11.

En su informe de fondo la CIDH realiza un análisis sobre el fallo “Gramajo” dictado en el año 2006, mediante el cual la CSJN declaró, en ese caso puntual, que la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del Código Penal es inconstitucional.

Para la CSJN, este artículo en el caso concreto violó el principio de culpabilidad, el principio de no proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos reconocidos en la CN, como así también en diferentes instrumentos internacionales de los cuales la Argentina es parte.

El Estado argentino presentó ante la Corte IDH un escrito de reconocimiento parcial de responsabilidad internacional, en el cual compartió algunas consideraciones de hecho y derecho que fueran observadas por la Comisión en el Informe de Fondo respecto de la desproporcionalidad de la aplicación de medidas de sujeción sobre la persona del Sr. Álvarez durante el desarrollo de su juicio.

Además, en relación con los recursos interpuestos, el Estado reconoció su responsabilidad internacional, toda vez que los defensores no habrían hecho su trabajo adecuadamente, salvo limitarse a adherirse a un recurso de queja. Ante esta inactividad por parte de la defensa, los tribunales argentinos fueron conoedores de estas situaciones y no las subsanaron de forma oficiosa.

Por otra parte, el Estado argentino interpuso una excepción preliminar argumentando que se habría configurado una violación a su derecho a la defensa durante el trámite de la petición ante la CIDH, que fue desestimada en la Corte IDH.

La sentencia fue publicada el 24 de marzo de 2023 y la Corte IDH hace un desglose de dos grandes ejes para el análisis de la cuestión. Por un lado, analiza en el primer eje la violación al derecho a las garantías judiciales en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, respecto del trámite procesal penal seguido contra la presunta víctima. En el segundo eje, el Tribunal analiza la violación a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, respecto de la actuación de la defensa del Sr. Álvarez en la fase de impugnaciones.

Así, en la primera parte la Corte IDH explica que el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso y no solamente como un objeto del proceso. En el caso particular del Sr. Álvarez, no solo se da el pedido de designación de un defensor de confianza, revocando el poder que tenían los anteriores defensores de la presunta víctima, sino que también ese pedido es rechazado por la justicia argentina, adjudicando al Sr. Álvarez una defensora oficial.

De esta forma, no solo no se respetó su pedido, sino que, cuando la defensora oficial pidió la suspensión de la audiencia para poder obtener una prórroga que le permitiera preparar la mejor estrategia de defensa, esta petición tampoco fue concedida. Si bien la defensora oficial promovió un recurso de reposición contra el Tribunal, este fue desestimado. Ante esta situación, la Corte IDH concluyó que se vulneró el derecho del Sr. Álvarez a designar un abogado defensor de su confianza.

Seguidamente, la Corte determinó que el Estado violó el artículo 8.2.c de la CADH, que se refiere a la garantía judicial de concesión al imputado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, así como el artículo 8.2.f del tratado, el cual consagra la garantía mínima de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el juicio y de obtener la comparecencia como testigos o peritos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

En particular, se destacó que los testigos habían solicitado al Tribunal Oral que la declaración se efectuara sin la presencia de los acusados presentes, lo cual la autoridad judicial concedió. Sin embargo, la Corte IDH consideró que esta decisión careció de motivación y de análisis respecto del eventual perjuicio que ello podría acarrear en el ejercicio de la defensa del Sr. Álvarez. Por este motivo hace hincapié en que este tipo de decisiones deben estar lo suficientemente motivadas, deben ser excepcionales y deben fundarse en los principios de necesidad y proporcionalidad.

Respecto del segundo eje planteado por la Corte IDH, tanto la Comisión como la representante del Sr. Álvarez hicieron hincapié en que hubo inactividad argumentativa en favor de sus intereses por parte de los defensores, así como también la ineficacia de las defensas técnicas privadas y públicas que se le brindaron. La situación de la presunta víctima se habría visto agravada, toda vez que ello derivó en la profundización de la violación al debido proceso.

La Corte IDH estableció los supuestos mínimos donde se daría la vulneración del derecho a la defensa y agregó que esta violación se da como consecuencia, por ejemplo, al no desplegar una mínima actividad probatoria o ante la inactividad argumentativa a favor de los intereses del imputado. Para la Corte IDH ha habido por parte de la defensa del señor Álvarez distintas deficiencias que han afectado su derecho a la protección judicial adecuada.

Finalmente, respecto de los recursos interpuestos por la defensa que fueron rechazados por las instancias nacionales, la Corte IDH entiende que, si bien hubo algunas falencias técnicas por parte de la defensa privada que fueron perjudiciales a los intereses del señor Álvarez, no era exigible a la CSJN un deber de control sobre la actuación del defensor público oficial.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal concluye que existió una violación por parte del Estado argentino de los derechos reconocidos en los artículos 8.2.d, 8.2.e y 25.1 de la CADH, así como también del derecho a recurrir el fallo ante juez o Tribunal Superior reconocido en el artículo 8.2.h del mismo instrumento internacional.

Como medida de reparación, instó al Estado argentino a que realice una revisión de forma amplia sobre la sentencia dictada contra el Sr. Álvarez, así como también de la condena que le fuera impuesta, para garantizar el derecho a recurrir el fallo reconocido en el artículo 8.2 .h de la CADH.

Conclusión

El reconocimiento parcial por parte del Estado argentino respecto de la afectación del derecho a las garantías judiciales y la protección judicial dentro del proceso penal sufrido por el señor Álvarez implica una valoración positiva, toda vez que es el mismo Estado quien reconoce que la defensa pública oficial no estuvo a la altura de la defensa de los derechos de la víctima.

Las implicancias de la participación de los defensores públicos oficiales en este tipo de procesos no deberían destacar solamente por la representación y la defensa meramente técnicas, sino que también deberían implicar una defensa eficaz y comprometida de los derechos de sus representados.

Finalmente, nos parece importante poner de resalto que, si bien la Corte IDH tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de las penas perpetuas de adultos y su convencionalidad, no lo hizo y se limitó a constatar las diferentes violaciones sobre las que previamente se hizo referencia, lo cual lleva a pensar que eventualmente deberá hacerlo para poder brindar certeza para quienes atraviesan este tipo de penas.

Eutanasia. Libertad de expresión

TEDH. *Case of Lings v. Denmark*, 12 de abril de 2022

Por María Susana Ciruzzi¹

*“No está dispuesto a sufrir todos estos sufrimientos,
a morir todas estas muertes”.*

Hermann Hesse

1. Los hechos

En el caso que aquí se comenta, el 23 de septiembre de 2019 la Corte Suprema de Dinamarca condenó a 60 días de prisión en suspenso a un médico retirado, miembro de una asociación que aboga a favor de la eutanasia, por dos hechos de suicidio asistido y uno de tentativa de suicidio asistido, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 240 del Código Penal dinamarqués.

Alrededor de 2015, el Dr. Lings había fundado la Asociación “Médicos en Favor de la Eutanasia”. Con la finalidad de abogar por la legalización de la muerte voluntaria, preparó una guía denominada “Medicamentos idóneos para el suicidio”, disponible en internet. La guía contempla un procedi-

¹ Abogada y especialista en Derecho Penal (UBA). Especialista y magíster en Bioética (FLACSO). Doctora y posdoctora (UBA). Nuland Program on Bioethics University of Yale USA. Miembro de la Asociación Argentina de Medicina y Cuidados Paliativos. Miembro del Comité Nacional de Cuidados Paliativos y secretaria de la Subcomisión de Derechos de la Niñez y Adolescencia (Sociedad Argentina de Pediatría). Miembro del Consejo Asesor en Cuidados Paliativos (Sociedad Argentina de Medicina). Académica titular de la Academia de Ciencias Forenses de la República Argentina.

miento detallado de cómo cometer suicidio, así como un listado de alrededor de 300 fármacos apropiados para suicidarse, junto a la descripción de la dosis requerida y posibles combinaciones farmacológicas. La guía también explica la mejor forma en que la persona puede asegurar la muerte tomando los tipos y dosis recomendadas de fármacos, incluidas distintas combinaciones, o bien tomando una dosis completa de un fármaco combinado con la colocación de una bolsa plástica en la cabeza, sujeta por una banda elástica alrededor del cuello. Debe destacarse que la publicación de esta guía en internet es absolutamente legal en Dinamarca.

En febrero de 2017, el Dr. Lings había sido denunciado ante la Policía por la Autoridad de Seguridad del Paciente, cuando en una entrevista radial había relatado cómo había asistido en la muerte de un paciente que padecía una enfermedad terminal pulmonar, al haberle administrado el fármaco Fene-mal. Como consecuencia de esta denuncia, en marzo 2017 se revocó su licencia profesional, con la consecuencia de que ya no podía prescribir medicación ni para sí mismo ni para otros.

Tres han sido los cargos por los que el Dr. Lings fue condenado. En el primero, cuando ya había sido revocada su licencia profesional, el 23 de marzo de 2017 indicó un medicamento para asistir al suicidio de un paciente, quien falló en el intento. Como ya no podía prescribir medicación, solicitó la ayuda de otro profesional (quien a la sazón se convertiría en coautor del hecho). El Dr. Lings relató cómo el paciente se contactó con él, informando que sufría de una enfermedad neurológica y que no quería seguir viviendo. Hablaron numerosas veces tanto telefónicamente como por mail. La sentencia destaca que, desde la tentativa de suicidio, el paciente recibió tratamiento para su dolor físico y la ansiedad, habiendo mejorado su condición.

En el segundo hecho, el acusado fue condenado por suicidio asistido, habiendo indicado al paciente un fármaco –Fenemal– sabiendo que lo usaría para cometer suicidio. El paciente sufría parálisis casi total debido a un accidente cerebrovascular; para él la vida ya no valía la pena y deseaba morir. El Dr. Lings reconoció haber visitado al paciente, habiéndole brindado información de cómo suicidarse en base a las recomendaciones plasmadas en la guía compartida en internet y lo puso en contacto con quien pudiera proveerle la medicación.

En declaración testimonial, su viuda reconoció que el paciente trató de viajar a Suiza para acceder a la eutanasia, pero no encontró ningún psiquiatra dispuesto a firmar un certificado médico que atestara la capacidad mental del paciente. Por ello, contactó al Dr. Lings solicitando su ayuda. Una vez conseguido el fármaco, su mujer se lo entregó al paciente quien expresó “*al fin tengo lo que necesito*”. En mayo de 2017 la familia y el paciente tuvieron una cena de despedida y al día siguiente la esposa recibió un llamado del geriátrico, que le informaba que el paciente estaba profundamente dormido y no despertaba, falleciendo posteriormente.

En el tercer hecho, se condena al Dr. Lings por asistencia al suicidio. Se trataba de una paciente de 85 años que sufría muchas comorbilidades, pero que no estaba gravemente enferma. Deseaba morir y ella misma se consiguió el medicamento para lograrlo. El 17 de julio de 2018 contactó al Dr. Lings por e-mail solicitando su asistencia. Intercambiaron un mínimo de 9 mails entre esa fecha y el 8 de

agosto de 2018. El condenado le confirmó que la medicación obtenida era excelente y le recomendó que repasara la guía de asistencia al suicidio que se encuentra disponible en internet. Incluso, la ayudó a buscarla. El 6 de agosto de 2018 el Dr. Lings le confirmó a la paciente que era una buena idea combinar la medicación con una bolsa plástica alrededor de su cabeza, habiéndole escrito: “Si puede soportarlo, será efectiva en un 100%. Recuerde en ese caso que es importante colocar una banda elástica alrededor del cuello”. El 10 de agosto de 2018, la paciente fue hallada fallecida en su cama, con una bolsa plástica sobre su cabeza.

2. El planteo jurídico

El Dr. Lings sostiene que su condena viola el artículo 10 del CEDH, mientras que los distintos tribunales locales han entendido que la conducta reprochada asienta en la letra del artículo 240 del Código Penal danés, por el cual se considera delito asistir a otra persona en acabar con su vida.

Resulta importante destacar que en el ordenamiento jurídico danés las “recetas” o guías de suicidio, disponibles por ejemplo en Internet, destinadas a un público general impersonal no pueden ser castigadas como delito. Para que la instigación o determinación/asistencia al suicidio pueda ser considerada delito debe tratarse de una conducta realizada por el autor con la intención específica de asistir a una persona en particular a cometer suicidio. La instigación general y la descripción de métodos para cometer suicidio no dirigidas a individuos específicos no resulta una conducta punible.

Por su lado, el recurrente sostiene que con la condena se ha violentado su derecho a la libertad de expresión, en los términos del artículo 10 del CEDH. Surge un interesante planteo de colisión de derechos. Por un lado, el derecho a la libertad de expresión que garantiza, en el caso en análisis, la libertad de compartir por Internet información apersonal y general sobre formas adecuadas de suicidarse, pero que se encuentra especialmente limitado cuando se condena al sujeto que facilita esa misma información a una persona concreta a través de la realización de actos específicos. En una mirada preliminar, parece una diferencia antojadiza y sutil; sin embargo, a poco que se analizan los bienes jurídicos en juego se apreciará mejor la disquisición que el TEDH propone.

Es importante resaltar que no se encuentra en juego la discusión acerca de la incriminación de la eutanasia o suicidio asistido. Tampoco se alega un derecho a una muerte digna. Es más, del relato que se comparte de cada uno de los hechos por los cuales el Dr. Lings fue condenado, muy particularmente el tercer caso aparece como todo lo contrario a una muerte con dignidad: una persona que en solitario decide quitarse la vida, no solo a través de la ingesta de fármacos especialmente prescriptos, sino asegurando el resultado con una bolsa de plástico en la cabeza fijada con una banda elástica alrededor de su cuello. Si bien en el segundo caso hay un atisbo de cierta dignidad, como es la cena de despedida, lo cierto es que ressemble más a un mero trámite, que a la presencia confortable y amorosa de los seres queridos y del profesional que asiste al enfermo. En consecuencia, no es materia controvertida la posible existencia de un derecho a morir, ni la obligación de garantizar la dignidad del paciente.

En este sentido, no está de más recordar que la dignidad² es un derecho, un principio y una regla de interpretación, que especialmente dota de sustento a las legislaciones occidentales, emplazando al hombre en el centro del ordenamiento jurídico y político internacional.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera que “conforme a los principios enunciados en la Carta de Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana, y de sus derechos iguales e inalienables”, reconociendo que estos derechos “derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

Es cierto que quien escoge la eutanasia no escoge entre la vida y la muerte, sino entre dos maneras de morir (Pohier) (Broggi, 2013: 278-793), y si bien el TEDH en sus fundamentos no se adentra sustancialmente en el tema, sí abre un espacio que permite una referencia a la modificación que la muerte voluntaria, en sus distintas formas, va ganando en la consideración social y jurídica de nuestras comunidades.

Así lo hace en los considerandos 22, 23, 26 y 28 del fallo. Allí afirma que el tema de la eutanasia y el suicidio asistido ha sido considerado por el Consejo de Ética en Dinamarca, un organismo independiente establecido en 1987 que brinda asesoramiento al Parlamento, ministros y autoridades públicas en cuestiones éticas en el cuidado de la salud al mismo tiempo que respeta la integridad y dignidad humanas.

En los años 1996, 2003 y 2012, el Consejo en Ética publicó informes y recomendaciones sobre eutanasia y suicidio asistido, con una mayoría de sus 17 miembros pronunciándose en contra de la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido. Este Consejo ha ponderado factores como el derecho a la autonomía personal frente a la santidad de la vida humana, como un estándar ético fundamental y la incompatibilidad de la eutanasia con una relación éticamente apropiada entre el médico y el paciente. Volvió a discutir el tema en 2021 a raíz de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en febrero de 2020, cuando afirmó que la prohibición legal del suicidio asistido era inconstitucional.³

En 2018, y previo a la modificación de la Ley de Cuidado de la Salud, que introdujo la posibilidad de rechazar tratamientos médicos⁴ o de consentir con la adecuación del esfuerzo terapéutico,⁵ el Parla-

2 Es una manera de expresar el valor inherente y fundamental que se halla en la existencia individual de las personas. Se introduce desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU. Expresión que hace referencia a los derechos básicos y al respeto radical inherentes a todo ser humano por el mero hecho de serlo, que son anteriores a su reconocimiento positivo por parte de las leyes. Existe un consenso social casi universal de que la vida pierde esa dignidad cuando es considerada como solo fisiología, como una expresión meramente biológica y cuantitativa. La persona tiene valor y dignidad, y no precio como las cosas materiales. Todo hombre posee un valor en sí mismo y no según sus circunstancias particulares. La dignidad humana se fundamenta en la autonomía de la voluntad y en la libertad de la persona.

3 BVerfG, Judgment of the Second Senate of 26 February 2020 - 2 BvR 2347/15 -, paras. 1-343, http://www.bverfg.de/e/rs20200226_2bvr234715en.html

4 La negativa a aceptar un tratamiento médico es un derecho personalísimo del paciente, quien puede rechazar la propuesta médica conforme sus propias valoraciones y proyecto de vida.

5 La adecuación del esfuerzo terapéutico es una indicación médica tendiente a conformar los tratamientos médicos al estado evolutivo del paciente. Supone la posibilidad de ir modificando la implementación de los procedimientos médicos de acuerdo con los objetivos terapéuticos en el curso de una enfermedad, tomando en cuenta las valoraciones y principios del paciente.

mento danés analizó el significado del concepto morir con dignidad y el derecho a la autonomía personal, llegando a la conclusión de que era necesario asegurar que los profesionales de la salud pudieran decidir la adecuación del esfuerzo terapéutico sin temer una denuncia por homicidio consentido.

En 2012, un estudio comparativo entre 42 países de la Unión Europea evidenció que 36 tenían prohibida la eutanasia y suicidio asistido y solamente 4 preveían la posibilidad de que el médico prescribiera drogas letales sujeto a salvaguardas específicas (Suiza, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo). Con posterioridad, la muerte voluntaria (sea en su forma de eutanasia o de suicidio asistido) ha sido contemplada en España, Países Bajos, Luxemburgo, Suiza, Alemania, Italia, Austria, Estonia, Finlandia y Bélgica.⁶

La mayoría del TEDH entendió que la conducta del Dr. Lings, en especial en los hechos dos y tres, por un lado, facilitó el acceso a la medicación idónea para cometer suicidio y, por el otro, intensificó el deseo de morir de la paciente. Además, se destacó que su conducta no solo era reiterada, sino que evidencia una cierta sistematicidad en su accionar.⁷ La minoría entendió que tal sistematicidad no existía y que, en el tercer hecho, el condenado no fue mucho más allá de lo que claramente podía leerse en la guía disponible en Internet.⁸

Siguiendo el razonamiento del TEDH, resulta claro que la libertad de expresión del Dr. Lings se encuentra limitada, especialmente en lo que hace al derecho de brindar información al paciente dentro de la relación asistencial para que pueda ejercer su libre autodeterminación. La pregunta es si esa restricción a su libertad de información resulta razonable o arbitraria.

Comparto la opinión del TEDH en el sentido de que esa limitación al derecho de brindar información del Dr. Lings, y consecuentemente la limitación al derecho a recibir información del paciente, resultan razonables en pos de la protección de derechos de terceros.

Sin dejar de destacar que existe un amplio margen de discrecionalidad para que cada Estado decida la forma de regular la muerte con dignidad o la muerte voluntaria, en tanto es claro que no existe consenso amplio al respecto, lo cierto es que mientras un país decida que tal conducta es ilícita, bajo determinadas circunstancias de tiempo, modo, lugar y sujetos corresponde sancionar aquellas acciones que de manera intencional o con claro desprecio a la norma conculcan la prohibición.

Por otro lado, justamente el dato de la realidad en cuanto a la falta de un consenso amplio sobre la prohibición o legalización de la muerte voluntaria, sumada a la decisión –en el ordenamiento jurídico danés– de reconocer un amplio derecho a la información (en su doble vertiente de brindar y recibir), a través de acceso general e inespecífico en Internet, abre una posibilidad para que el propio Estado pueda permitirse analizar la validez jurídica penal de mantener la prohibición o permitirse evaluar este tipo de conductas corriendo el velo del derecho penal e introduciendo una visión bioética a conductas personales controvertidas que ponen en juego derechos esenciales de las personas que padecen enferme-

6 TEDH. *Case of Koch v. Germany*, Application No. 497/09, 19 de julio de 2012, Court (Fifth Section), párr. 26.

7 TEDH. *Case of Lings v. Denmark*, Application No. 15.136/20, Court (Second Section), 12 de abril de 2022, párr. 54.

8 *Idem*, nota 8, párrs. 57 y 58.

dades graves, limitantes o amenazantes de la vida⁹ o bien evidencian “contraintuitivamente” que existen individuos sufrientes que desean morir, o al menos no desean seguir viviendo en las condiciones en las que se encuentran; y para quienes el derecho penal no parece ser la mejor ni más humana respuesta.

3. A modo de cierre

*Ciertos pensamientos son plegarias.
Hay momentos en que,
sea cual fuere la actividad del cuerpo,
el alma está de rodillas.*
Víctor Hugo

Muchos pacientes, enfrentados a un sufrimiento intolerable, quieren poder contar con sus médicos sin temor a ser juzgados, ni mucho menos abandonados. Como bien lo sentenció Freud: “Recordará, amigo Schur, aquella primera conversación entre nosotros. Entonces me prometió que no me abandonaría cuando llegara el momento. Esto de ahora ya es pura tortura y no tiene ningún sentido”. Igual reclamo realizó Kafka a su médico: “Mátame, si no serás un asesino”.

Pensar en desear la muerte, solicitar ayuda para terminar con la vida propia, reclamar al médico su presencia y acompañamiento cuando ya no se puede curar ni paliar, parece despuntar en las sociedades modernas como un nuevo derecho que reclama la preeminencia de la dignidad (concepto subjetivo y polisémico) por sobre la cantidad de vida, afirmando que –bioéticamente– la vida en su expresión meramente biológica no es un bien ontológicamente absoluto.

Esto también lleva a plantearnos los límites de la ciencia, reconociendo que el imperativo tecnológico, que tanto nos deslumbra, también nos engaña, generando falsas expectativas. La medicina se ha acostumbrado a intervenir en la naturaleza para modificarla sin admitir que el hombre es un ser finito y temporal y que la conciencia de la propia decrepitud, el sufrimiento refractario frente a la autopercepción de mortalidad que se retrasa a pesar de los propios deseos, ha creado un nuevo grupo de pacientes para quienes el cuidado humanizado va mucho más allá de los cuidados

⁹ A partir de la década de 1990 se ha comenzado a modificar la terminología empleada en estas situaciones, tendiendo a abandonar la expresión “enfermo terminal”, introduciendo el concepto más flexible de “enfermedades crónicas evolutivas con pronóstico de vida limitado o situaciones de enfermedad avanzada”. Estas entidades se caracterizan por presentar una enfermedad progresiva, con evolución en crisis e impacto progresivo en la capacidad funcional y la adaptación, generando una alta necesidad y demanda de recursos, teniendo un pronóstico de vida limitado. Esta concepción más abierta se complementa con la introducción del concepto de “atención paliativa”, definido como todas aquellas acciones terapéuticas que tengan como objetivo mejorar la calidad de vida, practicadas de acuerdo con necesidades y en cualquier momento de la evolución (no vinculado necesariamente con el pronóstico), reservando la atención específica de los servicios de cuidados paliativos al criterio de complejidad. También la literatura médica utiliza las expresiones de “enfermedad amenazante o limitante de la vida”, como aquellas entidades patológicas que requieren la atención en cuidados paliativos. Por la primera, se refieren a aquellas dolencias en las que existe un tratamiento curativo pero que puede fallar; mientras que, por las segundas, entienden aquellas situaciones sin esperanzas razonables de curación.

paliativos¹⁰ y reclama una concreta intervención en el acortamiento del proceso de muerte, aun cuando ello implique el acortamiento del proceso de vida.

La Organización Mundial de la Salud considera que la calidad de vida es la percepción que un individuo tiene de su lugar en la existencia en el contexto de la cultura y del sistema de valores en los que vive y en relación con sus objetivos, sus expectativas, normas y sus inquietudes. Debemos tener presente que los objetivos terapéuticos se van modificando conforme pautas objetivas y subjetivas: cuando ya no es posible curar y la evolución de la enfermedad sigue su curso, el acento estará puesto primordialmente en el manejo de los síntomas y en asegurar el confort del paciente, teniendo como objetivo fundamental fortalecer la calidad de vida que el paciente (o sus subrogantes, en caso de inconsciencia o incapacidad) entiendan como la mejor y la más respetuosa de sus valores personales.

Las razones por las cuales un paciente puede requerir o desear la muerte voluntaria son profundas, personales y variables. En la mayoría de los casos giran en torno a tres grandes temores: la pérdida de autonomía (87.4 %), mala calidad de vida (86.1 %) y pérdida de dignidad (68.6 %) (Al Rabady et al., 2019).

La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido a través del derecho penal no parece tener muchos adeptos alrededor del mundo. Un reciente estudio realizado en 11 unidades de cuidados paliativos en Francia así lo demuestra (Leboul et al., 2022). Se realizaron entrevistas en profundidad a pacientes, familiares y profesionales, la primera de ellas a las 48 horas de la solicitud y la segunda una semana posterior. Cuando se preguntó cuál era el motivo de la solicitud surgieron como los principales: a) asumir la posibilidad de transgredir lo prohibido, b) un pedido de reconocimiento al sufrimiento intolerable, c) solicitud de cambio de prácticas clínicas, d) reclamo de un sentido de libertad frente a los límites de la medicina y e) imaginar un futuro deseable para uno mismo.

Importante resulta la conclusión de este estudio:

El pedido de eutanasia aparece como la expresión del propósito de sustraerse del impasse de una existencia paralizada por el sufrimiento. Crea un espacio de discusión, lo cual promueve la negociación con los pacientes acerca de las prácticas de cuidado y las terapias y fortalece su sentido de autonomía [...] resulta importante instar a los profesionales de la salud a adoptar una actitud proactiva y “escuchatoria”, interactuando con los pacientes no como una forma momentánea de orientar la acción sino más bien con la apertura mental de instar al intercambio de opiniones y comprensión de las necesidades individuales y familiares.

¹⁰ Los cuidados paliativos son un cuidado integral humanizado que procura garantizar la mejor calidad de vida del paciente, aun en la enfermedad, asistiendo a todas sus necesidades físicas, sociales, psicológicas, emocionales y espirituales, con el acompañamiento y contención de la familia. Son un modelo de atención que mejora la calidad de vida de los pacientes y sus familias que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades que amenazan o limitan la vida, a través de la prevención y el alivio del sufrimiento, por medio de la identificación temprana, evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicológicos, sociales y espirituales. La OMS define a los cuidados paliativos como el cuidado total, activo y continuado de los pacientes y sus familias por un equipo multiprofesional cuando la expectativa médica no es la curación. El control del dolor y otros síntomas y de los problemas psicológicos, sociales y espirituales es primordial.

Otro estudio llama nuestra atención: en los grupos de pacientes terminales, las personas tienen el doble de posibilidad de morir por suicidio.¹¹ Allí podemos leer que: a) para aquellos que se encuentran cerca del final de la vida y desean aliviar el proceso de muerte, su motivación radica en “acortar la muerte”, no en “acortar la vida”, y en consecuencia las medidas de prevención tradicionales respecto del suicidio no son la respuesta más adecuada (Marjorie Wallace – SANE, Mental Health Charity); b) 1 de cada 7 personas que se suicidó, padecía cáncer o una enfermedad neurológica, cardíaca o pulmonar; c) Existen entre 3000 y 6500 tentativas anuales de suicidio entre las personas terminalmente enfermas (Dignity in Dying).

El siguiente testimonio es claro:

Mi hermano se suicidó mientras era un paciente terminal que sufría cáncer. Murió solo, sin poder despedirse de su familia. Como muchos de los pacientes terminales en este país, él simplemente quería tener el control sobre cómo morir y la única opción disponible era que tomara las cosas en sus propias manos.

Como bien enseña Gawande,

Nos enfrentamos a la dificultad de mantener una distinción filosófica coherente entre brindar a los pacientes el derecho a interrumpir procesos externos o artificiales que prolongan sus vidas y otorgarles el derecho de detener los procesos naturales e internos que producen lo mismo [...] En la raíz, el debate es acerca de a cuál error le tememos más: al error de prolongar el sufrimiento o al error de acortar una vida valiosa (Gawande, 2014: 243-244).

Quizás, un primer gran paso sea modificar el abordaje de las cuestiones de fin de vida, aun aquellas que son tan controversiales, para permitirnos pensar sin temor y consensuar sin presiones ni prisa.

Los cuidados paliativos me han enseñado a mirar cuando no quiero ver, a quedarme cuando quiero salir corriendo y que el preludio de la compasión es el deseo de ver y de estar. Porque de la empatía¹² y la compasión¹³ surge la medicina diseñada para el otro: el cuidar.

En definitiva, estamos llamados a tomar la decisión de qué sociedad queremos ser. Porque como afirmaba Bacon, “Quien no quiere pensar es un fanático; quien no puede pensar, es un idiota; quien no osa pensar es un cobarde”.

11 BMJ 2022; 377 doi: <https://doi.org/10.1136/bmj.o1014> (Published 21 April 2022. BMJ 2022;377:o1014.

12 Respuesta afectiva que reconoce e intenta comprender el sufrimiento individual a través de la resonancia (repercusión) emocional.

13 Es una respuesta afectiva que perfecciona los elementos clave de la empatía, mientras suma características propias y distintas, como estar motivado por el amor, el rol altruista de la persona y la acción, constituida por pequeños actos supererogatorios de bondad y amabilidad.

Referencias bibliográficas

- Al Rabadi, L.; LeBlanc, M.; Bucy, T. et al. (2019). Trends in Medical Aid in Dying in Oregon and Washington. *JAMA Netw Open*. 2(8). doi:10.1001/jamanetworkopen.2019.8648
- Broggi, M. A. (2013). *Por una muerte apropiada*. Barcelona: Anagrama.
- Gawande, A. (2014). *On Being Mortal. Medicine and what matters in the end*. Nueva York: Metropolitan Books.
- Leboul D.; Bousquet, A.; Chassagne, A.; Mathieu-Nicot, F.; Ridley, A.; Cretin, E.; Guirimand, F. y Aubry, R. (10 de enero de 2022). Understanding why patients request euthanasia when it is illegal: a qualitative study in palliative care units on the personal and practical impact of euthanasia requests. *Palliative Care and Social Practice*. doi: 10.1177/26323524211066925. PMID: 35036915; PMCID: PMC8755925.

Derecho a la salud. Derecho a la vida privada. Protección de datos personales

TEDH, *Case of Y. G. v. Russia*,
30 de agosto de 2022

Por Facundo Gabriele¹

1. Introducción. Antecedentes del caso

El presente trabajo se efectúa en virtud de la sentencia dictada por el TEDH en el caso Y.G. v. Rusia.

La trama en ciernes de los autos de referencia tiene que ver con una denuncia realizada por el ciudadano Y. G., residente de la ciudad de Moscú, quien en virtud de patologías médicas se atendía en el Centro Médico de Moscú.

En febrero del año 2011 un conocido del accionante le informó que había adquirido, en el Mercado Savelovskiy de Moscú, una base de datos en la que figuraban las condiciones de salud de este. Para verificar esta información, Y. G. compró un disco compacto que contenía una base de datos de dicho mercado.

La base de datos adquirida contenía datos sobre 213.355 personas registradas como residentes en Moscú; 203.604 personas registradas viviendo en otro lugar pero que habían habitado la ciudad en Moscú; y personas extranjeras que vivían en Moscú. También contenía información sobre 281 personas con VIH, 30 personas con SIDA y 750 personas con hepatitis.

¹ Abogado (UADE). Diplomado Superior en Derecho de los Usuarios y Consumidores (UNS). Diplomado en Liderazgo y Análisis Político (CIAS). Especializando en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Prosecretario Administrativo en la Unidad Especializada en Relaciones de Consumo del Ministerio Público de la Defensa del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Y. G. fue registrado en la base de datos y la información sobre él que allí se encontró fue: (1) su nombre y apellido; (2) fecha y lugar de nacimiento; (3) nacionalidad; (4) lugar de residencia y domicilio; y (5) una condena que había transitado por vandalismo, robo y posesión ilegal de drogas. En el apartado titulado “Notas”, se decía que Y. G. era “un gamberro, ladrón y drogadicto, padecía sida y hepatitis”, entre otros datos.

Es importante resaltar que esta base se correspondía a datos pertenecientes a diferentes organismos del Estado ruso y que se comercializaba como “Base de datos del Centro de Información del Departamento del Interior de Moscú”.

En virtud de ello, Y. G. requirió que el Centro de Información aclarara por qué su base de datos contenía información sobre su estado de salud y que se eliminara la información sobre que padecía SIDA (ya que no era cierto), como así también con relación a la hepatitis, ya que no había dado consentimiento para la divulgación de dicho dato.

Ante dicha solicitud, el Centro de Información negó los hechos.

El demandante eleva una queja ante el Comité de Investigación de la Federación Rusa, que entendió que los asuntos denunciados no eran de su competencia, por lo que remitió el caso al Fiscal General, y este al Fiscal de Moscú, que consideró que no existían pruebas de que alguno de los funcionarios del Departamento del Interior de Moscú hubiera cometido un delito.

Por lo tanto, en agosto del 2011 el Tribunal de la ciudad de Moscú desestimó la demanda judicial, sin ningún tipo de investigación.

Ante ello, el señor Y. G. presentó una demanda ante el TEDH, en la que acompañó artículos de noticias de medios rusos (los cuales no fueron cuestionados por el gobierno ruso), de los que se desprendería que la Federación Rusa –luego de la denuncia realizada por Y. G.– llevó a cabo procedimientos en el mercado Savelovskiy que revelaron la venta ilícita de base de datos de varios organismos estatales que contenían información sobre ciudadanos de la Federación Rusa.

2. Marco jurídico aplicable en materia de datos personales

El Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos Personales (Convenio 108), del 28 de enero de 1981, que entró en vigencia para la Federación Rusa el 1 de septiembre del año 2013, define en su artículo 2.a. los “datos personales” como “cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable (“sujeto de datos”).

En lo que aquí nos interesa, establece lo siguiente:

Artículo 5. Calidad de los datos. Los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado: a) Se obtendrán y tratarán leal y legítimamente; b) se registrarán para finalidades determinadas

y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finalidades; c) serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado; d) serán exactos y si fuera necesario puestos al día; e) se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado.

Artículo 6. Categorías particulares de datos. Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales.

Artículo 7. Seguridad de los datos. Se tomarán medidas de seguridad apropiadas para la protección de datos de carácter personal registrados en ficheros automatizados contra la destrucción accidental o no autorizada, o la pérdida accidental, así como contra el acceso, la modificación o la difusión no autorizados.

Artículo 8. Garantías complementarias para la persona concernida. Cualquier persona deberá poder: a) conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad controladora del fichero; b) obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos la confirmación de la existencia o no en el fichero automatizado de datos de carácter personal que conciernan a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos en forma inteligible; c) obtener, llegado el caso, la rectificación de dichos datos o el borrado de los mismos, cuando se hayan tratado con infracción de las disposiciones del derecho interno que hagan efectivos los principios básicos enunciados en los artículos 5 y 6 del presente Convenio; d) disponer de un recurso si no se ha atendido a una petición de confirmación o, si así fuere el caso, de comunicación, de ratificación o de borrado, a que se refieren los párrafos b) y c) del presente artículo.

Artículo 9. Excepción y restricciones 1. No se admitirá excepción alguna en las disposiciones de los artículos 5, 6 y 8 del presente Convenio, salvo que sea dentro de los límites que se definen en el presente artículo. 2. Será posible una excepción en las disposiciones de los artículos 5, 6 y 8 del presente Convenio cuando tal excepción, prevista por la ley de la Parte, constituya una medida necesaria en una sociedad democrática: a) para la protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública, para los intereses monetarios del Estado o para la represión de infracciones penales; b) para la protección de la persona concernida y de los derechos y libertades de otras personas. 3. Podrán preverse por la ley restricciones en el ejercicio de los derechos a que se refieren los párrafos b), c) y d) del artículo 8 para los ficheros automatizados de datos de carácter personal que se utilicen con fines estadísticos o de investigación científica, cuando no existan manifiestamente riesgos de atentado a la vida privada de las personas concernidas.

Artículo 10. Sanciones y recursos. Cada Parte se compromete a establecer sanciones y recursos convenientes contra las infracciones de las disposiciones de derecho interno que hagan efectivos los principios básicos para la protección de datos enunciados en el presente capítulo.

3. El fallo del TEDH

El TEDH admitió la demanda entendiéndose que existió una violación del Convenio (en particular del artículo 8, por lo que condenó a la Federación Rusa a abonar al accionante –dentro de los tres meses de que la sentencia adquiriera firmeza– el equivalente a moneda del Estado demandando de 7.500 euros, más el importe de 2.000 euros, más cualquier otro impuesto que pudiera corresponder, en concepto de costas y gastos.

En primer lugar, cabe poner de resalto que la información personal relacionada con un paciente pertenece a su vida privada y, como tal, debe ser respetada.

Por otro lado, en el presente caso no ha sido discutido que la base de datos adquirida por el accionante en un mercado de Moscú contenía recopilación de los datos personales del solicitante (incluidos datos de su salud), como así también de miles de personas más. Por ende, el presente caso cae dentro de la esfera de la vida privada del señor Y. G., que como tal debe ser protegida.

Tampoco se encontraba discutido que los datos de salud de Y. G. se habían registrado en la base de datos del Ministerio del Interior de Moscú en el año 1999, después de que el Hospital de Enfermedades Infecciosas de esa misma ciudad se los proporcionara. La base de datos comprada por el solicitante en el mercado había pertenecido al Ministerio del Interior, ya que contenía información que solo podía ser conocida por este.

Así, no puede obviarse que la protección de los datos personales, en particular los datos médicos, son de fundamental importancia para que una persona goce de su derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 del CEDH, entre otros.

Por otra parte, es dable resaltar que las autoridades estatales tienen la obligación de investigar este tipo de denuncias, máxime cuando la información “filtrada” se da por datos con los que –solo ellos– contaban. Por lo que el Estado encuentra comprometida su responsabilidad, sin resultar necesario analizar si hubo dolo o culpa en esa filtración.

Es un agravante el hecho de que las autoridades públicas nunca hayan investigado el asunto. Por lo tanto, hubo una falta en la obligación positiva de garantizar una protección adecuada del derecho del demandante al respeto de su vida privada.²

No solo es doloroso ver tus datos personales comercializarse sin ningún tipo de control en un mercado de tu ciudad, sino que la indignación se acrecienta cuando ese dato comercializado, no solo indefectiblemente estaba en custodia del Estado, sino que además, ante la denuncia del hecho, ese mismo Estado que tiene el deber de custodia y cuidado, no investiga dicha denuncia.

La gravedad aumenta, ya que no solo no investigó la denuncia realizada por Y. G. el Poder Ejecutivo de la Federación Rusa, sino tampoco, el Poder Judicial.

2 TEDH, *Case of Y. G. v. Russia*, Application N° 8647/12, Court (Third Section), 30 de agosto de 2022, párr. 51.

4. A modo de cierre

Es de vital trascendencia realizar acciones tendientes a respetar la confidencialidad de los datos relacionados con el derecho a la salud, ya que todos los ordenamientos jurídicos lo han incorporado como un principio vital.

A su vez, es crucial no solo respetar el sentido de privacidad de una persona, sino también –y creo que con este fallo queda bien establecido– es obligación del Estado preservar la confianza de los ciudadanos en la profesión médica y en los servicios de salud en general. Caso contrario, nadie estaría seguro de que sus datos no puedan ser divulgados, con el riesgo que ello podría significar: disuadir a los ciudadanos/as a acercarse a los centros médicos en busca de un diagnóstico o tratamiento por miedo a su publicidad.

En particular, los datos de salud son extremadamente sensibles, de los más. Así, las enfermedades como el SIDA o la hepatitis tienen grave potencialidad discriminatoria y son datos que deben registrarse con métodos de codificación o encriptamiento que restrinjan al máximo posible su acceso.

Es dable poner de resalto

[e]l alto impacto que ha tenido –y aún tiene– la presencia del SIDA en nuestra sociedad ha generado reacciones que afectaron prácticamente todos los derechos humanos. Por ello, por primera vez en la historia, una estrategia de lucha contra una enfermedad incluye la promoción y protección de los derechos humanos. Así, la lucha contra el SIDA es también una lucha contra el miedo, contra el prejuicio y contra las acciones irracionales nacidas de la ignorancia, porque estas son las causas de algunas de las violaciones más críticas de los derechos humanos.³

A su vez, toda información referida a la salud de una persona merece un doble nivel de protección. Así, su recolección, conservación, ordenamiento, almacenamiento, modificación, bloqueo, destrucción y, en general, todo tipo de procesamiento, debe realizarse conforme a los principios de calidad, consentimiento e información.

El fallo aquí comentado resulta un gran avance en el reconocimiento, no solo de acudir a tribunales internacionales en defensa de violaciones legales realizadas por los Estados a sus ciudadanos, sino también porque pone énfasis en la protección de los datos personales de los individuos y reconoce la obligación del Estado de investigar denuncias de estos tipos; caso contrario, su responsabilidad por los daños causados es total.

3 Cahn, P.; Bloch, C. y Weller, S. (1999). *El sida en la Argentina. Epidemiología, subjetividad y ética social*. Buenos Aies: Arkhetypo, p. 140.

Cannabis para uso medicinal

TEDH. *Case of Thörn v. Sweden*, 1 de septiembre de 2022

Por Martín García Ongaro¹

1. Introducción

El presente artículo intenta hacer un repaso teórico de un caso que tramito ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que se debaten aspectos relativos al acceso a la salud y las políticas de drogas, que se expresan en la mayoría de los países y, particularmente, en nuestra región.

El caso en estudio tiene su punto de partida en el año 1994, cuando el Sr. Andreas Thörn sufrió lesiones en su cuello como consecuencia de un siniestro vial (una colisión en motocicleta). Ello implico que sufriera secuelas consistentes con distintos trastornos físicos y psíquicos, que culminaron por reducir su movilidad física y condiciones psíquicas afectadas.

Las secuelas fueron diversas (calambres, dolores severos), lo que motivo un extenso recorrido de consultas con distintos profesionales médicos y tratamientos convencionales para el dolor, hasta que en el año 2010 su estado general desmejoró, lo que derivó en trastornos de salud mental aún más severos (depresión).

¹ Abogado (UNC). Diplomado en Formación Integral en Cannabis desde una Perspectiva en Derechos Humanos (UNER). Magíster en Ciencias Penales (UNLPam). Ayudante de Primera de Derecho Penal (UNLPam). Defensor Público de Víctimas con asiento en la provincia de La Pampa.

En el año 2012 fue hospitalizado en distintas oportunidades por dolores debilitantes, ante lo cual fueron indicados distintos medicamentos con resultados infructuosos, y la indicación clínica para su tratamiento implicó el uso de metadona, que fue rechazado por el paciente, dados los efectos secundarios negativos experimentados con el uso de otros opiáceos en el pasado.

En esa instancia, el Sr. Thörn dio con información sobre el uso de cannabis para el dolor, que a diferencia de los opioides presentaba una disminución significativa de efectos secundarios. Sin embargo, de los productos disponibles en Suecia solo estaba difundido el fármaco Sativex², aunque solo era accesible para personas que sufrían de esclerosis múltiple y no estaba cubierto por el “seguro de protección de alto costo”. Pero, principalmente, el solicitante hizo uso del referido producto, aunque lo encontró menos efectivo para aliviar el dolor que otras formas de cannabis.

A partir de allí, el Sr. Thörn comenzó a cultivar y consumir cannabis y su calidad de vida mejoró laboralmente y en sus relaciones sociales y familiares, con una ingesta aproximada de 0,2 gr. por la mañana y la noche con su café.

Existe un consenso acerca de los efectos positivos del uso de cannabis, respaldado por numerosos estudios médicos, que lo sitúan como un poderoso aliado contra los síntomas como el dolor que el Sr. Thörn padece.

Así, se ha destacado que

la señalización endocannabinoide está integrada en redes de modulación de la fisiología general del organismo; regula procesos en todos los estadios de la vida (prenatal, pubertad, adolescencia, adulto, vejez); tiene una amplia distribución tisular, celular y subcelular (Macarrone y cols., 2015; Ligresti y cols., 2016), por lo que participa en numerosos procesos fisiológicos centrales y periféricos de vital importancia, tales como el apetito y la ingesta, la sensación de dolor, el estado de ánimo, la transmisión sináptica, la neuroprotección.³

En igual sentido se ha afirmado que “tiene un interesante potencial de cara al desarrollo de nuevas terapias; de hecho, se emplea en el tratamiento del dolor neuropático y pélvico”, y que “entre las propie-

2 Sativex (nabiximol), medicamento basado en dos cannabinoides. Cada bote de 10 ml contiene exactamente 270 mg de THC y 250 mg de CBD, usualmente empleado para aliviar síntomas de distintos trastornos, con presentación en forma de aerosol para mucosa oral. Creado por GW Pharmaceuticals, que tiene una licencia para cultivar, poseer y suministrar cannabis en cooperación con la compañía British Sugar, que es la que produce la materia prima en el condado de Norfolk. GW Pharmaceuticals también desarrolló Epidiolex, una solución oral con CBD para tratar ciertos tipos de epilepsia infantil. Bayer consiguió los derechos de comercialización de Sativex en el Reino Unido, Europa, Canadá y en países de América Latina. En Argentina integra el catálogo de fármacos autorizados por la ANMAT, de acuerdo con las pautas que fueran elaboradas en el *Informe ultrarrápido de evaluación tecnológica. Cannabinoides y dolor. Programa evaluación de tecnología sanitaria - 21/11/17*.

3 Ramos Atance, J. A. (coord.) (2017). *Efectos terapéuticos de los cannabinoides*, Madrid: Instituto Universitario de Investigación Neuroquímica de la Universidad Complutense de Madrid.

dades terapéuticas del THC clínicamente probadas destacan la supresión de náuseas y vómitos inducidos por quimioterapias, la estimulación del apetito o la inhibición del dolor, la espasticidad y la ansiedad”.⁴

Sin embargo, en el año 2015 el Sr. Thörn fue llevado ante la justicia y finalmente absuelto, fundado en que su salud podría encontrarse bajo riesgo si el Estado obstaculizara el acceso al cannabis.

Pese a ello, su caso se abrió nuevamente, cuestionándose esta vez si se debe o no ofrecer al ciudadano la posibilidad de controlar su propio cuidado de la salud y hasta qué punto debe intervenir el Estado en esta cuestión.

Destacan algunos medios que “Aunque haya sido esta vez la situación personal de Andreas la que ha llamado la atención de medios y la responsable de que el debate se haya puesto sobre la mesa, son muchos quienes se encuentran bajo condiciones similares”.⁵

Si bien es cierto que el acusado pudo evitar su ingreso en prisión dadas sus condiciones de salud y la realización de trabajos comunitarios que incluyeran alguna actividad física, se vio expuesto a hacer frente a una pena de multa.

2. La judicialización del caso en sede interna

El 22 de abril de 2015 Andreas Thörn fue acusado de los delitos de fabricación, posesión y consumo de estupefacientes. Admitió las acciones de cultivo y uso de cannabis durante casi dos años, ante la necesidad clínica de paliar sus trastornos de salud.

El 27 de agosto el Tribunal de Distrito de Västmanland lo absolvió en razón de que el sistema de salud pública sueco no podía ofrecer alternativas frente al tratamiento del dolor, con excepción del Sativex. La contrapartida de ese acceso estaba dado por el valor económico del producto, y por ello el Tribunal por mayoría consideró que el Sr. Thörn estaba en situación de emergencia y por tanto sus acciones estaban justificadas y no habían constituido un delito.

El 31 de marzo de 2016, el Tribunal de Apelación de Svea por mayoría resolvió anular la sentencia, condenando al Sr. Thörn a la pena de prisión en suspenso y al pago de una multa de 11.700 coronas (unos 1.200 euros), fundamentando que el imputado no había estado en una situación de emergencia, ya que los servicios de salud le habían ofrecido un tratamiento alternativo, incluso si los medicamentos disponibles para él eran costosos o tenían efectos secundarios negativos. Tiempo después de la condena penal y el cese de las actividades de cultivo de cannabis, su acceso se vio severamente restringido y la calidad de vida del Sr. Thörn empeoró.

Con posterioridad apeló ante el Tribunal Supremo de Suecia –tercera y última instancia procesal para causas civiles y criminales–, que el 20 de noviembre de 2017 resolvió modificar la resolución del

⁴ *Idem*, nota 3.

⁵ DINA FEM. La persecución de un enfermo que se automedicaba con cannabis aviva el debate de la legalización en Suecia. Recuperado de <https://www.dinafem.org/es/blog/enfermo-cannabis-Suecia/>

Tribunal de Apelación, manteniendo solo la condena por el delito de fabricación de estupefacientes, expresando que los delitos de posesión o uso de narcóticos estaban legalmente incluidos en esa figura. Además, calificó el delito de fabricación de estupefacientes como un delito menor y anuló la suspensión de la pena, al tiempo que redujo el número de días-multa impuesta de 90 a 40.

Sobre el estado de necesidad, señaló que solo constituye delito si, dada la naturaleza del peligro, el daño causado a los demás era injustificable, de suerte que existiría necesidad cuando un peligro amenazara la vida, la salud, la propiedad o algún otro interés importante que estuviera protegido por el ordenamiento jurídico. En ese marco, la defensa del estado de necesidad no requería un ataque iniciado o inminente a un interés protegido, dado que se admite que la situación de necesidad ya puede existir en una etapa anterior, cuando el peligro era inminente o cuando sea una situación de continuación regular de la amenaza al bien jurídico (en este caso la salud), sin que ello pueda extenderse a un peligro futuro incierto.

En cuanto a los hechos del caso, el Tribunal Supremo tuvo por cierta la situación de padecimiento del imputado y reconoció que el interés de estar libre de dolor conduce a la aplicabilidad de la disposición sobre la necesidad y que el dolor severo debe ser considerado como una interferencia en su interés por su salud.

La condición crónica del Sr. Thörn (dolor) y la acción punible (cultivar) contribuyen a largo plazo a aliviar la interferencia en su interés por su salud, pero –según el Tribunal– no excluyen que el acto haya sido cometido por necesidad, sin perjuicio de la regla general acerca de cierta condición inminente de la amenaza al bien jurídico que en general tienen las justificaciones jurídico penales.

También subrayo que la exención de responsabilidad generalmente requiere de una ponderación de males entre la salvaguarda de un interés de una importancia significativamente mayor que el bien jurídico sacrificado como resultado del mismo y la ausencia de otros medios más eficaces y menos lesivos (siempre que ello no implique un esfuerzo o sacrificio desproporcionado para evitar el peligro de alguna otra manera).

Según el Tribunal Supremo, el estado de necesidad exige que la situación hubiera sido imprevista, de tal modo que no hubiera sido posible que el legislador la hubiera considerado antes, pues de otro modo no es justificable basarse en la necesidad para desviarse de los tipos de equilibrio de intereses que el legislador ya ha ponderado.

Este último aspecto implica un criterio normativista puro, según el cual el Estado a través de las leyes de control de estupefacientes y el sistema de aprobación y licencia de medicamentos ya ha realizado un ejercicio de equilibrio entre el interés de brindar acceso a analgésicos efectivos y el interés de control de estupefacientes, disponiendo el modo y la forma en que se debe gestionar el interés en el acceso al alivio del dolor e instrumentando un sistema para la distribución controlada de estupefacientes para uso medicinal.

En ese contexto analítico, los fundamentos del estado de necesidad no prosperaron y las acciones del Sr. Thörn no estaban validadas, en virtud de una inaceptable prioridad a su interés legítimo de estar

libre de dolor por sobre el interés de la sociedad en el control de los estupefacientes, dado que existían ciertas posibilidades en el derecho interno.

El Tribunal Supremo señaló, además, que durante la primavera de 2017 se había autorizado al demandante para que le recetaran el medicamento Bediol, que estaba basado en cannabis y esta concesión de licencias no implicaba que se hubieran promulgado nuevas reglas o que se hubieran tomado decisiones generales que afectaran la evaluación del delito del que se lo había acusado. Por cierto, el hecho de haber obtenido dicha licencia implicaba un reconocimiento por parte del Estado del conflicto de intereses existentes.

El Tribunal Supremo tuvo por cierto que el Sr. Thörn sabía que había estado cultivando cannabis con la intención de consumirlo sin receta médica y aunque reconoció que no tenía como finalidad lo que se denomina “abuso” en el sentido de la ley, no es aceptable que la condición de abuso este dada por el propio imputado.

Por todo ello, declaró que el acto del imputado de producir narcóticos constituía un delito, pese a lo cual hizo una distinción de aquellas acciones que implican la posesión y el uso, solo en la medida en que se trate de estupefacientes distintos de los que él mismo ha producido, pues no merece igual tratamiento la producción de estupefacientes para abusar de ellos, que se trataría de una acción atípica. En tales casos ya que no se trataba de producir estupefacientes para utilizarlos con fines de intoxicación, dado que los estupefacientes producidos tenían una capacidad limitada para provocar ese cuadro, sino el acceso a cannabis para mitigar dolores que en muchos casos no podían ser atendidos por los servicios de salud, a pesar de repetidos intentos, dado que esos fármacos tenían un nivel bajo de THC, respecto de los cuales tienen muy pocas posibilidades de producir intoxicación.

Habida cuenta de las circunstancias del párrafo anterior, junto con el hecho de que el solicitante estaba produciendo una cantidad relativamente modesta exclusivamente para la automedicación, la cantidad exacta producida no podría tener un impacto significativo en lo que podría considerarse una cantidad justa.

Sobre la base de una evaluación general y teniendo en cuenta que el encarcelamiento no constituiría un castigo justo, el Tribunal Supremo determinó que el acto debía considerarse un delito menor. Asimismo, la multa se constituyó como una justa sanción de la infracción, habida cuenta del carácter atípico del acto y de las disposiciones relativas a la excepción de necesidad.

3. El reclamo en sede internacional

El caso fue llevado por el Sr. Thörn ante el TEDH en razón de la violación del artículo 8 del CEDH. La demanda sostenía que las vulneraciones de Suecia no implicaban de modo alguna impugnar el interés legítimo del gobierno en el control y vigilancia de drogas, sino que esas acciones implicaban una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada.

El Sr. Thorn cuestionaba que la resolución judicial de los tribunales locales no habían hecho una ponderación que habilite un justo equilibrio entre su interés individual de vivir una vida libre de dolor, por un lado, y la apremiante necesidad social de consumir drogas.

También cuestionó que la injerencia que supuso su condena persiguiera un fin legítimo, y en apoyo de esa tesis puso de relieve las declaraciones de expertos para demostrar que su consumo de cannabis no había supuesto ninguna amenaza para su salud y que, en su valoración, mostraban que los presuntos daños relacionados con el consumo de cannabis señalados por el gobierno eran claramente exagerados y no del todo fácticos, y argumentó que una injerencia para prevenir las consecuencias del consumo de cannabis, que a su juicio eran solo teóricas, no era necesaria en una sociedad democrática para la protección de la salud ni había perseguido el objetivo legítimo de proteger la salud.

Por su parte, el Estado sostuvo que la condena del demandante no implicó una interferencia con su derecho al respeto de su vida privada y que la penalización de conductas relacionadas a delitos de drogas estaba justificada en varios de los objetivos legítimos enumerados en el CEDH, dado que también había sido “necesario en una sociedad democrática” para lograr esos objetivos.

El gobierno consideró pertinente resaltar que, según las investigaciones, existe una larga lista de consecuencias negativas y daños relacionados con el consumo de cannabis. En esa misma tesis, las autoridades toman medidas para prevenir el consumo de cannabis, así como de otros estupefacientes, y brindar atención a quienes lo necesitaran. Al mismo tiempo, se investigaba intensamente sobre los posibles efectos curativos de los cannabinoides y otros derivados del cannabis, lo que, según el gobierno, era una de las razones por las que en los últimos años la sociedad había adquirido un mayor conocimiento sobre los efectos nocivos del cannabis. A esto se podría añadir que el tráfico ilegal de cannabis era una actividad nociva asociada al crimen organizado en Suecia.

Es en base a esas mismas motivaciones que se sostiene la doctrina de la “guerra contra las drogas”, como consecuencia de que Suecia ha ratificado la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961 y está sujeta a las obligaciones pertinentes derivadas de ese tratado, que habilita la penalización del cultivo de cannabis sin licencia con fines de automedicación, sin ningún control por parte de las autoridades.

En cuanto a la cuestión de la proporcionalidad, el Estado afirmó que no existe consenso entre los Estados miembro del Consejo de Europa sobre cómo debe controlarse el consumo de cannabis. Agregó que el Sr. Thörn había sido condenado únicamente a un número muy reducido de días de multa por un delito menor relacionado con estupefacientes.

4. La sentencia del TEDH

Como principio general, el Tribunal reiteró que las cuestiones de política sanitaria se encuentran, en principio, dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales, que están mejor situadas para evaluar las prioridades, el uso de los recursos y las necesidades sociales.⁶

Lo complejo que se observa al interior de las organizaciones políticas de algunos Estados es la dificultad para adecuar necesidades locales con los compromisos internacionales cuando entran en colisión. El caso más evidente es la situación en Estados Unidos, donde existe —desde tiempos de la ley seca— una tensión entre las regulaciones federales y locales.

Sobre ello se ha sostenido que

Estas reglamentaciones locales plantean una de las preguntas más importantes y sin resolver en torno a las reformas a la ley de la marihuana: ¿qué poder, si es que hay alguno, deberían otorgar los estados a los gobiernos locales para regular la marihuana? La forma en que los estados elijan responder a esta pregunta no sólo influirá en el contenido y el ritmo de las reformas, sino también podría tener un impacto dramático en el nivel general de satisfacción popular con las políticas sobre la marihuana. Los defensores del localismo sugieren que las comunidades locales pueden hacer un mejor trabajo al adaptar las políticas de marihuana para satisfacer las preferencias de las mayorías locales, el mismo argumento que los estados han empleado para arrebatar el control del gobierno nacional.⁷

Además, ha sostenido que, dado que las autoridades nacionales están en principio en mejores condiciones que el juez internacional para apreciar lo que es de interés público por motivos sociales o económicos, existe un marco de respeto por las decisiones de política legislativa, a menos que sean manifiestamente arbitrarias.

Participa de esta tradición el criterio según el cual cuando no hay consenso dentro de los Estados Miembro del Consejo de Europa, ya sea en cuanto a la importancia relativa del interés en juego o en cuanto a los mejores medios para protegerlo, particularmente cuando el caso plantea cuestiones morales o cuestiones éticas, el margen será más amplio.⁸

La resolución del TEDH subraya que el derecho a la salud como tal requiere un tratamiento específico buscado por un solicitante, cuya eficacia no se encuentran entre los derechos garantizados por el CEDH o sus protocolos. Sin embargo, ha examinado demandas relativas a denegaciones de acceso a

⁶ Conf. TEDH, *Case of Thörn v. Sweden*, Application N° 24547/18, Court (First Section), 1 de septiembre de 2022, párr. 46, y *Case of Vavříčka and others c. The Czech Republic*, Applications N° 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 and 43883/15, Court (Grand Chamber), 8 de abril de 2021, párr. 274.

⁷ Mikos, R. A. (2015). El localismo de la marihuana. Traducción de Alexia Michelle Araujo y revisión técnica de Imer B. Flores, publicado originalmente en *Case Western Reserve Law Review*, 65(3).

⁸ Conf. TEDH, *Case of Abdyusheva and others v. Russia*, Applications N° 58502/11, 62964/10 and 55683/13, Court (Third Section), 26 de noviembre de 2019, párrs. 111 y 112.

tratamientos o medicamentos específicos desde el ángulo de la “vida privada” en virtud del artículo 8 del Convenio, cuya interpretación cubre las nociones de autonomía personal y calidad de vida.⁹

Ha sido coincidente el criterio con que se expidió la Corte IDH respecto de las acciones que se esperan de los Estados en relación con el aseguramiento y no obstaculización del acceso a derechos fundamentales, en particular frente a sujetos que padecen trastornos sanitarios que implican limitaciones en orden a una vida social sin barreras.

En tal sentido,

fijó distintos estándares, entre los que se destacan que a) no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, b) la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades, c) es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, d) 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 (barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas o socioeconómicas).¹⁰

En la jurisprudencia europea se ha subrayado que la integridad corporal de una persona atañe a los aspectos más íntimos de su vida privada, y que la intervención médica obligatoria, aunque sea de menor importancia, constituye una injerencia en este derecho.¹¹

El Tribunal observó que las partes coincidieron en que la condena del demandante por fabricación de estupefacientes y la sanción que se le impuso supuso una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada. Por ello, si bien el presente caso se refiere a la imposición de una multa, tuvo en cuenta su jurisprudencia en casos relativos a la imposibilidad de los pacientes de acceder a determinados tratamientos médicos que ha examinado en virtud del artículo 8 del Convenio.¹²

En ese contexto, el Tribunal considera que no puede cuestionarse que la injerencia se haya realizado de conformidad con la ley, a saber, la Ley de Delitos de Drogas y el Código Penal, y que persiguió los fines legítimos de “la prevención del desorden o del delito” y “la protección de la salud o de la moral” tal como se establece en el artículo 8.2 del Convenio.

9 *Idem*, nota 6.

10 García Ongaro, M. (2019). Reclamo judicial para cultivar cannabis con fines medicinales. El caso de la provincia de La Pampa. En AA.VV., *Cannabis medicinal: una cuestión de derechos*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, p. 113, con citas de los fallos de la Corte IDH “Artavia Murillo y otros v. Costa Rica”, “Furlán y familiares v. Argentina” y “Ximenes Lopes v. Brasil”.

11 *Idem*, nota 6.

12 Conf. TEDH, *Durissotto v. Italy*, Application N° 62804/13, Court (Second Section), 6 de mayo de 2014.

Diferente es la cuestión, si lo que se analiza es la calidad de la injerencia, y en su caso si ello fue necesario en una sociedad democrática. Al examinar esta cuestión, el TEDH observa, en primer lugar, que no hay nada en los materiales presentados que demuestre que el demandante formuló argumentos relacionados con el artículo 8 del Convenio en el curso de los procedimientos internos o que las autoridades examinaron de oficio los requisitos de esa disposición. No hay información que sugiera que se invitó a los tribunales nacionales a evaluar si la prohibición de posesión o cultivo de cannabis, incluso para las personas que alegan que lo necesitan por motivos medicinales, podría ser contraria al artículo 8 o cualquiera otra disposición de derecho nacional o internacional con contenido relacionado.¹³

En segundo lugar, si bien los tribunales nacionales examinaron la defensa del demandante de que había actuado por “necesidad” y que sus actos no habían sido “injustificables” en el sentido de esos criterios establecidos en la sección 4 del Capítulo 24 del Código Penal, fueran interpretados y aplicados, no hay indicios de que se haya pedido a esas autoridades que interpretaran o aplicaran esos criterios a la luz del artículo 8 o de cualquier otra manera para ampliar la defensa del estado de necesidad en la legislación sueca a fin de no llegar a un resultado contrario a la Convención.

Dadas las características del proceso interno, el caso no trata acerca de si la prohibición de la producción o el consumo de cannabis, ya sea para quienes lo necesitan con fines médicos o cualquier otro usuario, puede vulnerar el derecho al respeto a la vida privada. La cuestión a examinar es si las autoridades internas violaron el derecho del demandante al respeto de su vida privada al no eximirlo de la responsabilidad penal general que normalmente correspondería a los hechos en cuestión relacionados con la producción y el consumo de lo que fue calificado como estupefacientes en el derecho interno, sobre la base de las causales que había invocado. Por ello, debía considerar los procedimientos internos en su conjunto y si las autoridades lograron un equilibrio suficientemente justo entre los intereses en conflicto.

El TEDH percibe que el interés de las autoridades en el caso específico del demandante era principalmente garantizar la observancia y el cumplimiento de la legislación interna relativa a estupefacientes y medicamentos, mientras que el interés del demandante residía en encontrar una manera de aliviar su dolor.

El caso no se refería a la libertad de aceptar o rechazar un tratamiento médico específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento, que es vital para los principios de autodeterminación y autonomía personal, sino a la producción y uso de estupefacientes sin licencia, en cuyo marco de regulación los Estados tienen un amplio margen de apreciación en las circunstancias.

El TEDH observa a este respecto que el Tribunal Supremo no cuestionó las alegaciones del demandante sobre su dolor y que el cannabis que había producido había ayudado a combatirlo, así como tampoco parece haber puesto en duda que los medicamentos a los que el solicitante tenía acceso fueran menos efectivos para aliviar su dolor, tuvieran efectos secundarios que razonablemente deseaba

13 *Idem*, nota 6, párr. 46.

evitar o fueran costosos. Asimismo, tuvo en cuenta el interés de la demandante por encontrar un alivio eficaz del dolor y lo reflejó principalmente al fijar la multa en el nivel que fijó.¹⁴

Por cierto, no se ha proporcionado información al TEDH sobre otras consecuencias negativas del castigo, por ejemplo, con respecto al registro del delito, resultando una contradicción esa penalización (aunque morigerada por razones sanitarias) junto con la autorización de la prescripción de un medicamento lícito que aparentemente fue efectivo para aliviar su dolor en 2017, mientras los procesos internos relacionados con el delito de cannabis estaban pendientes.

El TEDH destaca finalmente que la cuestión que debía determinarse no era si se podría haber adoptado una política diferente, menos rígida, sino lograr el equilibrio particular entre el interés del solicitante en tener acceso a analgésicos y el interés general en hacer cumplir el sistema de control de narcóticos y medicamentos.

Por ello, entendió que las autoridades suecas se mantuvieron dentro de su amplio margen de apreciación y declaró que no violaron el artículo 8 del CEDH.

No obstante, merecen relativizarse de cierta manera tales premisas, dado que también es cierto que muchos países han tenido que plantear y readecuar sus normativas en el concierto de las naciones, dado que su acoplamiento con el sistema internacional de prohibición de las drogas ocasionaba severas consecuencias y trastornos en sus economías y ordenamientos sociales.

En tal sentido, en nuestra región se destaca que

Un interrogante ineludible está relacionado a que el marco regulatorio en estudio resulte incompatible con el cumplimiento de tratados internacionales, la República de Colombia dispone de cuatro posibilidades para reformar su política de drogas sin que esto signifique una violación al Derecho Internacional: i) priorizar un enfoque de Derechos Humanos, para poner los tratados sobre Derechos Humanos por encima de las convenciones que tratan el tema de las drogas de manera específica. Esto fue, por ejemplo, lo que hizo Uruguay en el 2013 cuando reglamentó el mercado de marihuana; ii) retirarse de los tratados para luego volver a unirse haciendo las salvedades necesarias sobre los artículos que irían en contra del marco regulatorio escogido a nivel nacional. Esto fue, por ejemplo, lo que hizo Bolivia para poder permitir el uso tradicional de la hoja de coca sin incurrir en una violación de los tratados internacionales; iii) incumplir respetuosamente los tratados sobre drogas. Esta opción, por ejemplo, ha sido antes escogida por países como Canadá. En este caso, Colombia seguiría siendo parte de los tratados, aceptando abiertamente que su legislación interna contraviene lo estipulado en dichos tratados, pero socializando y explicando su decisión, haciendo alusión a los principios dentro de los cuales se enmarcan estos tratados (promover la salud y el bienestar de la humanidad y los valores centrales de la Carta de la ONU) y, además, comprometiéndose a respetar las demás disposiciones, así como a seguir presentando los informes correspondientes y atendiendo las inquietudes de los estados vecinos.¹⁵

¹⁴ *Idem*, nota 13.

¹⁵ García Ongaro, M. (2020). Regulación de la coca y sus derivados en Colombia. Recuperado de www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina49354.pdf

5. Conclusiones

En primer lugar, merecen ser confrontadas algunas de las premisas que se fijan en las resoluciones judiciales de los tribunales suecos que parecen incompatibles con las normas generales de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los sistemas de protección. En atención a ello, conviene orientar algunas objeciones particulares, atento que el fallo del TEDH replica con otras categorías idénticos criterios.

El fallo del Tribunal Supremo sostiene que sobre la base de una evaluación general y teniendo en cuenta que el encarcelamiento no constituiría un castigo justo, el acto debía considerarse un delito menor y ratifica que la multa se constituye como una justa sanción de la infracción, habida cuenta del carácter atípico del acto y de las disposiciones relativas a la excepción de necesidad. En rigor, estas conclusiones son incongruentes con los principios de legalidad y máxima taxatividad, dado que, si las acciones imputadas al Sr. Thörn resultan atípicas, corresponde dictar la absolución y no disminuir la pena.

De tal modo, la perspectiva del fallo condenatorio y su ratificación posterior desconocen que no podría existir norma local de derecho interno que pueda oponerse para vulnerar un derecho humano básico (interrumpir el dolor, como derecho humano a no soportar una vida con tormentos o tortura).

Es importante destacar que en España se verifica que

la firma de la Convención de la ONU en 1966, que al año siguiente se tradujo en la aprobación de la Ley 17/1976 sobre Estupefacientes, donde se establece que la tenencia de drogas ilícitas solo estará permitida previa para fines médicos o científicos. Sin embargo, dicha ley solo prevé la incautación de las sustancias no autorizadas, sin ningún tipo de sanción. En 1973 el Código Penal incorpora el delito de tráfico de drogas en su forma actual y al año siguiente el Tribunal Supremo dicta la primera sentencia en la que se establece que el simple consumo de drogas y la tenencia destinada al mismo no son delito. A partir de ahí arranca una jurisprudencia unánime, que se irá concretando en sentencias posteriores donde se establece que tampoco es delito el consumo compartido, la donación con fines compasivos, ni la compra mancomunada por parte de un grupo de adictos, siempre que sea sin fines de lucro.¹⁶

Es precisamente en la experiencia española, en particular cuando existe un uso comunitario o colectivo (clubes), en la que se advierte que

existen directrices de la fiscalía del estado en cuanto a las cantidades de cannabis cuya posesión, aunque siga siendo ilícita, no constituye delito por sí sola. En la actualidad, el tráfico de cannabis se castiga con penas de uno a tres años de cárcel. La primera condena no suele acabar con el ingreso en prisión, ya que la legislación española establece que las penas de hasta dos años de cárcel se suspendan cuando no existan

¹⁶ Barriuso Alonso, M. (2011). Los Clubes Sociales de Cannabis en España. Una alternativa normalizadora en marcha. Serie reforma legislativa en materia de drogas, no. 9, Transnational Institute.

antecedentes. En cuanto a la tenencia y consumo, se siguen castigando con la incautación en el caso de lugares privados, lo cual suele suponer en la práctica la impunidad, ya que el domicilio particular es inviolable, excepto con orden judicial o en caso de delito flagrante.¹⁷

Vale decir, entonces, que el grado de adecuación de las normas internas puede presentar matices en la implementación de las convenciones internacionales sobre drogas sin que ello represente un incumplimiento supranacional.

Por lo tanto, es cuestionable que el derecho interno repruebe un acto que constituye un delito de estupefacientes y que se lleva a cabo para aliviar el dolor y que solo admita su defensa en forma excepcional, por ejemplo, en una situación de emergencia en la que no se dispone de acceso inmediato a los servicios ordinarios de salud.

Se impone recordar que

la inclusión original del cannabis en el marco internacional vigente es fruto de procedimientos cuestionables y de evidencias dudosas. Nunca se ha realizado un examen formal que se ajuste a los criterios y conocimientos científicos aceptados actualmente. Por todos estos motivos, diversas formas de deserción blanda, incumplimiento de los tratados, despenalización y regulación de facto se han mantenido en los países donde el uso tradicional está extendido, y han florecido en todo el mundo, en prácticamente todos los países y territorios donde el cannabis se ha popularizado en el último medio siglo.¹⁸

Además, corresponde añadir que, según expertos en la materia, es generalizado el desconocimiento del uso terapéutico del cannabis entre los profesionales, dado que

las escuelas de medicina tienen una tendencia más prohibicionista. Nos hablan de la marihuana como una sustancia de abuso, desde sus potenciales adictivos, de su perfil toxicológico, pero no nos dicen nada de sus potenciales terapéuticos, y hay todo un universo por descubrir si resulta posible trascender ciertos prejuicios.¹⁹

¹⁷ *Idem*, nota 16.

¹⁸ Bewley-Taylor, D.; Jelsma, M.; Rolles, S. y Walsh, J. (2016). La regulación del cannabis y los tratados de drogas de la ONU. Estrategias para la reforma. Recuperado de https://www.wola.org/wp-content/uploads/2016/06/Regulacion-del-Cannabis-y-los-Tratados-de-Drogas_web.pdf

¹⁹ Palabras de la Dra. Celeste Romero en las jornadas que se comentan en el artículo de García Ongaro, M. (septiembre de 2018). Salud y Derechos Humanos. Diálogos sobre cannabis medicinal. *Contexto Universitario*, año 12, (55), 13, ISSN 1852-7116.

El TEDH ratifica similar criterio al expresar que el Estado tiene amplios márgenes legislativos para definir sus políticas sanitarias y de drogas, pero las mismas objeciones se imponen, dado que no podría haber margen alguno que posibilite la vulneración de derechos fundamentales.

Expertos en políticas de drogas aseguran que

las razones para mantener el cannabis bajo un régimen de prohibición no remiten estrictamente a causas de orden médico por sus efectos sobre la salud. De otro modo, muchas sustancias entre las que se cuenta una enorme cantidad de medicamentos con efectos sumamente perniciosos, deberían ser prohibidas. La condición de legalidad o ilegalidad de una sustancia no puede depender solamente de que ésta tenga exclusivamente efectos beneficiosos, pues no existe sustancia carente de efectos adversos. Para poder disponer de un producto, no es necesario que sea sólo benéfico; basta con que sea suficientemente eficaz y de riesgo aceptable. Pero además, los riesgos pueden minimizarse optimizando la calidad del producto, a quién se le prescribe, las condiciones de uso, la dosificación, la vía de administración y su formulación. A pesar de ello, igual habrá ciertos riesgos. Pero para esto, se requiere que una sustancia, producto farmacéutico o botánico, sean legales. Es decir, regulados y controlados por las autoridades competentes. Es así como se procede con los productos de la farma-industria y aun así pueden tener reacciones adversas como lo indican los prospectos de los medicamentos. Sin embargo, es la evaluación de la relación costo-beneficio, es decir la evaluación de la magnitud de los efectos adversos con respecto a la de los beneficios, lo que define su aprobación y uso médico. Y más aún cuando hay pocas opciones o ninguna para tratar de mejorar una condición clínica dada. Esto último, es lo que se llama uso compasivo.²⁰

En el mismo sentido se advierte una importante incongruencia entre las pretendidas facultades de regulación sanitaria de los Estados Parte, dado que con idénticas razones sanitarias las regulaciones legales son significativamente contradictorias con el régimen de alcohol y tabaco, que por un interés comercial no cuentan con igual régimen de fiscalización y persecución penal.

Ni siquiera es congruente con el propio régimen de producción de cannabis cuando la finalidad es el desarrollo industrial, cuya desigualdad de trato se hace ostensible, como es el caso del programa de promoción del cáñamo industrial.

En efecto, esta última referencia parece no tener los mismos alcances e igualdad de trato, si se la compara con las acciones de un simple ciudadano como el Sr. Thörn. Tal es el caso de la empresa sueca Ekolution AB, que lleva adelante un centro logístico de alta tecnología en Estocolmo, equipado con paneles aislantes rellenos de fibra de cáñamo y que comprende una instalación de 80.000 metros cuadrados, con miras a abastecer al mercado de la construcción.²¹

20 Peyraube, R. y Bouso, J. C. (2015). *Marihuana como medicina. Usos médicos y terapéuticos del cannabis y los cannabinoides*. México: México Unido Contra la Delincuencia. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45684-marihuana-medicina-usos-medicos-y-terapeuticos-del-cannabis-y-cannabinoides>

21 Conf. Tedesco, L. (2023). Suecia: luz verde para el proyecto de construcción con cáñamo más grande del mundo. Recuperado de <https://elplanteo.com/construccion-canamo-suecia>

Traslados de personas detenidas. Sanciones disciplinarias

TEDH. *Case of Stanislav Lutsenko v. Ukraine (No. 2)*,
15 de septiembre de 2022

Por Gustavo L. Vitale¹ y María Luz Ángel Insaurrealde²

1. Introducción

Desde tiempos remotos, los límites a las penas y su importancia se extravían o diluyen en las unidades de detención, atento a las prácticas violentas que se aplican constantemente a los seres humanos que allí resultan alojados. El problema se agrava cuando, como en el caso de la República Argentina, la dimensión territorial es enorme (3.700 km de largo y 1.408 km de ancho máximo).

Nos referimos a las restricciones establecidas, entre otros, en los artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, en los tratados internacionales de derechos humanos y en la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

En tal sentido, debe recordarse que toda persona privada de su libertad tiene derecho: a) a que se respete su integridad personal; b) a que el cumplimiento de la pena privativa de la libertad tenga como finalidad la adquisición de capacidad de comprender y respetar la ley para su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad; c) a que se respete la legalidad que rige

1 Abogado (UNComa). Profesor titular de Derecho Penal (UNComa). Fue Defensor de Circunscripción del Poder Judicial de la Provincia de Neuquén, Defensor Público Interamericano. Actualmente es Miembro de la Comisión Asesora de Defensoras y Defensores Públicos Interamericanos.

2 Abogada (UNPAZ). Auxiliar en Criminalística y Criminología. Auxiliar docente de Derechos Humanos y Garantías y Taller de la Práctica Profesional Aplicada al Derecho Público (UNPAZ).

la ejecución de la pena carcelaria, y, en su virtud, a que esta última solo prive del derecho a la libertad ambulatoria y no de los derechos que no se encuentren afectados por la propia condena fundada en ley; d) a que las normas que regulan la ejecución sean aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia; e) a que sea tratada humanamente y con debido respecto a la dignidad inherente al ser humano, quedando prohibida la tortura y todo trato cruel, inhumano o degradante; f) a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar, debiendo el Estado brindar protección efectiva a su familia y a sus vínculos familiares; g) a ser asistido por un defensor técnico de su elección y a comunicarse libre y privadamente con él; h) a que el Estado le brinde una protección especial, por integrar un grupo humano especialmente vulnerable; i) a que la pena no trascienda su persona y no termine constituyendo una pena ilícita contra otros (como sus padres, parejas, hijos o allegados); j) a que se realice un efectivo control judicial de todas las cuestiones atinentes a la ejecución de la pena carcelaria; y k) al acceso a la justicia y a la protección judicial de sus derechos.

Cuando límites como los mencionados no son respetados en la etapa de ejecución de la pena se provoca un agravamiento ilegal (o también ilegítimo) de las condiciones de detención, que genera responsabilidad internacional del Estado. En esas hipótesis no solo se violentan las normas jurídicas nacionales (en especial las constitucionales), sino también las internacionales.

Ello ha ocurrido, entre otros, en el *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina* y en el *Caso López y otros Vs. Argentina*, así como en el fallo del TEDH que aquí se comenta.

2. Problemática central del *Caso López y otros vs. Argentina*³

En este caso se comprobó que, tanto en relación con los cuatro privados de libertad (Néstor Rolando López, Miguel Ángel González Mendoza, José Heriberto Muñoz Zabala y Hugo Alberto Blanco) como también para una gran cantidad de encarcelados de todo el país, se hicieron cumplir penas privativas de la libertad en establecimientos carcelarios ubicados en lugares lejanos de la residencia de sus familiares, jueces de ejecución de la pena y abogados defensores.

Se acreditó que las personas mencionadas fueron trasladadas a cumplir sus penas desde la cárcel ubicada en la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a unidades carcelarias ubicadas a 800 kilómetros de distancia (la Unidad 6 de la ciudad de Rawson, provincia de Chubut), a 1.200 km (el Complejo Penitenciario Federal 1 de Ezeiza o la Unidad 2 de Marcos Paz, ambas en la provincia de Buenos Aires), a 2.000 km (la Unidad Federal 7 de la ciudad de Resistencia, provincia de Chaco) o incluso a más de 2.000 km de distancia (la Cárcel de Río Gallegos, provincia de Santa Cruz).

3 Para un mayor detalle del caso, ver Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad Nacional del Comahue (1999). "Traslados ilegítimos de presos", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, (9), Serie de Publicaciones Especiales, 229-237 y Vitale, G. (2021), "Traslados ilegítimos de presos a lugares lejanos: un caso neuquino ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Apuntes sobre el modelo adversarial pionero en la Argentina del siglo XXI*, Neuquén: IUS Libros Jurídicos, pp. 471-488.

En la ciudad de Neuquén vivieron siempre sus familiares, entre los que se destacan sus hijos menores de edad, padres, madres, hermanos y parejas. Todos pertenecían a sectores sociales pobres, sin medios económicos suficientes para dejar sus actividades y afrontar los gastos de viajes y estadías que les demandaban los traslados ilegítimos acreditados en el caso.

Uno de los condenados perdió el vínculo afectivo con su hijo menor, que creció sin poder verlo por años y luego no aceptó reconectarse con su padre, fundamentalmente debido al sentimiento de abandono que la situación le provocó. Ese hijo fue, por supuesto, declarado víctima del caso por parte de la Corte IDH. No solo se consideró violado el derecho a la intrascendencia de la pena a terceros no condenados, sino, a su vez, los derechos del niño (sujeto, también, a protección especial).

Es digno de destacar que dos esposas cortaron la relación familiar con los maridos condenados a causa del deterioro del vínculo de pareja que se produjo por los traslados a lugares tan lejanos. También ellas fueron declaradas víctimas del caso. Esta es otra manifestación de menoscabo al derecho a la intrascendencia de la pena a terceras personas, además de la transgresión a la necesaria protección de los lazos familiares necesarios para lograr una mínima dosis de readaptación social.

Igualmente, en esa ciudad norpatagónica residieron, siempre, sus jueces de ejecución de la pena y sus defensores oficiales, los que, debido a la lejanía, no tenían posibilidades reales de cumplir eficazmente con sus funciones específicas. Se ha declarado, por ello, la violación al derecho a ser asistido por un defensor de su elección y a comunicarse privadamente con él, al derecho de acceso a la justicia y a la necesaria protección judicial de las personas privadas de libertad.

Por lo dicho, la Corte IDH declaró que el Estado era responsable por la violación de los artículos 5.1, 5.3, 5.6, 8.1, 8.2.d, 11.2, 17.1, 19 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1, 2 y 30 de dicho instrumento.

Como consecuencia de la declaración de responsabilidad internacional del Estado, la Corte le impuso la obligación de cumplir ciertas medidas de reparación del daño. La más importante apunta a evitar la repetición de las violaciones probadas. Para ello, el Estado deberá adoptar todas las medidas necesarias de orden legislativo, administrativo o judicial para reglamentar los traslados de personas privadas de libertad condenadas de acuerdo con la CADH y los estándares establecidos en la sentencia.

Desde el punto de vista legislativo, hace falta que el Estado modifique la Ley N° 24.660, estableciendo límites (procesales y sustanciales) a los traslados de personas privadas de libertad, entre los cuales ocupa un lugar central la prohibición de efectuar traslados a lugares lejanos que dificulten o imposibiliten en los hechos el mantenimiento de los vínculos de los presos con sus familiares, jueces y abogados defensores.

Hasta el mes de julio de 2023 la Argentina no ha cumplido con esta reparación. Solo dictó un decreto (“protocolo”) exclusivo para el ámbito federal (y no provincial), por el cual estableció ciertos límites procesales, pero permitiendo, e incluso reglamentando, los traslados a lugares lejanos (que fueron, precisamente, los que provocaron la condena internacional al Estado).

En el ámbito administrativo resulta indispensable establecer un plan de reubicación de los presos que actualmente cumplen sus penas en cárceles lejanas del lugar de residencia de sus familiares, jueces y defensores. La cantidad de presos trasladados a lugares lejanos, luego de la sentencia de la Corte IDH, no solo no disminuyó, sino que aumentó, como consecuencia de una práctica sistemática del Estado en violación de los derechos violentados en el presente caso.

3. Problemática general del Caso “Lutsenko”

El Sr. Stanislav Nikolayevich Lutsenko cumplía el séptimo año de su condena de trece años en la Unidad Correccional N° 32 de Makiyivka (Unidad 1), que se encontraba a 18 km de su domicilio y en donde trabajaba como jefe de cocina y continuaba sus estudios universitarios, manteniendo un buen comportamiento, bajo un régimen menos estricto de rehabilitación social (se le permitía salir temporalmente de la prisión y reunirse con su familia, guardar su dinero y utilizar ropa civil).

En diciembre de 2008, agentes penitenciarios lo llevaron a una comisaría en donde lo amenazaron, entre otras cosas, con hacer que sus condiciones de detención fueran intolerables, con el fin de que confesara un delito.

En enero de 2009 el director de la unidad correccional emitió una resolución en la que sustituyó el régimen de detención del solicitante por uno más estricto y ordenó su traslado, basándose en los artículos 100 y 101 del Código sobre la Ejecución de Sentencias.

Esta situación comenzó a agravarse y, en marzo de 2009, el solicitante fue maltratado físicamente por el servicio penitenciario para que se notifique de dicha resolución y preste su consentimiento a su contenido. A raíz de dicho accionar, el solicitante sufrió una fractura en la mano derecha, que el Estado expresó que “fue producto de una caída por las escaleras del penal”.

Ante esta situación, su representante legal solicitó la anulación de la decisión de traslado por efectuarse sobre la base de sanciones disciplinarias impuestas ilegalmente. A pesar del pedido, en mayo de 2009 el solicitante fue traslado y encarcelado durante nueve días en Donetsk Sizo, para luego ser trasladado al correccional N° 80 de Kryvyi Rig (Unidad 2), situado a unos 450 km de su domicilio, lugar en el que continuaban amonestándolo ilegalmente, impidiéndole tener contacto hasta con su representante.⁴

El representante interpuso un recurso ante el Tribunal Administrativo del Circuito de Dnipropetrovsk contra la administración de las prisiones, en el que afirmó que las amonestaciones resultaban ilegales, al igual que el impedimento de poder reunirse con su representado para asistirlo y, finalmente, exigió que el solicitante fuera traslado a la Unidad N° 1 por ser la más cercana a su domicilio.⁵

4 Conf. TEDH. *Case of Stanislav Lutsenko v. Ukraine (No. 2)*, Application no. 483/10, Court (Fifth Section), 15 September 2022, párrs. 15 y 20.

5 Id., nota 4, párr. 24.

A pesar de los esfuerzos de su representante, el solicitante fue trasladado en mayo de 2010 a la colonia correccional de Dzerzhynsk, en la región de Donetsk (Unidad N° 3), situada a unos 72 km de su domicilio y en marzo de 2011 a la colonia correccional de Drogobych, en la región N° 40 de Lviv (Unidad N° 4), ubicada a unos 1.390 km de su domicilio.⁶

En el año 2011 la administración de la Unidad N° 4 y el Comité Ejecutivo del Ayuntamiento de Drogobych remitieron la solicitud de liberación anticipada del solicitante al Tribunal de Drogobych. Allí, se reprochó la ilegalidad de las medidas que se le habían impuesto y se señaló que las represalias de las autoridades estaban relacionadas con la emisión de la sentencia del Tribunal a su favor y se afirmó que la administración de la prisión no había podido decidir si el solicitante podía haber sido puesto en libertad, debido a su reciente traslado a esa prisión y al breve período de su estancia en ella.

En mayo de 2011 el Tribunal de Drogobych concedió la libertad anticipada, expresando que el solicitante tenía un comportamiento ejemplar en su encarcelamiento y ordenó su inmediata liberación.⁷ Dicha decisión fue apelada por el fiscal y el Tribunal Regional de Apelación de Lviv la anuló y ordenó que se dictara un nuevo pronunciamiento.

En agosto de 2011 el Tribunal de Drogobych ordenó una vez más la liberación anticipada del demandante, después de haberse referido a los once elogios del solicitante emitidos por varias administraciones penitenciarias, su actitud positiva hacia el trabajo y los estudios y su participación en varios programas en prisiones anteriores y en la Unidad N° 4.⁸

Finalmente, el 6 de diciembre de 2011 fue puesto en libertad.⁹ No obstante, el caso fue remitido a otro tribunal para una nueva consideración, desconociéndose actualmente el resultado de dicho proceso.¹⁰

Los cuatro traslados a diferentes prisiones carecían de justificación jurídica. Su familia y su abogado no habían sido informados de los traslados y, cuando habían viajado desde otra ciudad para visitarlo, se les había negado la oportunidad de reunirse con él, debido a su colocación en una celda disciplinaria, a pesar de que esas medidas habían sido declaradas ilegales posteriormente por la fiscalía. Por último, los traslados obstaculizaron y retardaron la resolución de la solicitud de liberación anticipada durante un año y medio.

La jurisprudencia del TEDH establece que durante su encarcelamiento los presos siguen disfrutando de todos los derechos y libertades fundamentales, excepto el derecho a la libertad.¹¹ La detención, como cualquier otra medida que prive a una persona de su libertad, implica limitaciones inherentes a la vida privada y familiar. Si bien las autoridades gozan de discrecionalidad en asuntos relacionados

6 Id., nota 4, párrs. 21 y 22.

7 Id., nota 4, párr. 34.

8 Id., nota 4, párr. 38.

9 Id., nota 4, párr. 40.

10 Id., nota 4, párr. 43.

11 TEDH. *Case of Khoroshenko v. Russia*, Application no. 41418/04, Court (Grand Chamber), 30 June 2015, párrs. 116 y 117.

con la ejecución de sentencias, varios aspectos de la situación de los presos ponen en juego el necesario respeto a sus derechos, en virtud del artículo 8 del CEDH.¹²

Finalmente, toda injerencia en el derecho de una persona al respeto de su vida privada y familiar constituirá una violación del artículo 8, a menos que sea “conforme a la ley”, persiga uno o varios objetivos legítimos con arreglo al párrafo 2 y sea “necesaria en una sociedad democrática”, en el sentido de que sea proporcional a los objetivos que se pretenden alcanzar.¹³

El TEDH observa que las medidas impugnadas, entre las que se incluyen los traslados, afectaron de manera muy significativa su vida cotidiana en prisión, debido a que el solicitante ya no podía beneficiarse con la libertad provisional ni visitar a su familia, por lo que las medidas impugnadas constituyeron una injerencia en la vida privada del demandante, que implicó, entre otras cosas, la imposición de un régimen más estricto de detención y traslado a diferentes prisiones situadas en lugares remotos. Por lo tanto, su derecho al respeto de su vida privada y familiar estaba en cuestión y el artículo 8 es aplicable.

El Tribunal agregó que el solicitante se enfrentó a un cambio adverso en sus condiciones de detención cuando fue trasladado de una unidad con un régimen menos estricto a una más estricta.¹⁴

En relación con los traslados advirtió que las decisiones que los motivaron carecían de fundamento jurídico. Por eso, determinó que se ha violado el artículo 8 del CEDH.

4. Cuestión común a ambos casos: ilegitimidad de los traslados a lugares alejados

Lo trascendente de los fallos citados es su aspecto común: la caracterización de los traslados de personas privadas de libertad a lugares lejanos como una forma de trato cruel, inhumano o degradante, prohibido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

No se cuestionan los traslados en sí mismos, sino aquellos a lugares apartados que importan un trato inhumano, afectando derechos básicos del privado de libertad que no son parte integrante de la condena y, al mismo tiempo, derechos fundamentales de terceras personas no condenadas, como lo son sus familiares, sus jueces de ejecución y sus abogados defensores en la etapa de ejecución de sus penas.

El necesario mantenimiento de los vínculos afectivos con familiares y allegados son parte del derecho a que la pena privativa de la libertad persiga el fin de obtener la reintegración social y no sea, en cambio, un mero castigo o trato inhumano. Es que la protección de los lazos afectivos es necesaria para lograr que los reclusos crezcan como personas sanas y, en consecuencia, pueda pensarse que no volverán a delinquir.

12 TEDH. *Case of Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, Applications no. 11082/06 and 13772/05, Court (First Section), 25 July 2013, párrs. 835-838.

13 TEDH. *Case of Slivenko v. Latvia*, Application no. 48321/99, Court (Grand Chamber), 9 October 2003, párr. 99.

14 *Id.*, nota 4, párr. 59.

También es indispensable la tutela de la relación del privado de libertad con sus defensores técnicos, para que puedan ser asistidos –con una mínima eficacia– en las diversas cuestiones que se les presentan durante el cumplimiento de una pena tan deteriorante como la carcelaria. Del mismo modo, el derecho al efectivo control judicial en la etapa de ejecución de la pena es sumamente relevante para brindar a los privados de libertad de una protección real y efectiva de sus derechos, a través de su derecho al acceso a la justicia (o a la jurisdicción) como instrumento de reclamo de respeto a sus derechos humanos.

De allí que los traslados de presos a distintas cárceles deberán respetar una serie de derechos procesales, como la justificación, en resolución fundada y en cada caso concreto, de su conveniencia para cumplir con los derechos establecidos en la legislación nacional e internacional (por ejemplo, para permitir la visita de un familiar enfermo), la necesidad de contar con autorización judicial o la necesidad de notificar al privado de libertad, a sus familiares y a sus defensores de la decisión, con debida antelación, a fin de que pueda ser impugnada.

Asimismo, deben cumplir requisitos sustanciales básicos, como la prohibición de traslado a lugares lejanos que dificulten o imposibiliten el continuo y efectivo contacto con los familiares, jueces de ejecución y abogados defensores. Podrá admitirse que, por razones de organización que no afecten derechos del privado de libertad, se ordenen traslados a cárceles cercanas, pero nunca será legítimo trasladar presos a sitios lejanos que les produzcan enormes sufrimientos, al aislarlos de sus familiares, allegados, jueces y defensores.

Es de esperar que estos fallos ejemplares de ambos tribunales internacionales sirvan como instrumento de cambio y mejoramiento de la vida de las personas privadas de libertad y de sus familiares y allegados, como para predecir un futuro mejor a través del cumplimiento de los Estados de las decisiones de tales órganos.

El incumplimiento estatal que desgraciadamente se ha verificado hasta el presente, al menos en el caso de Argentina, hace correr el riesgo de desprestigio de la jurisdicción internacional, que emitiría sentencias para enriquecer la lista de precedentes, pero sin vocación real de producir los cambios sociales indispensables que está llamada a cumplir.

Discriminación interseccional. Discapacidad. Aborto. Consentimiento

TEDH. *Case of G.M. and others
vs. The Republic of Moldova*,
22 de noviembre de 2022¹

Por Facundo Capurro Robles²

1. Introducción

En el presente comentario realizaré una síntesis de los principales argumentos utilizados por el TEDH y luego unas consideraciones sobre dos temas que adquieren centralidad en el fallo: el reconocimiento de las prácticas involucradas como un supuesto de discriminación interseccional y los requerimientos que deben observarse para validar el consentimiento otorgado por mujeres con discapacidad intelectual, tomando en cuenta los cambios normativos en nuestro país y los recientes desarrollos de la Corte IDH. Al final, realizaré unas breves reflexiones.

2. Hechos del caso

En “G.M. y otras” se discute la responsabilidad internacional del Estado de Moldavia por la realización de intervenciones no consentidas de aborto e implantación de dispositivos de control de natalidad a tres mujeres con discapacidad intelectual institucionalizadas en un asilo psiquiátrico público.

1 Agradezco la colaboración de Lautaro Gabriel Silva y Micaela Alonzo Herrera y los valiosos comentarios de Florencia Molina Chávez.

2 Abogado (UBA). Magíster en Estudios Legales Internacionales (Washington Collage of Law- AU). Subsecretario letrado del Ministerio Público Fiscal. Jefe de Trabajos Prácticos (int.) de Derechos Humanos y Garantías (UBA) y docente del Doctorado en Salud Mental Comunitaria (UNLa).

El caso es analizado a la luz del artículo 3 del CEDH, que establece la prohibición de torturas y malos tratos.

Las señoras “G.M”, “T.M” y “M.P” (primera, segunda y tercera víctima respectivamente, de aquí en adelante) fueron recluidas en el asilo residencial neuropsiquiátrico Bălți en distintos períodos de tiempo. Durante su residencia fueron violadas en varias ocasiones por el médico jefe de una de las unidades, quien fue condenado por estos y otros hechos.³

En su denuncia alegaron haber sido sometidas a abortos forzados y que en dichos procedimientos les implantaron dispositivos anticonceptivos intrauterinos sin su consentimiento.⁴ Alegaron también que los remedios judiciales internos no resultaron efectivos para protegerlas de dichas prácticas.

El TEDH concluyó, respecto de las alegaciones de aborto forzado, que el Estado violó sus obligaciones procedimentales y sustanciales en virtud del artículo 3 del CEDH en contra de las tres víctimas. Respecto de las alegaciones de contracepción forzada, consideró que el Estado incumplió sus obligaciones de llevar adelante una investigación efectiva en virtud del artículo 3 respecto de las tres víctimas, pero desoyó las obligaciones sustanciales contenidas en dicha norma únicamente respecto de la primera víctima. Finalmente, dispuso una reparación pecuniaria para las víctimas.⁵

3. Los fundamentos de la sentencia

En forma preliminar, el TEDH delimitó el marco normativo universal y regional en materia de protección contra el aborto y la esterilización forzada en contra de mujeres con discapacidad institucionalizadas. Haciéndose eco de los pronunciamientos de distintos órganos de protección y agencias del sistema universal y regional, señaló que dichas intervenciones médicas son abordadas como formas de violencia y abusos que constituyen trato inhumano o degradante y, en ocasiones, puede constituir

3 A lo largo del proceso se informa que el director, F.S., fue condenado por violar a un total de dieciséis residentes mujeres en el psiquiátrico de Bălți, incluyendo a las tres solicitantes. Conf. TEDH. *Case of G.M. and others v. The Republic of Moldova*, Application N° 44394/15, Court (Second Section), 22 November 2022, párr. 36.

4 La primera víctima alegó haber sido forzada a abortar en diciembre de 2003 y haber tomado conocimiento de la implantación de un método anticonceptivo en abril de 2014. La segunda víctima alegó haber sido forzada a un aborto en noviembre de 2007 y que en 2014 le fue extraído un dispositivo de contracepción. La tercera víctima alegó haber sido víctima de aborto en 1998 y no especificó en qué momento le fue implantado un dispositivo de contracepción.

5 *Id.*, nota 3, párrs. 151-156 y parte dispositiva.

tortura.⁶ También destacó que algunas de estas agencias ya habían alertado sobre la persistencia de dichas prácticas en Moldavia.⁷

A luz de su jurisprudencia previa, el TEDH consideró que las intervenciones médicas forzadas, en general, pueden constituir malos tratos lesivos de la integridad personal,⁸ para cuya determinación deben analizarse la totalidad de las circunstancias involucradas.⁹ En este caso, la posición de inferioridad y la asimetría de poder debido a la institucionalización de las víctimas, el hecho de que se tratara de mujeres con discapacidad y la caracterización de las prácticas como formas graves de violencia de género resultan factores claves para esta determinación.¹⁰ El Tribunal también tomó en cuenta que las prácticas de aborto y contracepción forzadas deben analizarse conjuntamente, dado que pueden revelar un patrón sistemático de denegación de la capacidad de decidir sobre los derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad intelectual institucionalizadas.¹¹

En lo medular, el Tribunal efectuó un examen separado de las obligaciones negativas, positivas, sustanciales y procedimentales emanadas del artículo 3 del CEDH.¹² En ese marco, y teniendo en cuenta que existe controversia entre las partes sobre aspectos fácticos centrales en el caso, analizó, en primer término, si Moldavia había cumplido con su obligación de llevar adelante una investigación adecuada ante las alegaciones de malos tratos.¹³

-
- 6 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2017). Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, CEDAW/C/GC/35; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016). Observación General N° 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, CRPD/C/GC/3, y Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (CETS 164), conocido como el “Convenio de Oviedo”, 4 de abril de 1997 (en vigor para la República de Moldavia el 1 de marzo de 2003). En este Convenio se especifica que si una persona capaz de consentir –es decir que no posee restricción a su capacidad jurídica– se niega a una intervención no destinada a tratar su trastorno mental, su oposición debe respetarse del mismo modo que la de otros pacientes capaces de consentir. A su vez, se debe tomar en cuenta que el 11 de diciembre de 2013 el Parlamento Europeo aprobó la “Resolución sobre las mujeres con discapacidad” (2013/2065[INI]) –con texto propuesto de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género–, que estableció en su punto 24 que “la esterilización forzada y el aborto obligado son formas de violencia contra las mujeres y constituyen formas de trato inhumano o degradante que los Estados miembros deben erradicar y condenar con firmeza”. Recuperado de https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0579_ES.html.
- 7 AG (2017), Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas, La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad, A/72/133; Consejo DH (2014). Informe de la Relatora Especial sobre Pobreza y Derechos Humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, A/HRC/26/28/Add.2; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2017). Observaciones Finales sobre Moldavia, CRPD/C/MDA/CO/1; y ONU (2014). Eliminando esterilización coercitiva, forzada o involuntaria.
- 8 Ello, pese a que las víctimas invocaron una violación a su derecho a la vida privada y familiar, contenido en artículo 8 del CEDH.
- 9 *Id.*, nota 3, párr. 86.
- 10 *Id.*, nota 3, párrs. 87-89.
- 11 *Id.*, nota 3, párr. 90.
- 12 *Id.*, nota 3, párrs. 93 y 94. El TEDH distingue entre aquellas obligaciones que imponen un deber primario de abstenerse de infligir un daño serio a las personas bajo su jurisdicción (negativas); las que establecen mandatos de acción, como la expedición de un marco regulatorio de protección y la adopción de medidas operativas para proteger a personas que se encuentran en riesgo de sufrir un trato prohibido (positivas sustantivas); y llevar adelante una investigación efectiva frente a esos tratos (positiva procedimental).
- 13 *Id.*, nota 3, párrs. 96 y 97. Las partes diferían respecto del otorgamiento del consentimiento informado para la interrupción de los embarazos de la primera y segunda víctima; sobre si el aborto efectivamente tuvo lugar en el caso de la tercera víctima; y sobre la implantación de medidas de control de natalidad en los tres casos.

3.1. Deber de conducir una investigación efectiva

En primer lugar, no pasa desapercibido para el TEDH que el fiscal que investigó las denuncias de las víctimas rechazó abrir un legajo criminal en cuatro ocasiones. Dicha investigación preliminar concluyó que, a pesar de que la legislación interna no requería el consentimiento informado para llevar a cabo los abortos,¹⁴ la primera y segunda víctima habían consentido las prácticas, y el resto de las alegaciones resultaban carentes de fundamentos.¹⁵

Además, consideró que la investigación interna se centró esencialmente en los registros de las historias clínicas, sin examinar las circunstancias en que la primera y segunda víctima habrían prestado su consentimiento, aun cuando existían dudas, en un caso sobre si la víctima hubiese efectivamente otorgado su consentimiento, y en el otro, sobre si dicho consentimiento pudiese tenerse por acreditado con un simple formulario manuscrito con la firma “M”.

Adicionalmente, tuvo en cuenta que no se adoptaron medidas tendientes a dilucidar si las víctimas se encontraban en posición de manifestar su voluntad o requerían apoyos en función de su discapacidad intelectual, ni se entrevistaron con los residentes del asilo para formarse un juicio sobre los hechos controvertidos. En definitiva, las autoridades no tomaron en cuenta la vulnerabilidad de las víctimas, los aspectos vinculados de género y la discapacidad de las denuncias, como así tampoco adoptaron medidas razonables para esclarecer los hechos, a pesar de los sucesivos recursos que obligaron al fiscal a expedirse en cuatro ocasiones.¹⁶ De este modo, el Estado incumplió su deber de llevar adelante una investigación efectiva.

3.2. Deber de adoptar un marco legislativo y regulatorio apropiado

En segundo término, el TEDH se abocó al análisis de la obligación sustancial de establecer un marco legal de protección a las mujeres con discapacidad intelectual frente a intervenciones médicas forzadas como el aborto y la esterilización.

Teniendo en cuenta que existe un deber reforzado de protección respecto de este grupo, el TEDH señaló que, al momento de los hechos, existían dudas sobre si la legislación interna exigía el consentimiento de las víctimas para las intervenciones médicas en cuestión y, en caso afirmativo, si se presumía y, en caso contrario, si habían otorgado su consentimiento en forma libre e informada.¹⁷

14 Las autoridades internas entendían que la ley vigente solo exigía que un comité médico verificara la existencia de una causal de contraindicación para el embarazo –en este caso la discapacidad intelectual de las víctimas– para suplir el consentimiento informado.

15 *Id.*, nota 3, párrs. 99-101.

16 *Id.*, nota 3, párrs. 102-109.

17 *Id.*, nota 3, párrs. 111-113. El marco normativo estaba configurado por las Leyes N° 1402, N° 185 y N° 263, y la Orden N° 152 de 1994 del Ministerio de Salud, por la cual se aprobaron las instrucciones para la terminación del embarazo por razones médicas. De acuerdo con estas normas, la discapacidad intelectual era una de las causales (o “enfermedades”) por las cuales el embarazo estaba contraindicado, siempre que dicha causal fuera verificada por un comité médico, y en función de lo cual los directores de los establecimientos debían proveer métodos de anticoncepción. Dichas normas no establecían previsiones sobre el consentimiento informado. Recién en el año 2020 el Ministerio de Salud actualizó las indicaciones bajo la Orden N° 766, que

Las autoridades nacionales que llevaron adelante la investigación y los profesionales sanitarios intervinientes consideraban que para el año 2006 el derecho interno no exigía el consentimiento para las cuestionadas intervenciones médicas. Sin embargo, en su respuesta, el Estado argumentó que el derecho interno exigía el consentimiento verbal y no el consentimiento previo escrito.

Según el TEDH, la ley moldava establecía un sistema de “consentimiento presunto” para todas las intervenciones médicas que no supongan riesgos importantes para el paciente o que no puedan vulnerar su intimidad y, en cualquier caso, el consentimiento presunto debía ser confirmado por escrito por el médico en la historia clínica del paciente.

Asimismo, consideró que, hasta julio de 2007, la ley exigía el consentimiento por escrito para una amplia lista de intervenciones médicas y había disposiciones legales expresas relativas a la libertad de decidir sobre el ejercicio de la maternidad y los derechos reproductivos, como así también la prohibición de limitar cualquier derecho exclusivamente sobre la base de un padecimiento mental.

Por otro lado, existían instrucciones emitidas por el Ministerio de Salud en 1994 que autorizaban la interrupción de los embarazos contraindicados —como aquellos cursados por mujeres con discapacidad intelectual—, pero no contenían provisiones respecto del consentimiento de la paciente, a diferencia de su versión actualizada de 2020. Ni las autoridades internas ni el gobierno argumentaron que las intervenciones en cuestión se llevaron a cabo para salvar la vida de los demandantes.¹⁸

Frente a esa incertidumbre y dispersión normativa, el TEDH concluyó que, de todas formas, el consentimiento de las víctimas para las prácticas en cuestión era exigido por la ley, y que dicho acto debía ser confirmado ya sea por el médico, por escrito y asentado en la historia clínica, o por escrito por el paciente. Entonces, existía al momento de los hechos una obligación estatal de asegurar las condiciones materiales para cumplir con dichas disposiciones.¹⁹

En este punto, el TEDH realizó importantes precisiones sobre el contenido del consentimiento otorgado por personas con discapacidad intelectual. En primer lugar, señaló que, si las normas internacionales no establecen una formalidad particular, debe cumplirse con la dispuesta por la ley interna. Luego tomó en cuenta que, en el ámbito europeo, el “Convenio de Oviedo”²⁰ establece la necesidad de contar con información accesible, como así también el derecho a oponerse a un tratamiento cuando el paciente posee capacidad para expresar su consentimiento. En dicho instrumento no se incluyeron excepciones que comprendan la situación de las víctimas.

establece un sistema de plazos para la interrupción y aclara que la discapacidad intelectual podía ser considerada una causal de interrupción siempre que ello conlleve un riesgo para la salud o la vida de la paciente o un riesgo de malformación incurable o severa en el feto. La norma establecía que el consentimiento del paciente o su representante legal era obligatorio. A su vez, la Orden N° 300 del 2007 del Ministerio de Salud aprobó la lista de intervenciones que requieren el consentimiento por escrito del paciente, entre las que se encuentran, entre otras, las intervenciones quirúrgicas. *Id.*, nota 3, párrs. 39-44.

18 *Id.*, nota 3, párrs. 114-116.

19 *Id.*, nota 3, párrs. 117-118.

20 Conf. Convenio de Oviedo, nota 6.

A su vez, recordó que en el ámbito de la ONU²¹ se propugnó por el establecimiento de sistemas de apoyo en la toma de decisiones, libre de conflictos de intereses e influencias indebidas, incluyendo la provisión de información fácilmente accesible, para asegurar el ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad intelectual que son sujetas a intervenciones de aborto y esterilización.

El Tribunal consideró otros factores. Por un lado, que las denuncias de las víctimas no resultaban aisladas y, por el otro, que las condiciones para el otorgamiento del consentimiento de una persona con discapacidad intelectual resultaban tan imprecisas que los propios profesionales carecían de certeza sobre el modo de proceder. En el caso de Moldavia, ello resultaba especialmente grave, ya que había señalamientos de los organismos internacionales sobre la existencia de estereotipos en contra del derecho de procrear de las personas con discapacidad y, ante tales alertas, el Estado debía asegurar con mayor énfasis que la mujer sea oída en persona y que su deseo sea considerado.²²

A su vez, el TEDH verificó que, sumado al corte paternalista verificado en las instrucciones ministeriales y en las prácticas profesionales, no existían en Moldavia disposiciones legales y salvaguardias diseñadas para brindar apoyo en la toma de decisiones e información accesible para aquellas personas con discapacidad intelectual que no poseen alguna restricción a su capacidad jurídica y fueran a ser objeto de dichas intervenciones. De este modo, identificó, dentro de este grupo en situación de vulnerabilidad, un núcleo especialmente crítico para el ejercicio de la autonomía. A tal punto se revela la actitud paternalista respecto de este grupo que los profesionales de la salud normalizaban la falta de consentimiento como un hecho habitual.

El TEDH concluyó entonces en que el marco regulatorio del Estado no otorgó salvaguardias efectivas, como la obligación de brindar un consentimiento previo, libre y válido, cuando las intervenciones cuestionadas se realizaran en personas con discapacidad intelectual. Tampoco que existían figuras penales que pudieran disuadir de la realización de estas intervenciones; todo lo cual constituyó una violación de la obligación de brindar protección efectiva contra tratos lesivos de la integridad personal de las víctimas.²³

3.3. Deber de adoptar medidas para proteger la integridad física

En último término, el TEDH analizó si el Estado cumplió con su obligación de proteger la integridad física de las víctimas. Debe destacarse que tanto el asilo como el hospital donde se realizaron las intervenciones pertenecen al sistema público. Respecto de este punto, el Tribunal analizó separadamente las alegaciones sobre interrupción forzada del embarazo y aquellas ligadas a la implantación de dispositivos de control de natalidad.

21 Conf. ONU, nota 7.

22 *Id.*, nota 3, párrs. 118-122.

23 *Id.*, nota 3, párrs. 124-128.

Con relación a la interrupción forzada, reiteró que no existía ninguna evidencia de que la primera víctima hubiese otorgado su consentimiento para dichas prácticas. En cuanto a la segunda víctima, las autoridades nacionales no pudieron concluir que efectivamente hubiese firmado el correspondiente formulario de consentimiento. La deficiencia en la prueba aportada (v. gr. nota manuscrita con la letra “M”) y la ausencia de salvaguardias legales adecuadas a su situación de vulnerabilidad impiden tener por acreditado un consentimiento válidamente expresado para la interrupción de su embarazo. A pesar de su discapacidad no pesaba sobre la víctima ninguna restricción a su capacidad jurídica. Entonces, el Tribunal sostuvo que, en ambos casos, puede concluirse que el personal médico se condujo –al menos– con una grave indiferencia respecto de su autonomía y su derecho a tomar decisiones.²⁴

Respecto de la tercera víctima, el abordaje fue diferente. La falta de elementos para determinar si la interrupción efectivamente ocurrió (dada la ausencia de registros en la historia clínica) dificulta el análisis. El Tribunal atribuyó estas falencias a la pesquisa efectuada por las autoridades.

En efecto, a pesar de los deberes de custodia –que conllevan una fuerte presunción en favor de las alegaciones de las víctimas–, las autoridades no investigaron en profundidad. De este modo, se invierte la carga de la prueba y es el Estado quien debe aportar elementos para desvirtuar la versión de la víctima. Según el TEDH, había testigos que podían contribuir a formarse un juicio sobre la versión de la víctima, en especial sobre la habitualidad de las prácticas denunciadas en el asilo y si la víctima efectivamente estuvo embarazada. Así, y a partir de inferencias, al no haber aportado el Estado elementos convincentes en apoyo de una explicación diferente, concluyó que también se incumplieron las obligaciones estatales respecto de la tercera víctima.²⁵

Con relación a las intervenciones de contracepción forzada, solo en el caso de la primera víctima el TEDH consideró probado –también por inferencias– que tales hechos ocurrieron. Aquí existen diferencias en la prueba aportada por cada una de las víctimas. La primera remitió una prueba de ultrasonido realizada luego de abandonar el asilo, donde se detectaba la presencia de un cuerpo extraño que los registros médicos sugerían se trataba de un dispositivo intrauterino que no pudo ser extraído. El Estado no controvertió que tal hallazgo obedeciera a hechos ocurridos una vez que hubiese abandonado la institución. Ello, sumado a la constatación de las prácticas existentes en el asilo en aquel momento, resultó suficiente para que se considerara probado que se trató de un dispositivo de control de natalidad intrauterino implantado mientras se encontraba bajo el control estatal.²⁶

Por el contrario, la segunda y tercera víctima no remitieron ninguna evidencia o detalles de sus alegaciones que pudiesen invertir la carga probatoria hacia el Estado, por lo que las pretensiones fueron desestimadas en este punto.²⁷

²⁴ *Id.*, nota 3, párrs. 129-134.

²⁵ *Id.*, nota 3, párrs. 135-141.

²⁶ *Id.*, nota 3, párrs. 142-147.

²⁷ *Id.*, nota 3, párrs. 148-150.

4. Discriminación interseccional y autonomía de la voluntad

La decisión del TEDH aborda cuestiones relevantes y actuales para nuestro ámbito nacional y regional.

Como marco, debe tenerse presente que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico en el año 2008 y adquirió jerarquía constitucional en el año 2014.²⁸ En dicho instrumento se plasma el denominado “modelo social de la discapacidad”, según el cual la discapacidad se origina en la interacción entre personas con una diversidad funcional y las barreras sociales que obstaculizan o restringen el ejercicio de sus derechos humanos en pie de igualdad con el resto de las personas.²⁹

Para la Convención, las obligaciones estatales deben dirigirse a dismantelar las diversas estructuras (jurídicas, sociales, actitudinales, institucionales o de otra índole) que impiden alcanzar la accesibilidad universal para este grupo.

La Corte IDH destacó que los postulados del “modelo social” constituyen el marco de referencia para interpretar el alcance de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito interamericano.³⁰

Entre los pilares de la Convención se encuentran la lucha contra los estereotipos y prejuicios en contra de las personas con discapacidad y el reconocimiento de su capacidad jurídica, elemento central para la toma de decisiones autónomas sobre todos los aspectos de su vida, que conlleva la obligación estatal de garantizar la provisión de apoyos para su ejercicio –artículos 8 y 12–. A su vez, reconoce la obligación de garantizar “ajustes razonables”, entendidos como aquellas modificaciones o adaptaciones adecuadas que, en un caso puntual, sean necesarios para el ejercicio de un derecho y no supongan una carga desproporcionada –artículo 2–.

En “G.M. y otras”, el TEDH calificó a las prácticas involucradas como formas de violencia y maltrato basadas en prejuicios y estereotipos vinculados a la supuesta falta de aptitud de las mujeres con discapacidad intelectual para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos y a la maternidad. A su vez, abordó estos prejuicios como una forma de discriminación singular que se origina en la intersección de dos motivos, el género y la discapacidad. En el caso, ello estaba estrechamente ligado con las aún muy arraigadas prácticas tutelares que pesan sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de este grupo.³¹ Esto último se materializa en regulaciones insuficientes sobre las manifestaciones válidas del consentimiento

28 Leyes N° 26378 y N° 27044.

29 Conf. artículo 1 de la Convención y Palacios, A. (2008). *El modelo social de la Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 314-330). Madrid: CERMI-CINCA.

30 Conf. 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, párrs. 133-135.

31 Según el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “[a] las mujeres con discapacidad, con mayor frecuencia que a los hombres con discapacidad y que a las mujeres sin discapacidad, se les niega el derecho a la capacidad jurídica. Sus derechos a mantener el control de su salud reproductiva, en particular sobre la base de un consentimiento libre e informado, a fundar una familia, a elegir dónde y con quién vivir, a la integridad física y mental, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, son a menudo vulnerados mediante los sistemas patriarcales de sustitución en la adopción de decisiones”. *Id.*, nota 6, párr. 51.

para intervenciones como las cuestionadas, o directamente en prácticas sustitutivas de la voluntad por parte de operadores sanitarios, que privan a este grupo de contar con las mínimas garantías para que su voluntad se haga efectiva en condiciones de autonomía y respeto por sus derechos.

En nuestro país, hace pocos años la Ley N° 27655 modificó el marco legal para las intervenciones de contracepción quirúrgica. Si bien en “G.M. y otras” las víctimas alegaron la implantación de dispositivos intrauterinos y no la intervención conocida como “ligaduras de trompas”, no debe pasarse por alto que ambas prácticas suponen la imposición forzada de métodos de anticoncepción que encuentran su denominador común en los estereotipos y prejuicios que pesan sobre las mujeres con discapacidad.

El anterior régimen establecía el consentimiento informado como principio para la realización de estas intervenciones, excepto en el caso de personas con discapacidad declaradas incapaces, donde se suplía dicho consentimiento con la autorización judicial –conf. artículos 2 y 3 de la Ley N° 26.130–.

La nueva norma cambió el esquema de sustitución en la toma de decisiones de la anterior norma, receptando los principios plasmados en la Convención, el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley N° 26.657 de Salud Mental. A partir de esa modificación, toda persona con discapacidad –sin excepción– debe brindar su consentimiento informado en igualdad de condiciones, luego de haber recibido información objetiva, pertinente, precisa, confiable, accesible y actualizada, y –en caso de requerirlo– puede solicitar sistemas de apoyos y ajustes razonables para ejercer su derecho a tomar la decisión en forma autónoma.

Respecto del aborto, en el año 2021 se promulgó la Ley N° 27.610 y con el fin de garantizar este derecho el Ministerio de Salud de la Nación actualizó en el año 2022 el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo”.³²

La Ley N° 27.610 establece, como principio, el consentimiento informado para la realización de dichas prácticas –artículo 7–. Respecto de las personas con discapacidad, solo se exceptúa el consentimiento en caso de que se haya restringido tal acto por sentencia judicial expresa y, en ese caso, se deben incorporar salvaguardas para evitar abusos por parte de quienes actúan como apoyo –artículo 9–. La norma mantiene la decisión en el representante legal en caso de que la sentencia judicial restrinja ese derecho o la persona haya sido declarada incapaz (supuesto de *última ratio* previsto en el artículo 32 *in fine* del CCyCN).

Por su parte, el “Protocolo” establece que las personas con discapacidad poseen autonomía para adoptar decisiones propias “respecto al ejercicio de sus derechos reproductivos, las alternativas de tratamiento y su futura salud sexual y reproductiva”.³³ A su vez, aclara que la información brindada debe ser accesible y deben realizarse los ajustes razonables y/o facilitar el acceso a apoyos para quienes lo soliciten.³⁴

En sus últimas observaciones sobre Argentina, realizadas este año, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad destacó la modificación legislativa respecto de las esterilizaciones forzadas,

32 Ministerio de Salud (2022). Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo. Actualización 2022. Recuperado de <https://bancos.salud.gob.ar/>.

33 *Id.*, nota 32, p. 16.

34 *Id.*, nota 32, p. 19.

pero señaló la persistencia de estas prácticas en mujeres y niñas con discapacidad intelectual y psicosocial como uno de los aspectos de preocupación.³⁵ Por ello, recomendó al país llevar adelante las investigaciones administrativas y penales para esclarecer estos hechos y reparar a las víctimas. Con relación al aborto, instó la necesidad de revisar el artículo 9 de la Ley N° 27.160 a fin de asegurar que todas las mujeres puedan otorgar de manera autónoma su consentimiento previo e informado en condiciones de igualdad.³⁶

En el ámbito regional, en los últimos años la Corte UDH ha prestado especial atención a los requerimientos a observar al momento de otorgar el consentimiento para prácticas sanitarias.

En “I.V.” se discutió sobre el consentimiento para la realización de una intervención quirúrgica de “ligadura de trompas”. El Tribunal interamericano destacó la función preventiva e instrumental del otorgamiento del consentimiento, al sostener que “la garantía del libre consentimiento y el derecho a la autonomía en la elección de los métodos anticonceptivos permite impedir de manera eficaz, sobre todo para las mujeres, la práctica de las esterilizaciones involuntarias, no consentidas, coercitivas o forzadas”. Aclaró que la obtención de un “consentimiento informado” implica una decisión positiva de someterse a un acto médico, derivada de un proceso (no un único acto) de decisión o elección previo, libre e informado (elementos que se encuentran interrelacionados), que presupone la provisión de “información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida”.³⁷

Según la Corte IDH, no puede invocarse una excepción urgencia o emergencia de daño inminente para suplir el consentimiento para una ligadura de trompas.³⁸ Para que la información pueda ser cabalmente entendida, el personal de salud deberá tener en cuenta las particularidades y necesidades del paciente. Por último, para este tipo de prácticas el consentimiento debe ser otorgado por escrito.³⁹

Cuando el consentimiento es otorgado por una persona con discapacidad es necesario que se dispongan los apoyos y ajustes razonables para que pueda ser brindado en forma libre y plena, de conformidad con el artículo 12 de la Convención. Esto representa uno de los mayores obstáculos para concretar el derecho a la maternidad de las mujeres con discapacidad psicosocial en nuestro país, dada la falta de políticas públicas adecuadas para que se constituyan estos apoyos.⁴⁰

Si bien la Corte IDH no ha resuelto aún un caso similar al de “G.M. y otras”, en “Guachalá Chimbo” realizó importantes precisiones sobre las medidas positivas que deben adoptarse para garantizar el ejercicio del consentimiento para actos sanitarios de las personas con discapacidad psicosocial.

35 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2023). Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Argentina, CRPD/C/ARG/CO/2-3.

36 *Id.*, nota 35, párrs. 5.b y 35-36.

37 Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párrs. 165 y 166.

38 *Id.*, nota 37, párr. 177.

39 *Id.*, nota 37, párrs. 192 y 196.

40 Conf. Molina Chávez, M. F. y Robba, M. (2020). Maternidad y discapacidad psicosocial desde un enfoque feminista, interseccional y de derechos humanos. *Revista de Derecho de Familia*, 94, 49.

Basándose en los postulados del “modelo social de la discapacidad”, sostuvo que el consentimiento posee un estrecho vínculo con el ejercicio de la capacidad jurídica y, por lo tanto, el personal médico debe examinar al paciente y brindar el apoyo necesario para adoptar una decisión propia e informada.⁴¹

En referencia a la decisión de ingresar a una internación por salud mental y haciéndose eco de las decisiones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señaló que incluso en situaciones de crisis se debe prestar apoyo a las personas con discapacidad, proporcionándose información exacta y accesible sobre las opciones de servicios disponibles y ofreciéndose alternativas, y que “sólo en caso de ausencia de medidas de planeación anticipada” y después de realizar “un esfuerzo considerable” por obtener el consentimiento, cuando aún no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona es permisible la determinación de la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. De este modo, se excluyen determinaciones en función del “interés superior” o “mejor interés” de la persona con discapacidad⁴² o, como en el caso que nos ocupa, interpretaciones de corte paternalistas, tutelares o directamente violatorias de la autonomía personal, sobre leyes ambiguas.⁴³

5. Reflexiones finales

Se ha señalado que, con frecuencia, el punto de intersección entre feminismo y discapacidad ha sido invisible.⁴⁴

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce explícitamente la discriminación “múltiple” en el goce de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad en su Preámbulo y en los artículos 5, 6, 23 y 25 inc. a).

Sobre esa base, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha reconocido formas interseccionales de discriminación contra las mujeres con discapacidad en el campo de las intervenciones forzadas como las aquí tratadas.⁴⁵

41 Conf. Corte IDH. *Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423, párr. 121.

42 *Id.*, nota 41, párr. 134.

43 Conf. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, nota 6, párrs. 44 y 45 y Observación General N° 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC/6, párr. 30.

44 Conf. Palacios, A.; Fernández, S. e Iglesias, M.G. (2020). *Situaciones de discapacidad y derechos humanos* (p. 438). Buenos Aires: La Ley.

45 *Id.*, nota 6, párrs. 2, 4.c y 16. Según el Comité, mientras que la “discriminación múltiple” hace referencia a una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada, la “discriminación interseccional” hace referencia a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables. En este sentido, el concepto de discriminación interseccional reconoce que las personas no sufren discriminación como miembros de un grupo homogéneo, sino como individuos con identidades, condiciones y circunstancias vitales multidimensionales. Asimismo, agregó que todas las intervenciones médicas realizadas sin el consentimiento libre e informado, incluidos los relacionados con la anticoncepción y el aborto, son formas de violencia, explotación y abuso, pueden considerarse tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. *Id.*, nota 6, párr. 32 y nota 43, párr. 19, en el sentido de que la discriminación interseccional puede aparecer en forma de discriminación directa o indirecta, denegación de ajustes razonables o acoso.

En la línea trazada por el Comité, la decisión del TEDH resulta trascendente por tratarse de la primera oportunidad en que un tribunal internacional, en ejercicio de su función contenciosa, reconoce que el aborto y la imposición de medidas de control de natalidad forzadas en contra de mujeres con discapacidad intelectual institucionalizadas resultan una forma de violencia que impacta en forma diferencial e interseccional este grupo de personas.

Hay en la decisión diversos elementos que nutren esta mirada interseccional. Por un lado, la selección del marco normativo internacional utilizado. Pero, especialmente, el tratamiento de aspectos medulares como la calificación de dichas intervenciones como formas graves de violencia de género, el análisis conjunto de las alegaciones de aborto y contracepción como un patrón de denegación de la capacidad jurídica, la inversión de la carga de la prueba, el reconocimiento de hechos controvertidos a partir de inferencias basadas en patrones, la determinación de las salvaguardas adecuadas para el otorgamiento del consentimiento en condiciones de autonomía, entre otros.

Ello refleja un análisis que toma en cuenta la centralidad que adquiere el ejercicio de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad de conformidad con la Convención y la singularidad de la discriminación en contra de este grupo de mujeres, originada en la combinación del género y la discapacidad intelectual.⁴⁶

De este modo, la decisión del TEDH puede ser una valiosa guía que, en la línea del modelo social instaurado por la Convención, nutra la legislación y jurisprudencia nacional y regional en aquellos casos en que se discutan medidas de contracepción o intervenciones sanitarias como las aquí tratadas, constituyéndose en un elemento más que permita avanzar en la efectividad del derecho a la integridad personal, los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la maternidad en condiciones de igualdad y autonomía para un grupo históricamente sujeto a prácticas violatorias basadas en prejuicios y estereotipos.

46 *Id.*, nota 3, párrs. 87-90, 102-109 y 124-128.

Libertad de expresión. Libertad de asociación. Despido

TEDH. *Case of Godenau v. Germany*,
29 de noviembre de 2022

Por Adriana A. Micale¹

1. Introducción

Frente al ejercicio de realizar el análisis de un fallo judicial de cualquier tribunal, los parámetros que habitualmente se utilizan resuelven al jurista los caminos para determinar su juridicidad y el grado de satisfacción que conlleva, porque se ajusta a un encuadramiento normativo que es satisfactorio y a la posible identificación o existencia de lagunas o analogías admitidas.

Asimismo, cuando la base de su resolución se apoya en una dimensión social incuestionable para la mirada generalizada, aún con una crítica fundada, puede alcanzarse la resolución del conflicto con una claridad incuestionable.

Las variables de ejercicio interpelan la resolución adoptada por el judicante, teniendo en cuenta la intervención de acciones positivas si fuera el caso, los parámetros de encuadramiento normativo, el posicionamiento respecto de la resolución justa en el eventual reparto de potencias y, en definitiva, la visión empática con dicha decisión.

¹ Abogada (UB). Magíster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social y en Prevención y Protección de Riesgos Laborales (Universidad Alcalá de Henares). Magíster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social (Universidad Castilla La Mancha). Especialista en Políticas y Gestión de la Seguridad Social para América Latina (Universidad de Turín y OIT). Especialista en Derecho Constitucional Social (Universidad Castilla La Mancha). Profesora adjunta regular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social e investigadora (Facultad de Derecho, UBA). Profesora titular de Seguridad Social (Facultad de Ciencias Sociales, UBA).

El caso que aquí se comenta contiene un desafío que se presenta como dilemático teniendo en cuenta la equivalencia de los derechos humanos en pugna y que compromete.

Será clave, entonces, interpretar la extensión de las atribuciones que conlleva el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que comprende también a la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas y el derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de los intereses de las personas y la viabilidad de las eventuales restricciones previstas por la ley, en cuyo ejercicio llevó al Estado alemán a no dar continuidad laboral e incluir a la docente en una lista, aunque de acceso limitado, de personas no aconsejables para ser contratadas para la labor docente.

En la teoría de los derechos humanos laborales, siguiendo a Ferrajoli,² si queremos que los sujetos más débiles física, política, social, o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal. Queda planteada, entonces, la dificultad.

2. Hechos del caso

La demanda se refiere a la denegación de la solicitud de la Sra. Ingeborg Godenau de que se elimine su nombre e información sobre su persona de una lista interna de docentes considerados no aptos para ser reelegidos en un puesto docente en las escuelas públicas del Estado federado de Hesse, que había sido creada por las autoridades del distrito

La demandante fue incluida y denegada su exclusión de la misma debido a las declaraciones que en un ámbito extralaboral había realizado, así como su pertenencia y actividades políticas en nombre de partidos y organizaciones de derecha, en vista de lo cual las autoridades determinaron que existían dudas sobre su lealtad a la Constitución.

Entre 1993 y principios de 2006, la Sra. Godenau fue miembro del partido político Republicano (*Die Partei der Republikaner*), considerado de derecha. Participó del Consejo del Distrito de Schwalm-Eder (*Kreistag*) y se presentó a las elecciones tanto al Parlamento Federal (*Bundestag*), como al Parlamento del Estado federado de Hesse (*Landtag*) en nombre de ese partido.

En marzo de 2006 fue elegida para integrar el Consejo de Distrito en nombre de la Alianza Cívica Pro Schwalm-Eder (*Bürgerbündnis Pro-Schwalm Eder*) y ocupó ese cargo hasta su renuncia a fines de 2008.

Los tribunales internos establecieron que varios miembros del directorio de esa alianza en ese momento tenían vínculos con organizaciones de extrema derecha. Asimismo, en ese período la solicitante se expresó públicamente en mítines políticos, en conferencias y entrevistas.

2 Conf. Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (p. 362). Madrid: Trotta.

Si bien dicho partido estuvo bajo el escrutinio de las oficinas para la protección de la Constitución (*Verfassungsschutzämter*) en varios estados alemanes, no fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal en virtud del artículo 21, apartado 2 de la Ley Fundamental alemana, en casos anteriores.³

En cuanto a su empleo como maestra, la demandante se formó como profesora de escuelas secundarias inferiores, superando su primer y segundo examen estatal en 1978 y 1981. Ejerció como docente durante períodos limitados y a intervalos irregulares.

En el año académico 2004/2005 trabajó en una escuela secundaria pública en Eltville, en el Estado federado de Hesse, con un contrato de duración determinada. Recibió un informe de evaluación positivo para ese año académico y en el año académico 2005/2006 volvió a trabajar en la misma escuela con un contrato de duración determinada.

Sin embargo, por carta del 30 de marzo de 2006 las autoridades competentes rescindieron el contrato de trabajo de la demandante con efecto inmediato, citando dudas sobre su lealtad a la Constitución.

A principios de abril de 2006 el Ministerio de Cultura de Hesse notificó a todas las autoridades educativas públicas de Hesse que el contrato de trabajo de la demandante había sido rescindido debido a dudas significativas sobre su lealtad a la Constitución y pidió que se les notificara inmediatamente si solicitaba otro puesto.

La profesora impugnó la rescisión de su contrato de trabajo ante el Tribunal Laboral de Wiesbaden, concluyendo la acción con una solución amistosa el 19 de mayo de 2006, en la que acordó que su contrato de trabajo se extinguirá al vencimiento del plazo fijo especificado en el mismo, es decir, el 14 de julio de 2006, y que seguiría teniendo derecho a una remuneración hasta la fecha de terminación, pero que quedará liberada de sus funciones laborales.

La demandante, por el acuerdo, aceptó que una oferta de empleo emitida en febrero de 2006 se considerará nula y sin efecto. El Estado contra el que se interpuso la demanda se comprometió a suprimir del expediente personal de la docente cualquier mención al “despido”, acordándose como fecha de cese el 14 de julio de 2006. El informe se emitió el 17 de agosto de 2006 y se eliminó cualquier mención al despido de sus archivos personales.

Sin embargo, en un correo electrónico del 30 de mayo de 2006, el Ministerio de Cultura de Hesse pidió a la autoridad de educación pública de Darmstadt (*Schulamt*) que garantizara, a través de la oficina centralizada para la gestión del personal docente, que la solicitante no fuera incluida en ninguna lista de candidatos a potenciales profesores de escuelas públicas en Hesse.

A fines de 2008, el Ministerio de Cultura de Hesse, en cooperación con las autoridades descentralizadas de educación pública del lugar, decidió crear una lista que contenía información sobre los

³ Ver TEDH. *Otto v. Germany*, Application N° 27574/02, Court (Third Section), 24 November 2005, y *Erdel v. Germany*, Application N° 30067/04, Court (Fifth Section), 13 February 2007.

docentes que se consideraban inadecuados para ser reelegidos en un puesto docente en una escuela. El acceso a la lista estaba restringido solo a diez personas que trabajaban en la oficina centralizada para la gestión del personal docente en Hesse, así como a dos personas en cada una de las quince autoridades educativas públicas descentralizadas de Hesse.

En caso de que recibieran una solicitud de trabajo, autoridades educativas de otros Länder alemanes y las escuelas privadas de Hesse no tenían derecho a inspeccionar la lista y habría sido ilegal transmitirles cualquier información sobre su conformación.

Según la notificación del Ministerio de Cultura de Hesse, el hecho de que el nombre de un solicitante de empleo apareciera en la lista no eximía la necesidad de examinar su idoneidad en cada caso individual. Las autoridades de educación pública del estado local conservaron la discreción de tomar su propia decisión en cuanto a la idoneidad de un solicitante de empleo incluido en la lista.

La inclusión le fue notificada a la demandante en diciembre de 2009 y pocos días después solicitó que su nombre e información sobre ella fueran eliminados de la lista, pero las autoridades competentes rechazaron la solicitud de la demandante.

La trabajadora interpuso un recurso administrativo que el 24 de agosto de 2011 el Tribunal Administrativo de Darmstadt desestimó por infundado, al considerar que la demandante no tenía derecho a que se borrara su nombre de la lista.

Entendieron las autoridades, que la inclusión y retención en la lista, y el procesamiento de la información relacionada con ella, tenían una base legal en la sección 34 (1) de la Ley de Protección de Datos de Hesse en conjunto con las secciones 107 d) y g) de la Ley de Funcionarios Civiles de Hesse, que se aplican *mutatis mutandis* a los empleados del Estado que no sean funcionarios públicos.

Se entendió que con los hechos acreditados públicamente había pruebas suficientes, tanto en el momento de la inclusión en la lista como en el momento en que se dictó la sentencia del Tribunal Administrativo, de que la demandante no estaba comprometida con el orden constitucional democrático libre en todos los aspectos de su conducta, contrariamente a lo dispuesto por el convenio colectivo para el servicio público de Hesse.

El Tribunal Administrativo concluyó que la autoridad demandada había actuado dentro de su margen de apreciación cuando consideró que existían serias dudas sobre la lealtad de la demandante a la Constitución y que no era apta para trabajar como maestra en una escuela pública en Hesse, puesto que no se podía dar por sentado que mantendría en todo momento el libre orden constitucional democrático o que transmitiría los valores y principios básicos de la Constitución a sus alumnos de manera creíble, en tanto la pertenencia y el compromiso político con una organización hostil a la Constitución podría ser un factor relevante, incluso si la organización en cuestión no hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal en virtud del de la Ley Fundamental, como ya se ha señalado.

Agregó que había múltiples indicios de que no estaba comprometida con la protección, en particular, de la dignidad de los extranjeros y solicitantes de asilo que viven en Alemania.

Además, se tuvo en cuenta que su carta del 23 de enero de 2006 dirigida a la dirección del partido en Hesse en la que declaraba que dejaba de ser miembro, reforzaba estas dudas, pues su principal motivo para retirarse había sido que no compartía la preocupación expresada por la dirección del partido sobre la cooperación con miembros del Partido Nacional Democrático de Alemania (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*) que se habían presentado a las elecciones al Consejo de Distrito como parte de la Alianza Cívica Pro Schwalm-Eder.

En dicho escrito, la demandante había mostrado una actitud muy crítica con el Estado alemán, porque consideraba que “no había riesgo de que esa alianza aboliera el orden constitucional libre democrático, ya que dicho orden había dejado de existir hacía mucho tiempo” y que “haría todo lo posible por restablecer un orden libre”, omitiendo deliberadamente la palabra “democrático”.

Si bien ella podía oponerse legítimamente a la responsabilidad familiar con respecto a las opiniones políticas de su esposo, quien había sido descrito como un neonazi estadounidense que anteriormente pertenecía a una importante organización de extrema derecha en los Estados Unidos y había servido como Presidente del NPD desde 2010, la similitud de puntos de vista políticos era evidente por el hecho de que cuatro miembros de la familia, incluida la solicitante, se habían postulado como candidatos para las elecciones del Consejo de Distrito en nombre de la Alianza Cívica Pro Schwalm-Eder.

Por su parte, respecto de que la permanencia en la lista significaba para la demandante imposibilidad de ser contratada como maestra en una escuela pública en Hesse, el Tribunal Administrativo consideró que no constituía una interferencia injustificada con su libertad de profesión en virtud del artículo 12 de la Ley Fundamental, en vista de la importancia de proteger el orden constitucional y el riesgo de que un maestro que se opusiera a ese orden pudiera abusar de su función de educar a los niños que tiene encomendados, incluso si no hubiere habido reproches relacionados con el trabajo.

Cabe señalar que se invoca como respaldo a la decisión el límite territorial de incumbencia y su impacto restringido a las solicitudes laborales para escuelas públicas, ya que un puesto de profesora en escuelas privadas de Hesse o en escuelas de otros Länder alemanes eran posibles, ya que el acceso a la lista estaba limitado a las autoridades de Hesse y no podía transmitirse a otras por razones de protección de datos.

El 19 de octubre de 2012 la demandante interpuso un recurso de inconstitucionalidad, que el Tribunal Constitucional Federal decidió no admitir, por considerar sin motivación la presentación.

3. La sentencia del Tribunal

El TEDH consideró que la negativa a eliminar el nombre de la demandante de la lista interfirió con sus derechos en virtud del artículo 10.1 del CEDH. De ello se deduce que debía examinar si la injerencia estaba justificada de conformidad con el artículo 10.2, es decir, si estaba “prevista por la ley”, si perseguía uno o más de los fines legítimos establecidos en el articulado, y si era “necesario en una sociedad democrática” para lograr esos objetivos.

La inclusión y conservación del nombre de la solicitante en la lista se basó en el artículo 34, apartado 1, de la Ley de Protección de Datos de Hesse, en conjunción con la Ley de Funcionarios Públicos de Hesse y sirvió para informar las decisiones futuras de la autoridad educativa pública pertinente, en caso de que la solicitante solicitara un trabajo en una escuela pública.

La realización de controles sobre la idoneidad para el empleo en el servicio público se basó en la Ley Fundamental y en el Convenio Colectivo para el Servicio Público. Tomando nota de que, de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales nacionales, tal idoneidad implicaba un deber de lealtad a la Constitución y que el nombre de la demandante se mantuvo en la lista en cuestión, precisamente por dudas sobre su lealtad, y que había sido informada sin demora de su inclusión, el Tribunal concluye que la medida impugnada estaba prescrita por la ley.⁴

El TEDH ha reconocido en casos anteriores que el deber de lealtad a la Constitución impuesto a los funcionarios y empleados públicos bajo la ley alemana era una expresión de una “democracia capaz de defenderse a sí misma” y que las restricciones a la libertad de expresión de los docentes derivados de ese deber de lealtad perseguían fines legítimos en virtud del artículo 10 2 del CEDH, en particular, la prevención del desorden y la protección de los derechos de los demás.⁵

Este estándar se aplica a la inclusión y el mantenimiento de la demandante en la lista, que perseguía el propósito de servir como base para una decisión sobre sus posibles solicitudes de empleo en las escuelas públicas de Hesse.

En cuanto a si un profesor era funcionario según la legislación alemana, el Tribunal consideró que, al determinar si se ha alcanzado un justo equilibrio entre el derecho fundamental del individuo a la libertad de expresión y el objetivo legítimo de un Estado democrático, debe garantizarse que su función pública proyectó adecuadamente a los fines del Convenio.

Siempre que el derecho a la libertad de expresión de los funcionarios públicos estuviera en cuestión, los “deberes y responsabilidades” a que se refiere el CEDH adquieren un significado especial, lo que justificaba dejar a las autoridades nacionales un cierto margen de apreciación para determinar si la injerencia impugnada era proporcionada al objetivo anterior.⁶

En casos anteriores relativos a docentes, el TEDH no ahondó en la cuestión de la condición de funcionario o empleado público y, en cambio, se centró en su papel como docentes, siendo un símbolo de autoridad para sus alumnos en el campo de la educación, y reiteró que los deberes y responsabilidades particulares que les incumben también se aplican en cierta medida a sus actividades fuera de la escuela.⁷

El Tribunal no ve ninguna razón para apartarse de este enfoque en el presente caso y descarta como irrelevante la alegación de la demandante de que no era ni aspiraba a ser funcionaria en el sentido del

4 Conf. TEDH. *Case of Godenau v. Germany*, Application N° 80450/17, Court (Fourth Section), 29 November 2022.

5 *Id.*, nota 4, párr. 52.

6 *Id.*, nota 4, párr. 53.

7 Conf. TEDH. *Mahi v. Belgium*, Application N° 57462/19, Court (Third Section), 7 July 2020, párr. 32.

derecho interno. Toma nota del criterio adoptado por los tribunales internos, según el cual en lo que se refiere a los empleados públicos el elemento determinante del deber de lealtad a la Constitución y el grado de lealtad debido era el papel y la función ejercida por el individuo, y que los docentes debían un alto grado de esa lealtad, que equivalía o se acercaba a la de los funcionarios públicos. En este sentido, destaca la enorme importancia, desde una perspectiva de política pública, de enseñar y educar a los niños, de manera creíble, sobre la libertad, la democracia, los derechos humanos y el estado de derecho.⁸

Al igual que en “Vogt”, es indiscutible que el trabajo de la demandante como maestra ha sido totalmente satisfactorio y no había indicios de que hubiera tratado de aprovechar su posición para adoctrinar o ejercer una influencia indebida sobre los alumnos durante las clases. Sin embargo, mientras en “Vogt” no había pruebas de que el demandante hubiera hecho declaraciones que fueran hostiles a la Constitución o que hubiera adoptado personalmente esa postura, en el presente caso las autoridades nacionales no se basaron simplemente en la pertenencia activa de la demandante a los republicanos desde 1993 a 2006, sino en el hecho de que había formado parte del Consejo de Distrito y se había presentado como candidata en varias elecciones de ese partido. Más bien, se basaron en gran medida en las actividades y declaraciones adicionales de la demandante para concluir que había dudas sobre su lealtad a la Constitución.

Por último, aunque los tribunales internos desestimaron la solicitud de la demandante de eliminar su nombre de la lista, encontrando que seguía habiendo motivos para dudar de su lealtad a la Constitución y para mantener su nombre en la lista, la posibilidad de que la demandante solicitara tal supresión, en cualquier momento, y obtener una revisión judicial integral sobre la existencia, en el momento de la evaluación de los tribunales internos, de dudas sobre su lealtad política constituye una importante garantía procesal que es un factor a ser tenido en cuenta en la evaluación de la proporcionalidad.⁹

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el TEDH concluyó que las autoridades internas adujeron razones pertinentes y suficientes y no se extralimitaron en su margen de apreciación. Por lo tanto, la injerencia en la libertad de expresión del solicitante fue proporcional a los objetivos legítimos perseguidos y fue “necesaria en una sociedad democrática”.¹⁰

Por lo tanto, por unanimidad declaró que no hubo violación al CEDH.

4. Reflexiones finales

Tal como se ha dicho, la gran invención del siglo XX como reacción contra los absolutismos representa el cambio social y cultural del Iluminismo, y se expresa a través de la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos en 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,

⁸ *Id.*, nota 4, párr. 54.

⁹ Conf. TEDH. *Case of Baka v. Hungary*, Application N° 20261/12, Court (Grand Chamber), 23 June 2016, párr. 161.

¹⁰ *Id.*, nota 4, párr. 60.

que constituyeron el puntapié inicial para el cimiento de la igualdad y de la libertad humana como derechos universales.

Hubo un intervalo desde esa formulación,¹¹ incidido por las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial –dónde murieron promediadas estimaciones alrededor de sesenta millones de personas–, positivizándose luego los instrumentos de manera universal.¹²

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos Facultativos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se formó la Carta Internacional de Derechos Humanos, el plexo jurídico básico y universal del DIDH, donde se dejaron establecidos por primera vez en la historia de la humanidad los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar; los derechos políticos en igualdad de rango y exigibilidad con los derechos económicos, sociales y culturales y no subordinados a ellos.¹³

Existe una larga serie de tratados de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 que han conferido una base jurídica a los derechos humanos inherentes y han desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales tanto a nivel universal como regional, a los que se agregan las constituciones nacionales y las leyes que protegen formalmente los derechos humanos fundamentales.

Naciones Unidas afirma que los tratados internacionales y el derecho consuetudinario forman la columna vertebral del DIDH, conjuntamente con otros instrumentos, tales como las declaraciones, directrices y principios adoptados que contribuyen a la aplicación, su desarrollo y comprensión.

Si se considerara la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, cuyo punto 5 establece que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”, la comunidad internacional debería tratarlos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles el mismo peso.

Sin embargo, teniendo en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, cada Estado tiene el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo que no quita la observación que se adecua a las realidades propias.

No puede escapar al análisis la realidad que compromete la decisión del tribunal alemán, considerado el contexto histórico que le es propio, en el marco de la Segunda Guerra Mundial y la constitucionalización de las medidas de prevención y protección erigidas.

11 Conf. Hunt, L. (2010). *La invención de los derechos humanos* (p. 181). Buenos Aires: Tusquets.

12 Conf. Arese, C. (2022). *Derechos humanos laborales* (p. 22). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

13 Conf. Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta.

Cabe, por tanto, a pesar de las consecuencias de la indivisibilidad, inalienabilidad e interdependencia de los derechos humanos calificar su decisión como válida y no violatoria del principio de no discriminación, que se asume transversal en el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien se aplica a todas las personas en relación con todos los derechos humanos y sus libertades, teniendo en consideración la causa de la inclusión de la docente en la lista de consulta limitada, no existiría discriminación sobre la base de una lista no taxativa de categorías.

En Alemania, usar, producir, distribuir, importar, exportar o publicar símbolos nazis es un delito penal, que implica una pena de prisión efectiva de hasta 3 años o de 5 en casos graves, destacándose que la sanción no solo es política sino también social; ocurre lo mismo con el negacionismo, donde el delito de negacionismo tiene en Alemania una pena de hasta 5 años de prisión efectiva. La Corte Constitucional ha sido clara y tajante sobre el particular: la negación del Holocausto no queda comprendida en la libertad de expresión. Por eso, la negación de los crímenes nazis no es una opinión, sino un delito.

Tomado las expresiones que vertiera *Luther*,

negacionismo es un neologismo de difusión internacional, sin duda usado para describir un fenómeno cultural, político y jurídico que no es nuevo, y se manifiesta en comportamientos y discursos que tienen en común la negación, que aunque parcial de la realidad de los hechos históricos percibidos por la mayor parte de la gente como hechos de máxima injusticia y objeto de procesos de elaboración científica y/o judicial de las responsabilidades que se derivan de ellos.

[...]

desde el punto de vista del Derecho constitucional, negacionismo y antinegacionismo plantean no pocos problemas. Es necesario valorar su impacto sobre las garantías constitucionales de la dignidad humana, de la libertad de conciencia y de expresión, pero también sobre otras libertades culturales, en particular sobre la autonomía cultural de la investigación científica y sobre los derechos culturales de las personas y de las generaciones pasadas y futuras [...] quedando afectados también los principios fundamentales del constitucionalismo moderno, desde el Estado de derecho hasta la democracia, especialmente para quienes buscan instrumentos jurídicos idóneos para preservar el pluralismo democrático y la paz social.

[...]

Partiendo de la experiencia concreta del holocausto y de la Convención internacional para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, el antinegacionismo es, en consecuencia, la unión de las ideas y de las prácticas que niegan toda justificación moral del negacionismo y combaten cuanto menos la negación de un genocidio. El antinegacionismo jurídico pretende construir la represión penal de una acción política y administrativa eficaz de prevención.¹⁴

¹⁴ Recuperado de <http://www.ugr.es>

Los Derechos Humanos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes en virtud del Derecho Internacional de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra los individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos. El margen de discrecionalidad permite entender que la responsabilidad reforzada de una educadora ha estado como mínimo ausente, lo que justifica una decisión preventiva, teniendo en cuenta, además, que la medida adoptada por la administración y que la demandante cuestiona carece de permanencia pudiendo ser revisada si se modificaran las causas de su motivación.

Derecho a la salud. Personas privadas de la libertad. Discapacidad

TEDH. *Case of Machina v. The Republic of Moldova*, 17 de enero de 2023

Por Victoria Alcoba,¹ Andrea Basconi,² Catalina Carreira³ y Betina Forno⁴

.....

1. Introducción

En el presente artículo se analizará la sentencia del TEDH en el caso “Machina”, referido a una atención médica inadecuada en prisión para una persona con graves discapacidades motrices y una infección por virus de hepatitis C (en adelante “VHC”) que supuestamente contrajo en prisión.

Cabe señalar que abordaremos el caso desde una perspectiva sanitaria, verificando también la normativa de nuestro país sobre la temática.

La Sra. Machina realizó una presentación referida a las malas condiciones materiales de detención, la infección por VHC, la inadecuada atención médica en prisión y la falta de recursos efectivos para su reclamo (arts. 2, 3, 8 y 13 del CEDH).

1 Licenciada en Psicología (UBA). Trabaja en el campo penitenciario desde 2011. Fue integrante del Programa PRISMA del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Coordinó el Programa de Salud en Contextos de Encierro del Ministerio de Salud de la Nación y fue jefa de Gabinete de la Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios entre 2019 y 2023.

2 Magíster en Periodismo (Universidad de San Andrés). Coordina la comunicación del Instituto de Criminología del Servicio Penitenciario Federal. Docente en la Escuela Penitenciaria de la Nación.

3 Terapeuta ocupacional (UBA). Coordinadora del Programa de Salud en Contextos de Encierro del Ministerio de Salud de la Nación desde 2020.

4 Médica (UBA), especialista en Medicina General y Familiar y en Medicina Legal. Integró el Programa de Salud en Contextos de Encierro del Ministerio de Salud de la Nación desde 2013 hasta 2016.

2. Los hechos del caso

La Sra. Machina nació en el año 1985. Desde un traumatismo medular sufrido en 2003, padece una paraplejia espástica (debilidad muscular y rigidez que afecta a los miembros inferiores). Estuvo en prisión desde el 14 de febrero de 2011 hasta el 7 de julio de 2016 cumpliendo una pena de privación de libertad. Si bien cumplió la mayor parte de su condena en el Centro Penitenciario N° 13, fue trasladada en varias ocasiones al Hospital Penitenciario N° 16 para recibir atención hospitalaria.

La solicitante no fue sometida a ninguna prueba de detección de enfermedades transmisibles, como el VIH o el VHC, a su llegada a prisión, aunque en su historia clínica constaba su consumo de drogas en el pasado.

El 15 de febrero de 2012, un análisis de sangre realizado a petición de la solicitante para investigar la causa de un dolor en el costado derecho reveló que estaba infectada por el VHC. Se le diagnosticó infección crónica por VHC con “[nula] actividad viral”, que ella alega haber contraído durante una consulta odontológica el 13 de mayo de 2011.

Según su historia clínica penitenciaria, en varias ocasiones se le diagnosticaron infecciones respiratorias, dermatitis y otitis, y se le recetaron antibióticos, analgésicos y otros medicamentos, aunque existen pocos registros de la administración de esta medicación. Se le prescribía regularmente terapia de sustitución de drogas y a menudo acudía a consultas médicas por dolores en las piernas y la espalda relacionados con su paraplejia. En múltiples episodios se le prescribió tratamiento antiinflamatorio y analgésicos para los síntomas de su paraplejia. Por último, en el año 2013 fue examinada por un traumatólogo, que recomendó exámenes adicionales y cirugía en las piernas.

Con respecto a su diagnóstico de infección por VHC, la solicitante fue examinada en dos ocasiones por el médico de la prisión (en febrero y agosto de 2012) y se le prescribió una dieta especial, hepatoprotectores y antiespasmódicos. No hay constancia de la administración de esta medicación ni de ningún análisis de sangre para establecer la carga viral de la solicitante, así como tampoco de asistencia médica hospitalaria relacionada con el VHC.

La Sra. Machina denunció ante diversas autoridades en varias ocasiones que las condiciones materiales de detención no se adaptaban adecuadamente a su discapacidad física y que no estaba recibiendo la atención médica adecuada para su estado de salud.

A raíz de sus quejas, el Servicio de Prisiones (DIP) le informó en varias ocasiones, entre ellas el 24 de agosto de 2012 y el 13 de agosto de 2014, que había recibido asistencia médica calificada en la Prisión N° 13 y ocasionalmente en el Hospital Penitenciario de la Cárcel N° 16. Estas respuestas no hacían referencia a ninguna asistencia médica relacionada con el VHC.

El 11 de septiembre de 2011 la solicitante presentó una denuncia ante el Consejo de Igualdad (el organismo nacional para la igualdad de trato y la protección frente a la discriminación) por condiciones de detención y asistencia médica inadecuadas, que habían provocado su infección por el VHC y

que representaban un incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación de realizar ajustes razonables en vista de su discapacidad y, por tanto, constituían discriminación.

Solicitó que se reconociera que se habían vulnerado sus derechos y que se ordenara al DIP que mejorara las condiciones de su detención. El médico de la prisión afirmó ante el Consejo de Igualdad que la solicitante debía haber contraído el VHC de alguna otra forma distinta a los servicios dentales prestados en prisión, sin aportar más detalles. El 11 de diciembre de 2014, el Consejo de Igualdad aceptó en su totalidad las peticiones de la solicitante, pero el DIP no adoptó ninguna medida para cumplir dicha decisión.

En mayo de 2012 la solicitante denunció ante un juez de instrucción las condiciones en las que cumplía su pena privativa de libertad y, en particular, la inadecuada asistencia médica prestada en prisión y su infección por el VHC. En el transcurso del proceso, el médico de la prisión argumentó que la solicitante había contraído el VHC por contacto sexual antes de su encarcelamiento. Resulta llamativa esta intervención del médico, que parece basarse en un prejuicio personal más que en información obtenida por anamnesis. El 5 de abril de 2016 se suspendió el proceso a petición de la solicitante, sobre la base de que el Consejo de Igualdad ya había hecho una constatación pertinente.

El 2 de mayo de 2019 la solicitante presentó un nuevo reclamo relativo a las condiciones materiales de detención. Basándose en el artículo 3 del CEDH, denunció la inadecuación de las condiciones materiales y de la atención médica que había recibido durante su detención. Denunció que su infección por VHC había sido consecuencia de una negligencia médica en prisión y de las inadecuadas condiciones materiales de su detención y reclamó una indemnización.

3. La sentencia del TEDH

El proceso sigue pendiente de resolución ante la justicia moldava, por lo que el Gobierno alegó ante el TEDH que la solicitante no había agotado los recursos internos disponibles.

En ausencia de cualquier información sobre la existencia de recursos efectivos que debían ser agotados, y dado que la solicitante proporcionó algunas pruebas de que se había dirigido a las autoridades nacionales y había recibido respuestas negativas, el TEDH rechazó la objeción del Gobierno.

En cuanto a la atención odontológica, el Gobierno informó al Tribunal que, según el Servicio de Prisiones, la administración penitenciaria no había llevado registros del número de personas reclusas con VHC en el momento del encarcelamiento de la solicitante y que, para evitar la propagación de enfermedades transmisibles, la administración penitenciaria seguía un protocolo de esterilización del instrumental médico.

Además, alegó que la solicitante ya se encontraba en malas condiciones de salud cuando ingresó en prisión, que no había pruebas de que se hubiera infectado posteriormente con el VHC y que su adicción

a las drogas en el pasado la había puesto en un alto riesgo de contraer la enfermedad fuera de la prisión. Cuando ingresó en prisión, no era obligatorio someterse a pruebas de detección del VHC.

El Gobierno reconoció que la solicitante necesitaba asistencia médica para su infección por VHC, pero argumentó que le había proporcionado asistencia calificada y suficiente. Observamos en esta conducta vestigios del modelo paternalista del sistema sanitario, que suele culpabilizar al paciente. Esta problemática, que es frecuente en los sistemas de salud, se ve exacerbada en la relación del personal sanitario con los pacientes privados de la libertad.

El TEDH destacó que no se le realizó ningún análisis de sangre a la Sra. Machina para determinar si era portadora del virus VHC cuando ingresó en el centro penitenciario y que no existía ningún indicio de que hubiera padecido el VHC en ese entonces. Al respecto, hizo hincapié en que la principal responsabilidad de los funcionarios de prisiones a cargo de un centro de detención es garantizar condiciones de detención apropiadas, incluida una atención sanitaria adecuada para los reclusos. De ello se desprende que una denuncia de actuaciones negligentes por parte del personal médico de la prisión que tuvieran como consecuencia la transmisión de una infección potencialmente mortal pondría necesariamente en tela de juicio la forma en que la administración penitenciaria había desempeñado sus funciones y cumplido los requisitos legales internos.

El TEDH consideró pertinente recordar que las obligaciones impuestas a un Estado en materia de salud de las personas privadas de la libertad pueden variar en función de que la enfermedad contraída sea transmisible o no transmisible. La propagación de enfermedades transmisibles y, en particular, la tuberculosis, la hepatitis y el VIH/SIDA, debe ser una de las prioridades de la salud pública, especialmente en el medio penitenciario.

Para el Tribunal es deseable que, con su consentimiento, las personas privadas de la libertad se sometan a pruebas gratuitas de detección de enfermedades transmisibles en un plazo razonable tras su ingreso en prisión. Un retraso irrazonable en la detección del VHC es incompatible con la obligación general del Estado de adoptar medidas eficaces destinadas a prevenir la transmisión de dicho virus y otras enfermedades contagiosas en las prisiones.

Por otra parte, advirtió que las autoridades nacionales no habían llevado a cabo ninguna investigación interna, disciplinaria o penal para evaluar el riesgo de infección en prisión a través de las prestaciones odontológicas. El Tribunal consideró llamativo que la administración penitenciaria no llevara un registro de las personas privadas de la libertad infectadas con VHC ni realizara una simple revisión para investigar si otras personas privadas de la libertad que habían recibido servicios dentales en el mismo período de tiempo habían dado positivas en VHC.

Finalmente, entendió que, si bien de la prueba aportada no se podía concluir más allá de toda duda razonable que la solicitante contrajo el VHC después de su encarcelamiento, la dificultad para determinarlo deriva de la falta de pruebas de detección a su ingreso en prisión y de la posterior falta de investigación efectiva de sus quejas por parte de las autoridades.

El TEDH ha sostenido con frecuencia que la obligación de investigar, que emana de los artículos 1 y 3 del CEDH, no es una obligación de resultados, sino de medios. Esto significa que las autoridades nacionales no están obligadas a llegar a una conclusión que coincida con la versión de los hechos de la solicitante. Sin embargo, cualquier investigación llevada a cabo por las autoridades debe, en principio, poder conducir al establecimiento de los hechos del caso y a la posible identificación y castigo de los responsables. Así, una investigación sobre denuncias graves de trato contrario al artículo 3 del CEDH debe ser exhaustiva y las autoridades siempre deben hacer un intento serio de averiguar lo sucedido.

En este caso, la solicitante presentó denuncias ante las autoridades nacionales sobre su supuesta infección con el VHC durante su reclusión, pero en ninguna ocasión se intentó investigar su versión de los hechos.

Entendemos que no se trata al fin de cuándo la Sra. Machina contrajo la enfermedad, sino de las responsabilidades que el Estado, en particular el sistema de salud penitenciaria, tiene como garante del acceso al diagnóstico y tratamiento de las dolencias de las personas que tiene bajo su cuidado.

El TEDH reiteró que, en todos los casos en que no pueda establecer las circunstancias exactas de lo ocurrido en un caso por razones objetivamente imputables a las autoridades estatales, corresponde al Gobierno demandado explicar, de manera satisfactoria y convincente, la secuencia de los hechos y presentar pruebas sólidas capaces de refutar las acusaciones de la solicitante.

Por otra parte, cuando los hechos en cuestión son en su totalidad, o en gran parte, de conocimiento exclusivo de las autoridades, como en el caso de las personas bajo su supervisión en custodia, surgirán fuertes presunciones de hecho con respecto a las lesiones ocurridas durante dicha detención. La carga de la prueba recae entonces en el Gobierno.

A falta de tal explicación, el Tribunal puede extraer inferencias que pueden ser desfavorables para el Gobierno. Esto se justifica por el hecho de que las personas detenidas se encuentran en una posición vulnerable y las autoridades tienen el deber de protegerlas.

Por lo tanto, concluyó que las autoridades nacionales no hicieron ningún intento real de averiguar lo sucedido y que el retraso en la realización de un examen (un año después del encarcelamiento) socavó cualquier posibilidad de evaluar si la solicitante se infectó con el VHC después de su encarcelamiento. Por esta razón, el Tribunal no pudo determinar si la infección se había producido en prisión y, por lo tanto, concluyó que el hecho de que las autoridades penitenciarias pertinentes no llevaran a cabo una investigación y un análisis sin demora era incompatible con la obligación general del Estado demandado de adoptar medidas eficaces destinadas a prevenir la transmisión del VHC y otras enfermedades infecciosas en las prisiones.

Con respecto a la hepatitis C crónica, dado que se trata de una enfermedad que ataca principalmente al hígado y que, con el tiempo, puede provocar cirrosis hepática, cáncer de hígado y la muerte, era esencial que se evaluara el estado de salud de la solicitante con vistas a proporcionarle un tratamiento

adecuado. Dicha evaluación podría haberse realizado sobre la base de una biopsia hepática y de los análisis de sangre pertinentes para determinar el genotipo viral y la carga viral.

Si bien se le diagnosticó hepatitis C crónica en fase inactiva, no está claro cómo se estableció este diagnóstico teniendo en cuenta que no se llevó a cabo ninguna evaluación de la carga viral durante toda la duración de su detención. En este sentido, el TEDH consideró irrelevante la argumentación del Gobierno de que la solicitante había estado recibiendo tratamiento, ya que, como consecuencia de la falta de exámenes médicos adecuados, no se había establecido el daño exacto del VHC en su salud y, por lo tanto, no se le podría haber proporcionado una atención médica adecuada. No hay pruebas de que la solicitante haya sido examinada alguna vez por un médico especialista o de que la medicación prescrita contra el VHC se haya administrado realmente.

Por lo expuesto, el TEDH concluyó que hubo una violación del artículo 3 del CEDH debido a la falta de atención adecuada a la solicitante durante su detención en prisión y a la falta de prevención de la transmisión del VHC en prisión.

Finalmente, la Sra. Machina denunció que no había dispuesto de un recurso efectivo para sus quejas relativas a la falta de atención médica durante su detención y a la infección por el VHC en prisión, en violación del artículo 13 del Convenio.

En vista de la constatación de la violación del artículo 3 del tratado, el Tribunal concluyó que la solicitante debería haber dispuesto de un recurso efectivo con respecto a esta denuncia, señalando que se han encontrado violaciones similares en el pasado y que el Gobierno no presentó ninguna razón por la que el Tribunal debiera llegar a una conclusión diferente en el presente caso.

Finalmente, otorgó a la solicitante una compensación económica en concepto de daños inmateriales, costas y gastos incurridos en el procedimiento ante el Tribunal.

4. El derecho a la salud de las personas privadas de la libertad

Las personas privadas de la libertad conservan todos los derechos no afectados por la condena, en particular, el derecho a la salud. Este precepto se encuentra contemplado en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos.

El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, en particular, del derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad y a no ser sometido a torturas.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpreta el derecho a la salud como un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

En particular, los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidas las privadas de la libertad, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado, y de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer.

En el mismo sentido, la Organización Mundial de la Salud ha definido a la salud como el “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Esta perspectiva integral se fundamenta en una concepción de salud como proceso dinámico, que entiende al individuo en un contexto social y privilegia la idea de preservación de la salud por sobre la de curación. Se basa en los ideales de la salud colectiva, con enfoque de derechos y perspectiva de género. Concebir a la salud como derecho impone garantizar la respuesta organizada del sistema de salud a las necesidades de las personas en forma efectiva y oportuna.

Por su parte, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU (Reglas Mandela) cuentan con un apartado sobre servicios de salud, que establece que la prestación de servicios médicos a las personas privadas de la libertad es responsabilidad de los Estados; que se brindará acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica; y que se deberá proveer un servicio de atención sanitaria encargado de evaluar, promover, proteger y mejorar la salud física y mental de las personas privadas de la libertad, en particular de los que tengan necesidades sanitarias especiales o problemas de salud.

En la Argentina, el Estado se ha obligado a garantizar el derecho a la salud, tal como surge de nuestra Constitución Nacional y de diversos tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros).

Por su parte, la Ley de Ejecución Penal N° 24660 dispone en su artículo 2 que a las personas privadas de la libertad se les deben respetar todos los derechos que no les fueran restringidos por la condena o la ley. En el artículo 58 establece que el régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello, se implementarán medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud y se atenderán especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos. Además, el artículo 143 consagra que el detenido tiene derecho a la salud, debiendo el Estado brindar oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescriptos. Los estudios diagnósticos, tratamientos y medicamentos indicados le serán suministrados sin cargo.

5. El acceso a los servicios de salud de las personas privadas de la libertad

Las personas privadas de la libertad presentan más riesgo de contraer enfermedades que la población general. Se ha planteado que los factores de riesgo se ven incrementados por las condiciones del con-

texto de encierro y que la situación epidemiológica muestra indicadores de enfermedad que superan los observados en la población general.⁵

La necesidad de desarrollar estrategias particulares para la prevención de enfermedades infectocontagiosas en contextos de encierro ha quedado de resalto durante la pandemia de COVID 19.⁶ Lo transitado permitió visibilizar la importancia de planificar estrategias sanitarias desde una perspectiva epidemiológica partiendo de los establecimientos penitenciarios como territorio.

Por otra parte, en los establecimientos penitenciarios el acceso de las personas privadas de la libertad a los servicios de salud se ve obstaculizado por múltiples barreras relacionadas a los dispositivos de seguridad y múltiples dificultades en la articulación con efectores extramuros, entre otras, por lo que resulta necesaria la implementación de medidas específicas que mejoren el acceso.

En este punto, resulta relevante describir las políticas públicas que el Estado argentino, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Salud de la Nación viene desarrollando dentro de las unidades penitenciarias.

En el año 2012 se creó el Programa de Salud en Contextos de Encierro (PSCE) en la cartera sanitaria con el objetivo de mejorar la calidad en el acceso a la salud de las personas privadas de la libertad mediante el fortalecimiento de los sistemas sanitarios penitenciarios federales y provinciales de todo el país. Busca equiparar la atención sanitaria del medio libre con la atención sanitaria intramuros, promoviendo el establecimiento de un sistema de información estratégica que incluya la vigilancia epidemiológica, el monitoreo, la evaluación de la calidad y del impacto del programa.

Es en el marco de este programa que la dirección de VIH, perteneciente al mismo organismo, viene implementando varias estrategias para el abordaje de las infecciones de transmisión sexual (ITS). Una de ellas se relaciona con la problemática del caso aquí comentado: el testeo universal. El testeo está indicado al menos una vez en la vida en la población mayor de 18 años y en todas las personas embarazadas, independientemente de su edad, así como ante exposiciones de riesgo. Dentro de los grupos de riesgo se encuentran las personas alojadas en establecimientos penitenciarios. Con esta medida, se intenta sistematizar el ofrecimiento del testeo para ITS a cada persona que ingresa a una unidad penitenciaria, entendiendo esta instancia como una oportunidad estratégica para generar acceso a prácticas de cuidado.

En América Latina, como sucede en el resto del mundo, se registran mayores prevalencias para el VIH, las hepatitis virales, la sífilis y la tuberculosis entre las personas que se encuentran privadas de la libertad en comparación con las estimaciones realizadas en la población general.

La infección por VHC presenta en la mayoría de los casos pocos síntomas, por lo que la regla es su evolución hacia la cronicidad, con el consecuente desarrollo de cirrosis y sus complicaciones asociadas.

5 Kreplak, N. y otros (2013). *Atención y cuidado de la salud de personas privadas de su libertad: Plan Estratégico de Salud Integral en el Servicio Penitenciario Federal 2012-2015*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

6 Ver un resumen de lo realizado en cárceles federales en la Argentina en Plan Estratégico de Salud Integral en el Servicio Penitenciario Federal 2021-2023. (2022). Buenos Aires: SAIJ-Infojus.

A su vez, presenta la característica de ser una infección viral crónica curable con los tratamientos antivirales actualmente disponibles, con tasas mayores al 95% tras pocas semanas de tratamiento.

Actualmente, se estima que solo un 50% de las personas afectadas se encuentran diagnosticadas en el país, solo la mitad de esa proporción ha confirmado su diagnóstico, y se estima que un 5% ha accedido a tratamientos basados en antivirales de acción directa. Para mejorar estas tasas de tratamiento se han iniciado acciones estratégicas tendientes a potenciar el acceso al diagnóstico, estableciendo el uso del test reflejo como medida de simplificación de la instancia diagnóstica, y estableciendo acuerdos estratégicos con el subsistema de seguridad social y privados para garantizar la equidad y universalización del acceso al tratamiento antiviral.

Finalmente, resulta dable destacar que el devenir de estos nuevos tratamientos altamente efectivos y con un excelente perfil de seguridad ha permitido lograr una disminución significativa en la tasa de trasplante hepático por VHC y, lo que es más relevante, una disminución significativa en la mortalidad por VHC en nuestro país.

Si revisamos los hechos del caso “Machina” a la luz de las políticas desarrolladas en la Argentina, la discusión acerca de en qué momento y circunstancia la solicitante contrajo la infección por VHC resulta irrelevante. Lo que deberíamos cuestionar es por qué el servicio sanitario penitenciario no realizó el testeo oportuno a la Sra. Machina, siendo esta una práctica altamente recomendada en esta población; máxime si consideramos que la solicitante tenía antecedentes conocidos de uso de drogas endovenosas.

Desde el Ministerio de Salud de la Nación, a través del PSCE, se desarrollan además otras estrategias de intervención para mejorar el acceso a la salud: gestiones para la adaptación de las políticas públicas sanitarias al contexto de encierro; fortalecimiento de los circuitos de atención intra-extramuros; elaboración de protocolos de atención de problemáticas de salud; encuentros de gestión e intercambio con referentes nacionales y regionales.

Asimismo, las áreas de sanidad de las unidades penitenciarias están inscriptas en el Registro Nacional de Efectores como cualquier otro establecimiento de salud, siendo parte de esta manera de la red de salud pública e integrando los servicios penitenciarios al sistema público de salud.

La Argentina cuenta con gran experiencia en el desarrollo y aplicación de políticas públicas destinadas a mejorar el acceso al diagnóstico y tratamiento de enfermedades y la promoción de la salud de la población penal. En cuanto a recursos, el Servicio Penitenciario Federal cuenta con gran cantidad de profesionales de la salud en los establecimientos penitenciarios (se destaca que se cuenta con 7,6 veces más médicos por habitante que en el medio libre).⁷

A pesar de ello, la asistencia sanitaria es uno de los reclamos más habituales de las personas privadas de la libertad, que denuncian ante los distintos organismos de control la falta de atención médica o la mala calidad de esta. Resulta necesario continuar mejorando el servicio que el Estado brinda y trabajar en el fortalecimiento de la relación entre los equipos de salud y los pacientes en este particular contexto.

7 *Idem*, nota 5.

Derecho del trabajo. Despido de delegado sindical

TEDH. *Case of Hoppen and Trade Union of Ab Amber Grid Employees v. Lithuania*, 17 de enero de 2023

Por David Duarte¹

1. Introducción

El caso “Hoppen” que comentamos trata sobre el despido de un representante sindical, que a pesar de haber denunciado un trato discriminatorio y violado la libertad sindical a dirigentes sindicales, tanto el reclamo del trabajador como el del sindicato fueron rechazados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal entendió que no se advirtieron indicios que concluyeran en la discriminación. En cambio, aceptó válidas la defensa de la empresa sobre la existencia de comportamientos inadecuados del dependiente que motivaron el despido.

Es interesante conocer los argumentos utilizados para rechazar punto por punto el planteo del trabajador y su sindicato, aun cuando se encontraron demostradas las deficiencias en la tramitación administrativa, que luego fueron subsanadas sin que se vulneren, según el Tribunal, los derechos que alegaron el trabajador y el sindicato.

¹ Doctor en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos (Universidad de San Carlos). Diplomado de Estudios Avanzados en Economía Industrial y Relaciones Laborales (Universidad de Castilla, La Mancha). Especialista en Derecho del Trabajo (Fundación Altos Estudios Sociales). Profesor de grado y posgrado (UBA). Director de la revista *La Causa Laboral*. Ex secretario letrado de la Procuración General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia.

2. El reclamo

El trabajador, el Sr. Haroldas Hoppen, y el sindicato de empleados de la empresa demandada “AB Amber Grid”, entablaron un reclamo contra la República de Lituania en función de que el primero fue despedido por la empresa por su actividad sindical y ello, según el demandante, había violado su derecho a la libertad de asociación. Además, sostuvo que el despido había sido discriminatorio y que sus quejas no habían sido debidamente consideradas a nivel interno.

El reclamante se desempeñaba como jefe del departamento encargado de proteger los gasoductos contra la corrosión. A partir de 1° de julio de 2017 se dispuso a participar en la negociación colectiva, puesto que se encontraba entre los delegados que representaban al sindicato. Tuvieron una primera reunión de negociación el 21 de agosto de 2017 y tres días después un representante de la empresa sugirió verbalmente al trabajador que dejara su puesto de trabajo, a lo que este le respondió que se lo dijera por escrito. Luego de ello se hizo una propuesta de retiro por mutuo consentimiento con el pago de una indemnización de nueve veces su salario, lo que fue rechazado por el trabajador. En octubre de ese año, el sindicato demandante eligió al trabajador como vicepresidente de la entidad sindical. Al mes siguiente, la empresa notificó al trabajador que iba a solicitar el consentimiento de la Inspección del Trabajo del Estado para despedirlo “a voluntad del empleador” (*darbdavio valia*), pagándole una indemnización equivalente a seis veces su salario mensual, según lo dispuesto en el artículo 59 del Código del Trabajo.

El 10 de agosto de 2018 la empresa y el sindicato demandante firmaron un nuevo convenio colectivo y el reclamante fue despedido el 26 de junio de 2019.

3. Tramitación local

La empresa solicitó a la autoridad administrativa su consentimiento para despedir al trabajador porque este ocupaba un puesto directivo que implicaba muchas responsabilidades y no había cumplido debidamente sus obligaciones.

Denunció, en primer lugar, que no trabajaba bien en equipo y que tomaba unilateralmente decisiones que requerían coordinación con otros departamentos. En segundo lugar, no siguió las órdenes de sus supervisores, ignoró sus comentarios y no intentó mejorar la calidad de su trabajo. En tercer lugar, a menudo no cumplía sus tareas a tiempo y no aplicaba los planes estratégicos previstos o los hacía de forma inadecuada, lo que generaba el riesgo de que la empresa sufriera pérdidas. Por ello, entendió que las razones para despedirlo se basaban en datos objetivos y no estaban relacionadas con su función de representante de los empleados de la empresa, ni con su afiliación al sindicato demandante.

Ante la autoridad administrativa el trabajador alegó que las razones del despido se relacionaban con la negociación colectiva muy dura. Además, tenía una antigüedad de 24 años en la empresa, su labor siempre había sido reconocida como buena y nunca había sido objeto de sanción disciplinaria. Tuvo

una excelente calificación hasta que se convirtió en representa de los trabajadores y la empresa empezó a alegar que ya no era apto para su función.

Asimismo, alegó que la empresa no había solicitado el consentimiento de la autoridad de aplicación para despedir a un representante sindical y que el Código de Trabajo no era aplicable al ser una empresa estatal. En el trámite administrativo la autoridad sostuvo que no había motivo para suponer que el despido estuviera relacionado con las actividades sindicales del trabajador y que no había ninguna prueba que llevara a creer que había sido discriminado por su pertenencia al sindicato.

El trabajador planteó la nulidad de la decisión administrativa porque quien la dictó no estaba autorizado legalmente para consentir el despido de un empleado que fuera miembro del órgano de dirección de un sindicato y que solo con el consentimiento del sindicato podía hacerlo. En cuanto a la falta de pruebas sobre el trato discriminatorio, alegó que el solo hecho de despedir a un representante gremial era suficiente, y que en todo caso era carga de la empresa demostrar los motivos aducidos para el despido.

El planteo fue rechazado porque no se habían encontrado motivos para creer que la intención de la empresa de despedir estuviera relacionada con sus actividades sindicales.

El trabajador presentó una demanda ante el Tribunal de Distrito de Vilnius, que fue rechazada, toda vez que se consideró que la empresa había respetado las normas procesales pertinentes al despedirlo. En cuanto a la supuesta discriminación por las actividades sindicales se señaló que esa cuestión se había abordado en el procedimiento administrativo y el tribunal no volvería a examinarla.

El Tribunal Regional de Vilna confirmó la decisión del órgano judicial inferior y tuvo en cuenta el cambio de criterio desde la modificación de la legislación laboral después de la disolución de la URSS, ya que a diferencia de la regulación legal anterior se otorgaba a los empleadores más flexibilidad y discrecionalidad para despedir a sus empleados, excepto en lo que respecta a las categorías de empleados que estaban explícitamente excluidas del ámbito de su aplicación. En cuanto a la discriminación, se remitió a lo resuelto con anterioridad, en el sentido de que no se había presentado ninguna prueba de que las bajas de varios empleados hubieran estado relacionadas de algún modo con su afiliación al sindicato.² Por último, consideró que habría sido excesivo exigir que se recabara también el consentimiento del sindicato demandante para despedir, por lo que la empresa no había incumplido ningún requisito procesal.³

Frente a ello se presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que no fue admitido por considerarse que no planteaba ninguna cuestión jurídica importante.

Así, los demandantes pidieron al Tribunal Constitucional que examinara si se respetaba la Constitución. Este tribunal se negó a aceptar la denuncia, pues las cuestiones relativas a conflictos entre diferentes leyes quedaban fuera de su competencia y el tema del despido ya había sido tratado en el

2 TEDH. *Case of Hoppen and Trade Union of Ab Amber Grid Employees v. Lithuania*, Application no. 976/2020, Court (Second Section), 17 de enero de 2023, párr. 81.

3 *Ibidem*, párr. 82.

procedimiento administrativo.⁴ Ante una segunda denuncia, el Tribunal Constitucional explicó que no demostraban su incompatibilidad con la Constitución.

4. La sentencia del TEDH

Llama la atención que el TEDH en su sentencia, tras analizar el contexto normativo y en lo que interesa, destaca cuestiones metajurídicas como cuestiones referidas al mercado, extrañas a los derechos humanos.

Al examinar las razones del despido destacó el informe explicativo sobre la reforma laboral del Código de Trabajo de Lituania de 2016, reprochando al reclamante, respecto del despido, que invocaba: “criterios inflexibles que no se correspondían a las necesidades actuales del mercado laboral, no fomentaban la creación de lugares de trabajo ni de inversión extranjera y contribuían a la persistencia de prácticas laborales ilícitas”. Por lo tanto, enfatizó: “el nuevo Código del Trabajo pretendía, entre otras cosas, liberalizar el despido de empleados”.⁵

El TEDH consideró irrelevante si la empresa era estatal, porque los criterios que se aplicaron no difieren en su esencia, ya que en ambos contextos se debe tener en cuenta el justo equilibrio que debe lograrse entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto.

Los criterios extrajurídicos del Tribunal se advierten, además, cuando consideró que el requisito de que un empleador obtuviera el consentimiento del sindicato pertinente era común en aquellos Estados que habían sido influenciados por la legislación laboral de la era soviética. Estos Estados suelen exigir que se obtenga el consentimiento previo de un sindicato antes de que un miembro del órgano rector de ese sindicato pueda ser despedido. Por el contrario, en la mayoría de los países de Europa occidental la ley prohibía el despido injustificado o discriminatorio, pero su legalidad era examinada *a posteriori* por los tribunales. El Gobierno afirmó que los sistemas jurídicos de muchos países post-soviéticos se estaban reformando gradualmente para parecerse más a los sistemas existentes en países con economías de mercado de larga data. Por lo tanto, el modelo que se introdujo en Lituania tras la adopción del Código del Trabajo de 2016 debía considerarse parte de esa tendencia.⁶

Por otro lado, destacó algunos principios, por ejemplo, que “la libertad sindical no es un derecho independiente”, puesto que el artículo 11 del CEDH

otorga a los miembros de un sindicato el derecho de que su sindicato sea escuchado con miras a proteger sus intereses, pero no les garantiza ningún trato particular por parte del Estado. Lo que exige el Convenio es que, según la legislación nacional, los sindicatos puedan, en condiciones que no contravengan el artículo 11, luchar por la protección de los intereses de sus miembros.⁷

4 *Ibidem*, párr. 90.

5 *Ibidem*, párr. 101.

6 *Ibidem*, párr. 181.

7 *Ibidem*, párr. 197.

También señaló que “es función del Estado garantizar que a los miembros de los sindicatos no se les impida o limite el uso de su sindicato para representarlos en un intento de regular sus relaciones con sus empleadores”. Por ello, las autoridades deben garantizar que las sanciones desproporcionadas no disuadan a los representantes sindicales de tratar de expresar y defender los intereses de sus representados.⁸

No obstante, aseveró que los Estados contratantes disfrutan de un amplio margen de apreciación sobre cómo garantizar la libertad sindical y la protección de los intereses profesionales de los miembros de los sindicatos.⁹ Agregó que el tratado no puede interpretarse en el sentido de exigir a los Estados contratantes que establezcan en su derecho interno que un miembro o un líder de un sindicato no puede ser despedido a menos que ese sindicato otorgue su consentimiento.

Respecto de la aplicación de esos principios, el TEDH señaló que el CEDH no prevé la institución de una *actio popularis* y que su tarea normalmente no es revisar la legislación y la práctica pertinentes *in abstracto*, sino determinar si la manera en que se aplicaron afectó a los solicitantes y dio lugar a una violación del tratado.¹⁰

Señaló que es consciente de las dificultades que enfrenta el legislador cuando intenta lograr un equilibrio justo entre los intereses de los empleadores y de los empleados. Al analizar el Código de Trabajo lituano, consideró que “el legislador buscó facilitar a los empleadores el despido de empleados, con el fin de fomentar la creación de lugares de trabajo, atraer inversiones extranjeras y prevenir prácticas laborales ilícitas”.¹¹

Con relación al conflicto entre el Código de Trabajo y la ley sindical sostuvo que esta última se aplicaba al despido por iniciativa del empleador, sin culpa del trabajador, pero no al despido por voluntad del empleador, como había sido el caso.¹²

Al analizar la situación concreta de los demandantes enfatizó que la forma en que se resolvió el conflicto entre las dos disposiciones legales no había sido manifiestamente errónea o arbitraria y, por lo tanto, no configuró una violación del CEDH.

En efecto, consideró que las razones indicadas en el informe explicativo para facilitar y flexibilizar el despido de trabajadores se basaban en consideraciones pertinentes y no eran arbitrarias.¹³ Asimismo, agregó que no tenía fundamentos para concluir que el despido constituyó, en sí mismo, una violación de los derechos de los demandantes, o la prueba de discriminación por motivos de actividades sindicales.¹⁴

El TEDH también puntualizó que los convenios de la OIT y la Recomendación N° 143 se refieren a “un requisito de consulta, opinión consultiva o acuerdo con un organismo independiente, público o privado, o un organismo conjunto, antes de que el despido de un representante de los trabajadores sea

8 *Ibidem*, párr. 200.

9 *Ibidem*, párr. 201.

10 *Ibidem*, párr. 204.

11 *Ibidem*, párr. 101.

12 *Ibidem*, párr. 211.

13 *Ibidem*, párr. 207.

14 *Ibidem*, párr. 209.

definitivo”. Sobre este tema, afirmó, existe una amplia variedad de formas de proteger a los empleados contra el despido por motivos de sus actividades sindicales. Enfatizó que los antecedentes históricos detrás de la decisión tomada por el legislador lituano al adoptar el Código del Trabajo de 2016 de condicionar el despido de un miembro del sindicato al consentimiento de la autoridad administrativa y no del sindicato no era un tema que afectara los derechos garantizados por el CEDH.

Por otro lado, las deficiencias en la tramitación administrativas fueron subsanadas posteriormente por los tribunales locales, y tanto en los procedimientos administrativos como en los civiles se concedió a los demandantes una protección real y efectiva contra las presuntas violaciones de sus derechos.

En cuanto a los plazos establecidos para sendas tramitaciones señaló que el CEDH no establece ninguna norma sobre la admisibilidad o el valor probatorio de la prueba ni sobre la carga de la prueba, que son esencialmente una cuestión de derecho interno. En consecuencia, concluyó que no le correspondía decidir qué estándar de prueba debía ser aplicable en el procedimiento en sede administrativa.¹⁵

Una vez que el demandante ha demostrado una diferencia de trato entre personas en situaciones relevantes similares, corresponde al Gobierno demostrar que estaba justificada. Ante esa exigencia, la carga de la prueba debía trasladarse al empleador demandado, que generalmente tiene control sobre las decisiones pertinentes, y tiene que demostrar la existencia de motivos legítimos para el despido de los demandantes.

Para el TEDH, este enfoque está en consonancia con la posición del Comité Europeo de Derechos Sociales y de la OIT.¹⁶

El TEDH estuvo convencido de que los tribunales administrativos abordaron exhaustivamente los principales argumentos de los solicitantes sobre la supuesta discriminación y proporcionaron razones pertinentes y suficientes para rechazarlos.¹⁷ Afirmó que no encontraba ningún indicio de represalias por parte de la empresa contra miembros del sindicato y destacó que la negociación colectiva continuó y se alcanzó un nuevo convenio colectivo. Aunque los demandantes sostuvieron que ese convenio había sido firmado bajo presión de la empresa y era menos favorable para los empleados que el anterior, el contenido del convenio colectivo no había sido objeto ni del procedimiento interno ni del internacional, por lo que el Tribunal no lo evaluó.

EL TEDH descartó que la renuncia de varios empleados que habían sido miembros o dirigentes del sindicato demandante fuera en sí misma una prueba de las represalias del empleador, tanto más cuanto que la mayoría de esos empleados se habían marchado por iniciativa propia o por mutuo acuerdo, sin que hubiese indicios de que se hubiesen presentado denuncias contra la empresa o de que alguno de los despidos hubiera sido declarado ilegal por las autoridades pertinentes.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 223.

¹⁶ *Ibidem*, párrs. 135 y 139-141.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 233.

Por lo tanto, señaló que no se podía inferir que las circunstancias individuales del despido y la actitud general de la empresa hacia el sindicato demandante y sus miembros eran tales que las actividades sindicales podrían haber desempeñado un papel principal en la decisión de su empleador de despedirlo.

En síntesis, concluyó que los demandantes no lograron establecer un caso *prima facie* de discriminación contra el trabajador por motivos de su afiliación sindical y actividades relacionadas, por lo que entendió que no había motivos para trasladar la carga de la prueba al empleador.

Finalmente, expresó que los empleadores están facultados a ejercer cierta discreción al despedir empleados. Sin embargo, esa discreción no es ilimitada. En particular, al examinar las denuncias presentadas por empleados despedidos, los tribunales deben evaluar, entre otras cosas, si los motivos aducidos por el empleador existieron realmente y si eran legítimos y suficientes para justificar el despido; la carga de la prueba recae en el empleador. Afirmó que la empresa había proporcionado ejemplos concretos de situaciones en las que el primer demandante no había realizado correctamente determinadas tareas. Esos ejemplos habían sido confirmados por testimonios brindados por sus supervisores y por correos electrónicos.

Sobre ese aspecto, reiteró que no es facultad del Tribunal evaluar la interpretación que de esa prueba realizó la justicia local, “a menos que sus conclusiones puedan considerarse arbitrarias o manifiestamente irrazonables”, extremo que no se advertía en el caso.

5. Palabras finales

En nuestra humilde opinión, el fallo del TEDH no es acorde al derecho internacional de los derechos humanos que protege el derecho al trabajo. Para realizar esta crítica tomamos como referencia un trabajo bastante completo y crítico en el que se sintetizó la problemática del mercado dual o la segmentación entre trabajadores con contratos indefinidos y trabajadores precarizados con medidas de flexiseguridad y sus contradicciones frente a la estabilidad en el empleo.¹⁸

Dado que el TEDH toma en consideración el mercado y el contexto económico, se ha puntualizado que el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea expresa que “Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

A su vez, el artículo 153.1.d) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prevé que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en cuanto a la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral. Por su lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplicando la Directiva N° 199/70/CE ha resuelto que es preciso imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. En tal sentido, se ha resuelto que: “el

18 Alianza de los Liberales y Demócratas por Europa (2016). *Estabilidad en el empleo y protección del trabajador en caso de despido: El marco jurídico europeo y propuestas de debate para posibles nuevas reformas en España*. Madrid: Hay Derecho. Recuperado de https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2017/01/Estudio_para-enviar-a-ponentes.pdf

derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores”.

Por último, cabe señalar que el TEDH tampoco tuvo en cuenta el Estudio General de las memorias relativas al Convenio (núm. 111) y a la Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución) del año 1988.

Este estudio tiene plena vigencia, ya que se tuvo en cuenta cuando se discutió en el año 2019 el Convenio N° 190 y la Recomendación N° 206, específicamente el artículo 10 de esta última, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba en materia de violencia laboral.

La Comisión de Expertos tuvo ocasión de subrayar en dicho informe que

en lo que respecta a la discriminación por motivo antisindical, la obligación que tenía el empleador de aportar la prueba del carácter no sindical del motivo subyacente a la intención de despedir a un trabajador o que estaba en el origen del despido constituía un medio complementario para asegurar una verdadera protección del derecho sindical.

Por lo tanto, según este estudio, “la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta”.¹⁹

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechaza la denuncia del trabajador y su sindicato de empresa con fundamento en la falta de indicios suficientes para entender que hubo trato discriminatorio y se vulneren derechos fundamentales referidos a la libertad sindical. Su análisis desde un sentido más propio de un tribunal con intereses en el mercado y no tanto en los derechos humanos soslaya totalmente el “derecho al trabajo”, que se encuentra arraigado en los países europeos, donde se forjó luego de la Segunda Guerra Mundial la idea del pleno empleo. Ello formó parte de la tradición jurídica y se plasmó en normas constitucionales e internacionales, en particular el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, que en las condiciones de su vigencia no fue objeto de análisis por parte del TEDH.

¹⁹ OIT (2018). Estudio General de las memorias relativas al Convenio (núm. 111) y a la Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución) del año 1988, párr. 225, con cita del párrafo 280 del Estudio General de 1983 sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Reseña del libro *ESMA. Represión y poder en el centro clandestino de detención más emblemático de la última dictadura argentina*

Franco, M. y Feld, C. (2022). *ESMA. Represión y poder en el centro clandestino de detención más emblemático de la última dictadura*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Por *Florencia Zrycki*¹

Franco y Feld dirigen este trabajo interdisciplinario que se compone de varios textos. Las y los autores provienen de la historia, la sociología, la comunicación y la antropología; además son investigadores y becarios del CONICET y docentes de universidades nacionales argentinas.²

El libro comienza preguntándose ¿Por qué la ESMA? y propone una historia posible de este centro clandestino de detención (CCD). No una historia completa. Tampoco un resumen de los testimonios y fuentes con que contaban. Lo que pretende es encontrar un sentido, que todavía no está claro, a los datos que ya se conocen. A diferencia de los órganos de administración de justicia, que apuntan a probar hechos (y los probaron, y sirven de base para diversas investigaciones) este equipo busca entenderlos.

Desde el retorno de la democracia transcurrieron casi cuarenta años, durante los cuales se produjo mucha información, pero de manera fragmentada. Aquí se trata de abordarla de una forma integral, dándole sistematicidad, porque si bien el fenómeno se enmarcó en el contexto del terrorismo de Estado implementado por la última dictadura cívico-militar, tuvo características propias.

1 Abogada con Diploma de Honor (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA), realizó el Programa de actualización en Género y Derecho. Secretaria de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 3. Miembro de Doctrina Penal Feminista.

2 La investigación final para esta obra se hizo en el marco de un proyecto de investigación científica y tecnológica financiado por la Agencia Nacional de Promoción de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación.

Entonces, las autoras y autores intentan “comprender qué hizo de la ESMA un lugar tan singular” e indagar acerca de “cuáles fueron sus principales sentidos y propósitos”.³ Porque todavía “nos falta entender el universo cotidiano de ese centro clandestino, las experiencias de quienes atravesaron el cautiverio, así como las intenciones y los proyectos de los represores que sostuvieron la siniestra dinámica de la ESMA”.⁴

Ya en la Introducción, además de explicar a qué apunta la obra, se anticipan –en parte– sus conclusiones, sin que eso *spoil* la lectura, sino todo lo contrario, porque la mera enunciación es imposible de dimensionar. Lo que autoras y autores hacen a lo largo del libro es, justamente, dar contenido a la premisa de ¿por qué la ESMA?, para, al llegar al final, poder comprender un poco más (aunque ya nos hubieran adelantado la respuesta).

Llevo quince años trabajando en investigaciones judiciales vinculadas con este CCD y muchísimas veces me pregunté ¿por qué la ESMA? ¿Por qué fue así? ¿Qué llevó a los marinos a esa locura, a entablar vínculos con las víctimas, mantenerlas cautivas durante tanto tiempo y luego liberarlas? ¿Realmente podían creer que habían doblegado sus ideas, que no buscarían justicia, que no brindarían testimonio sobre lo vivido?

Este libro aborda esos interrogantes porque “aún hace falta esclarecer las lógicas y acciones de los perpetradores, que hoy, a la distancia, pueden parecer solo locura e irracionalidad”.⁵

La investigación ubica a este centro clandestino dentro de lo que fue el terrorismo de Estado implementado por la dictadura que se inició con el golpe de Estado el 24 de marzo de 1976, señalando que no fue un hecho aislado, sino parte de ese contexto: “un sistema clandestino basado en centros de detención secretos y distribuidos a lo largo de todo el territorio nacional”.⁶

Sin embargo, tuvo particularidades que lo hicieron el más paradigmático.

Entonces, ¿por qué se erigió como símbolo de la represión? En este texto se identifican varias razones: la cantidad de personas secuestradas que pasaron por allí, la sistematicidad con la que se dio la apropiación de bebés nacidos en cautiverio, el hecho de que se encontrara ubicado en la Ciudad de Buenos Aires –sede de la Junta Militar–, pero también (y, a mi criterio, sobre todo) por la cantidad de testimonios de sobrevivientes que, desde muy temprano, relataron lo que sucedía en el centro clandestino de detención que funcionaba en esa dependencia naval. Todo esto, sumado a algunos hechos de gran trascendencia perpetrados por el Grupo de Tareas (GT) que allí operaba, le generó visibilidad temprana y repercusión internacional.

No obstante, los elementos mencionados no alcanzan para dar una respuesta al interrogante planteado. Se agrega entonces una de las hipótesis que guía la investigación y es que “la represión planificada

3 Franco, M. y Feld, C. (dirs.) (2022). *ESMA. Represión y poder en el centro clandestino de detención más emblemático de la última dictadura*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, p. 14.

4 Id., nota 3.

5 Id., nota 3.

6 Id., nota 3, p. 17.

desde la doctrina militar alimentó un funcionamiento autónomo y un proyecto de poder propio, que tuvo incluso prolongaciones internacionales”.⁷

El libro se encuentra estructurado en capítulos, cada uno de ellos dedicado a un aspecto específico, pero que deben ser leídos como una continuidad: la introducción y las conclusiones a cargo de las directoras; “Una breve historia del centro clandestino” (de Hernán Confino, Marina Franco y Rodrigo González Tizón); “El poder en las sombras: el Grupo de Tareas de la ESMA” (de Valentina Salvi); “Un nivel superior de aniquilamiento: el ‘proceso de recuperación’” (de Claudia Feld); “Solidaridades y tensiones” (de Rodrigo González Tizón y Luciana Messina); “De la rapiña a los millones: el robo de bienes en la ESMA” (de Hernán Confino y Marina Franco) y “El lugar sin límites: el centro clandestino fuera de la ESMA” (de Claudia Feld).

Comienza con una acotada narración de la historia de la Escuela de Mecánica de la Armada, desde su creación como escuela naval de prestigio hasta su rol durante la última dictadura cívico militar. También explica el circuito de secuestro, tortura, muerte y desaparición de los cuerpos, mencionando los distintos momentos que tuvo este centro a lo largo de los años en los que funcionó.

Luego se profundiza sobre el funcionamiento del CCD en un desarrollo muy preciso. Sin ser excesivamente extenso, abarca todos los tópicos imprescindibles para quien desconoce las características propias de este centro, necesarios para comenzar la construcción de sentido que propone la lectura.

Se ubica que el centro clandestino funcionó en el casino de oficiales que estaba emplazado dentro del predio de la ESMA (un terreno de diecisiete hectáreas con treinta y cinco edificios, de los cuales el casino de oficiales era solo uno de ellos, ubicado en la esquina de Av. del Libertador y Pico). El sector destinado al GT ocupaba el sótano, la planta principal, el tercer piso y un altillo, mientras que el resto del edificio mantenía sus tareas habituales.

Este dato, de absoluta relevancia, implicaba la convivencia del centro represivo con la institución de formación naval. De hecho,

“[l]a función original del edificio era servir de alojamiento temporal para oficiales y profesores de visita, que se hospedaban en el primero y segundo piso. Esta actividad rutinaria no se modificó y llegó a suceder que los oficiales que vivían allí se cruzaran alguna vez con víctimas secuestradas que eran subidas y bajadas por las escaleras con grilletes y los ojos vendados”.⁸

A continuación, se enfoca en el GT que operaba en la ESMA: cómo estaba estructurado; cómo era la composición social de las personas que estuvieron secuestradas allí; cuál fue la organización espacial de la tarea represiva dentro del casino de oficiales; los partos en cautiverio y la apropiación de bebés;

7 Id., nota 3, p. 15.

8 Id., nota 3, p. 26.

el denominado “proceso de recuperación” y el trabajo esclavo; la expansión del centro clandestino a espacios exteriores.

Acerca de las víctimas se precisa que, en general, eran muy jóvenes y que, en su mayoría, estaban vinculadas a Montoneros, al peronismo y sus organizaciones –aunque no se profundiza mucho en estos aspectos–, pero que también había activistas políticos con diferentes trayectorias. En efecto, destacan que se utilizaba la palabra *subversión* para designar a “cualquier forma de organización o activismo político, cultural o social que fuera considerado una amenaza al orden”.⁹

Este concepto implicó, en la práctica, la amplitud de la represión, que no solo afectó a las organizaciones y movimientos revolucionarios, sino que se extendió también a obreros, sindicalistas, estudiantes, profesionales o artistas y a familiares y allegados de estas personas. Todos ellos, ya sea por ser identificados como terroristas o por poseer un vínculo que podría implicar tener información respecto de quiénes se consideraba que lo eran, resultaron víctimas de la represión estatal y fueron incluidos en el circuito que, generalmente, implicaba secuestro, tortura, muerte y desaparición.

En cuanto a la evolución del GT, el texto distingue las etapas por las que pasó y las implicancias de cada uno de esos momentos. Durante el año 1976 fueron tomando forma los mecanismos y dinámicas represivos dentro de la ESMA. En los primeros meses el GT fue conducido por Salvio Menéndez, quien en julio resultó herido en un operativo represivo. Este episodio, que en otro contexto podría resultar anecdótico, adquiere un significado muy especial porque permitió el ascenso progresivo de Jorge “el Tigre” Acosta –quien era solo el responsable del Área de Inteligencia– hasta transformarse en líder y jefe del GT. Como se desarrolla en toda la obra, la personalidad de “el Tigre” y el vínculo que construyó con Emilio Eduardo Massera (el comandante en jefe de la Armada y miembro de la Junta Militar) fue uno de los elementos que contribuyó a la particularidad de la ESMA como CCD.

Se identifica entonces el “momento Acosta”, que coincidió con una creciente actividad del centro clandestino, especialmente a partir del secuestro de algunos cuadros militantes de alta jerarquía de la organización Montoneros, en el episodio conocido como la caída de las citas nacionales (uno de los hitos en el funcionamiento de la ESMA). Este período se vio caracterizado por una notoria expansión y complejización de las actividades del centro, que se transformó en un lugar sin límites.

En el año 1978, Massera se retiró de la Junta Militar y de la Armada y se dedicó a armar su propio proyecto político. El libro narra las modificaciones que se dieron en el GT y en la ESMA a partir de ello. Mientras Acosta permaneció en la ESMA, Massera se sirvió de la mano de obra esclava para construir su esquema de poder. Sin embargo, a comienzos del año 1979, Acosta dejó sus funciones en la ESMA y fue reemplazado por Luis D’Imperio, que era jefe de operaciones del Servicio de Inteligencia Naval (SIN). De esta manera –con el retiro de Massera y de Acosta– el CCD volvió a insertarse en el circuito represivo junto con los demás.

⁹ Id., nota 3, p. 16.

El libro plantea que la represión funcionó de manera descentralizada (más allá de la planificación centralizada y de los lineamientos dados por las autoridades de cada fuerza) y por eso “cada centro clandestino y cada fuerza y grupo militar tuvieron su propia dinámica”.¹⁰

En este contexto se configuró la singularidad de la ESMA. Se identifican, entonces, algunos elementos de su desarrollo como CCD que contribuyeron a esa particularidad. Uno de ellos es la ruptura del GT con el SIN y la comunidad informativa –no solo de la Armada, sino también de las otras fuerzas–, porque potenció su autonomía. También el liderazgo de “el Tigre” Acosta, que resultó determinante de su preponderancia.

Una de las características que se señala de la ESMA es que permaneció en funcionamiento como centro clandestino de detención durante toda la dictadura, desde 1976 hasta 1983. Su “apogeo” fue con Acosta, pero luego, a diferencia de casi todos los demás CCD y más allá de una notoria merma en la actividad represiva, siguió funcionando hasta el retorno de la democracia.

En el primer capítulo se incluye, además, un relato cronológico que menciona varios de los casos más resonantes vinculados con la ESMA: Rodolfo Walsh, familiares de la iglesia de la Santa Cruz –que incluye a una de las fundadoras de Madres de Plaza de Mayo, Azucena Villaflor y a las monjas francesas Alice Domon y Léonie Duquet–, Horacio Maggio y Jaime Dri, episodios vinculados con el Mundial de fútbol celebrado en nuestro país en el año 1978 y el secuestro y asesinato de Elena Holmberg.

La cotidianeidad del CCD fue moldeada por el denominado proceso de recuperación, tratado por Feld en el capítulo III. Como explica la autora, los marinos advirtieron que los secuestrados y secuestradas tenían una alta calificación y decidieron aprovecharla, valiéndose de la situación en la que se encontraban. Así, muchas de las víctimas que pasaron por este CCD fueron obligadas a permanecer durante un extendido período de tiempo (en muchos casos años) realizando distintos tipos de trabajos intelectuales y manuales –especializados o de mantenimiento y reparación– en el interior de la ESMA o en otros lugares bajo el dominio del GT.

Una de las peculiaridades que tuvo este proceso diseñado e implementado por el GT es que, a diferencia de otros centros en los que se utilizaba a las víctimas para trabajar generalmente en tareas manuales (como cocina o limpieza), en la ESMA se explotó la mano de obra esclava para realizar tareas de gran complejidad. Se configuró entonces un proceso de extracción de los saberes de las víctimas, intentando reutilizarlas para beneficio de los marinos.

Como consecuencia de este perverso sistema, las personas que permanecían sujetas a la voluntad de sus captores debían convivir con la violencia propia del centro clandestino, que mantenía su funcionamiento con la secuencia de secuestro, tortura y muerte –con el agravante de que se aplicaba a conocidos, a compañeros y compañeras, amigos y gente querida–.

¹⁰ Id., nota 3, p. 25.

Esta lógica siniestra implicó, además, que se establecieran vínculos con los miembros del GT, siempre definidos por los marinos e impuestos a las víctimas. Lo que se buscó, en definitiva, es reconfigurar la identidad de las víctimas, modificar su subjetividad.

Se encuentra fuera de discusión que por la ESMA pasaron miles de víctimas; sin embargo, a mi entender, lo que resulta característico no es tanto la cantidad de muertos y desaparecidos, sino la de sobrevivientes, y eso en el texto no está dicho, pero sí implícito.

El denominado proceso de recuperación tiene como una de sus consecuencias más marcadas la supervivencia de una gran cantidad de víctimas que fueron observadoras (aunque no de manera completa, porque permanecían privadas de la libertad, en condiciones deplorables y con un acceso recortado, pero con la posibilidad de conocer), lo que implicó que luego pudieran brindar testimonio y relatarlo de manera bastante detallada.

Trabajo esclavo en distintos sectores del CCD y en diversos lugares fuera de la ESMA, convivencia con los represores, salidas nocturnas, visitas familiares, viajes al exterior, nacimientos producidos en cautiverio, separación de las madres de sus hijos: sobre todos estos episodios hay testigos que, en algunos casos estuvieron incluso años bajo dominio del GT, lo que permitió obtener una información muchísimo más completa sobre el funcionamiento de esta maquinaria del horror.

La forma en que este proceso es abordado por Feld merece ser destacada. Porque es un tema muy delicado, que generó muchas dificultades y contradicciones en y entre las personas sobrevivientes; que causó divisiones, jerarquías y recelos, pero que, a su vez, hizo de lo sucedido en la ESMA una experiencia única, distinta de la de cualquier otro CCD.

Otro elemento que se introduce (y que se vincula con el proceso de recuperación) es la dimensión económica de la actividad del GT, que tuvo varias aristas. En un primer momento, los marinos se apropiaron de los bienes que había en las viviendas durante los operativos. Luego, los mecanismos de robo y operaciones de lucro se fueron complejizando de diversas maneras, que son abarcadas en el capítulo V por Confino y Franco.

Por un lado, mediante la explotación económica de las víctimas que permanecían secuestradas en la ESMA. Asimismo, a medida que obtuvieron recursos tales como la posibilidad de falsificar documentación, comenzaron a apropiarse directamente de inmuebles y otros bienes de relevancia, como automotores. Finalmente, con la información obtenida en las sesiones de tortura (que ya no compartían con las demás fuerzas) accedieron a bienes de la organización Montoneros de muchísimo valor, tales como terrenos y viñedos en la provincia de Mendoza, dinero en efectivo y títulos e inversiones cuyo valor se estima ascendía a millones de dólares.

En esta obra se señala que la capacidad económica que adquirió el GT es uno de los elementos que contribuyó a su autonomía y, con ella, al proyecto de poder de Massera. Pero además generó un flujo de ingresos para el GT por fuera de la estructura de la Armada y un beneficio personal para algunos de sus miembros, cuya extensión y dimensión aún están siendo investigadas.

También me parece que debe ser destacado especialmente el capítulo IV, a cargo de González Tizón y Messina, que indagan sobre qué tipo de sociabilidad fue posible en el espacio de cautiverio.¹¹ Porque se generaron vínculos, tanto de las personas detenidas con los captores, como entre las propias personas detenidas; aunque no sin recelos y desconfianzas, que solo el paso del tiempo permitió atemperar. Este texto logra mostrar el lado humano de la experiencia deshumanizante, a partir de las solidaridades que pudieron surgir entre las víctimas.

Como se señala en el libro, dimensionar las tensiones a las que estuvieron sometidas las personas cautivas en la ESMA llevó mucho tiempo. Fue necesario despejar tabúes, alejarse de la construcción binaria de las víctimas —quienes “resistieron”, frente a quienes “colaboraron”, “se quebraron” o “traicionaron”—, ubicar las repercusiones que las conductas individuales podían tener en compañeros y compañeras de cautiverio, como también en los familiares que, sin estar dentro de la ESMA, permanecían indirectamente sometidos a las decisiones del GT.

Asimismo, se pudo ubicar al sometimiento sexual como violencia, de la mano de “las nuevas sensibilidades de género y el protagonismo de los feminismos en la escena pública argentina”.¹² Los vínculos que tuvieron lugar durante la permanencia en la ESMA son un tema muy difícil de abordar (especialmente los de las mujeres sometidas sexualmente y los de las personas forzadas a trabajar para los marinos). Este capítulo lo hace con una sensibilidad admirable.

El libro que aquí se comenta reflexiona sobre las singularidades de este CCD enmarcadas en el contexto de la dictadura y explica muy bien su funcionamiento, más allá del esquema nacional de la represión. Lo que en otros CCD ocurría de manera desarticulada (pero se dio, por eso la ESMA no fue un caso aislado), aquí sucedió de forma sistemática. La particularidad estuvo dada por la manera en que se articularon y por la escala.

Se destaca lo exhaustivo de la investigación, que abarca los aspectos que —a mi entender— resultan imprescindibles: la historia del lugar, la conformación y devenir del GT 3.3, el proceso de recuperación, los delitos sexuales, la apropiación de bienes, el vínculo con lo que sucedía fuera del CCD. Al ser tan completa permite dimensionar lo inconmensurable.

Se va a transformar en material de lectura recomendado para quienes comiencen a trabajar en esta causa, porque es ideal como punto de partida. Todo es importante: el libro entero termina subrayado, nada queda afuera. Cada idea está sustentada con información; para cada afirmación, anécdotas que son gráficas, que ayudan a comprender y que también hacen al relato más ameno y humano (sobre todo teniendo en cuenta lo deshumanizante que fue la experiencia de pasar por la ESMA).

Esta obra aporta datos que son ineludibles y, más allá de la casuística, no parece faltarle ninguno. También sobresale la multiplicidad de fuentes. Es evidente que hay un gran trabajo sobre las declaraciones brindadas en los debates orales, pero también de investigación y diversidad: testimonios, la voz de

11 Id., nota 3, p. 101.

12 Id., nota 3, p. 115.

los represores, investigaciones generadas por la administración de justicia. Al final de cada capítulo se describe detalladamente cuáles fueron las fuentes utilizadas para ese texto concreto, haciendo accesible la información a quienes no tienen conocimientos previos sobre el tema.

Cuando me propusieron realizar esta reseña pensé ¿le podrá aportar algo novedoso este libro a alguien que lleva tantos años trabajando en las investigaciones judiciales de la ESMA? Y sí. Las directoras lo destacan en la introducción: el objetivo de este trabajo es intentar entender los hechos y explicarlos. Aporta, entonces, sistematicidad.

El poder de condensar de esta obra es maravilloso. Se contrapone con las sentencias judiciales, que, por no dejar ningún aspecto sin abarcar, muchas veces son demasiado extensas y pueden llegar a resultar tediosas. Los textos tan puntillosos impiden tomar una visión global. Este libro, por el contrario, logra brindar un panorama completo de lo que sucedió. Completo no en el sentido de abarcar todo lo abarcable, pero sí de tocar todos los puntos esenciales de una manera clara, ordenada y, a la vez, profunda. Esto no es menor. Sería sencillo perderse en los datos o generar un texto extensísimo que terminaría siendo inasequible para el lector. *ESMA. Represión y poder en el centro clandestino de detención más emblemático de la última dictadura argentina* lo logra: una síntesis perfecta.

Reseña del libro

Responsabilidad jurídico-penal de civiles en delitos de lesa humanidad. El caso argentino

Ambos, K.; Malarino, E. y Lascano, C. J. (dirs.) (2022). *Responsabilidad jurídico-penal de civiles en delitos de lesa humanidad. El caso argentino*. Buenos Aires: Hammurabi.

Por *Leandro Ariel Fernández*¹

Es posible considerar a la lucha por la Memoria, Verdad y Justicia en la Argentina como un paradigma de la reconstrucción democrática. Con las Rondas de las Madres cada jueves desde 1977; con la Causa N° 13/84 y el histórico Juicio a las Juntas de trascendencia mundial –ya convertido en producto Amazon Prime–; con los procesos judiciales que arrancaron en 1998 con los Juicios por la Verdad y continuaron a partir de 2003 con la anulación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final; con el activismo de derechos humanos y las políticas públicas de Memoria, Verdad y Justicia; con múltiples expresiones culturales, políticas y sociales se constituyó la base fundamental para sostener la expresión “Nunca más”, no solo como un deseo de jamás volver a los crímenes contra la humanidad cometidos por el terrorismo de Estado, sino también para reparar el enorme daño que se provocó en el tejido social.

En ese contexto, la indagación a través del terreno de la evidencia histórica demuestra que parecería quedar mucho camino por recorrer. En particular, la expresión “dictadura cívico-eclesiástico-económico-militar” da lugar a un conjunto de interrogantes sobre los que resulta preciso detenerse, tanto por su criticidad como por la necesidad de abordajes robustos: ¿qué tipo de solución jurídica puede

¹ Abogado (UBA). Analista de Inteligencia Financiera (UIF). Ayudante de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal y Violencia y Sociedad en Argentina (UBA). Participa en proyectos de investigación DECyT y UNPAZCYT. Integrante del Laboratorio de Estudios sobre Procesos Penales del Programa de Estudios sobre el Poder Judicial (UNPAZ) y del Observatorio de Casos (Asociación Pensamiento Penal).

resolver la cuestión de la responsabilidad penal de las víctimas que colaboraron en la comisión de delitos de lesa humanidad? ¿Cómo distinguir –para el caso de los comportamientos empresariales– la frontera entre las conductas neutrales y los actos lisa y llanamente cómplices? ¿Con qué criterios y en base a qué fundamentos se puede juzgar la participación y responsabilidad de los funcionarios judiciales?

El libro que aquí se reseña busca dar cuenta de esto e intenta aproximarse a posibles respuestas que, justamente por el camino pendiente de recorrer, son siempre parciales.

Desde el derecho internacional de los derechos humanos (en general) y desde el derecho penal internacional (en particular), pasando por la dogmática penal, la teoría del Estado y la ciencia política (a través de, por ejemplo, la investigación histórica y política de las leyes de obediencia debida y punto final), la teoría del delito e incluso desde abordajes de investigación de tipo exploratoria descriptiva, este compendio plantea el tratamiento de diversos temas relacionados con la participación de civiles en los crímenes contra la humanidad cometidos por miembros de la dictadura que gobernó *de facto* la Argentina entre los años 1976 y 1983.

El libro, producto de una colaboración entre el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) y un grupo de profesores e investigadores de la Universidad Nacional de Córdoba, es la presentación formal de los resultados del proyecto de investigación “Responsabilidad jurídico-penal de civiles en delitos de lesa humanidad”. Se trata de la versión definitiva de un conjunto de ponencias presentadas y discutidas en un seminario que se desarrolló en el marco del CEDPAL, en la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania, en septiembre de 2018.

El primer capítulo, elaborado por Enrique Buteler y titulado “Víctimas-victimarias. Colaboración radical de víctimas en delitos de lesa humanidad. ¿Responsabilidad penal sin sanción?”, presenta el problema jurídico, su tratamiento judicial y la proposición de una posible respuesta en cuanto a la cuestión de las personas que, encontrándose en estado de cautiverio en centros clandestinos de detención, tortura y exterminio, volcaron por completo su comportamiento hacia una colaboración plena con las fuerzas represivas.

Se trata de una problemática que no se manifiesta de manera unívoca en el plano de lo jurídico, sino que de algún modo desborda con su complejidad hacia otros ámbitos de la discusión pública. Es que este tipo de personas se distinguen como observables de un núcleo crítico de lo incierto: ¿vale todo cuando lo que está en juego es preservar la propia vida? ¿Es posible distinguir grados de colaboración en el ejercicio de prácticas tan oscuras?

Quizás el desafío general sea intentar trazar una frontera entre la colaboración esporádica o condicionada por el contexto y la plena responsabilidad penal por crímenes contra la humanidad que deriva de cumplir roles funcionales en algo así como una “transformación” subjetiva.

A través de este trabajo Buteler busca identificar, por medio de dos ejemplos paradigmáticos, los aspectos más críticos que surgen de estudiar los casos de “colaboración radical”, como los denomina el autor.

Tales hipótesis evidencian que la colaboración de estas víctimas fue de tal intensidad que se tradujo en una profunda confianza e inserción dentro de la estructura de represión ilegal dentro de la cual se hallaban en cautiverio, con una estabilidad que duró muchos años.

La solución jurídica de los fallos fue, en general, su exculpación, invocando, al menos, dudas sobre la concurrencia de un estado de necesidad exculpante –artículo 34, inciso 2 del Código Penal–. En este sentido, se indicó que las condiciones tan extremas, inaceptables desde una perspectiva inherente a la condición humana, impidieron a estas víctimas optar por la ejecución de otra conducta más adecuada a derecho.

Ahora: ¿fue tan así? ¿Realmente no podían hacer otra cosa? Los casos de Carlos Moore y de Ricardo Chomicki en CCD de las ciudades de Córdoba (D2) y Rosario (SI), respectivamente, parecerían mostrar que la aplicación de ese criterio general exige mayor reflexión (a diferencia de colaboraciones de menor intensidad, a las que Buteler denomina “colaboraciones comunes”).

El segundo texto de este compendio, “Los contextos político-jurídicos de la justicia de la restauración democrática argentina en la investigación y juzgamiento del terrorismo de Estado: la cuestión de la participación de civiles (1983-1987)”, por José Daniel Cesano, aporta una investigación histórica que intenta reconstruir, a través de las teorías del discurso social y las indagaciones propias de la teoría de la argumentación política, el contexto político existente durante el período de la restauración democrática argentina.

El objetivo del trabajo es determinar cuál fue el estatus de la cuestión de la participación de civiles en los hechos de terrorismo de Estado, en el marco de las estrategias jurídico-legales del gobierno de Alfonsín en relación con sus políticas de derechos humanos.

De alguna manera, se busca distinguir qué tipo de decisiones políticas había en torno a la extensión de la responsabilidad penal por las violaciones cometidas durante la dictadura, y cuáles fueron aquellos aspectos coyunturales que de alguna manera le marcaron a Alfonsín los límites de lo posible en términos de agenda legislativa.

En primer término, este recorrido histórico discurre por las estrategias planteadas durante la campaña electoral de 1983 respecto de la investigación y juzgamiento del terrorismo de Estado.

En segundo término, el análisis transita por el período inmediatamente posterior al triunfo electoral del radicalismo, en el cual surgen –a pesar del rol gravitante de la obediencia debida en las discusiones públicas del momento– los primeros rasgos de lo que podría denominarse “justicia retroactiva”, con la anulación de la Ley N° 22934 (de autoamnistía), la creación de la CONADEP y el Juicio a las Juntas.

En un tercer momento, se exponen los aspectos centrales que derivaron, hacia fines de 1986, en un complejo escenario de impunidad normativa caracterizado por la sanción de las leyes de Punto Final (N° 23492) y Obediencia Debida (N° 23521).

A lo largo de este recorrido, puede observarse que, en la construcción de políticas públicas relacionadas con la investigación de la criminalidad desplegada durante los años del terrorismo de Estado, la participación que le cupo a los civiles –entendiendo por tales a quienes sin ser integrantes de las fuerzas armadas o de seguridad prestaron ayuda, cooperación o auxilio en la comisión de tales hechos delictivos– se mantuvo en un ámbito de marcada invisibilidad.

“Análisis de la prescriptibilidad de la reparación por crímenes de derecho internacional desde la perspectiva penal y su relación con la acción civil en la República Argentina”, por Sebastián Félix García Amuchástegui, es el título que da nombre al tercer capítulo del libro. Aquí se aborda una temática que forma parte de los debates en torno al alcance de la tutela judicial efectiva como derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

Específicamente, el autor indaga sobre los estándares de prescriptibilidad que rigen la reparación por crímenes de derecho internacional. Parte desde una base jurisprudencial: el estándar que la CSJN trazó al respecto indica que la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial por la comisión de crímenes de derecho internacional prescribe. Esto, debido a que dicha acción se correlacionaría con materia disponible y renunciable, en contraposición con la acción penal, que es imprescriptible porque su finalidad se concentra en la persecución de los crímenes más graves contra la humanidad, a partir de la necesidad de que no queden impunes.

El artículo, sobre la base del análisis crítico de los fallos “Larrabeiti” y “Villamil” de la CSJN y desde argumentos como la costumbre internacional y estándares convencionales en cuanto a tutela judicial efectiva, plantea un criterio distinto para el análisis de la acción civil resarcitoria por crímenes de lesa humanidad, para poder eventualmente ponderar su imprescriptibilidad.

En “Complicidad empresarial en delitos de lesa humanidad. Particular consideración de las conductas neutrales”, cuarto capítulo del compendio, Carlos Julio Lascano plantea un análisis de la responsabilidad que pudiera ser atribuida a un conjunto de partícipes civiles, conformado por propietarios, directivos, gerentes y otros funcionarios de empresas, que aportaron bienes, servicios, logística o información a la actividad criminal llevada a cabo por las fuerzas militares o de seguridad, en el marco del período dictatorial 1976-1983.

Un eje central en este análisis es la distinción entre la participación en grado de complicidad y las denominadas “conductas neutrales”,² en el cual se puede trazar un paralelismo con el trabajo presentado en el primer capítulo en cuanto a la complejidad que presenta delimitar esa frontera.

² Se trata de aquellas actividades presentes en el giro cotidiano de las interacciones sociales (la mayoría, en el marco de ejercicios profesionales o de intercambios comerciales), altamente estereotipadas que, según Lascano, cuentan con dos elementos comunes: a) se realizan con arreglo a un rol, estándar o –justamente– estereotipo, y b) en ellas está presente un conocimiento actualizado o actualizable por parte de quien realiza las conductas de favorecimiento, respecto de la idoneidad de su acción para eventualmente producir un resultado delictivo.

Según el autor, con un abordaje más en abstracto –que pone el foco en el estrato de la tipicidad de la teoría del delito–, aún no ha sido posible dar con una respuesta conceptual generalizada para describir con certeza este tipo de comportamientos.

Lascano discurre por los diversos criterios limitativos de la responsabilidad de cómplices por acciones neutrales que se proponen en la doctrina: los enfoques objetivos –centralmente la teoría de la imputación objetiva de Jakobs– y subjetivos –en los desarrollos de Roxin–.

Luego de ilustrar la relevancia de este tipo de casos en el ámbito del derecho penal internacional a través de, entre otros, los casos de “Zyklon B”³ y el “círculo Kepler”⁴ en la Alemania nazi, el autor profundiza sobre la responsabilidad de empresarios por delitos de lesa humanidad durante el terrorismo de Estado en Argentina.

Para ello, toma tres de los principales casos que se encuentran en trámite ante los tribunales argentinos –“La Veloz del Norte”, “Ingenio Ledesma” y “Ford”–, que permiten dar cuenta de una combinación, al interior de los establecimientos industriales, entre el accionar militar y la complicidad empresarial para ejecutar las acciones represivas criminales, que integraban el plan sistemático y generalizado, pero específicamente contra el cuerpo de trabajadores.

A modo de conclusiones, Lascano realiza un conjunto de consideraciones respecto de las exigencias que en cada caso deben saldarse para que las cooperaciones empresariales adquieran relevancia jurídico-penal, estando así en condiciones de adjudicar la correspondiente responsabilidad penal.

Los capítulos 5 y 6 pueden leerse como partes integrantes de un marco más generalizado, que es el análisis crítico de la actividad judicial durante la dictadura cívico-ecclesiástico-económico-militar.

En este entendimiento, el capítulo 5, “Sobre la responsabilidad de los jueces por la omisión de tramitar hábeas corpus en la última dictadura argentina”, de José Milton Peralta, considera específicamente la omisión de tratamiento, por parte de los jueces competentes, de los hábeas corpus que fueran interpuestos en favor de las personas detenidas o desaparecidas.

A este respecto, y desde las exigencias típicas que en la teoría del delito resultan condición necesaria para la configuración del tipo omisivo, Peralta evalúa casos en los que la Justicia Federal atribuyó a esos jueces responsabilidad penal por participación necesaria en comisión por omisión. Así, asumiendo que los jueces sabían lo que ocurría y que tenían el poder para revertir las situaciones que se ponían en su conocimiento, busca determinar –con especial énfasis en la determinación de la posición de garante– si tales imputaciones fueron correctas o si, por el contrario, lo correcto hubiera sido que se

3 Nombre comercial de un pesticida a base de cianuro que se utilizó en las cámaras de gas de los diversos campos de concentración de la Alemania nazi. El dueño de la compañía que vendía dicho gas, Bruno Tesch, fue condenado a muerte por los Tribunales de Núremberg, dando por acreditado que sabía el uso que se le daba al gas y, a pesar de ello, continuó vendiéndoselo a las SS.

4 Se trata de la responsabilidad que juzgaron los Tribunales de Núremberg respecto de un grupo de amigos del jerarca nazi Heinrich Himmler.

les imputara a los jueces meros incumplimientos funcionales o la comisión de diversos delitos de infracción de deber que evidenciarían una tolerancia ilícita con el accionar del aparato represivo.

Más en general, en “Criterios y fundamentos en el juzgamiento a funcionarios judiciales, por su actuación durante el terrorismo de Estado en Argentina”, sexta parte de este libro, Carolina Prado recapitula –en forma resumida– el extenso derrotero recorrido por la justicia argentina en la sustanciación de causas penales contra funcionarios judiciales, por su actuación durante la última dictadura militar.

El número de estos juzgamientos, en comparación con el total de causas e imputados por delitos de lesa humanidad, resulta particularmente notable: de un total de 592 causas registradas desde el año 2006 hasta el 16 de marzo de 2020, solo 20 corresponden a investigaciones llevadas a cabo en contra de funcionarios judiciales, con 31 personas imputadas. En 15 de esos 20 se registran sentencias, de las cuales solo 2 se encuentran firmes, mientras que 13 están en instancia de revisión. De los 5 procesos sin sentencia, 1 está en etapa de instrucción y los restantes 4 a la espera de la celebración de la audiencia de debate.

Estos datos darían cuenta de una particular tendencia refractaria, por parte de la Justicia Federal, al juzgamiento de sus ex miembros, constituyéndose así en uno de los sectores de la sociedad civil en el que más demoró en llegar el foco crítico –en aras de una eventual persecución y juzgamiento en sede penal– por la participación que les cupo durante aquel régimen dictatorial.

Con todo, este trabajo busca dar cuenta de algunos hitos en el camino que condujo a la justicia a poner en crisis la actuación de miembros del Poder Judicial durante los años del terrorismo de Estado. En ese sentido, se destacan importantes antecedentes legales –la Ley N° 25779– y jurisprudenciales –los fallos “Arancibia Clavel”, “Simón” y “Mazzeo”–, así como medidas institucionales⁵, que dieron impulso y promoción a los procesos.

Con posterioridad a este desarrollo, Prado pone el foco en los diferentes criterios jurídicos que sustentaron las declaraciones de responsabilidad penal a funcionarios judiciales, en el marco de la obligación convencional asumida por el Estado argentino de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las violaciones de derechos humanos, entre ellas, los crímenes de lesa humanidad.

Así, y en un sentido similar a lo que expuso Peralta, distingue dos grupos de casos: i) aquellos en los que se atribuyó responsabilidad penal por participación en los crímenes cometidos por los perpetradores directos o mediatos, y ii) aquellos en los que se atribuyó responsabilidad por delitos funcionales, bajo la idea de autonomía típica.⁶

5 Acordada N° 4/2009 de la CSJN, Acordada N° 1/2012 de la CFCEP, Resoluciones N° 73/98 y 1154/16 de la Procuración General de la Nación. En esta última resolución se subraya la necesidad de esclarecer la responsabilidad de civiles (funcionarios judiciales y empresarios, entre otros) así como de avanzar en el juzgamiento de delitos sexuales y económicos.

6 En el primer grupo, analizó las condenas a Víctor Hermes Brusa (en tres juicios distintos resueltos en Santa Fe), Gustavo Modesto Demarchi (Mar del Plata), Otilio Ireneo Roque Romano, Luis Francisco Miret Clapés, Guillermo Max Petra Recabarren y Rolando Evaristo Carrizo Elst (Mendoza), Eduardo Francisco Allende (San Luis) y Ricardo Lona (Salta). En el segundo grupo, la autora consideró los casos de Manlio Torcuato Martínez (Tucumán, primer funcionario judicial condenado en el país por su actuación como juez durante la última

En definitiva, este artículo pone en evidencia que el lento y dificultoso avance de los procesos de enjuiciamiento de delitos de lesa humanidad cometidos en Argentina en el marco del terrorismo de Estado lo fue (y sigue siendo) aún más en el caso de los cometidos por funcionarios judiciales.

De esta forma, se observan procesos tardíos –la mayoría, concentrados en los últimos cinco años, siendo que los juzgamientos por estos delitos se iniciaron en el año 2006, muchos de ellos con sentencias recientes y, en general, no firmes aún–, enfoques jurídicos heterogéneos –en ausencia de políticas institucionales consolidadas y criterios acusatorios uniformes– y, en el peor de los casos, ciertas actitudes corporativas del propio Poder Judicial, de cara al juzgamiento a ex miembros del mismo poder. Todo lo cual coadyuva a que la impunidad biológica⁷ se imponga sobre el derecho a la verdad.

El séptimo artículo, “La participación de civiles en los crímenes de derecho internacional en los casos juzgados en Argentina entre 2006-2016”, por Aída Tarditti y Laura Crocchia, cierra el compendio con el análisis de los datos producidos a partir de una investigación exploratoria descriptiva en base a ciertas sentencias dictadas por los tribunales argentinos durante aproximadamente una década (2006-2016), en las que se condenaron a partícipes civiles, indagando su perfil sociodemográfico y delictivo.

El estudio tomó como base 52 sentencias condenatorias y extrajo datos sociodemográficos que permitieron construir un perfil aproximado de los partícipes civiles, de las fuerzas de seguridad y de las víctimas. Además, a través de la recopilación de datos jurídicos de las mismas fuentes, se pudieron describir las especificidades jurídicas involucradas en el juzgamiento de los casos, como ser argumentos de derecho nacional e internacional, participación adjudicada, delitos imputados, clases y montos de penas, entre otras.

Sin ánimos de incurrir en comentarios de tinte homologatorio –porque esta producción, en sí misma, evidencia su significación con su sola lectura–, creo que es importante resaltar la importancia de trabajos como este por múltiples razones.

En primer lugar, por las cuestiones a las cuales se busca dar alguna respuesta, tan críticas en cuanto a su entidad en el marco del período más oscuro de la historia de nuestra Nación, como pendientes en su tratamiento público. Si bien ya desde hace cierto tiempo que los diversos activismos de derechos humanos resaltan los componentes cívico, eclesiástico y económico del último período dictatorial, la reconstrucción de los aportes efectuados por cada uno de esos sectores no militares, las respectivas implicancias y responsabilidades continúan bajo un manto de incertidumbre, de recapitulación, de reflexión y hasta en algunos casos se trata de territorios inexplorados.

En segundo lugar, por la amplitud de temas y enfoques. Lejos de pretender constituirse en un instrumento de carácter enciclopédico, se distingue un hilo conductor, una continuidad, que dan sentido a una visión transversal de las problemáticas. Además, el elemento interdisciplinario se traduce en insu-

dictadura), Roberto Catalán (La Rioja), Luis María Vera Candiotti (Santa Fe), Miguel Ángel Puga y Antonio Sebastián Cornejo (Córdoba) y Domingo José Mazzoni (Resistencia).

7 Prado expone que, a marzo de 2020, 3.315 personas habían sido imputadas, de las cuales 639 (es decir, aproximadamente un 20%) fallecieron durante el transcurso de la investigación.

mos para múltiples abordajes y cada texto en sí mismo puede propiciar la profundización de aspectos que todavía se mantienen en un estadio de reciente investigación y desarrollo.

El desarrollo de recursos como este compendio puede pensarse como un importante logro en el avance de los procesos de Memoria, Verdad y Justicia. Pero también es una evidencia indubitable de todo lo que todavía falta.

Reseña del libro

Sistema penal y derechos humanos. Interpelaciones al poder

Cóppola, P. y Crisafulli, L. (dirs.) (2022).

Sistema penal y derechos humanos. Interpelaciones al poder. Buenos Aires: Editores del Sur.

Por Horacio Javier Etchichury¹

1. Una convergencia plural, un eje en debate

Aquí me propongo invitar a leer el libro *Sistema penal y derechos humanos. Interpelaciones al poder* (Editores del Sur, 2022), una obra colectiva en la que convergen disciplinas, generaciones y enfoques en torno a una institución de indudable relevancia en nuestro debate público y político.

Dirigido por Patricia Cópola y Lucas Crisafulli, este volumen reúne –tras un prólogo de Alejandro Slokar y una introducción de los directores– trece capítulos, aportados por E. Raúl Zaffaroni, José I. Caffèratta Nores, Alberto Binder, Claudia Cesaroni, Silvina Ramírez, Jorge Perano, Lyllan Luque, Sebastián A. Rey, Cristián Fatauros, Pedro A. Barreix, Lucía Y. Lucero, Matilde L. Ambort y Agustina Mozzoni, además de dos capítulos escritos por quienes coordinan la obra.

Se trata –en estos párrafos– de una invitación a adentrarse en este libro, a detener los pasos y abrir el tiempo para su lectura. Es que resultaría imposible reseñar, de manera apropiada y profunda, el contenido de cada uno de los trece capítulos, que ofrecen –en conjunto– una plataforma novedosa para acercarse al sistema penal argentino bajo una perspectiva especial: la de los derechos humanos.

¹ Abogado (UNC). Licenciado en Comunicación Social (UNC). Master of Laws (Yale Law School). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor en la Facultad de Derecho y en la Facultad de Filosofía y Humanidades (UNC). Investigador Adjunto del CONICET. Director del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES).

Por la generosidad de sus directores, participé en la presentación de esta obra cuando todavía estaba fresca la tinta de sus páginas. En un gran salón de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba –en torno a sillones y cuadros que reflejan la historia de tres o cuatro siglos– traté de contagiar a quienes allí estaban con el entusiasmo que me generó la obra. Aunque sea quizá más difícil, intento aquí hacer lo mismo a través de la palabra escrita.

2. ¿Por qué leer este libro?

En primer lugar, porque aborda un eje crucial: la tensión entre sistema penal y derechos humanos. Desde perspectivas ancladas en disciplinas e historias diversas, los capítulos nos llevan a contemplar –a veces desde un mirador panorámico, otras a nivel de calle– cómo entran en conflicto uno o más derechos humanos sostenidos y ratificados por el Estado, por una parte, y el entramado penal y penitenciario de ese mismo Estado, por la otra; siempre en una clave histórica, local, concreta.

Los textos estudian la violencia que ejerce el Estado: desde la rotulada como legítima –presentada como instrumento para evitar la violencia sobre los sectores más débiles– hasta la brutal, ilegal e irracional que también se aplica sobre esos mismos sectores, ya sea para proteger privilegios o sostener apropiaciones originarias, o respaldar –incluso por omisión– la violencia privada ejercida sobre las víctimas de las exclusiones múltiples.

Al leer las sucesivas contribuciones, podemos conectar distintas manifestaciones de esa violencia estatal. El texto nos muestra las líneas que las unen, encadenando climas ideológicos, marcos jurídicos y prácticas institucionales: todo ello se combina hasta convertirse en una imposición de fuerza sobre una o más personas que habitan nuestro suelo.

Pero no se trata de un relevamiento o una mera cartografía de la violencia estatal por acción u omisión. El libro se propone tomar a los derechos humanos como la clave analítica en lo jurídico y en lo ético. Pronuncia las preguntas sobre las vías para regular, controlar o erradicar, según corresponda, esa imposición del dolor.

Esta búsqueda abre diferentes perspectivas –disciplinarias, geográficas, temporales– para contribuir a la desnaturalización del ejercicio de la fuerza estatal y a la comprensión cada vez más profunda del paradigma de derechos humanos. Arrojar luz sobre esta violencia, explicar su raíz histórica, examinar su legitimidad política y jurídica: estas son algunas de las líneas que ofrece la obra.

Por eso brilla de manera tan familiar –en la puerta de entrada al volumen– la dedicatoria a la memoria de Osvaldo Bayer (1927-2018). No se trata solo de un reconocimiento, sino también de la vocación por inscribirse en la línea de un autor que abrió caminos amplios de emancipación mostrando cómo y por qué el Estado argentino había ejercido su violencia contra las disidencias, las organizaciones contestatarias, los pueblos indígenas, las fuerzas del trabajo.

Desde sus trabajos tempranos sobre el anarquismo, la represión en la Patagonia, y hasta el juicio por el hundimiento de una torpedera de la Armada en 1892, Bayer iluminó las múltiples formas de la violencia y el encubrimiento perpetrados por quienes controlan las instituciones. Y también nos dio muestras de cómo indagarlas.

En segundo lugar, invito a leer este libro porque se origina en un hecho afortunado: la concepción y desarrollo de un seminario destinado a estudiantes de la carrera de abogacía en una facultad pública, atravesada por una larga historia que, sin embargo, no alcanzó para incorporar a los derechos humanos como una materia del plan de estudios, reformado por última vez en el año 2000.

Ese seminario, conducido por los directores del libro, se propone como interdisciplinario: es una iniciativa consciente de la necesidad de abordar el derecho con más de una perspectiva, con más de un conjunto de supuestos epistemológicos y pautas metodológicas.

Además, el seminario y este libro confirman que los derechos humanos tienen especificidad, como señalan los coordinadores del libro: no basta aludir a ellos en algunas de las otras ramas “tradicionales” (derecho constitucional, derecho público provincial, derecho internacional público). Es necesario plantear –y sostener– espacios pedagógicos definidos.

Una razón más: se trata de un volumen que refleja una convocatoria intergeneracional y esperanzada. Por una parte, el libro se vuelve un punto de encuentro para estudiosos y estudiosas con trayectorias de distinta duración, atravesadas por experiencias históricas diferentes. La democracia consolidada, la normalidad universitaria de los últimos 40 años, se reflejan en esta posibilidad: la de la reunión de vidas académicas, de generaciones que reciben, desarrollan y cuestionan los legados.

También es una convergencia esperanzada, al menos como yo la veo. En tanto propuesta pedagógica, expresa una visión con la que no puedo más que identificarme. Es una contribución importante a la tarea y la práctica que diferentes integrantes de la Facultad de Derecho (de Córdoba, pero se sabe que el fenómeno se repite en cada universidad) llevan adelante desde hace años: convocar a la crítica, a la capacidad de reflexión, al reconocimiento de los términos con los que nombrar lo que el libro analiza, o a la creación de otros nuevos cuando ellos ya no basten.

La esperanza consiste en que esta permanente puesta en crisis de lo que cada generación pudo escribir o pensar sirva para generar mejores ideas y prácticas: que lleve al derecho a su misión emancipadora.

3. Desde las teorías hasta las violencias cotidianas

En una visión más detallada, invito a leer este libro porque nos conduce a través de diversos núcleos temáticos: desde la reflexión teórica e histórica profunda sobre los derechos humanos, su evolución y sus posibles justificaciones hasta el debate sobre cuestiones procesales y casos específicos de abuso, pasando por la reflexión sobre la manipulación del derecho, los desafíos del pluralismo jurídico y el control de la violencia institucional, entre otras ideas centrales.

La historia de los derechos humanos se presenta en estas páginas como una lucha, tanto en el escenario global (retomando el título de la obra de Rudolf von Ihering) como en la trabajosa construcción de nuestros procesos de Memoria, Verdad y Justicia. Se profundiza en ellos para seguir dando a conocer en la sociedad lo que las causas de lesa humanidad van revelando a lo largo de las audiencias y a través de la documentación.

Cada avance consolida el Estado democrático, cada testimonio nos recuerda la importancia de no naturalizar los derechos conquistados hasta hoy. La organización colectiva y la educación formal e informal en derechos humanos aparecen en este volumen como claves para resolver las paradojas abiertas por la relación entre sistema penal y derechos humanos.

El debate en torno a la justificación teórica de estos derechos se relanza leyendo de manera conjunta y paralela las propuestas de Carlos Nino y de Boaventura de Sousa Santos, separadas por algunas décadas y vivas en nuestros debates de hoy. La noción –propuesta por Santos– de una “incompletitud recíproca” entre las sociedades actuales ofrece una visión prometedora para fundar una propuesta de diálogo. Otra reflexión se funda, en cambio, en la invitación de Charles Beitz para que abordemos los derechos humanos a partir de la práctica y del rol que cumplen en la esfera internacional.

Por otra parte, la posibilidad de una creciente y nociva manipulación del derecho se examina –atendiendo a procesos políticos recientes– a fin de identificar el paso desde un “derecho constitucional de autor”, aplicable según de quién se trate, hacia un “derecho constitucional del enemigo”, instrumentado como barrera de exclusión política, echando mano al sistema penal.

Precisamente, los límites de este sistema penal –tal como lo hemos construido en nuestro tiempo– se exploran a partir de la teoría compositiva, en la que la pena clásica se resignifica como parte de un arco más amplio de medidas –penales, civiles, administrativas– orientadas a la reparación, integral y no solo punitiva. También hay espacio para plantear una pregunta todavía más profunda: ¿por qué debemos compensar los daños? Esa es la pregunta para justificar el castigo, más allá de su intensidad.

La cuestión carcelaria se analiza, además, a partir de una noción reveladora: la politicidad. Lejos de “naturalizar” a la cárcel, en este libro se rescata su origen en una sucesión de decisiones para la vida en común. Se repasa el sentido histórico del ámbito penitenciario, su perfil actual (a partir de datos) y su vínculo con el sistema de derechos humanos, especialmente los anclados en fuentes internacionales.

Además de aproximaciones amplias, el libro nos lleva a conocer problemas urgentes, casos concretos. Los desafíos para la defensa penal planteados por la adopción de procedimientos totalmente digitales merecen un estudio detenido. A su turno, la situación de las personas adolescentes sometidas a la ley penal y al sistema carcelario se analiza a partir de las decisiones del sistema interamericano, donde nuestro país debió rendir cuentas por la muerte de jóvenes encarcelados. La adecuación normativa aparece como uno de los deberes estatales que podrán aportar a encuadrar a nuestro sistema penal en el paradigma de derechos humanos.

Las preguntas teóricas y prácticas surgidas del pluralismo jurídico se potencian en la situación de los pueblos indígenas argentinos. La propuesta de una ley de coordinación entre la justicia de los pueblos y otros estamentos judiciales se recorre a partir de las experiencias logradas en algunas de nuestras provincias.

La perspectiva de género y los derechos sociales se entrecruzan en el análisis de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ordenó pagar la Asignación Universal por Hijo y por Embarazo a las internas de una unidad penitenciaria. La oposición de las agencias estatales a esta medida nos ofrece un punto de vista privilegiado para tratar de entender el origen y sentido de la violencia aplicada sobre estas mujeres.

¿Cómo controlar esa violencia institucional? La obra revisa, en el caso de los cuerpos de seguridad, la herramienta del *Protocolo para el uso racional y legal de la fuerza*, adoptado en Córdoba en el año 2020, para llegar a describirlo como “insuficiente pero imprescindible” en el marco de publicaciones masivas que exigen más seguridad recurriendo solo a una clase de medidas, fomentando una violencia construida en capas, desde los marcos ideológicos hasta las detenciones y los controles recurrentes. Las mismas inquietudes aparecen en el examen crítico de los casos de gatillo fácil de la policía cordobesa durante las medidas de restricción de circulación adoptadas frente a la pandemia.

4. La crítica, un antídoto contra la violencia naturalizada

Hasta aquí algunas de las razones para leer esta obra. Algunas remiten a su diseño; otras, a sus autorías y contenidos. La idea central, creo, es que la lectura de una obra como *Sistema penal y derechos humanos. Interpelaciones al poder* nos da la posibilidad y el desafío de llevar adelante esa misma interpelación tanto al sistema como a nuestras propias ideas, concebidas –tal como nos enseñaron Jürgen Habermas y Paulo Freire– en condiciones de dominación, sostenida incluso a través de la violencia estatal.

Recorrer estas páginas nos pone frente a aquellas formas de violencia que nos resultan, en principio, ininteligibles o incomprensibles, difíciles de aceptar bajo las concepciones que hemos aprendido sobre el Estado y el derecho. Se trata de las “situaciones límite”, de acuerdo con la expresión de Karl Jaspers: se presentan tan dolorosas como infranqueables.

Allí es donde la convergencia de ideas, perspectivas y disciplinas ofrece una clave de salida: la crítica. Ella es la que nos permite –nuevamente, en la perspectiva de Freire y Habermas– reconocer a tales situaciones como meramente históricas; esto es, sujetas a cambio. La crítica, construida a partir de aportes plurales y en debate reflexivo, echa la luz necesaria para distinguir lo natural de lo modificable, lo político, lo que –en definitiva– puede ser de otra manera. La cárcel, la pena, el abuso o la manipulación jurídica, la fuerza ejercida sin control o sin alma: todo ello forma parte del encuadre histórico, construido, consolidado pero abierto. Enfrentar lo inentendible conduce a su superación a través de la acción colectiva. Allí reside el potencial de la reflexión a la que apuesta esta obra. Nos toca a quienes la leemos hacer nuestro aporte a la labor emancipatoria, la que permite dejar atrás la violencia injusta.

Reseña del libro *Decisiones ante el final de la vida. La autonomía personal frente a la proximidad de la muerte*

Ciruzzi, M. S. (2022). *Decisiones ante el final de la vida. La autonomía personal frente a la proximidad de la muerte*. Buenos Aires: Astrea.

Por Eulalia Lascar¹

Desde la introducción de la obra que aquí se reseña, y a lo largo de toda ella, se advierte un análisis reflexivo y profundo sobre las relaciones entre la medicina y el derecho, específicamente en el contexto de la limitación de soporte vital y las cuestiones bioéticas que surgen en torno a la toma de decisiones al final de la vida.

El texto destaca la complejidad de conciliar los avances tecnológicos de la medicina con la necesidad de proteger los derechos individuales y evitar el encarnizamiento terapéutico.

Se menciona la existencia de casos emblemáticos en el derecho comparado que han generado debate en torno a estos temas y se plantean interrogantes clave sobre la eutanasia, el suicidio asistido, la limitación de hidratación y alimentación artificial, y cómo abordar estas cuestiones desde una perspectiva legal y bioética.

¹ Médica (UBA). Especialista en Pediatría y en Medicina Paliativa Pediátrica. Maestranda en Medicina Paliativa. Directora del Servicio de Cuidados Paliativos Pediátricos del “Hospital General de Niños Dr. Ricardo Gutiérrez”. Miembro fundadora de la Asociación Argentina de Medicina y Cuidados Paliativos. Miembro del Comité Revisor de Guías de Diagnóstico, Procedimientos y Tratamientos en Cuidados Paliativos del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. Miembro Consultora del Instituto Nacional del Cáncer. Ganadora del Premio “Swarovsky Clover 2005” por su contribución humana y profesional hacia la comunidad. Presidenta de la “Fundación Pequeños Peregrinos”.

Se promueve el abordaje de estos temas con una visión clara y respetuosa de los derechos humanos y los principios constitucionales, para proponer normas o guías de actuación que ayuden a evitar que estas cuestiones terminen en disputas judiciales innecesarias, preservando siempre el bienestar emocional tanto del paciente como de los profesionales de la salud.

De un modo sólido y efectivo, la obra invita al lector a reflexionar sobre las complejas intersecciones entre la medicina y el derecho en situaciones complejas de fin de vida.

En el capítulo I, “La medicina al final de la vida”, se abordan diversas perspectivas sobre la salud, la enfermedad, la muerte y el proceso de morir. Se destaca la evolución del concepto de salud, incorporando aspectos sociales y culturales, así como la importancia de los derechos humanos en el cuidado del paciente.

El texto nos propone reflexionar sobre cómo vivimos bajo la sombra de la muerte y cómo la medicina moderna ha permitido prolongar la vida, pero también ha planteado dilemas éticos sobre la muerte digna. Se discuten situaciones clínicas complejas como la muerte cerebral, el coma y el estado vegetativo, donde la calidad de vida y los valores del paciente son fundamentales para la toma de decisiones.

Además, se enfatiza la necesidad de un enfoque centrado en la persona, respetando sus derechos y preferencias en el final de la vida. Se menciona la importancia de considerar la dignidad y el bienestar del paciente en las decisiones médicas, especialmente en medicina perinatal.

En resumen, se plantean desafíos éticos y morales en la toma de decisiones, destacando la necesidad de un enfoque compasivo y centrado en el paciente.

En el segundo capítulo se aborda el concepto de *dignidad* como un principio rector que implica valorar, honrar y respetar a cada ser humano como un fin en sí mismo. Se destaca que la dignidad es un valor objetivo e intrínseco del ser humano y constituye el fundamento de los deberes morales y jurídicos.

El texto también analiza la relación entre dignidad y libertad, afirmando que la segunda es una dimensión esencial de la primera y que la relación entre deberes morales y deberes jurídicos está vinculada a esta dignidad. Tratar a una persona con dignidad implica respetar su libertad y considerarla como un fin en sí misma.

Es muy interesante el planteo sobre el concepto de “dignidad” que es profundamente ambiguo y utilizado –tanto en contextos clínicos como en la vida cotidiana– de maneras muy distintas. Para el paciente, la idea de dignidad se relaciona con la autonomía, autodeterminación o libertad (*lato sensu*); mientras que para el médico la idea de dignidad se relaciona estrechamente con el principio de no maleficencia o con el imperativo de aliviar todas las formas de dolor.

Ambas formas de entender la dignidad no son necesariamente excluyentes, pero pueden llevar a consecuencias incompatibles en el terreno de la praxis asistencial.

Esta relatividad de la noción de dignidad tiene que ver con la relatividad de la noción de bien. La autora se pregunta si resulta posible consensuar un significado unívoco del término dignidad o si su

verdadera riqueza conceptual reside –justamente– en que su definición solo puede ser precisada en un aquí y ahora circunstancial y exclusivamente personal.

El texto refiere a un análisis de dos conceptos fundamentales de la dignidad humana en el contexto filosófico y jurídico: la dignidad ontológica y la dignidad ética.

Queda resonando la frase “el derecho a la vida y el derecho a morir”, dos derechos sumamente importantes que están a un paso de distancia. Se explica cada caso en particular, para comprender las distintas maneras de resolverlos; porque la complejidad es diferente, la familia es diferente, el paciente es diferente, las emociones y situaciones que se generan de acuerdo a todos estos aspectos son diferentes, y recién ahí, comprendiendo esto, es que podemos comenzar a aplicar un derecho, un concepto. La norma y el derecho se adaptan a los avances y necesidades de la sociedad. Y, por tanto, se adaptan al caso puntual de cada paciente.

La autora nos invita a reflexionar nuevamente:

para que una garantía pueda ser considerada como fundamental debe tener una estrecha relación con la dignidad como valor, principio y derecho de nuestro ordenamiento constitucional. En el caso de la muerte digna, la Sala de Revisión, al igual que la Sala Plena en la Sentencia C-239 de 1997, considera que su principal propósito es permitir que la vida no consista en la subsistencia vital de una persona sino que vaya mucho más allá. Esos aspectos adicionales son propios de un sujeto dotado de dignidad que como agente moral puede llevar a cabo su proyecto de vida. Cuando ello no sucede, las personas no viven con dignidad. Mucho más si padece de una enfermedad que le provoca intenso sufrimiento al paciente. En estos casos, ¿quién si no es la propia persona la que debe decidir cuál debería ser el futuro de su vida? ¿Por qué obligar a alguien a vivir, en contra de su voluntad, si las personas como sujetos de derecho pueden disponer ellos mismos de su propia vida? (pp. 156 y 157).

El texto aborda un tema ético complejo y controvertido: el debate sobre la legalización de prácticas relacionadas con el fin de la vida de pacientes en fin de vida, como el suicidio médicamente asistido y la eutanasia voluntaria. Se exponen diferentes perspectivas sobre este tema, incluyendo la visión del médico como proveedor de servicios guiado por los deseos del paciente o la voluntad del Estado y la importancia de mantener la solidaridad y el compromiso con el cuidado de los pacientes enfermos y debilitados.

Es muy interesante el cuestionamiento sobre si el derecho penal debería inmiscuirse en la esfera de la libertad individual de una persona cuando se trata de decisiones sobre su propia vida y si es correcto imponer la obligación de conservar la vida contra la propia voluntad del paciente. Se aborda el concepto de dignidad en la vida y la posibilidad de una muerte digna, entendida como una opción personal y autónoma.

En todo este interesantísimo capítulo la autora argumenta a favor de la autonomía y autodeterminación del paciente en decisiones relacionadas con su propia vida y muerte. Se menciona la relevancia de las directivas médicas anticipadas como un marco legal y ético para que las personas puedan tomar decisiones sobre su final de vida de acuerdo con sus propios valores.

En síntesis, se destaca la necesidad de un enfoque multidisciplinario y ético para abordar las decisiones al final de la vida, reconociendo el papel crucial de la medicina, la ética y el derecho en este contexto. Es un tema delicado y complejo que requiere una discusión amplia y abierta en la sociedad para encontrar soluciones que respeten la dignidad y los derechos de los pacientes.

El capítulo denominado “El proceso de toma de decisiones al final de la vida” comienza advirtiendo que tomar decisiones nunca es sencillo debido a la multiplicidad de factores involucrados y la subjetividad que conlleva.

Nuevamente se focaliza en la importancia de la autonomía del paciente en el proceso de toma de decisiones, especialmente en situaciones de enfermedad avanzada y de fin de vida.

Se aborda un tema tan consultado como la cuestión de la competencia bioética en menores de edad, enfatizándose que, aunque no tienen capacidad legal plena, pueden tener competencia para tomar decisiones sobre su salud en ciertos casos. Se menciona que el Código Civil y Comercial de la Nación ha establecido la figura del “menor maduro” y ha reconocido la capacidad médica plena a partir de los 16 años. Se sugiere que la competencia bioética debería evaluarse de manera más flexible, considerando la madurez individual de cada paciente, criticándose el enfoque basado en categorías de edad.

Se analiza la Resolución N° 65/15 del Ministerio de Salud de la Nación, en la que se establecen pautas hermenéuticas para reconocer la autonomía progresiva en niños y adolescentes en el contexto de decisiones médicas, considerando el “mejor interés” del niño y su competencia para tomar decisiones. También enfatiza la importancia de involucrar a los padres y profesionales de la salud en el proceso, mientras se respeta la capacidad de decisión del niño o adolescente.

La Convención de los Derechos del Niño establece el principio del “mejor interés” del niño como la norma rectora en todas las cuestiones que afectan a un niño. Este principio implica salvaguardar su dignidad como persona y tomar en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

La capacidad del paciente pediátrico para tomar decisiones médicas se basa en su capacidad de comprender la información sobre su enfermedad y tener un nivel de razonamiento que le permita prever riesgos y consecuencias. La evaluación de la capacidad debe ser específica para cada decisión médica y puede fluctuar en el tiempo.

El proceso de toma de decisiones en pediatría debe ser un esfuerzo conjunto en el que se consideren las preferencias y opiniones del paciente pediátrico, respetando su dignidad y autonomía, y promoviendo un diálogo abierto y comprensivo entre todos los actores involucrados. Esto garantiza un enfoque ético y humano en la atención.

En el caso de pacientes adultos incompetentes, el consentimiento subrogado o por representación es necesario para tomar decisiones médicas en su nombre. Se debe considerar la voluntad expresada previamente, si es posible conocerla, y el “mejor interés” del paciente.

Cuando no es posible conocer su voluntad se debe tomar en consideración los valores y convicciones que tenía cuando era capaz, así como el beneficio y los riesgos de los tratamientos propuestos.

El texto aborda la divergencia de opiniones que puede surgir entre médicos, pacientes y padres en el ámbito de la relación médica y la resolución de conflictos. Se menciona la importancia de los comités de ética para analizar y evaluar las situaciones complicadas y ayudar en la toma de decisiones cuando hay conflictos.

Las directivas médicas anticipadas, también conocidas como testamento vital o voluntad vital, son una herramienta legal que permite a las personas expresar sus preferencias y decisiones sobre el cuidado y tratamiento de su salud en situaciones futuras en las que no puedan comunicarse o expresar sus deseos por sí mismas. Estas directivas son importantes porque permiten que la voluntad del paciente se respete y se tenga en cuenta incluso cuando ya no pueda tomar decisiones por sí mismo.

El capítulo concluye enfocándose en los desafíos específicos que presenta el proceso de toma de decisiones al final de la vida en pediatría y en cómo encontrar un equilibrio entre el paternalismo médico, la autonomía del paciente pediátrico y el ejercicio de la responsabilidad parental.

El siguiente apartado aborda el tema de los determinantes externos e internos que influyen en el proceso de toma de decisiones médicas al final de la vida, centrándose particularmente en el temor legal y la medicina defensiva –una práctica en la cual los médicos realizan procedimientos innecesarios o excesivos para evitar demandas legales, lo que no siempre beneficia a los pacientes y aumenta los costos de la atención médica–.

El abordaje jurídico de la medicina defensiva se discute con respecto a la responsabilidad y culpabilidad en la práctica médica. Se argumenta que el sistema legal tiene su propia lógica y se reflexiona sobre cómo el cambio en el lenguaje y la forma de racionalizar el derecho podría ser beneficioso. El texto también destaca la incertidumbre inherente a la actividad médica, que se basa en conocimientos en constante evolución y actúa sobre la base de probabilidades. Se enfatiza que no todo error médico constituye una acción negligente y que el derecho penal no debe interferir en el ámbito de la *lex artis* de la medicina.

El estudio realizado entre el Comité de Ética del Hospital de Pediatría Prof. Dr. Juan P. Garrahan y el Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho (UBA) señala que el temor legal puede llevar a un encarnizamiento terapéutico o, por otro lado, a una limitación inadecuada del soporte vital. También puede disminuir la comunicación y la participación adecuada de las familias en dichas decisiones. A pesar de existir fundamentos bioéticos, médicos y jurídicos que respaldan estas decisiones, el temor legal persiste entre los profesionales de la salud.

El texto aborda la cuestión de la objeción de conciencia del personal de salud en el ámbito de la atención médica, especialmente en situaciones donde las decisiones pueden generar conflictos éticos o morales. Se recomienda que los médicos informen adecuadamente a los pacientes sobre su estado de salud, el tratamiento propuesto y todas las circunstancias relevantes que puedan influir en su decisión.

El Estado tiene la obligación de garantizar a sus ciudadanos la posibilidad de desarrollar su propio proyecto de vida, siempre que esto no interfiera con los derechos de terceros. En el contexto de la atención médica, esto implica permitir que los pacientes tomen decisiones informadas sobre su propia salud y bienestar.

Se destaca también la importancia de los comités hospitalarios de ética para guiar y acompañar en la resolución de conflictos éticos en la relación médico-paciente. Su función es ayudar a encontrar decisiones que respeten la dignidad del paciente y su derecho a decidir sobre el propio final de la vida. Las decisiones personalísimas sobre la vida y la muerte deben respetarse dentro del marco de licitud y legitimidad reconocido por la ley. Se menciona que el derecho no debe resolver controversias científicas, sino acompañar la toma de decisiones desde una distancia prudente. La toma de decisiones en el ámbito médico debe ser consensuada entre los actores involucrados, respetando la autonomía del paciente.

Desde su título, el quinto capítulo señala el carácter interdisciplinario de la bioética, como un lugar de encuentro entre medicina, derecho y filosofía. Su objetivo es desentrañar los valores morales presentes en la actividad médica y analizar el binomio salud/enfermedad de manera holística, considerando al paciente no solo como un enfermo, sino como una persona que experimenta una enfermedad.

La autora enfatiza que la bioética no se limita a ser un conjunto de normas o códigos, sino que es una herramienta indispensable para ayudar a los pacientes a realizarse plenamente como personas, teniendo en cuenta sus diversas dimensiones y necesidades. No podía faltar el análisis sobre el uso adecuado y racional de los avances tecnológicos en medicina, considerando siempre los principios éticos y el bienestar integral del paciente.

La bioética se posiciona como un campo interdisciplinario que busca conciliar los avances científicos y tecnológicos con los valores morales y la protección de la dignidad humana en la asistencia médica y la investigación. Se destaca la importancia de la ética en la toma de decisiones médicas y el respeto por la autonomía del paciente, junto con la necesidad de establecer límites éticos en el desarrollo científico para salvaguardar el bienestar de la sociedad en su conjunto.

El texto pone luz sobre los comités hospitalarios de ética y su importancia en la reflexión y asesoramiento ético en la práctica clínica, especialmente en el ámbito pediátrico. En general, desempeñan un papel crucial al proporcionar orientación y asesoramiento en cuestiones éticas y morales relacionadas con la atención médica, promoviendo una toma de decisiones fundamentada y respetuosa con los derechos y el bienestar del paciente.

Llegando al final del libro, nos encontramos, felizmente, con propuestas que pueden ser comprendidas claramente a la luz del profundo análisis que se viene desarrollando a lo largo de toda la publicación.

Es importante tener en cuenta que las propuestas mencionadas son reflexiones y sugerencias desde el ámbito del derecho y la bioética para abordar cuestiones éticas y legales relacionadas con la atención médica al final de la vida, que pueden variar en diferentes contextos legales y culturales y su implementación dependerá de las políticas y regulaciones de cada país.

Al iniciar este capítulo, señala la autora:

Nuestra propuesta fundamental, y sin ahondar aún en las especificidades, consiste en reiterar la necesidad de trabajo mancomunado, conjunto, transdisciplinario, entre las distintas ciencias de la conducta humana, de manera de poder diseñar protocolos de actuación que permitan guiar y acompañar la toma de decisiones al final de la vida. Es por ello, que solo nos limitaremos a hacer algunos aportes desde el campo del derecho y de la bioética, reconociendo que estas miradas quedarán truncas si no sentamos a la mesa al equipo de salud en su totalidad, a las instituciones de salud y a las sociedades científicas (p. 265).

Por ende, presenta tres propuestas:

1. Legalización de la eutanasia y el suicidio asistido: sugiere que, en ciertos casos, la eutanasia y el suicidio asistido deberían ser considerados legales si se cumplen ciertos parámetros, como la solicitud voluntaria del paciente, la presencia de un padecimiento grave e incurable y el sufrimiento intolerable del paciente, entre otros. Sin embargo, la legalización de estas prácticas es un tema altamente controvertido y varía significativamente en diferentes países y culturas. Algunas naciones han legalizado la eutanasia y el suicidio asistido bajo ciertas condiciones, mientras que otras las prohíben por completo.

2. Adecuación del esfuerzo terapéutico: refiere a la importancia de adecuar los tratamientos médicos a pacientes en final de vida y de avanzada edad hacia enfoques paliativos y de cuidados de confort, evitando tratamientos invasivos y agresivos que puedan prolongar innecesariamente el sufrimiento. La implementación de este enfoque dependerá de la legislación y políticas de atención médica en cada país, así como de las preferencias y decisiones de los pacientes y sus familias.

3. Diseño de procesos de muerte: se centra en la importancia de diseñar cuidadosamente el proceso de muerte de un paciente, en el cual se respeten los deseos del paciente y la familia, brindando un ambiente de confort y dignidad en los momentos finales de vida. Esto implica la consideración de aspectos prácticos y emocionales, así como la comunicación abierta y la participación activa de los pacientes y sus seres queridos en las decisiones sobre el proceso de muerte.

Es esencial reconocer que la atención médica al final de la vida es un tema complejo y cada caso es único. La bioética y el derecho juegan un papel fundamental en proporcionar un marco ético y legal para guiar las decisiones médicas en estas situaciones, pero también es crucial tener en cuenta los valores y creencias culturales de los pacientes y sus familias. La colaboración multidisciplinaria entre profesionales de la salud, bioeticistas, juristas y expertos en ciencias sociales es esencial para abordar

adecuadamente estas cuestiones y asegurar que los pacientes reciban la atención respetuosa y compasiva que merecen al final de su vida.

El consenso elaborado por la Sociedad Argentina de Pediatría y las pautas contempladas por la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva abordan temas relacionados con la atención de pacientes críticos, decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico y la importancia de la educación y planificación anticipada de decisiones en el contexto de la atención al final de la vida.

En el texto se describen detalladamente dichos consensos, que coinciden en la importancia de respetar la dignidad del paciente, involucrar a la familia en el proceso de toma de decisiones y proporcionar cuidados paliativos cuando los tratamientos curativos ya no son efectivos. También subrayan la necesidad de educación en medicina para abordar estas cuestiones de manera adecuada.

Debe siempre recordarse que el médico no puede imponer sus creencias y valores al paciente o a su familia. Son los principios y valores personales y culturales de estos los que deben primar en el análisis que se efectúa de aquello que resulte mejor para el paciente. Solo cuando verdaderamente atenten de manera irrazonable contra la salud o la vida del niño podrán ser desafiados en los estrados judiciales.

Más adelante se detalla la planificación anticipada de cuidados al final de la vida para niños y adolescentes. Es un proceso importante y complejo que involucra a diferentes actores, incluyendo al personal sanitario, los padres, el paciente, la familia y otros afectos cercanos.

El plan debe girar en torno a cinco deseos fundamentales del niño o adolescente, que incluyen: quién debe tomar decisiones sobre su cuidado, el tipo de tratamiento médico deseado o no deseado, el nivel de confort y comodidad deseado, cómo desea ser tratado por las personas y qué desea que sus afectos conozcan.

El plan debe contemplar distintas situaciones, como deseos y preferencias mientras la calidad de vida sea aceptable, deseos y preferencias cuando la calidad de vida disminuya, deseos y preferencias en situaciones de agudización amenazante para la vida y deseos y preferencias en caso de fallecimiento.

Se deben considerar aspectos como tratamientos médicos, cuidados en el hogar o en el hospital, preferencias sobre quién debe estar a su lado en momentos críticos, preferencias sobre el lugar del fallecimiento, disposiciones respecto al cuerpo, donación de órganos, entre otros.

Consideraciones en la planificación de los cuidados al final de la vida:

- Ofrecer información clara y precisa.
- Actuación de un equipo interdisciplinario.
- Continuidad de los cuidados.
- Discusión sobre limitación de las intervenciones médicas.
- Revisión sobre las tecnologías e “invasiones” necesarias para mantener una calidad de vida aceptable.

- Provisión de un adecuado control de síntomas en el final de la vida.
- Suspensión del sostén vital frente a falta de beneficios en la calidad de vida.
- Cuidados centrados en el paciente y la familia.
- Asegurar los cuidados a la familia durante el proceso de la enfermedad y el duelo.
- Determinar el interlocutor: paciente, subrogante y equipo de salud.
- Registrar todo el proceso en la historia clínica.

El capítulo final de la obra detalla las conclusiones de la autora. Comienza con una emotiva cita de una plegaria indígena, que me permito copiar y que aborda la idea de que la muerte no es el final y que la persona sigue existiendo en diferentes formas, como expresa esta bella plegaria indígena, que un día nos compartió

No te acerques a mi tumba sollozando./No estoy allí. No duermo ahí./Soy como mil vientos soplando./ Soy como un diamante en la nieve, brillando./Soy la luz del sol sobre el grano dorado./Soy la lluvia gentil del otoño esperado./Cuando despiertas en la tranquila mañana,/Soy la bandada de pájaros que trina./Soy también las estrellas que titilan,/mientras cae la noche en tu ventana./Por eso, no te acerques a mi tumba sollozando./No estoy allí./Yo no morí.

Luego reflexiona sobre el concepto de dignidad en el contexto de la bioética y su importancia tanto en la ética de la investigación científica como en la ética clínica. Es la dignidad humana que se convierte en un principio rector y corrector en la toma de decisiones médicas y en el desarrollo de la investigación biomédica. La bioética redefine y redimensiona los conceptos de persona y dignidad.

La autora nos invita a celebrar el cambio de paradigma hacia un enfoque más centrado en la autonomía del paciente como un aporte novedoso de la bioética. Destaca que la dignidad implica aceptar la decisión autónoma del enfermo, incluso si sus valores y creencias difieren de los del equipo tratante. Esto representa un desafío para los profesionales médicos, acostumbrados al paternalismo en la toma de decisiones.

Señala, también, que la dignidad actúa como una barrera ante cualquier acción médica que la desconozca o viole. Por ello sostiene que solo se justificarán las acciones médicas que busquen garantizar o realizar la dignidad humana. Cuando las medidas terapéuticas aparezcan desconociendo tal principio, la negativa del propio paciente adquiere un valor superior frente a ellas.

La autonomía se presenta como un valor esencial para el ser humano, permitiéndole ser el autor de su propia vida. La capacidad de moldear nuestra propia vida y tomar decisiones coherentes y acordes

con nuestros valores es la esencia de la autonomía. Este valor se extiende a la muerte, defendiendo el derecho de cada individuo a decidir sobre su propia muerte de manera autónoma y digna.

En cuanto al proceso de toma de decisiones, el derecho debe acompañarlo, pero no imponer decisiones ni prescribir tratamientos específicos. La bioética, disciplina transdisciplinaria, proporciona un marco de referencia para tomar decisiones médicas, teniendo en cuenta los valores y derechos de todos los involucrados en la relación asistencial.

De modo muy claro la autora subraya que el derecho penal debe introspectivamente reexaminar su papel en la regulación de las decisiones al final de la vida. Su aplicación en estas situaciones resulta infructuosa debido a la complejidad y singularidad de cada caso.

El texto resalta la importancia de comprender y respetar las decisiones de los pacientes en el final de la vida, reconociendo que cada caso es único y singular.

La sociedad y los profesionales de la salud deben aprender a convivir con las consecuencias de estas decisiones y apoyar al paciente en su búsqueda de una muerte digna, o más bien, una vida digna hasta el final –en mi opinión personal–.

Se destaca también, el papel del entorno afectivo del paciente en las decisiones al final de la vida y se enfatiza la necesidad de un enfoque compasivo y respetuoso, sin juzgamientos, hacia aquellos que eligen la muerte asistida o la limitación del tratamiento.

Muy interesante es la distinción entre la muerte asistida y la vida asistida, planteándose que el debate sobre estos temas es complejo y debe considerar tanto el sufrimiento como la calidad de vida de los pacientes. La bioética se presenta como una herramienta para abordar estos dilemas y garantizar decisiones adecuadas y respetuosas.

Mientras vamos disfrutando de estos textos, advertiremos que la autora aboga por un enfoque humano y compasivo en el ámbito de la muerte y la toma de decisiones al final de la vida. Destaca la importancia de entender la muerte como parte inevitable de la vida y de respetar la autonomía de las personas en sus decisiones, siempre en busca de una muerte digna y una vida significativa.

Para finalizar, quiero mencionar que esta excelente producción científica que, seguramente, irá creciendo en prestigio y reconocimiento coincidiendo con la reciente aprobación y reglamentación de la Ley de Cuidados Paliativos, cuenta, además, con expresiones y recursos literarios que la enriquecen aún más y aumentan el placer de su lectura.

Me atrevo a sospechar que este trabajo tiene sus orígenes en la innata curiosidad infantil de la autora, en su espíritu indagador, en su avidez por la lectura y en sus ansias de conocimiento que se manifestaron desde muy pequeña. Convertida luego en una profesional premiada por diferentes universidades del mundo, generosa, abnegada y, sobre todo, comprensiva y atenta a los problemas que acucian a los más vulnerables. Sin duda, allí –en estos valores– están los gérmenes de tan valioso texto científico-literario.

Reseña del libro *Genocidio y resistencia. La destrucción de los armenios por el Imperio otomano y la búsqueda de justicia (1915-1923)*

Artinian, J. P. (2023). *Genocidio y resistencia. La destrucción de los armenios por el Imperio otomano y la búsqueda de justicia (1915-1923)*. Buenos Aires: Eudeba.

Por Carlos Federico Gaitán Hairabedian¹

.....

1. Introducción

Es un lugar común en los estudios sobre genocidio decir que el siglo XX fue la centuria en la que más personas murieron a causa de guerras y crímenes cometidos desde el Estado. Desde las masacres contra los hereros y el genocidio armenio, pasando por el Holocausto; desde dos guerras mundiales hasta los crímenes cometidos en Ruanda, Yugoslavia, Camboya, Sudán, Medio Oriente y el auge del terrorismo internacional, hasta las guerras preventivas y los nacionalismos conservadores.

En lo que va del siglo XXI hemos presenciado un resurgimiento significativo de los movimientos nacionalistas en todo el mundo, con consecuencias que afectan la estabilidad de las democracias occidentales y la plena vigencia de los derechos humanos. No hay dudas de que el siglo XX ha sido un siglo de grandes conflictos. Coincidió con Zaffaroni (2012: 25), quien definió a este siglo como el de los homicidios estatales.

¹ Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal (UTDT). Master in Law (LL.M) en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (Washington College of Law, American University). Visiting Scholar del Center for the Study of Genocide and Human Rights (Rutgers University). Miembro del Corporate Board de Zoryan Institute. Docente de Derechos Humanos y Garantías (UBA).

Este fenómeno no es ajeno a Turquía, donde la intersección entre nacionalismo y política ha tomado un papel protagónico en la configuración del paisaje político en la región del Cáucaso, desde el Imperio otomano y los jóvenes turcos hasta la república moderna de hoy.

La constitución de una identidad turco-musulmana y la identificación de “enemigos internos” como aquellos grupos que recientemente han sufrido persecuciones y violencia por su condición étnico-religiosa² me lleva a pensar cómo la sociedad turca interiorizó las formas más extremas de violencia política (genocidio y su negación) que andan circulando en la sociedad durante más de un siglo, como actos legítimos (Astourian y Kévorkian, 2020: 3-7).

A la luz de la política internacional actual surgen algunas preguntas, al menos para mí, inquietantes. ¿Por qué las potencias mundiales continúan permitiendo la violencia y las graves violaciones a los derechos humanos? ¿Cómo las grandes potencias predicán el cumplimiento efectivo de los derechos humanos mientras al mismo tiempo perdonan, permiten o ignoran la violencia basada en identidad contra civiles en Gaza, Israel, Ucrania, Rusia, Artsak, Turquía y Azerbaiyán, entre otros? ¿Qué efectos tiene la impunidad, la negación y el olvido en el comportamiento de líderes y regímenes autoritarios en esa región?

Mientras Turquía quiere mostrarse como una democracia importante en Medio Oriente, aliada confiable de Occidente y de la OTAN, el historiador graduado con un PhD en la State University of New York, Prof. Juan Pablo Artinian, nos presenta *Genocidio y Resistencia. La destrucción de los armenios por el Imperio otomano y la búsqueda de justicia (1915-1923)*, una producción intelectual que despierta la atención acerca del pasado violento de Turquía (Imperio otomano) y la planificación, ejecución y posterior negación de lo que se conoce como “genocidio armenio”.

Aunque este proceso genocida haya sido llevado a cabo también contra otras minorías cristianas, este libro nos lleva a reflexionar si la negación permanente y la impunidad fomentan la perpetuación de la violencia colectiva o si la búsqueda de verdad y justicia permite cerrar las heridas del pasado y mirar hacia adelante.

2. Contexto

Desde hace varios años en Sudamérica, y particularmente en Argentina, ha surgido una generación nueva de especialistas, estudiosos y activistas en lo que se conoce en la academia norteamericana y europea como “estudios interdisciplinarios sobre genocidio” (Hinton, 2016) o *genocide studies*.

Sin duda, la experiencia local en el tratamiento de los crímenes de la última dictadura militar y los avances producidos en las últimas décadas en torno al juzgamiento de perpetradores con la reapertura de los juicios de lesa humanidad y las políticas de Memoria, Verdad y Justicia³ influyeron bastante en

² <https://www.amnesty.org/es/location/europe-and-central-asia/turkey/report-turkey/>

³ De acuerdo con la jurista egipcia de origen armenio Sèvane Garibian, “Argentina tiene como particularidad el haber experimentado –desde el amanecer inmediatamente posterior a la dictadura militar– la totalidad

la formación de especialistas, entre los que se destacan profesores y académicos reconocidos mundialmente como Daniel Feierstein, Marcelo Raffin, Daniel Rafecas, Daniel González Stier, Valeria Thus, Mariano Nagy y Alexis Papazian, entre tantos otros.

Han surgido centros de investigaciones y cátedras libres; hubo publicaciones novedosas como esta revista académica y otras producciones de EDUNPAZ; congresos internacionales como el encuentro Bienal de la International Association of Genocide Scholars en 2011 en la Universidad Tres de Febrero y los seminarios sobre Políticas de Memoria “Walter Benjamin”; así como visitas recurrentes de autoridades ejecutivas del Zoryan Institute y miembros del *board* académico del International Institute of Human Rights and Genocide Studies y del Center for the Study of Genocide and Human Rights de Rutgers University (el hogar académico en Estados Unidos de Raphael Lemkin) a cargo del Prof. Alexander Hinton.

En los últimos 20 años se ha promovido desde Argentina para el resto de América Latina una nueva generación de académicos y activistas de lo que llamamos aquí “estudios sobre genocidio y derechos humanos”, que se ha extendido también a otros países de la región.

Las producciones académicas del Prof. Heitor Loureiro sobre diáspora armenia en Brasil y del Prof. Flavio de Leao Bastos Pereira sobre genocidio indígena en Brasil o de Carlos Antaramian sobre la diáspora armenia en México son muestras claras de este desarrollo.⁴

La publicación del libro que aquí se reseña es un hito destacado en la historia de los estudios sobre genocidio en América Latina. Con esta obra de Artinian se inaugura una nueva era en la investigación académica, el estudio y la divulgación del genocidio armenio, que aborda también aspectos cruciales del pueblo armenio, como la vida, la cultura y la resistencia tanto en Armenia como en la diáspora.

Esto lo podemos observar claramente en los distintos temas que se desarrollan en cada capítulo, como, por ejemplo, la estratificación social dentro del Imperio otomano, la vida de los armenios bajo dominación persa y otomana, el asesinato de líderes comunitarios y las distintas etapas del genocidio.

No es un dato menor que este libro haya sido editado por EUDEBA, la editorial de la Universidad de Buenos Aires, que también fue la editorial que publicó el Informe de la CONADEP, Nunca Mas. La contribución que hace esta publicación a la investigación del genocidio armenio en la región es crucial y no podemos obviar el impacto que tiene en la comunidad armenia de Argentina, que se distingue

de las herramientas jurídicas conocidas en el tratamiento de violaciones masivas de derechos humanos: auto-amnistía seguida de comisión de investigación (1983), juicio penal (1985) seguido de nuevas amnistías (1986-1987), perdón presidencial (1990), derogación de las amnistías por ser consideradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia y reapertura de procedimientos penales (2005)”. Ver Garibian, S. (2014). La consagración jurídica de testigos olvidados. El juez argentino frente al genocidio armenio. *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, 92, 279-297.

4 Para más información, ver los trabajos de Heitor Loureiro *Genocídio armênio (1915-1923): massacre, deportações e expropriação*, Diálogos entre História e Direito: o conceito de genocídio e o caso armênio o *Genocidio indígena no Brasil* de Flavio de Leao Bastos Pereira, ambos docentes e investigadores de Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho y la Universidad Presbiteriana Mackenzie, respectivamente, de San Pablo, Brasil. En México ver el trabajo de Carlos Antaramian (septiembre-diciembre de 2016). Esbozo histórico del genocidio armenio. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 228, 337-364.

de tantas otras en el mundo porque ha llevado a cabo tres acciones fundamentales en busca de verdad, justicia y reparación con respecto a esta tragedia.

Por un lado, a principios de la década de 1980, se envió una comisión de juristas a Ginebra, Suiza, con ocasión de los trabajos de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en relación con el Informe Whitaker, con el objetivo de contribuir al reconocimiento internacional del genocidio armenio.⁵

Más adelante, en el ámbito legislativo, a mediados del 2000 Argentina promulgó la Ley N° 26199, que establece el 24 de abril como el Día de la Acción por la Tolerancia y Respeto entre los Pueblos. A pesar de una redacción confusa, esta ley reconoce el genocidio armenio y convoca a una jornada de reflexión en pro del “respeto a los pueblos”.

Por último, entre el año 2000 y el 2011 se destaca la construcción de un fallo judicial por el Derecho a la Verdad del Genocidio Armenio. En este proceso, Artinian, junto a otros docentes y profesores del Programa de Historia Oral de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA, como el Prof. Dr. Alejandro Schneider, nucleados en torno a la Fundación Luisa Hairabedian y muchas de las organizaciones de la diáspora armenia en Argentina, desempeñaron un papel sumamente activo que culminó en una resolución declarativa de la verdad sobre el genocidio armenio, que constituye un claro rechazo al negacionismo turco.⁶

En ese sentido, *Miradas sobre el genocidio armenio*, de Artinian y Schneider, editado por la Facultad de Filosofía y Letras en 2008, basados en entrevistas a sobrevivientes del genocidio armenio, presentado en el juicio como prueba, resulta un antecedente fundamental de la presente obra.

3. Contenido del libro

Este libro tiene una particularidad que lo hace muy atractivo. Logra sintetizar cuestiones complejas que van desde aspectos técnicos propios de los estudios historiográficos sobre genocidio, violencia política y estudios sobre memoria, hasta cuestiones relativas a las formas de representación del genocidio armenio a través del arte.

Está dividido en siete capítulos; los primeros tres tienen una orientación histórica relativa específicamente al genocidio entre 1915 y 1923 y a sus consecuencias.

En el capítulo II sobre el genocidio armenio, el autor plantea el debate académico en torno a las contribuciones del académico Vahakn Dadrian acerca de la continuidad genocida de las políticas de exterminio del sultán Abul Hamid (autor de las masacres hamidianas) con el establecimiento de la

5 Entre los destacados participantes se encontraban el Prof. Roberto Malkhassian de la Facultad de Derecho de la UBA, el jurista Dr. Leandro Despouy y el Prof. Dr. Juan Gabriel Tokatlian, titular de la Universidad Torcuato Di Tella, donde Juan Pablo Artinian imparte clases.

6 Para más información, visitar el Centro de Documentación de la Fundación Luisa Hairabedian <https://verdadjusticia.org.ar/centro-de-documentacion/>

República de Turquía en 1923 y establece los distintos puntos de vista en el debate historiográfico propio de los investigadores del Holocausto entre internacionalistas y funcionalistas.

Esta discusión es fundamental para los abogados que trabajamos sobre la responsabilidad penal de la actual República de Turquía en la planificación y ejecución del crimen de genocidio, para pensar no solo un caso de reparaciones del genocidio armenio, sino el rol de Turquía en los ataques militares de Azerbaiyán en 2020 y 2023.⁷

La capacidad del autor para explicar cuestiones tan complejas obedece al estudio profuso, detallado y sistemático de bibliografía que viene realizando sobre el tema durante los últimos veinte años. A lo largo de su carrera, fue becado por diversas instituciones, entre las que podemos destacar la beca otorgada por el Zoryan Institute y la Fundación Luisa Hairabedian para participar del Genocide and Human Rights University Program,⁸ un curso intensivo sobre genocidio y derechos humanos que se lleva a cabo todos los años en la Universidad de Toronto y se dedicó activamente a la investigación del genocidio armenio.

Se entienden así las lecturas y las citas bibliográficas a expertos considerados los investigadores principales en la temática, como el Prof. Dr. Vahakn Dadrian de origen armenio y el Prof. Dr. Taner Ackam, de origen turco.

Con referencias a las máximas autoridades de la academia anglosajona sobre estudios sobre genocidio y sobre el genocidio armenio, se destacan a lo largo de los primeros capítulos referencias, discusiones y debates de prestigiosos profesores y docentes como Richard Hovanissian, Peter Balakian, Henry Theriault, Raymond Kevorkian y Stefan Ihring. Este último plantea cuestiones relevantes como el rol del Imperio alemán en el genocidio armenio y la complicidad alemana.

Artanian considera en el capítulo II que “realizar una descripción total del genocidio donde se incluya cada una de sus dimensiones [...] es una tarea que por su escala y magnitud implica una empresa que excede los límites de un solo volumen” (2023: 50). Sin embargo, plantea temáticas interesantes, documentadas y detalladas sobre la metodología del Imperio otomano para llevar a cabo el genocidio a través de las deportaciones al desierto, la destrucción y las caravanas y un tema fundamental, que es la confiscación de los bienes armenios. En este punto cita el trabajo realizado por el investigador de la Universiteit van Amsterdam de origen turco Uğur Ümit Üngör sobre pillaje y confiscación de propiedades armenias, obra fundamental para comprender cómo se financió el genocidio y el surgimiento del Estado moderno turco (Üngör y Polatel, 2011).

En la segunda parte del libro (capítulos IV al VII), Artinian lleva a cabo un giro novedoso. A diferencia de otras producciones académicas o teóricas en las que suelen enfocarse de forma erudita en la cuestión del genocidio, en aspectos históricos y culturales de la vida de los armenios, aquí presenta

7 https://www.washingtonpost.com/world/europe/nagorno-karabakh-drones-azerbaijan-aremenia/2020/11/11/441bcbd2-193d-11eb-8bda-814ca56e138b_story.html

8 Para más información, visitar <https://www.genocidestudies.org/ghrup>

tres temas fundamentales que, tratados en un libro sobre el genocidio armenio, genera un impacto especial e innovador.

En el capítulo IV se dedica a explicar qué significa y cómo se ejerce la negación del genocidio armenio y el impacto que tienen los discursos negacionistas en Turquía. En el capítulo V se introduce de lleno en dos formas específicas de representación del genocidio armenio: el cine y el arte; y en el capítulo VI desarrolla un tema que es en sí mismo una de las principales discusiones en los estudios sobre genocidio: las comparaciones entre el genocidio armenio y el Holocausto.⁹

Este tema resulta de especial interés para analizar la responsabilidad alemana en las matanzas de armenios y las continuidades históricas de dos procesos de exterminios paradigmáticos de los tiempos modernos como el Holocausto y el genocidio armenio. Un punto aparte merece la consideración del hecho de que hayan sido justamente los documentos políticos alemanes proporcionados por el Ministerio Federal de Asuntos Exteriores de Alemania (Auswärtiges Amt) que sirvieron para probar el elemento intencional del crimen de genocidio (*mens rea*) perpetrado por Turquía contra el pueblo armenio en el Juicio por la Verdad del Genocidio Armenio presentado por Gregorio Hairabedian y en el que intervine como letrado patrocinante.

Esta experiencia de resistencia local en los tribunales federales porteños (Hairabedian, 2014), protagonizada por un hijo de sobrevivientes armenios que invoca su derecho humano a conocer la verdad sobre el genocidio del cual fuera víctima su familia de origen, nos brinda la oportunidad de adentrarnos en el último capítulo del libro, relativo a las perspectivas (y posibilidades) de reparación y reconocimiento.

Es precisamente aquí donde quiero señalar una contradicción tal vez semántica entre el título del libro que hace referencia a la “destrucción de los armenios por el Imperio otomano” y las experiencias de resistencia de los sobrevivientes de la diáspora armenia, dispersos en la actualidad por todo el mundo. La existencia de sobrevivientes, como mi familia y la del autor, encarna el principio poético de William Saroyan que sostiene que cuando dos armenios se reúnen, crearán una nueva Armenia,¹⁰ por lo que el uso de la expresión “destrucción” en el subtítulo, no fue de mi particular agrado, ni me pareció acorde al nivel de precisión académica que se maneja en toda la obra.

En resumen, este libro nos brinda la oportunidad de estudiar, analizar y profundizar en temas centrales de la historia del genocidio armenio con un nivel académico de excelencia. El autor logra hábilmente sintetizar producciones científicas y debates surgidos en las principales universidades y centros de investigación de Estados Unidos, Canadá y Europa y adaptarlas a un lenguaje directo, claro y técnico, pero accesible para lectores de habla hispana.

9 Este tema fue tratado *in extenso* por eminentes académicos como Robert Melson, Vahank Dadrian, Taner Ackam, Franz Werfel, Wolfgang Gust y Stefan Ihring.

10 <https://www.foreversaroyan.com/the-armenian-the-armenian>

No existían producciones de este tipo hasta la publicación de este libro. Se trata de una lectura fundamental que establece un puente entre la incipiente academia sudamericana de estudios sobre genocidio y la academia anglosajona y europea.

Asimismo, fomenta diálogos académicos y potencia el interés y la producción de este tipo de contenidos en América Latina. Aunque su contenido es histórico, a la luz de los riesgos alertados sobre un segundo genocidio contra el pueblo armenio, esta obra mantiene una relevancia extraordinaria.

Muestra de ello, con las alertas tempranas de los expertos Luis Moreno Ocampo y Juan Méndez¹¹ acerca de otro genocidio a raíz del bloqueo al corredor de Lachin y el traslado forzoso de población civil en la región de Nagorno Karapagh, entre 2020 y 2023 por Azerbaiyan.

Es que existe un vínculo directo entre los hechos demostrados a lo largo de este libro basados en la impunidad de Turquía respecto del genocidio armenio y en la falta de justicia y reparación por el crimen cometido durante la Primera Guerra Mundial. La ausencia de reparaciones, el robo de territorios, la confiscación de riqueza encuentra en el negacionismo turco del genocidio armenio, la etapa final del crimen.

4. Conclusiones

Para finalizar, quiero retomar algunos de los interrogantes planteados al inicio del comentario acerca del ultranacionalismo turco, el negacionismo y la impunidad del genocidio armenio.

Raymond Kévorkian dice que

el terrorismo de Estado, en forma de genocidios, represión, desapariciones, tortura y otros abusos de los derechos humanos, a menudo genera una cultura de negación, compartida por una sociedad en la medida en que se ha adherido a la violencia colectiva orquestada por las autoridades (Astourian y Kévorkian, 2020: 7 y ss.).

Un cambio de gobierno, generalmente, permite asumir el crimen masivo cometido por generaciones anteriores e iniciar los procesos de promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición conforme los estándares de las Naciones Unidas.¹²

En el caso de interés para nosotros aquí, ningún partido gobernante turco ha asumido nunca el crimen original: el genocidio de los armenios y los sirios. Además, ha habido actos adicionales de violencia masiva hasta el día de hoy, lo que nos lleva a pensar si la negación permanente fomenta la perpetuación de la violencia colectiva.

¹¹ <https://gaitanhairabedian.com/otro-genocidio-de-armenios/>

¹² <https://www.ohchr.org/es/stories/2019/10/expert-reparations-victims-rights-violations-not-optional>

La negación del genocidio armenio por parte de las autoridades turcas en la actualidad, así como la elusión de su responsabilidad, permiten el olvido y la impunidad, vulnerando el derecho humano de las víctimas a obtener reparaciones y garantías de no repetición.¹³ La vulneración de estos derechos humanos fundamentales afectan no solo a los descendientes de las víctimas del genocidio, sino también al pueblo turco, que se ve imposibilitado de conocer la verdad histórica de su nación, permaneciendo en la sociedad así rastros de violencia resonante¹⁴ o “latente”.

A diferencia de Alemania, que asumió su responsabilidad por los crímenes del nazismo, Turquía no solo los niega, sino que en la actualidad reproduce un nacionalismo a ultranza basado en la afirmación de la identidad turca como fuente única de legitimación, que pone en riesgo, a través de nuevos aliados en la región como Azerbaiyán, nuevamente, la existencia del pueblo armenio, avalando que se concrete así un segundo genocidio.

Ya comenzada la segunda década del siglo XXI, pareciera primar la concepción global homogeneizante y pura del jurista alemán de principios del siglo XX Carl Schmitt (Tripolone, 2014). Con el ascenso del nacionalismo y el fascismo en países centrales, es clave reforzar el compromiso de los Estados, la sociedad civil y los organismos internacionales con la democracia y la protección internacional de derechos humanos, basados en la cooperación internacional y lucha contra la impunidad por la memoria, la verdad, la justicia y la reparación.

Mientras escribía esta reseña escuché al titular de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Volker Türk, decir lo siguiente:

¿Fallaron los derechos humanos? No. Los derechos humanos no han fracasado. Es la cínica ignorancia de los derechos humanos y la incompetencia para prestar atención a las alertas que indican violaciones a derechos humanos lo que nos trajo hasta aquí. Las crisis y conflictos de hoy deben ser llamados de atención para la comunidad internacional. Un llamado de atención acerca de que no respetar los derechos humanos resulta en inestabilidad, desigualdad y crisis económica. Estas alertas deben ser respondidas cada vez que los defensores de derechos humanos y las oficinas de derechos humanos pidan ser escuchadas. Por lo tanto, se debe actuar.¹⁵

A 75 años de la sanción de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en el marco de la ONU y a 40 años del retorno de la democracia en Argentina, producciones académicas como la que aquí se reseña deben inspirarnos para reforzar nuestro compromiso con aquellos avances logrados por las luchas emancipadoras por dignidad humana, que ya en 1948 brindaron respuestas efectivas a las atrocidades cometidas durante la Primera y la Segunda Guerra Mundial.

13 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/45/PDF/N0549645.pdf?OpenElement>

14 Al respecto, sugiero enfáticamente leer la tesis doctoral de Kerry Whigham *Resonant Violence. Affect, Memory and Activism in Post Genocide Societies* (2022), Rutgers University Press, New Jersey.

15 <https://www.instagram.com/p/C0mKyhnCE2Q/>

Referencias bibliográficas

- Artinian, J. P. (2023). *Genocidio y resistencia. La destrucción de los armenios por el Imperio otomano y la búsqueda de justicia (1915-1923)*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Astourian, S. y Kévorkian, R. (2020). *Collective & State Violence in Turkey: the Construction of a National Identity from Empire to Nation State*. Nueva York: Bergham y Zoryan Institute.
- Hairabedian, G. (2014). *Recordar opinando sobre el genocidio armenio. Razones, fundamentos y motivaciones de la causa contra el Estado turco*. Buenos Aires: Ciccus.
- Hinton, A. L. (diciembre de 2016). Estudios críticos sobre genocidio. *Revista de Estudios sobre Genocidios*, 11, 13-26.
- Tripolone, G. (diciembre de 2014). La doctrina de Carl Schmitt sobre el derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 14.
- Üngör, U. Ü. y Polatel, M. (2011). *Confiscation and Destruction. The Young Turks Seizure of Armenian Property*. Londres: Continuum International Publishing Group.
- Zaffaroni, R. E. (2012). *Crímenes de masa ¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención a de los crímenes contra la humanidad?* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.

Reseña del libro *Indulto, conmutación de penas y amnistía. Regímenes internacional, nacional y provincial. Jurisprudencia aplicable*

Midón, M. A. R. (2022). *Indulto, conmutación de penas y amnistía. Regímenes internacional, nacional y provincial. Jurisprudencia aplicable*. Buenos Aires: Astrea.

Por Agustín N. Forcinito¹

.....

Mario Midón se destaca por ser un autor prolífico, con publicaciones de los más diversos temas del derecho. Su escritura, fundada en derecho y atravesada por la política, junto con su vocación de enseñar, permiten encontrarse con textos de muy agradable lectura, tanto en el ámbito estrictamente académico como dentro del mundo del periodismo.

En el libro que aquí se reseña el autor realiza un exhaustivo análisis jurídico y político de institutos del derecho que tienen miles de años de desarrollo. Sin embargo, lejos de diluirse con la historia, Midón piensa y escribe en términos muy actuales, sin dejar de lado los problemas coyunturales que existen en nuestro país en relación con los temas abordados:

¹ Abogado (UBA). Auxiliar en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires (2016-2020). Asistente Administrativo en el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (2020-2022). Actualmente me desempeño en la Oficina Provincial de Contrataciones (PBA). Fue ayudante alumno en la Materia Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, Cátedra Travieso-González Stier.

Si el presidente puede indultar, porque desafortunadamente la Constitución todavía lo autoriza, no hay razón para que lo discrecional de la atribución se convierta en arbitrario. A la larga, estos desaciertos generan descreimiento en las bondades del sistema, porque siembran en la población la acertada convicción de que el sistema de premios y castigos no rige en nuestra sociedad. Hay que entender, definitivamente, que el indulto es una medida absolutamente excepcional (Midón, 2022: 31).

El libro nos propone pensar en clave jurídico-política. Lamentablemente no abundan las obras con esta característica. Es usual encontrarnos en la literatura jurídica con autores que intentan tapar todo rastro de la política de sus párrafos, por lo que la propuesta de Midón es provocadora del pensamiento crítico.

La obra está dividida por capítulos, donde en cada uno se tratan detalladamente los elementos más importantes de los institutos, invitando al lector a reflexionar sobre los aspectos generales y específicos del tema.

Los ejes centrales son cinco en total. A su vez, cada eje es deconstruido en sus elementos, aportando datos de la realidad que son analizados por el autor.

En el primer capítulo nos brinda las definiciones concretas que nos servirán como axioma para entender y pensar el resto de la obra, como también un recorrido histórico de las “figuras de clemencia” en distintas civilizaciones, hasta llegar a la recepción de ellas en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

También aborda como punto transversal a la obra los límites del indulto en el ordenamiento jurídico argentino, donde el autor adopta una postura muy definida y aporta un análisis académico a una discusión con mucha actualidad:

Con esas características, el del posible autoindulto presidencial es un extremo que el derecho no tolera y el sentido común menos. Esta es una hipótesis que no se ha registrado en los anales de nuestra historia. Supondría el caso de un presidente que, por sí mismo, dictara su propio indulto o, en aras de mantener la apariencia formal, producir la misma grosería institucional al declinar transitoriamente el ejercicio del mando en su vicepresidente, obteniendo de este el respectivo decreto, o de quien le siga en el orden de sucesión. Por las mismas razones el presidente tampoco podría indultar a su vicepresidente (Midón, 2022: 37).

Igual de definida es su postura respecto de las limitaciones de las “figuras de clemencia”, especialmente indulto y amnistía, respecto de los crímenes de lesa humanidad. Para ello recurre a los argumentos de la Corte IDH y a nuestro bloque de convencionalidad:

Al acordarse prevalencia a los tratados de derechos humanos frente al derecho interno, la Corte, tras precisar el modo en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado las obligaciones de los Estados respecto de los deberes de investigación y de punición de delitos aberrantes, dijo: “Ya en el caso

“Barrios Altos” la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación” (Midón, 2022: 38).

En el capítulo II, Midón realiza un estudio exhaustivo de la jurisprudencia nacional e internacional del indulto. Es un capítulo de gran interés para quien desee conocer mediante el estudio de casos trascendentes los alcances y limitaciones del instituto.

El autor hace hincapié en un caso muy reconocido dentro de los pasillos de la Facultad de Derecho: el caso “Mazzeo”, de vasto interés académico por su importancia jurídica y también de un enorme interés social por su trascendencia política, al tratarse de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que estableció la imposibilidad de indultar a los autores de delitos de lesa humanidad, por ir en contra de las obligaciones contraídas por el Estado argentino frente a la comunidad internacional.

Entre otras ponderaciones, señaló que

el indulto era un acto privativo del presidente de la República, una potestad discrecional que podía concederse incluso a los procesados [...] Al abundar en razones, precisó: “Sobre la base de tal premisa, cabe tener presente que el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de perseguir”, “investigar” y “sancionar adecuadamente a los responsables” de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos”. [...] Al considerar inocuo evaluar si la Corte debe analizar la facultad de indultar prevista en el art. 99 de la Const. nacional, en lo tocante a definir si abarca a los procesados o no, si tiene características similares a la amnistía, etc., el más alto tribunal manifestó: “Por ello, tratándose el sub lite de la investigación de esa clase de delitos, cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes” (Midón, 2022: 67).

No agotando el análisis en los casos que la Corte resolvió en favor de los derechos humanos, Midón expone los vaivenes políticos que sufre la institucionalidad nacional:

Lamentablemente, las lecturas que ha hecho nuestra Corte en materia de derechos humanos no son lineales, ni consecuentes. Resultaron plurales y encontradas, con lo que el alto tribunal ha evidenciado una diversidad de criterios no siempre afines con los valores que representa la CADH (Midón, 2022:73).

En el tercer capítulo podemos encontrar una vasta cantidad de datos mencionados por el autor sobre la recepción federal de los institutos. Sin dejar de lado a ninguna provincia, Midón brinda una pormenorizada y valiosa fuente de información para entender al indulto en clave federal:

Si algo caracteriza a nuestro sistema federal compuesto por cuatro órdenes de gobierno (nacional, provincial, CABA y municipios) es el reconocimiento de autonomía política e institucional a los miembros de la federación. Autonomía que, entre otras cosas, posibilita que cada uno de ellos dicte su propia Constitución y se dé sus autoridades sin intervención del gobierno federal (art. 122, Const. nacional). [...] Un primer grupo de constituciones que admiten puntualmente tanto el indulto como la conmutación de penas. Así lo hicieron veintidós distritos. Una segunda categoría de constituciones solo habilita la conmutación de penas. Es el caso de las dos provincias restantes. Un tercer tipo solo autoriza la facultad de indultar. Es el caso de la provincia de Buenos Aires (Midón, 2022: 75).

En el cuarto capítulo se destaca que, de todos los institutos de gracia, la amnistía es el más pleno y mejor logrado en correspondencia con sus finalidades:

Ello es así porque para conseguir su propósito de gracia produce el efecto de borrar la acción y la pena del delito; se diferencia del indulto cuya consecuencia es la de extinguir solamente la pena. Al computar sus efectos y decir que se borra la acción se está expresando que, con esa decisión de amnistiar, el Estado tiene por no ocurridos hechos que realmente ocurrieron en el mundo del ser. Se trata siempre de hechos criminosos, es decir acontecimientos que el ordenamiento descalifica por su calidad de desvaliosos y respecto de los cuales el sistema normativo ha previsto con antelación un tipo penal con su consiguiente previsión punitiva (Midón, 2022: 121).

En este eje, con la misma metodología que la de los anteriores, Midón embarca al lector en una travesía jurídico-política:

la amnistía es una institución que tiene doble carácter, político por una parte y jurídico por otra; bajo este segundo aspecto importa una excepción al derecho común, al cual deroga en determinadas circunstancias (Midón, 2022: 122).

Al igual que con el indulto, parte de una definición axiomática que marcará el resto de la obra, alcances, limitaciones, prohibiciones, autoridades de aplicación del indulto y demás elementos. También cuenta con un análisis histórico de casos de aplicación, tanto los judicializados como aquellos que no lo fueron.

Un elemento de gran importancia de la amnistía es su basamento en la pacificación social. Este argumento es abordado por Midón:

Frente a esto la amnistía se ha alzado como útil instrumento de pacificación social y con sustento político, simplificado en la afirmación de que mediante la amnistía se pretende evitar la intranquilidad de la sociedad al renunciarse a la persecución de ciertos crímenes, por considerarse a la paz social como un bien jurídico de nivel superior. El Estado, entonces, renuncia a su facultad de perseguir determinados crímenes, al *ius puniendi*. En la amnistía ya no se parte de consideraciones individuales como en el indulto, lo que importa es el interés general de la comunidad toda (Midón, 2022: 123).

Sin embargo, es imposible discutir la amnistía en Argentina sin tener que discutir de crímenes de lesa humanidad. Esto se debe a que el instituto ha sido desnaturalizado al intentar encubrir los crímenes cometidos por la dictadura cívico-eclesiástico-militar del período 1976-1983.

El autor no escapa de los hechos y opta por la postura crítica de las llamadas “leyes de impunidad”:

Lamentablemente, en América Latina la existencia de leyes que durante buen tiempo impidieron la investigación, el juzgamiento y la sanción de los funcionarios del Estado responsables de la comisión de graves delitos contra los derechos humanos (desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, torturas, etc.), conocidas frecuentemente como “leyes de impunidad” o “impunidades normativas”, ha sido un recurso al que diversos regímenes han acudido con relativa frecuencia. Esto, por ejemplo, sucedió en países como Chile (1978), Brasil (1979), Argentina (1983-1990), Uruguay (1986-1989), Guatemala (1982-1987), El Salvador (1987), Honduras (1981-1991), Nicaragua (1987-1990) y Suriname (1989), con el pretendido propósito de alcanzar la paz y lograr la reconciliación nacional (Midón, 2022: 125).

Por ello, frente a los intentos del poder real de condenar al olvido a los crímenes cometidos, resulta imprescindible hacer esfuerzos académicos por recordar, por combatir el olvido. Es fundamental que la Academia se ponga al servicio del pueblo, para lograr combatir las narrativas que propone cierto sector para tapar los crímenes cometidos. También resulta necesario e importante reconocer que las políticas de memoria, verdad y justicia nacen en el pueblo, teniendo como abanderadas a las organizaciones civiles, quienes ponen cuerpo, corazón y mente a la lucha.

Midón deja plasmado en su obra este accionar. Opta por una postura crítica de los intentos de impunidad. Estas afirmaciones tal vez no hubieran sido necesarias años atrás, pero lamentablemente nuestra región y ciertos Estados de otras latitudes sufren una ola de narrativas negacionistas:

Las leyes de obediencia debida y punto final son disposiciones asimilables a una ley de amnistía en cuanto consagraron la impunidad de hechos que constituyeron delitos cometidos en ejercicio de la suma del poder público y facultades extraordinarias. La doctrina le asignó calidad de amnistía encubierta, pues para evitar el costo político ante la opinión pública por tener que calificar la medida como amnistía, se recurrió al eufemismo de denominarla “de eximición de responsabilidad”. Lamentablemente, ese eufemismo se conoció en numerosos países de la región que utilizaron expresiones suaves y decorosas para que las violaciones de los derechos humanos más brutales que padeció nuestra región pretendieran encubrirse bajo el manto de la defensa de la institucionalidad democrática y protección de la cultura occidental, mientras se asesinaba, torturaba, desaparecía y violaba a decenas de miles de habitantes (Midón, 2022: 159).

A lo que agrega:

Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a los derechos humanos, dado que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (Midón, 2022: 160).

Como cierre de la obra, Midón conecta lo desarrollado a lo largo del libro con el derecho internacional y con la política internacional. Realiza un análisis crítico de la historia y el desarrollo de los institutos en el ámbito internacional. Esto sirve como un corolario de la obra, que a la vez despierta preguntas e invita a continuar con el estudio del derecho:

El siglo XX ha sido el ambiente en el que se aclimató definitivamente el principio de la soberanía popular y dio lugar a que por inspiración del postulado de autodeterminación de los pueblos floreciera la propuesta democrática, primero como método de legitimación del poder y luego como forma de vida (Midón, 2022: 167).

Los cambios políticos y sociales empujaron las modificaciones jurídicas, y todo ello dio forma al sistema internacional de protección de los derechos humanos, el cual tiene réplicas a nivel regional.

Los horrores de la Shoá marcaron un antes y un después en la historia de la humanidad. La maquinaria del Estado puesta a disposición para la industrialización de la muerte fue conocida por el mundo. La respuesta jurídica actual busca, al menos, evitar la impunidad de los perpetradores de los crímenes de lesa humanidad y genocidas.

Por ello,

los principios en que se basa la Convención sobre el Genocidio forman parte del derecho internacional consuetudinario y una amnistía que impidiera el enjuiciamiento de un genocidio violaría, además, las obligaciones de los Estados de conformidad con el derecho consuetudinario (Midón, 2022: 177).

El autor señala que

Con arreglo a varios tratados de derechos humanos y principios y directrices de las Naciones Unidas que reflejan “las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales”, los Estados tampoco podrán amnistiar las violaciones graves de los derechos humanos que incluyen la tortura y la desaparición forzada, aunque no se limitan a ellas. Las amnistías por violaciones graves de derechos humanos pueden violar además las obligaciones de los Estados con arreglo al derecho internacional consuetudinario (Midón, 2022: 183).

En síntesis, la obra es conclusiva. Tiene un gran poder didáctico. No deja piedra sin dar vuelta y aporta datos que usualmente los juristas no brindan. Es una sólida investigación de legislación y jurisprudencia y profundiza sobre la discusión, dejando interrogantes y promoviendo la discusión. Invita a pensar.

Las apreciaciones personales del autor son contundentes, permite ser crítico de sus afirmaciones o acordar con ellas, pero siempre invitando a una discusión fundamentada.

También es una obra con gran valor para el estudio de la historia del derecho, ya que Midón contribuye con abundantes datos de corte histórico, lo que permite un estudio profundizado de los institutos.

Reseña del libro *Más que nunca. 12 debates necesarios para construir la democracia del futuro*

CELS (2023). *Más que nunca. 12 debates necesarios para construir la democracia del futuro*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Por Abril Antonella Reyna¹

1. Introducción

En la obra que aquí se reseña, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) ha observado el impacto de ciertas políticas públicas en determinados sectores y la ausencia de ellas en otros. Ha identificado actores sociales, fines sociales y ánimos de transformación. Cuestiona: “¿cómo hacemos hoy para que democratizar sea la clave de construcción de futuro, un proceso de acción colectiva, y para que el realismo político no derive en puro posibilismo o penosa administración de la decadencia?”.

Con base en los 40 años de democracia argentina, este libro analiza, a través de testimonios, hechos y dudas, si definitivamente existe en nuestra sociedad actual ánimo de transformación, invitando a lectores a cuestionarse “¿con cuánta desigualdad la democracia sigue siendo democracia?”.

Partiendo de 12 debates del escenario actual, entre los cuales se encuentran la propiedad privada, la privación de la libertad y diferentes tipos de “encierro”, el feminismo, la deuda con el FMI, las comunidades indígenas, el aparato policial, la ex-SIDE, las personas migrantes, el Poder Judicial, la ampliación de participación en la convención constituyente de Chile, la crisis de empleo y, finalmente,

¹ Estudiante de abogacía con orientación en Derecho Internacional Público (UBA).

la Memoria, Verdad y Justicia, la obra destaca la situación crítica de los grupos damnificados por decisiones políticas que, a su parecer, debilitan la democracia.

En el reclamo de definiciones, se cuestionan no solo estas decisiones políticas sino el rol de la comunidad en el ámbito social, político, legal, económico y ambiental, que consensua lo vivido, lo latente y aquello por vivir. Por consiguiente, y a los fines de comprender los hechos detallados en el libro, los testimonios, preguntas y respuestas, es preciso resaltar los sujetos que darán el presente en este escenario de poder: el Estado, las organizaciones sociales, las empresas y la sociedad misma.

Como punto de partida, la obra encuadra a la propiedad privada como absoluta y sagrada para la democracia actual. Establece que, particularmente la propiedad inmobiliaria, adquirió el papel de institución intocable que excluye otras formas de relacionarse, como sucede en ámbitos rurales organizados colectivamente, pero que también desampara a quienes requieren de una solución a la crisis habitacional, crisis que se verá también reflejada en aquellos que rehacen su vida luego del “encierro”.

Este último grupo, según su respectivo capítulo, muchas veces logra avanzar o reiniciar su vida gracias a movimientos sociales y organizaciones que han brindado herramientas y soportes, pero para la obra, este evento no es usual para las personas que se encuentran en estas situaciones. En el relato de este apartado se encontrarán historias como las de Débora y Orlando, que tuvieron esta especie de “suerte” de cruzar caminos con personas que dieron lugar a un proceso de avance, en muchas ocasiones, conformados como movimientos u organizaciones.

El feminismo, particularmente mencionado en la lectura, contempla una lucha histórica con impacto político. Para los autores, la violencia machista también es ejercida por un sujeto social fundamental: el Estado, entendido desde todas las estructuras estatales de poder, quien impactará en la vida de la sociedad con la toma de decisiones y, a través del presupuesto, por ejemplo, reflejará prioridades. Ello ocurre no solo a nivel económico, sino también social; es decir, qué grupos pagarán por aquellos ajustes, a qué grupos se escuchará sus reclamos y quiénes quedarán a la deriva. Es importante para los autores comprender quiénes reclaman y a quiénes.

Los capítulos “La verdad entre secretos” e “Indio malo es el que lucha” hacen noción a la idea de “cancha inclinada” respecto de estas vías utilizadas para el reclamo.

Finalmente, a modo general, la obra acentúa el importante rol de los individuos en la construcción de un proceso de avance, memoria, verdad y justicia:

En el presente, la posición central de los derechos humanos en la escena democrática se encuentra amenazada y las organizaciones nos debemos una reflexión crítica sobre nuestra praxis luego de más de cuatro décadas de lucha. Acostumbrados a dar pelea desde posiciones marginales durante muchos años, hemos perdido músculo en las últimas décadas en que la institucionalidad respaldó en gran medida nuestras demandas y contribuyó a convertirlas en política pública. Pero esos músculos están ahí y pueden forta-

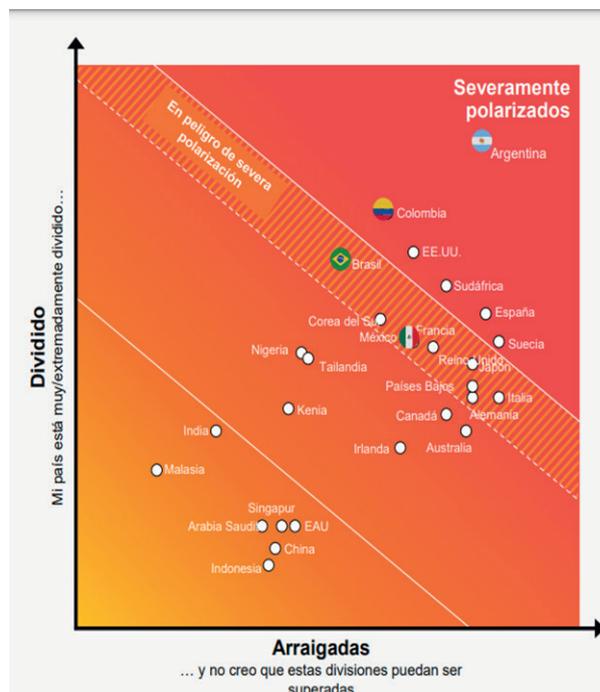
lecerse en el reencuentro con las luchas y resistencias del pasado y del presente. Construir memoria es, después de todo, no olvidar cómo lo hicimos y pensar de manera colectiva cómo hacerlo una vez más.

2. Análisis

En las calles de nuestro país nada se discute sobre la realidad que paraliza a los/as argentinos/as, se pueden ignorar ciertas condiciones y/o situaciones, pero negar lo latente parece una discusión sin sentido. Entonces, ¿en qué momento se rompe el consenso?

El estudio de Edelman determinó que la Argentina es uno de los países más polarizados del mundo, entendiendo que las cuatro “fuerzas” que conducen a dicha polarización son: la preocupación económica, el desequilibrio institucional, la división de clases y, por supuesto, la lucha por la verdad. Particularmente en la Argentina, las empresas y las ONG son las únicas instituciones que generan confianza a la población, determinando entonces que la desconfianza genera esta polarización.

Edelman Trust Barometer (2023)



Además, los problemas principales se centran en la atribución de la responsabilidad, en la culpabilidad y en políticas partidarias que fragmentan a la sociedad y minimizan los problemas reales. Entendiendo a las políticas públicas como respuestas, por acción u omisión, del propio Estado a través de la ponderación de necesidades, es de donde debemos comenzar el análisis, ya que, estas prioridades serán cuestionadas por las distintas realidades, que consideran a las suyas como urgentes, y si bien podemos consensuar como sociedad cuáles tendrán esa etiqueta, muchas otras quedarán excluidas por la propia necesidad ajena.

Con lo dicho no se intenta minimizar las problemáticas cuestionadas, simplemente priorizar los caminos de avance y mejoras y no dilatarlos por buscar responsables y culpables como primer paso. Esto no quiere decir que la distribución de responsabilidades y las consecuencias en el obrar no sean relevantes, sino que, a nivel social de resultados, aquel no debería ser el foco principal, sino un procedimiento paralelo secundario.

La distribución de responsabilidades debe entenderse como aquella tarea social que demarca los límites de las competencias. Claro está que aquellas atribuciones de los Estados consagradas por disposiciones legales quedarán excluidas del análisis. Serán aquellas labores diarias de interpretación amplia las que se cuestionarán. Es decir, ¿qué me compete realizar como individuo? ¿De qué es responsable el Estado? ¿Qué me excede y corresponde al Estado garantizar?

Una vez que como sociedad se pueda determinar los límites y atribuciones de cada actor, se podrá exigir y responsabilizar si así se requiere. Ahora bien, parece un análisis simple y vago, pero, como se mencionó previamente, en las discusiones actuales el foco principal está en sentenciar al tercero, al Estado, al “contrario” y no en la verdadera búsqueda de resultados.

A nivel legal, no podemos negar la existencia, por ejemplo, del articulado primero y segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales contemplan las obligaciones de los Estados de respetar los derechos, garantizar su goce y ejercicio y adecuar su derecho interno a los fines de cumplir con esas obligaciones. Pero, como se mencionó al principio, el análisis no se detiene en disposiciones y atribuciones legales.

Por otra parte, es preciso remarcar la tendencia de adjudicar derechos a algunos por sobre otros. Esto aplica en ambos sentidos, aquella persona que puede ejercerlo y aquella que se ve impedida, como también quién prioriza su realidad por sobre la de otros.

El sesgo de nuestras realidades ha creado una individualización con exigencia social. Parece importante comprender cómo se ven afectados algunos más que otros por el contexto, pero que no aliente el adjudicar derechos a determinados grupos como único y exclusivo, ya que una vez más, si reclamamos de manera muy amplia y con ánimos de señalar, polarizamos la problemática y perdemos de vista la posible solución.

En la obra observamos detalles poco hablados en la sociedad, relatos no contados o no visibilizados, historias pendientes y detalles que se suelen pasar por alto, pero con lo previamente analizado no se intenta minimizarlos una vez más, sino salvaguardar la búsqueda efectiva de las posibles soluciones.

En síntesis, la dificultad de abordar los problemas actuales se debe a la polarización política y la búsqueda de culpables en lugar de soluciones. *Más que nunca. 12 debates necesarios para construir la democracia del futuro* cuestiona la situación de la democracia argentina de los últimos 40 años, invita a reflexionar sobre el nivel de desigualdad a través de 12 debates actuales. Se destaca la crítica situación de grupos afectados por decisiones políticas que parecen debilitar la democracia.